

CA.2.K93-2093  
c.2



# Les peuples autochtones et la justice

---

---

Commission royale  
sur les peuples autochtones





# **Les peuples autochtones et la justice**

**Rapport de la  
Table ronde nationale  
sur  
les questions judiciaires**

**Commission royale  
sur les peuples autochtones**

© Ministre des Approvisionnement et Services Canada 1993

En vente au Canada chez  
votre libraire local  
ou par la poste auprès du  
Groupe Communication Canada - Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9

**Données de catalogage avant publication (Canada)**

Table ronde nationale sur les questions judiciaires  
(1992 : Ottawa, Ontario)

*Les peuples autochtones et la justice : rapport  
de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires*

N° de cat. Z1-1991/1-11-2F  
ISBN 0-660-94150-3

1. Autochtones - Canada.
  2. Autochtones - Canada - Système pénal.
  3. Autochtones - Canada - Conditions sociales .
  4. Autochtones - Canada - Politique et gouvernement.
- I. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.  
II. Titre. III. Titre : Rapport de la Table ronde nationale  
sur les questions judiciaires.

E78.C237414 1993 971'.00497 C93-099478-7

Publié aussi en anglais sous le titre :  
*Aboriginal Peoples and the justice system: report of the  
National Round Table on Aboriginal Justice Issues*



Groupe	Canada
Communication	Communication
Canada	Group
Édition	Publishing



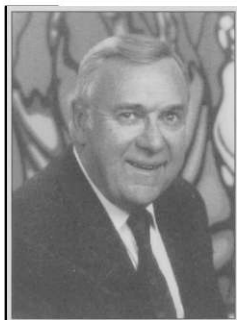
# Membres de la Commission royale sur les peuples autochtones



*René Dussault, j.c.a.  
Coprésident*



*Georges Erasmus  
Coprésident*



*Allan Blakeney  
Commissaire*



*Paul Chartrand  
Commissaire*



*Viola Marie Robinson  
Commissaire*



*Mary Sillett  
Commissaire*



*Bertba Wilson  
Commissaire*



# Table des matières

<b>Préface</b>	vii
<b>Compte rendu du rapporteur</b>	3
James C. MacPherson	
<b>Mémoires</b>	13
Le point sur les enquêtes, groupes d'étude et commissions portant sur la justice autochtone	15
<i>Direction de la recherche, Commission royale sur les peuples autochtones</i>	
La justice et les peuples autochtones	42
<i>James Dumont</i>	
Les valeurs fondamentales, les normes et les concepts de justice chez les Inuit du Nunavik	86
<i>Zebedee Nungak</i>	
Rétablir la justice: les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 90	105
<i>Patricia A. Monture-OKanee</i>	
Individualité, égalité et différence: raisons justifiant un système judiciaire autochtone parallèle	134
<i>Jeremy Webber</i>	
L'adaptation du système canadien de justice pénale aux autochtones: un peu de latitude, s'il vous plaît!	163
<i>Mary Ellen Turpel</i>	
Répondre aux préoccupations des peuples autochtones au sein du système judiciaire existant	187
<i>John Giokas</i>	
La reconnaissance et la légitimation de la justice autochtone: répercussions sur la reconstruction des systèmes juridiques non autochtones au Canada	239
<i>Roderick A. Macdonald</i>	
Relations entre le système judiciaire canadien et un éventuel système autochtone	283
<i>Leonard (Tony) Mandamin</i>	

Reprendre la justice en main : perspectives des Indiens des États-Unis <i>James W. Zion</i>	318
Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs et les articles de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> sur la magistrature <i>Patrick Macklem</i>	336
Danser avec un gorille: les femmes autochtones, la justice et la <i>Charte</i> <i>Teresa Nabanee</i>	371
<b>Six projets pilotes d'administration de la justice dans des collectivités autochtones</b>	<b>397</b>
Programme d'établissement dans les T.N.-O. de tribunaux communautaires présidés par des juges de paix <i>Samuel Stevens</i>	399
Projet d'éducation judiciaire dans l'île de Vancouver sud <i>Tom Sampson</i>	404
Conseil communautaire de Toronto : Services juridiques autochtones <i>Jonathan Rudin</i>	408
Le Conseil judiciaire tlingit de Teslin <i>David Keenan, chef</i>	410
Première nation d'Attawapiskat : projet pilote d'administration de la justice <i>Reg Louttit</i>	412
La Cour de Kahnawake <i>Winona Diabo et Joyce King Mitchell</i>	415
<b>La justice chez les Navajos: d'hier à aujourd'hui</b> <i>Robert Yazzie, juge en chef de la nation navajo</i>	<b>421</b>
<b>Résumé des délibérations</b>	<b>431</b>
<b>Annexes</b>	<b>511</b>
Programme de la table ronde	517
Participants et observateurs	523

# Préface

La Commission royale sur les peuples autochtones a décidé d'organiser une série de tables rondes nationales portant sur certains thèmes choisis. Ces tables rondes réunissent des universitaires, des spécialistes, des chefs politiques et des dirigeants communautaires possédant, dans les différents thèmes abordés, des connaissances et des compétences qui seront utiles à la Commission lors de l'élaboration des recommandations de son rapport final.

Les tables rondes nationales sont toutes bâties sur le même modèle. Nous invitons des spécialistes ou des analystes de premier plan à présenter des mémoires sur une série de questions que nous avons l'intention de soumettre aux participants. Au cours des exposés, des débats et des séances plénières, les participants ont l'occasion de présenter leurs opinions et recommandations sur les questions étudiées. Un rapporteur rédige un procès-verbal des délibérations de la table ronde faisant état des recommandations ou des consensus .

La publication du compte rendu des tables rondes nationales permettra de tenir la population au courant des questions étudiées par les participants. Nous espérons que les comptes rendus susciteront un débat plus large des diverses idées et questions abordées et qu'ils inciteront un nombre plus grand de personnes à participer aux audiences publiques ou à présenter des mémoires exposant d'autres opinions et recommandations.

Nous souhaitons exprimer notre reconnaissance aux auteurs des mémoires sur les questions judiciaires dont le présent compte rendu fait état, aux participants pour leur aide et judicieux conseils, et au rapporteur James MacPherson, doyen de la Faculté de droit Osgoode Hall, dont le compte rendu relate le déroulement de la

Table ronde nationale sur les questions judiciaires et présente les opinions émises par les participants.

Nous espérons que le présent compte rendu de la Table ronde sur les questions judiciaires, qui s'est tenue à Ottawa du 25 au 27 novembre 1992, contribuera à élargir le dialogue et à amener des changements politiques positifs. Vous êtes invités à présenter vos opinions et recommandations sur ces questions importantes en écrivant à l'adresse qui vous est fournie dans le présent document et en participant aux audiences publiques qui se tiendront dans votre région.



René Dussault, j.c.a.  
coprésident



Georges Erasmus  
coprésident

## Compte rendu du rapporteur



*Les participants à une  
séance plénière de la Table  
ronde nationale sur  
les questions judiciaires.*



*La Table ronde nationale sur  
les questions judiciaires était  
placée sous la présidence de l'honorable  
Murray Sinclair, juge du Manitoba.*





# Compte rendu du rapporteur

*James C. MacPherson\**

La Commission royale sur les peuples autochtones m'a invité à assister à la Table ronde nationale sur les questions judiciaires tenue à Ottawa, les 25, 26 et 27 novembre 1992, et à en faire le compte rendu. Cette table ronde réunissait les sept commissaires, leur personnel supérieur de recherche et plus de 100 personnes invitées à discuter de tous les aspects des questions judiciaires qui intéressent les peuples autochtones du Canada. Ont répondu à l'invitation le ministre de la Justice du Canada, deux procureurs généraux provinciaux, plusieurs autres politiciens, les chefs nationaux de l'Assemblée des premières nations, de l'Inuit Tapirisat du Canada, du Conseil national des autochtones du Canada, de l'Association des femmes autochtones du Canada et du Ralliement national des Métis, ainsi que d'éminents juges, avocats, policiers, professeurs et autres, que les questions judiciaires autochtones intéressent et que leur engagement personnel dans ce dossier leur a appris à bien connaître.

Avant d'assister à la table ronde, j'ai lu ou relu certaines des analyses et toutes les recommandations présentées dans nombre de rapports de commissions et groupes de travail fédéraux et provinciaux concernant les questions judiciaires autochtones, notamment ceux de la Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution (Nouvelle-Écosse, 1989), de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (Manitoba, 1991), du Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta (Alberta, 1991), ainsi que les rapports du Saskatchewan Indian and Métis Justice Review Committee (Saskatchewan, 1992), et le Rapport sur

---

\* Doyen, Faculté de droit Osgoode Hall, Université York, North York (Ontario), et rapporteur, Table ronde nationale sur les questions judiciaires.

les peuples autochtones et la justice pénale (Ottawa, 1991) de la Commission de réforme du droit.

Outre ces études gouvernementales, j'ai également lu toutes les études commandées pour la table ronde par la Commission royale et reproduites dans ce volume.

J'ai assisté à toutes les séances de la table ronde et écouté les exposés présentés par les auteurs des études, les exposés sur des projets pilotes présentés aux panels, les opinions des participants aux tables rondes quotidiennes, les importantes allocutions prononcées par la ministre de la Justice du Canada, l'honorable Kim Campbell, et le juge en chef Robert Yazzie, de la nation navajo aux États-Unis, ainsi que les périodes de questions et les discussions qui constituaient un élément important de la plupart des séances de la table ronde et auxquelles ont pris part la majorité des personnes présentes.

En qualité de rapporteur, j'avais deux tâches : premièrement, cerner les grands thèmes des trois jours de séance et, deuxièmement, présenter à la Commission, à la lumière de ces thèmes, des suggestions pour son programme de recherche sur les questions de justice. J'ai essayé de m'acquitter de ces tâches dans mon compte rendu oral à l'issue de la table ronde, le 27 novembre. Je vais essayer de faire de même dans le cadre plus officiel de ce compte rendu écrit.

Il n'est pas facile d'isoler un nombre restreint de thèmes parmi tous ceux qui ont été abordés lors d'une conférence de trois jours au cours de laquelle 12 longues études savantes et quelque trois douzaines d'exposés ont été présentés, et où il y a eu littéralement des centaines d'interventions verbales. Quoi qu'il en soit, au risque d'omettre certains thèmes importants et peut-être d'en fausser d'autres, je dégagerai neuf thèmes dominants de mes lectures et de ma participation à la table ronde.

### ***Le système judiciaire actuel : un échec en ce qui concerne les peuples autochtones***

Le premier thème que je retiens était incontournable et faisait peut-être même l'unanimité : le système judiciaire canadien, surtout le système pénal, ne répond pas aux besoins des autochtones du Canada, qu'ils soient Indiens, Inuit ou Métis, et qu'ils habitent dans les réserves ou à l'extérieur, en milieu urbain ou en milieu rural, peu importe le territoire ou la province. Ce lamentable échec découle surtout de ce que les Canadiens d'origine européenne et les peuples autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer. Les Canadiens d'origine européenne définissent habituellement la justice en fonction d'une notion d'«équité», tandis que les autochtones mettent l'accent sur les notions de paix, d'équilibre et, en particulier, d'harmonie.

Pour ce qui est de l'administration de la justice, il ressort nettement des exposés et des discussions à la table ronde que la pierre angulaire du système de justice pénale et civile, à savoir le système contradictoire, ne correspond ni à la façon dont les autochtones voient les choses ni à la façon dont ils résolvent les problèmes. Dans son étude, James Dumont illustre cette différence de façon on ne peut plus éloquente.

**Zone de conflit dans le domaine judiciaire**

<b>Réaction d'un autochtone face à la loi</b>	<b>Attentes du système judiciaire</b>
Enseignement régulier des valeurs communautaires par les anciens et d'autres membres respectés de la collectivité;	Tous sont tenus d'observer les lois établies par l'autorité supérieure de l'État;
Avertissement et counseling de délinquants particuliers par les dirigeants ou par des conseils représentant l'ensemble de la collectivité;	La société se réserve le droit de se protéger contre l'individu qui menace de porter atteinte à ses membres ou à ses biens;
Médiation et négociation par des anciens, des membres de la collectivité et les dirigeants du clan afin de résoudre les différends et de réconcilier les délinquants avec leurs victimes;	Punition vengeresse : la justice exige qu'une personne souffre à cause et en proportion de son méfait; la punition est fixée par la loi; le jugement est imposé;
Paiement d'une compensation par le délinquant (ou son clan) à sa victime ou à la famille de celle-ci, même en cas de meurtre;	Le coupable est condamné à une peine; l'incarcération vengeresse et la réadaptation sont des moyens de dissuader et de punir les délinquants;
En cour, apparaît silencieux, insensible et renfermé : comportement dicté par la non-ingérence, l'apprentissage par l'observation et le maintien de la dignité et de l'intégrité personnelles;	On s'attend à ce que le défendeur apparaisse disposé à envisager sa situation et à admettre son erreur et se montre contrit et disposé à s'amender; doit exprimer sa motivation à le faire;
Répugnance à témoigner pour ou contre autrui ou lui-même, car il évite de façon générale la confrontation et l'imposition d'une opinion ou d'un témoignage;	Obligé de témoigner et de se défendre pour établir les faits conformément à la procédure judiciaire contradictoire;
Plaide souvent coupable par honnêteté ou pour éviter la confrontation.	On s'attend qu'il plaide «non coupable» puisqu'il est «innocent jusqu'à ce qu'on prouve sa culpabilité».

### ***Le système judiciaire actuel : une structure qui ne convient pas aux peuples autochtones***

Les participants à la table ronde étaient largement d'avis que le système judiciaire actuel, le système pénal surtout, était trop centralisé, trop porté sur l'aspect juridique, trop rigide et trop éloigné des collectivités (autochtones) qu'il est censé servir.

Selon Leroy Littlebear, professeur d'études amérindiennes à l'Université de Lethbridge, cette opinion tient au fait que les autochtones ont une façon différente d'envisager les mécanismes de contrôle. Toutes les sociétés ont des mécanismes de résolution de conflits. Chez les autochtones, ces mécanismes sont internes; ceux-ci n'ont donc pas besoin de mécanismes externes élaborés et complexes comme une force policière, un système judiciaire et un système correctionnel aussi imposants et omniprésents.

Un second exemple des rapports entre les systèmes judiciaires et les collectivités autochtones nous est fourni par Joyce Mitchell, une Mohawk qui agit comme juge de paix à temps partiel à Kahnawake. Lors de sa nomination, on ne lui a offert aucun programme de formation comme il en existe, par exemple, pour les juges fédéraux. Elle a donc fait ses propres recherches et s'est inscrite à divers cours tant au Canada qu'aux États-Unis, entre autres en counseling, en médiation et en intervention auprès des suicidaires. Ces choix personnels contrastent de façon intéressante avec la formation que les juges fédéraux reçoivent couramment : cours sur la preuve, la procédure, l'utilisation d'un ordinateur, la conduite d'un procès et même la conduite d'un procès complexe. Il est évident que la juge Mitchell voit d'emblée le système judiciaire d'une façon plus personnalisée et qu'elle l'estime davantage axé sur la collectivité que la plupart des professionnels du système judiciaire canadien.

Les participants à la table ronde ont également reconnu que les perceptions fort différentes de la nature et du rôle du système judiciaire chez les autochtones et les non-autochtones expliquent pourquoi les autochtones sont si insatisfaits du système actuel. Comme l'a dit l'honorable Kim Campbell :

Il ne m'a pas été facile d'accepter que certains considèrent nos lois et nos tribunaux comme des instruments d'oppression plutôt que comme des mécanismes pour assurer la justice [...] J'ai fini par apprendre que, malgré les bonnes intentions de la plupart des gens qui en font partie, il arrive fréquemment que le système judiciaire ne réponde pas aux besoins des autochtones qui, trop souvent, font connaissance avec nos tribunaux en qualité de délinquants, de victimes et de collectivités [...] J'ai appris que, trop souvent, les autochtones se sentent étrangers au système judiciaire, en sont coupés, et que beaucoup se sentent impuissants ne serait-ce qu'à prendre part à la détermination du sort des membres de leurs collectivités qui ont enfreint la loi.

### ***Des réformes en profondeur dès maintenant***

Les participants à la table ronde estimaient tous que le temps était venu de réformer en profondeur le système judiciaire. Certes, il faut procéder à des réformes dans

presque tous les domaines qui intéressent les autochtones du Canada – enseignement, emploi, santé, logement, services sociaux. Mais on a le sentiment que, quoique non moins urgente, la réforme du système judiciaire est certainement plus à notre portée, et ce parce que plusieurs gouvernements ont déjà produit de nombreux rapports, aussi approfondis qu'excellents, sur les questions de justice autochtone : presque toutes les dimensions de ces questions y sont analysées au long, et l'on peut y lire un nombre considérable de recommandations utiles. À preuve, lorsque j'ai demandé à Myrtle Bush, du personnel de la Commission, de m'envoyer uniquement les recommandations contenues dans les rapports des commissions d'enquête et groupes de travail mentionnés plus haut, elle m'en a télécopié 121 pages! Je crois que tous les participants à la table ronde seraient d'accord avec la ministre de la Justice, Kim Campbell, pour dire que «le consensus le plus important, c'est que le temps est venu de passer aux actes. Nous avons l'obligation de nous servir de ce que nous avons appris et d'agir.»

### ***Les questions de compétence ne constituent pas un important obstacle aux réformes***

Un des thèmes les plus prometteurs de la table ronde concernait l'absence d'éventuels obstacles à une réforme du système judiciaire sur le plan du partage des compétences. Les possibilités de conflit constitutionnel sont certes nombreuses : tension entre le palier fédéral, habilité en vertu du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à adopter des lois et à établir la procédure en matière criminelle, et le palier provincial, habilité en vertu du paragraphe 92(14) à adopter des lois sur l'administration de la justice; possibilité que les dispositions de la loi de 1867 concernant la magistrature posent des problèmes pour la création de structures novatrices pour les tribunaux autochtones; éventualité de contraintes législatives et administratives découlant de la reconnaissance de certains droits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Toutefois, la plupart des participants à la table ronde semblaient partager l'opinion exprimée par Patrick Macklem dans son analyse de la relation entre le cadre constitutionnel actuel en matière de justice et les nouveaux systèmes de justice autochtones :

À mon sens, ni l'actuelle répartition des pouvoirs législatifs, ni ces articles [sur la magistrature] ne constituent un sérieux obstacle à l'établissement d'un système parallèle ou distinct de justice pour les autochtones, quoiqu'il faille probablement que les gouvernements fédéral et provinciaux s'entendent pour conférer aux tribunaux autochtones la compétence en certains domaines.

J'en suis moi-même venu à une conclusion similaire dans l'analyse que je faisais, il y a un an, de la répartition des pouvoirs constitutionnels en matière d'instruction des autochtones. Je disais, en effet, dans mon rapport intitulé *Tradition et éducation : vers une vision de notre avenir* (une étude globale produite par l'Assemblée des premières nations) :

Dans une fédération, le droit constitutionnel n'est jamais simple, évident et clair. Néanmoins, les principes fondamentaux de l'interprétation constitutionnelle au Canada ont, pour la plupart, la même orientation. Un terme qui décrit bien cette orientation est la «souplesse». Les tribunaux du Canada ont été très mesurés dans l'exercice de leur rôle d'arbitre à l'intérieur du système fédéral canadien. Bien que les principes d'exclusivité et de «déguisement» aient pu exercer certaines contraintes sur les gouvernements fédéral et provinciaux, ce ne sont là que des exceptions par rapport à la tendance générale. Cette tendance est alimentée par la présomption de constitutionnalité, par la théorie du double aspect et par les lois générales et les effets indirects, qui font en sorte que des lois fédérales et provinciales sont reconnues comme valides. En outre, lorsqu'il existe deux lois, l'une fédérale et l'autre provinciale, qui portent sur un même sujet, la définition judiciaire très stricte de conflit permet, dans pratiquement tous les cas, la confirmation et l'application des deux lois.

Cela signifie, en rapport avec les compétences en matière d'éducation des Indiens, que les principes généraux d'interprétation de la Constitution du Canada établissent au départ, sur le plan théorique, que des pouvoirs vastes et substantiels existent, à la fois pour le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, dans le domaine de l'éducation des Indiens.

Il se peut bien, comme le procureur général du Manitoba, l'honorable Jim McCrae, l'a affirmé lors d'une des tables rondes, qu'il faille conclure des ententes intergouvernementales, auxquelles pourraient parfois être parties les gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones, pour opérer certaines réformes. Toutefois, on semblait s'entendre sur le fait qu'il n'existait, sur le plan du partage des compétences, aucun empêchement sérieux à ces ententes ou à d'autres formes d'action unilatérale ou concertée.

### *La justice et les rapports hommes-femmes*

La place de la femme dans le système judiciaire actuel a été l'un des thèmes principaux des études commandées par la Commission, de même que des trois jours de discussion de la table ronde. Bien que la discussion sur la notion autochtone de la justice ait surtout porté sur des valeurs comme la réconciliation, la restitution, la réadaptation et, de façon plus générale, l'harmonie et la paix, certaines des auteures et des participantes autochtones ont fortement insisté sur la protection et la sécurité. Comme l'affirme carrément Teresa Nahanee dans son étude :

À moins d'obtenir une participation, une consultation et un financement équitables, les regroupements de femmes autochtones opposeraient aujourd'hui une fin de non-recevoir à la création d'un système de justice autochtone parallèle. Trois motifs fondent cette affirmation. Premièrement, les femmes sont furieuses contre les projets pilotes du ministère de la Justice qui permettent aux délinquants sexuels autochtones de circuler dans leurs collectivités sans avoir à purger de peine

après avoir été condamnés pour des crimes violents contre des femmes et des enfants autochtones. Deuxièmement, les femmes autochtones s'opposent à la clémence des tribunaux à l'égard des délinquants sexuels autochtones dont les victimes sont des femmes et des enfants. Troisièmement, les femmes autochtones et leurs organismes ont crié victoire à la suite de la décision unanime de la Cour d'appel fédérale, le 20 août 1992, qui a statué que c'était violer la liberté d'expression que de consulter surtout des hommes dans le cadre de l'élaboration de politiques autochtones touchant l'ensemble des peuples autochtones.

Ce passage, en plus d'énoncer le problème, à savoir qu'il est nécessaire qu'un système judiciaire, même un système distinct pour les autochtones, protège les femmes (et les enfants) contre la violence des hommes, fait également valoir que la solution passe par la connaissance et l'expérience des femmes, et leur pleine participation à l'élaboration et à la mise en oeuvre des réformes. Il a été dit et redit maintes fois, tout au long de la table ronde, que les femmes avaient un double rôle à jouer dans le système judiciaire : celui de victimes, mais aussi d'intervenantes de premier plan dans l'élaboration des solutions.

### *Des systèmes judiciaires distincts pour les autochtones*

Voilà peut-être le thème dominant des exposés et des discussions lors de la table ronde. Tandis que divers aspects ont fait l'objet d'un certain accord ou consensus, d'autres sont demeurés controversés.

On a cependant convenu que s'il devait y avoir un système judiciaire distinct pour les autochtones, celui-ci ne devait pas être aussi monolithique que les systèmes en place aux paliers fédéral, provincial et territorial. Il faudrait plutôt un système individualisé et pluraliste conçu et mis en place au niveau local. Cette exigence s'appuie sur des réalités historiques aussi bien que contemporaines.

Le fait historique, c'est la grande diversité des peuples autochtones au Canada. Comme le dit John Giokas dans son étude :

Les autochtones vivent dans toutes les régions du Canada, 84 % d'entre eux étant établis à l'ouest du Québec. Les cultures autochtones sont aussi diversifiées sinon davantage que celles des pays d'Europe. Il existe plus de 50 langues autochtones au Canada, appartenant à 11 groupes linguistiques différents. En outre, les contacts avec les colons allogènes ont été différents d'un peuple autochtone à l'autre, tout comme l'est la nature de leurs rapports juridiques et constitutionnels avec les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, qui dépendent de la qualité des relations entretenues au cours de l'histoire ainsi que de leur statut en vertu de la loi canadienne.

En résumé, la notion même de «peuple» autochtone semble n'être qu'une vue de l'esprit, tout comme l'idée d'une solution «autochtone» unique et globale aux problèmes que pose un aussi vaste domaine que celui de l'administration de la justice.

Le fait contemporain, c'est tout simplement qu'il existe déjà au Canada, de fait sinon de droit, un grand nombre de systèmes autochtones distincts. Conséquemment, comme l'affirme Tony Mandamin dans son étude :

Au Canada, plusieurs communautés ont inauguré des programmes judiciaires autochtones. Il serait irréaliste et contradictoire d'espérer que ces initiatives communautaires produisent un seul et même système judiciaire autochtone...

Il est possible d'implanter les systèmes judiciaires autochtones communautaires dans des communautés environnantes, mais il est difficile de les adapter à des structures culturelles, géographiques et politiques différentes. Il est peu probable qu'un même modèle communautaire puisse être adopté par tous les peuples autochtones du Canada.

Quant à la question cruciale de savoir s'il devrait y avoir au Canada des systèmes judiciaires distincts pour les autochtones, il ne s'est dégagé aucun consensus. J'ai discerné au moins trois types d'analyses et d'arguments différents. Tout d'abord, il s'agirait de retirer autant que possible les autochtones du système actuel, et ce dans les plus brefs délais, d'instaurer des gouvernements autochtones indépendants et de leur laisser le soin d'établir leurs systèmes judiciaires. On propose ensuite de réformer en profondeur le système judiciaire; l'expérience acquise dans la mise en oeuvre de cette réforme pourrait ou non aboutir à l'instauration de systèmes judiciaires autochtones distincts. Enfin, on suggère d'encourager une réforme éclectique, à partir de la base, sans idée préconçue quant aux résultats.

J'ai dit qu'il ne semblait pas y avoir de consensus sur la création de systèmes judiciaires distincts pour les autochtones, mais je dois quand même préciser qu'on paraissait s'entendre largement sur le fait que les arguments théoriques en faveur de systèmes distincts étaient convaincants, et que les arguments théoriques à l'encontre ne l'étaient pas. Les analyses de Mary Ellen Turpel et de Jeremy Webber sont particulièrement convaincantes sur ces deux points respectifs. Tous deux soulignent que le système judiciaire canadien est déjà fort diversifié, tant sur le plan du droit positif que sur celui du code de procédure. En outre, la diversité qu'engendre un système démocratique est l'une des valeurs les plus précieuses dans une démocratie de type fédéral comme le Canada. Les implications de ce raisonnement dans le domaine de la justice autochtone sont clairement énoncées par Jeremy Webber dans son étude :

La création d'un système judiciaire autochtone serait le fruit d'une décision prise par la collectivité en faisant appel à des mécanismes dont la légitimité, aux yeux des peuples autochtones, équivaudrait à celle des institutions gouvernementales non autochtones pour les peuples non autochtones. Les Canadiens non autochtones n'auraient alors sûrement aucune raison d'annuler la décision.

### *Il ne suffit pas d'opérer des réformes dans les réserves*

Les participants à la table ronde craignaient que la Commission n'accorde trop d'attention aux réformes judiciaires visant uniquement les Indiens habitant dans les



réserves. C'est que presque tout le débat entourant la réforme s'appuie sur la notion de collectivité et que les réserves sont les collectivités les plus évidentes; pour les non-autochtones, il s'agit là de la réalité la plus facile à cerner. Toutefois, de nombreux Inuit, Métis et Indiens vivant en milieu urbain et à l'extérieur des réserves ont éloquentement exposé leurs conceptions de la collectivité et fait valoir que la réforme du système judiciaire actuel ou la création de systèmes judiciaires distincts pour les autochtones allait tout à fait dans le sens de leurs conceptions.

Dans cet ordre d'idées, les participants à la table ronde ont proposé des systèmes de justice fondés sur le territoire dans des collectivités autochtones autres que les réserves (dans le cas, par exemple, des collectivités inuit ou des collectivités métisses éloignées du nord du Manitoba) ainsi que des systèmes judiciaires sans rapport essentiel à des territoires (dans le cas, par exemple, des collectivités autochtones minoritaires des grands centres urbains tels que Vancouver, Regina, Winnipeg et Toronto).

### *Les formules actuelles méritent d'être documentées et analysées*

Les participants à la table ronde avaient le net sentiment qu'on avait pris, dans le domaine de la justice partout au pays, bon nombre d'initiatives louables et que des progrès avaient été réalisés. La Commission n'a donc pas à réinventer la roue et à retourner aux principes de base. L'observation vaut d'ailleurs pour le domaine de la justice peut-être davantage que pour n'importe quel autre (éducation, emploi, santé, logement, etc.) parce qu'on a réalisé, ces dernières années, beaucoup d'analyses approfondies et excellentes dans bon nombre de sphères de compétence. Les participants estiment donc que la Commission devrait s'efforcer de repérer et d'analyser certaines des meilleures initiatives, et d'étudier la possibilité d'en étendre l'application tout en leur conférant un caractère permanent. Comme l'a dit Frank McKay, président de l'Association des chefs de police des premières nations : «Il est temps de changer les projets pilotes en réalisations permanentes.»

### *Une réforme par consensus*

Les participants s'entendaient clairement pour dire que les réformes touchant la justice autochtone, qu'elles se fassent dans le cadre du système actuel ou qu'elles prennent la forme d'un nouveau système judiciaire pour les autochtones, ne sauraient être imposées unilatéralement par un gouvernement, si clairs que soient ses pouvoirs en la matière, si bonnes que soient ses intentions ou si louables que soient ses propositions de réforme. Il faut que la réforme se fasse par consensus, par des contacts et par des négociations entre les gouvernements et les peuples autochtones. Comme l'a si bien dit le juge Cawsey, qui a présidé le Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta : «Tout ce qui a jamais fonctionné pour les autochtones est toujours venu des autochtones.»



## Mémoires



*Zebedee Nungak  
(président de l'Inuit  
Justice Task Force et  
vice-président de Makivik  
Corp.) a présenté un  
mémoire sur les valeurs,  
les normes et les  
principes de justice.*



*Parmi les participants à la table  
ronde se trouvait Cynthia Desmeules-Bertolin,  
avocate métisse de l'Alberta.*



# Le point sur les enquêtes, groupes d'étude et commissions portant sur la justice autochtone

*Direction de la recherche,  
Commission royale sur les peuples autochtones\**

Ce document fait le point sur plusieurs récentes commissions d'enquête qui se sont penchées sur les rapports entre les autochtones et le système de justice canadien. Nous exposons brièvement, pour chaque enquête : les raisons de sa création; ses objectifs; ses principales constatations et recommandations; et les commentaires des porte-parole de l'Administration et des autochtones quant à l'état actuel des recommandations et à leur mise en oeuvre. Le document se termine par une analyse des facteurs qui contribuent au succès ou à l'échec des tentatives de mise en oeuvre de ces recommandations par les gouvernements et par les organisations autochtones.

Les huit études dont il est ici question ont été réalisées par le gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux, parfois de concert avec des organismes autochtones; en effet, les gouvernements reconnaissent de plus en plus que l'actuel système de justice pénale n'a pas répondu aux besoins des peuples autochtones. Depuis 1967, lorsque l'Association canadienne de justice pénale a publié son rapport intitulé *Les Indiens et la loi*, les gouvernements ont fait faire plus d'une trentaine d'études sur la justice<sup>1</sup>. Cette prolifération d'études a donné lieu à de nombreuses recommandations dont bon nombre sont demeurées lettre morte. Le fait que ces recommandations soient réitérées dans plusieurs rapports d'enquête souligne les insuffisances du système en place de même que le besoin d'insister davantage sur leur mise en oeuvre.

Toutes les enquêtes n'avaient pas la même portée, mais les recommandations visent la réforme du système de justice dans son ensemble. La majorité des rapports

---

\* Rédigé par Carole Blackburn

recommandent une réforme du système en place. Par contre, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba<sup>2</sup> et le rapport de la Commission de réforme du droit sur les peuples autochtones et la justice pénale<sup>3</sup> recommandent expressément des systèmes de justice distincts pour les autochtones.

Dans certains cas, les constatations des enquêtes dont nous traitons ici sont assorties de commentaires sur le milieu social qui contribue à la surreprésentation des autochtones dans le système judiciaire. Toutes les enquêtes conviennent que les autochtones qui ont affaire à ce système font face à une discrimination manifeste et systémique, et que cette discrimination est l'une des raisons pour lesquelles de nombreux autochtones ont été victimes d'erreurs judiciaires.

L'échec de la mise en oeuvre des recommandations suscite des inquiétudes; certes, la publication d'un rapport d'enquête n'a pas suffi pour apporter les changements souhaités ni pour régler les problèmes. Dans certains cas, la mise en oeuvre a échoué par manque de volonté politique ou en raison des difficultés d'en arriver à une entente entre toutes les parties intéressées, qu'il s'agisse de l'État ou des autochtones. Lorsque la volonté politique existait, la lenteur des rouages de la bureaucratie et (ou) les compressions budgétaires ont pu entraver l'adoption des mesures pertinentes<sup>4</sup>. On semble avoir accordé la priorité aux recommandations qui étaient relativement faciles à mettre en oeuvre et aux réformes qui n'exigeaient pas d'importants ajustements structurels, de partage du pouvoir ou de consensus entre toutes les parties (par exemple la formation interculturelle des policiers). Les critiques de telles réformes soulignent que la surreprésentation des autochtones dans le système judiciaire découle notamment de leur situation socio-économique marginale par rapport à la société dominante. D'aucuns font valoir qu'il faut régler ces problèmes sociaux avant de pouvoir espérer modifier en profondeur le système de justice.

## Les enquêtes, commissions et groupes d'étude provinciaux

### *Nouvelle-Écosse : La Royal Commission on the Donald Marshall, Jr. Prosecution, 1989*

#### Raison d'être et objectifs

Durant la soirée du 28 mai 1971, un jeune homme de 17 ans nommé Sandford Seale a été assassiné dans le parc Wentworth, à Sydney, Nouvelle-Écosse. Donald Marshall fils, un Indien micmac, a été trouvé coupable du meurtre de Seale et condamné à l'emprisonnement à vie. Une nouvelle enquête, menée 11 ans plus tard, a permis d'établir que Marshall était innocent. Celui-ci a été libéré conditionnellement et ensuite acquitté par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (division d'appel) en mai 1983. Roy Ebsary a été accusé du meurtre de Seale et trouvé coupable d'homicide involontaire après trois procès. Il a été condamné à trois années de prison. En 1986, la Cour d'appel a ramené cette condamnation à une année<sup>5</sup>.

La commission royale sur l'affaire Donald Marshall fils cherchait avant tout à établir les raisons de la condamnation de Donald Marshall afin d'éviter la répétition d'une telle injustice. La commission situait donc son examen de l'affaire dans le cadre plus global de l'administration de la justice pénale en Nouvelle-Écosse.

### Constatations et recommandations

Parmi les constatations d'ordre général, mentionnons les suivantes :

- Le système judiciaire a desservi Donald Marshall fils, depuis le moment de son arrestation et de sa condamnation jusqu'après son acquittement par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.
- Ce déni de justice aurait pu être évité si les intervenants avaient fait preuve d'un comportement plus professionnel et (ou) d'une plus grande compétence.
- Le fait que Marshall ait été un autochtone a contribué à ce déni de justice.

La commission a fait 82 recommandations, portant notamment sur :

#### *Le traitement des personnes victimes d'une erreur judiciaire*

- Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient mettre en place un mécanisme d'examen indépendant pour faciliter l'ouverture de nouvelles enquêtes dans les cas d'allégations de condamnation injustifiée.

#### *Les minorités visibles et le système de justice pénale*

- Les ministères du Procureur général et du Solliciteur général devraient adopter et diffuser une politique sur les relations raciales, qui prône l'équité en matière d'emploi, l'élimination des inégalités fondées sur la race et l'atténuation des tensions raciales entre ces ministères et les collectivités auxquelles ils ont affaire.

#### *Les Micmacs de la Nouvelle-Écosse et le système de justice pénale*

- La création d'une cour criminelle autochtone, d'un institut de la justice autochtone et d'une tribune tripartite qui agirait comme intermédiaire entre les Micmacs et les gouvernements fédéral et provinciaux pour régler les questions en suspens.

#### *L'administration de la justice pénale*

- Des modifications au *Code criminel* pour assurer à l'inculpé la plus grande divulgation possible des éléments de preuve contre lui.

#### *La police et le maintien de l'ordre*

- Que la Commission de police dispose de ressources suffisantes pour lui permettre d'exercer pleinement les fonctions de leadership, d'évaluation, de formation et de déclaration que lui prescrit son mandat.
- Qu'un plus grand nombre de membres des minorités visibles soient recrutés par la GRC et les services de police municipaux.
- Que les services de police adoptent des programmes visant à offrir aux minorités visibles un meilleur accès aux services policiers et à favoriser une plus grande interaction avec eux.

## La réaction du gouvernement

Le gouvernement provincial a tout d'abord affirmé qu'aucune des recommandations du rapport d'enquête ne serait rejetée. Il a depuis accepté toutes les recommandations qui relèvent de ses compétences, souscrit à celles qui n'en relèvent pas et accepté en principe plusieurs autres qui, à son avis, pourraient être mises en œuvre par des moyens autres que ceux proposés par les commissaires<sup>6</sup>. Les principales recommandations concernant les Micmacs et le système de justice pénale, telles que la création d'une cour criminelle autochtone et d'un institut de la justice autochtone, ont été acceptées en principe, mais n'ont toujours pas été mises en œuvre.

La recommandation concernant la création d'une tribune tripartite a reçu beaucoup d'attention; le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a reconnu qu'il s'agissait là du fondement même de la solution des problèmes soulevés par les autres recommandations touchant les questions de justice autochtone<sup>7</sup>. La tribune tripartite est composée de représentants des gouvernements fédéral et provincial, et de trois organisations autochtones, à savoir : l'Union of Nova Scotia Indians, le Native Council of Nova Scotia et la Confederacy of Mainland Mi'Kmaq. La Native Women's Association of Nova Scotia n'a pas été invitée d'emblée à participer à cette tribune et bien qu'elle y ait délégué des observatrices, elle ne participe encore que très peu à cette tribune.

Le programme de la tribune tripartite ne porte pas que sur la justice et les questions découlant de l'enquête Marshall. L'enquête Marshall a toutefois donné lieu à la création de sous-comités sur la justice, les services policiers et les droits de la personne. Ces sous-comités étudient et mettent en œuvre des recommandations dans ces domaines. Le sous-comité de la justice vient d'approuver un projet préliminaire d'aides judiciaires ainsi qu'un projet de déjudiciarisation des adultes à Shubenacadie, qu'on met actuellement en œuvre. Il a aussi donné son approbation en principe au projet d'animateurs juridiques communautaires. Les animateurs juridiques communautaires assureront la liaison entre les particuliers et les éléments pertinents du système judiciaire. Des négociations se déroulent concernant la création d'une force policière régionale micmaque au Cap-Breton<sup>8</sup>.

## La réaction des autochtones

Dans l'ensemble, la collectivité autochtone a accueilli favorablement l'enquête Marshall et la tribune tripartite. On a rapporté que l'enquête Marshall et son rapport avaient obligé les gouvernements fédéral et provincial à agir en matière de justice autochtone. On s'est cependant demandé dans quelle mesure le rapport et les initiatives auxquelles il a donné lieu touchaient des problèmes plus fondamentaux tels que le racisme et la pauvreté<sup>9</sup>. On estime que des changements superficiels au système judiciaire n'élimineront ni ne corrigeront la situation socio-économique qui place de nombreux Micmacs en conflit avec ce système.

La Confederacy of Mainland Mi'Kmaq, l'une des trois organisations autochtones invitées à participer à la tribune tripartite, s'en est retirée. Elle s'opposait à la participation du Native Council of Nova Scotia, qui défend les intérêts des Indiens non inscrits et



des Indiens inscrits habitant hors des réserves en Nouvelle-Écosse, estimant que la présence du Native Council constituait un autre exemple de la politique d'assimilation dont elle a toujours été victime. Elle a réintégré la tribune une fois qu'on lui eut signalé qu'elle ne pourrait participer autrement aux activités tripartites. Le Native Council of Nova Scotia s'est dit peu encouragé par le niveau d'engagement manifesté par le gouvernement fédéral. De l'avis de leur porte-parole, le gouvernement fédéral n'a pas tenu sa promesse de déléguer des cadres supérieurs de l'Administration à la tribune. On a aussi laissé entendre que le gouvernement fédéral n'avait pas affecté d'argent aux initiatives proposées par la tribune tripartite, bien qu'il ait financé la démarche comme telle. Le financement de diverses initiatives oblige donc à procéder à des négociations et à demander de l'argent à divers ministères, ce qui entraîne des retards<sup>10</sup>.

## *Manitoba : Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, 1991*

### **Raison d'être et objectifs**

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a été lancée par le gouvernement du Manitoba le 3 avril 1988 en réaction à deux incidents : le procès, en 1987, de deux hommes pour le meurtre de Helen Betty Osborne, un procès qui survenait 16 ans après l'assassinat, puis la mort de John Joseph Harper en mars 1988. Harper, directeur général du conseil tribal d'Island Lake, est décédé à la suite d'une altercation avec un policier de la ville de Winnipeg qui a mal tourné. Le lendemain, le service de police a disculpé l'agent malgré les nombreuses questions qui demeuraient sans réponse.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba avait pour mandat de faire enquête et de présenter des recommandations sur la situation des autochtones par rapport au système judiciaire du Manitoba, et de proposer des améliorations. L'enquête devait se pencher sur toutes les dimensions des affaires J.J. Harper et Helen Betty Osborne, et faire toutes recommandations supplémentaires jugées pertinentes. La commission devait étudier toutes les dimensions du système judiciaire, y compris les services policiers, les tribunaux et les services correctionnels.

### **Constatations et recommandations**

Les commissaires de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba ont constaté que le système judiciaire était insensible et inaccessible, et qu'il avait desservi à tous points de vue les peuples autochtones du Manitoba. L'une des constatations les plus importantes était que des changements accessoires au système judiciaire seraient insuffisants pour régler les problèmes existants. Selon les commissaires, la création de systèmes de justice autochtone distincts constitue la seule réponse pertinente aux problèmes systémiques qui accablent le système actuel en ce qui a trait aux collectivités autochtones.

L'enquête a donné lieu à 293 recommandations portant notamment sur :

*Les systèmes de justice autochtone*

- Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient reconnaître le droit des peuples autochtones de créer leur propre système de justice comme corollaire à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. On a aussi recommandé que ces gouvernements aident les peuples autochtones à mettre en place des systèmes de justice autochtone selon les désirs de leurs collectivités.

*La réforme des tribunaux*

- La mise en place de tribunaux en bonne et due forme dans les collectivités autochtones et l'amélioration des cours de circuit pour faire en sorte qu'elles puissent traiter toutes les questions inscrites au registre de la cour durant une seule visite.

*Les solutions de rechange à l'incarcération*

- Un recours accru aux solutions de rechange à l'incarcération pour les peuples autochtones;
- Des modifications au *Code criminel* afin qu'on tienne compte des facteurs culturels au moment de l'imposition de la peine.

*Les prisons*

- L'adoption de programmes de sensibilisation, de formation professionnelle et de counseling, particulièrement en matière d'alcoolisme, de violence familiale et de gestion de la colère, pour les détenus autochtones dans tous les établissements correctionnels du Manitoba. On devrait aussi garantir aux peuples autochtones le droit de vivre leur propre spiritualité dans les établissements correctionnels.

*Les femmes autochtones*

- La création par les dirigeants autochtones d'un organe de pouvoir local à l'intention des femmes et des enfants, chargé d'élaborer des programmes d'éducation et de soutien portant sur les mauvais traitements infligés aux conjointes et aux enfants<sup>11</sup>;
- Des refuges et des foyers d'hébergement pour les femmes et les enfants battus dans les collectivités autochtones et les centres urbains.

*L'aide à l'enfance*

- La création, par la province, d'un organisme de services d'aide à l'enfance et à la famille à l'intention des Métis; ces services seraient chargés des Métis et des enfants non inscrits du Manitoba, de concert avec la Manitoba Métis Federation.

*Les jeunes contrevenants*

- La modification de la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour permettre aux juges de confier les jeunes à la garde d'un organisme de services d'aide à l'enfance et à la famille plutôt que de recourir à l'incarcération ou à la détention;
- Le recours à des programmes de prévention de la criminalité, à la garde en milieu ouvert et à des camps de plein air pour les jeunes autochtones dans les collectivités autochtones de la province et à proximité de ces collectivités.

*Les services policiers*

- L'accent sur les services de police communautaires dans les collectivités autochtones;

- La création de programmes d'équité en matière d'emploi pour assurer une meilleure représentation des autochtones;
- L'amélioration et la révision des programmes d'éducation interculturelle.

#### *La stratégie d'action*

- La création d'une commission de la justice autochtone ayant pour mandat notamment de contrôler et d'appuyer la mise en oeuvre par le gouvernement des recommandations de l'enquête<sup>12</sup>.

### **La réaction du gouvernement<sup>13</sup>**

Le gouvernement a à peine donné suite aux recommandations de l'Aboriginal Justice Inquiry. Il a récemment proposé la création de certains groupes de travail qui discuteraient de l'éventuelle mise en oeuvre des recommandations acceptées par le gouvernement. La démarche de consultation, telle qu'énoncée par le gouvernement, serait dirigée par le comité de la justice autochtone du Cabinet, présidé par le ministre des Affaires du Nord et des Affaires autochtones. Le comité réunirait aussi les ministres de la Justice, des Services de la Famille, des Ressources naturelles et de la Culture, du Patrimoine et des Loisirs, ainsi que des représentants du Secrétariat aux affaires autochtones. Le ministère de la Justice a créé trois groupes de travail chargés respectivement des tribunaux, des services correctionnels et des questions de police. Les ministères des Affaires du Nord et des Affaires autochtones, des Ressources naturelles et des Services de la Famille ont aussi créé d'autres groupes de travail. On rapporte que la Manitoba Métis Federation, l'Assembly of Manitoba Chiefs, l'Indigenous Women's Collective et l'Aboriginal Council of Winnipeg ont été invités à siéger à ces groupes de travail sur la justice et à les coprésider. On a aussi invité des représentants des corps policiers de Brandon et de Winnipeg ainsi que de la GRC à siéger au groupe de travail sur la police.

### **La réaction des autochtones**

Les regroupements autochtones se sont dits insatisfaits tant de la réaction à l'égard du Justice Inquiry Report depuis sa publication qu'à l'égard de l'actuel recours à des groupes de travail par le gouvernement provincial. Ils ont souligné que le gouvernement n'avait invité des organismes autochtones à siéger aux groupes de travail et à les coprésider qu'à la suite de pressions politiques de la part des organismes autochtones, une fois annoncée la création des groupes<sup>14</sup>. On avait tout d'abord invité les représentants autochtones à titre de conseillers plutôt qu'à titre de décideurs. En procédant ainsi, le gouvernement provincial s'autorisait à prendre des décisions sans la pleine approbation ou le consensus des organismes autochtones. Cette formule ne permettait pas aux organismes autochtones de participer de façon équitable et efficace. La Manitoba Métis Federation (MMF), l'Assembly of Manitoba Chiefs (AMC) et l'Indigenous Women's Collective (IWC) ont laissé savoir au gouvernement provincial qu'elles ne siègeraient aux groupes de travail projetés que sur un pied d'égalité, ce qui exige un accès aux ressources, à l'information et à des spécialistes rémunérés<sup>15</sup>. Les trois organismes autochtones viennent de remettre une proposition commune au gouvernement provincial selon laquelle ils acceptent de siéger aux

groupes de travail si on leur verse de l'argent pour la création d'un secrétariat à la justice autochtone. Ce secrétariat servirait de ressource collective aux organismes pour préparer et appuyer une participation continue aux groupes de travail de la province<sup>16</sup>.

On s'est aussi élevé contre le fait que les groupes de travail ne tiendraient pas compte du statut, c'est-à-dire que les questions relatives aux Métis, aux Indiens inscrits, aux Indiens non inscrits ainsi qu'aux autochtones habitant dans les réserves et hors des réserves seraient examinées dans le même contexte. La Manitoba Métis Federation s'est opposée aux groupes de travail parce qu'ils ne semblent s'adresser qu'aux premières nations et ne s'intéresser qu'aux problèmes des réserves, et qu'ils n'accordent pas suffisamment d'attention aux problèmes spécifiques des Métis<sup>17</sup>. L'Assembly of Manitoba Chiefs, qui représente les Indiens inscrits du Manitoba, craint que la discussion, dans un contexte général, de problèmes qui intéressent spécifiquement les Indiens inscrits n'atténue l'importance de ces questions<sup>18</sup>. Cette situation n'est pas le fruit d'un conflit entre les deux organisations. L'Assembly of Manitoba Chiefs estime que le problème découle de ce que le gouvernement provincial n'a pas su reconnaître la spécificité des divers intervenants et l'utilité de procéder à des discussions plus directes pour certaines questions<sup>19</sup>.

### *Alberta : The Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, 1991*

#### **Raison d'être et objectifs**

Le gouvernement a créé le Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta non pas pour étudier une affaire particulière mais plutôt en réaction à des préoccupations d'ordre plus général au sujet des répercussions du système de justice pénale sur les peuples autochtones. Ces préoccupations comprenaient notamment la surreprésentation des autochtones dans les établissements correctionnels et la prestation de services de justice pénale aux peuples autochtones par des non-autochtones. Le but du groupe d'étude, selon son propre mandat, était :

...de réaliser un examen du système de justice pénale en Alberta dans ses rapports avec les peuples indiens et métis, et de présenter un rapport au solliciteur général du Canada, au procureur général de l'Alberta et au solliciteur général de l'Alberta, qui cernerait les problèmes et proposerait des solutions susceptibles de garantir que les Indiens et les Métis reçoivent un traitement juste et équitable à toutes les étapes de l'administration de la justice pénale en Alberta<sup>20</sup>.

L'enquête ne visait que le système de justice pénale et ses effets sur les Indiens et les Métis des villes, des régions rurales, des réserves et des régions isolées<sup>21</sup>. L'enquête devait aussi se pencher sur les raisons pour lesquelles le système avait des effets différents sur les hommes et sur les femmes<sup>22</sup>.

## Constatations et recommandations

Le groupe d'étude a constaté que le système de justice pénale de l'Alberta était devenu trop centralisé, trop légaliste et trop détaché des collectivités auxquelles il s'adresse<sup>21</sup>. Qui plus est, les collectivités autochtones se sentent étrangères à ce type de système, qui ne peut d'ailleurs atteindre ses objectifs. Une autre constatation générale, mais non moins importante, concernait l'absence de communication entre les peuples autochtones et tous les niveaux de services du système de justice; ce manque de communication constituait l'une des plus graves lacunes de l'actuel système de justice pénale.

Le groupe de travail a présenté 340 recommandations sous les rubriques suivantes : les services policiers, l'aide juridique, les tribunaux, les juges, les procureurs et les avocats, les services correctionnels, et les services de counseling autochtone de l'Alberta. Voici les thèmes principaux du rapport<sup>24</sup> :

- Le besoin d'une meilleure communication et de meilleurs rapports au sein des collectivités ou organisations autochtones, des services de police et des organes de l'État, ainsi qu'entre ces groupes;
- Le besoin de mieux sensibiliser le personnel du système de justice pénale aux différences interculturelles;
- Le besoin d'accroître le nombre d'employés autochtones au sein du système de justice pénale;
- Le besoin de trouver des solutions de rechange à l'incarcération pour les autochtones en détention provisoire ou condamnés à l'incarcération;
- Le besoin d'accroître la participation des anciens au système de justice pénale;
- Le besoin de généraliser les programmes de désintoxication;
- Le besoin d'accroître les ressources communautaires autochtones et la participation de la collectivité autochtone à la définition et à la solution des problèmes du système de justice pénale ainsi qu'à l'élaboration et à l'exécution des programmes;
- Le besoin d'accroître l'éducation populaire au sujet des questions autochtones et de sensibiliser davantage les autochtones au système de justice pénale.

## La réaction du gouvernement

Après que le groupe d'étude Cawsey eut déposé son rapport à l'assemblée législative de l'Alberta, le gouvernement a demandé au comité de direction qui avait surveillé les travaux du groupe et qui existait toujours de présenter au procureur général et au solliciteur général de l'Alberta un rapport sur une stratégie de mise en oeuvre des recommandations. À cette fin, le gouvernement a retenu les services de Gordon Greig, ancien commissaire adjoint de la GRC, maintenant retraité, pour mener des consultations avec les organismes et les particuliers autochtones au sujet de la mise en oeuvre des recommandations. Il a aussi créé un comité de travail pour coordonner les consultations et aider à la rédaction du rapport final. Il a invité tous les organismes et toutes les collectivités autochtones qui avaient participé au groupe d'étude à prendre part aux consultations qui ont débuté en août 1991. M. Greig était accompagné de représentants de l'Indian Association of Alberta et de la Métis

Nation of Alberta durant la plupart des consultations avec leurs membres. M. Greig a récemment terminé un rapport résumant ses consultations, qu'il a remis au solliciteur général du Canada et au solliciteur général de l'Alberta, au procureur général de l'Alberta, au ministre de la Justice du Canada et au ministre chargé des Affaires autochtones de l'Alberta. On attend toujours les réactions officielles à ce rapport<sup>25</sup>.

Le solliciteur général de l'Alberta a fait remarquer que plusieurs mesures avaient déjà été prises avant la création du groupe d'étude et que l'on était en train d'apporter des améliorations à certaines d'entre elles. Mentionnons entre autres la formation interculturelle à l'intention du personnel du système judiciaire, particulièrement des forces policières<sup>26</sup>. Bien qu'on ait déjà pris de telles mesures ou qu'on s'apprête à le faire, d'autres recommandations, qui appellent des modifications systémiques plus complexes, ont été mises en veilleuse en attendant la réaction du gouvernement au rapport<sup>27</sup>.

### La réaction des autochtones

La collectivité autochtone de l'Alberta a bien accueilli le rapport du groupe d'étude. L'interprétation des événements survenus depuis la publication du rapport du groupe d'étude varie. L'Indian Association of Alberta a rapporté qu'en raison de l'insuffisance des ressources financières, il avait été impossible de procéder à une consultation en bonne et due forme avec la collectivité autochtone. L'Indian Association avait proposé au comité de direction :

1. De permettre à un représentant de l'Indian Association d'accompagner M. Greig durant ses consultations avec les premières nations;
2. De permettre à un représentant de l'Indian Association, ayant une formation en droit ou en criminologie, de participer à toutes les rencontres du groupe d'étude;
3. D'organiser une rencontre entre toutes les premières nations dans chacune des régions visées par les traités de la province une fois terminées les consultations entre M. Greig et la collectivité autochtone;
4. D'organiser une rencontre de tous les chefs des premières nations visées par les traités 6, 7 et 8 une fois terminées les rencontres dans chacune des régions visées par les traités<sup>28</sup>.

La démarche de consultation recommandée n'a pas été menée à terme. L'Indian Association a été représentée durant les consultations par un agent autochtone de la GRC, détaché auprès de l'association. Cet agent a accompagné M. Greig dans ses rencontres avec la collectivité autochtone et a rendu compte à l'association du résultat de ces rencontres. L'assemblée des chefs visés par les traités 6, 7 et 8 n'a toujours pas eu lieu, pas plus que l'assemblée générale de tous ces chefs<sup>29</sup>.

La Métis Nation of Alberta s'est dite satisfaite du rôle qu'elle a joué dans les consultations<sup>30</sup>. Les Métis ont aussi déclaré qu'ils étaient satisfaits des progrès réalisés à ce jour dans la mise en œuvre des recommandations et ont dit croire à la volonté politique de régler le dilemme posé par le problème de la justice pénale applicable aux autochtones<sup>31</sup>.

## *Saskatchewan : Le Saskatchewan Indian Justice Review Committee et le Saskatchewan Métis Justice Review Committee, 1992*

### **Raison d'être et objectifs**

Le ministère de la Justice de la Saskatchewan, le gouvernement du Canada et la Fédération of Saskatchewan Indian Nations ont convenu de créer le Saskatchewan Indian Justice Review Committee dont le mandat s'étendait du 7 juin 1991 au 7 décembre 1991. Son but n'était pas de redresser des torts mais plutôt d'examiner les moyens de changer l'actuel système de justice pénale et d'encourager les changements positifs déjà amorcés afin de créer un système de justice plus équitable à l'égard des peuples indiens<sup>32</sup>.

Le comité a pris acte de l'accroissement du nombre d'études analogues et des faibles progrès réalisés en vue de la mise en oeuvre de leurs recommandations. C'est pourquoi il s'est donné peu de temps pour trouver des solutions pratiques et concevoir des initiatives susceptibles d'être mises en oeuvre sur-le-champ ou dans des délais raisonnables<sup>33</sup>.

Le Saskatchewan Métis Justice Review Committee a été créé pour étudier les besoins de la collectivité métisse au sein du système judiciaire. Le comité d'examen avait pour mandat de faciliter les consultations sur le système de justice pénale dans ses rapports avec le peuple et les collectivités métisses de la Saskatchewan et de formuler des recommandations sur la prestation des services de justice pénale à ces collectivités<sup>34</sup>. Les recommandations devaient viser plus particulièrement l'élaboration et la mise en oeuvre de mesures pratiques, à caractère communautaire, destinées à améliorer les services judiciaires.

### **Constatations et recommandations**

Les recommandations des deux rapports sont identiques, sauf les trois recommandations qui portent spécifiquement sur les Indiens. Elles visaient avant tout à rendre le système de justice pénale plus sensible aux Indiens et aux Métis. Les recommandations sont regroupées sous les rubriques suivantes :

#### *La justice et les jeunes*

- Améliorer l'accès et la participation des autochtones à la conception et à l'exécution des programmes à l'intention des jeunes contrevenants, particulièrement en ce qui a trait aux programmes de médiation et de déjudiciarisation;
- Encourager la participation des anciens à l'exécution des programmes à l'intention des jeunes contrevenants, particulièrement en ce qui a trait aux enseignements culturels et spirituels, et au counseling.

#### *Les services policiers*

- Que les corps policiers adoptent des programmes d'équité en matière d'emploi afin que la proportion d'agents autochtones soit égale à celle des autochtones au sein de la population;
- Que l'on crée un poste d'agent de relations culturelles et de liaison avec les autochtones au sein de la Commission de police de la Saskatchewan.

### *La représentation juridique*

- Que les ministères fédéral et provincial établissent, de concert avec les organismes indiens et métis, un programme d'aide juridique autochtone à l'échelle de la province.

### *Les solutions de rechange à l'incarcération*

- La création de programmes de médiation, de déjudiciarisation et de réconciliation adaptés à la culture autochtone, qui adoptent une approche holistique de la réadaptation des délinquants.

### *Les tribunaux*

- Qu'on fasse davantage appel aux juges de paix autochtones, particulièrement dans le Nord, pour juger des questions telles que les demandes de liberté sous caution, les infractions au *Code de la route* et les infractions criminelles mineures.

### *Les services correctionnels*

- Des programmes de formation et de perfectionnement en relations raciales et interculturelles à l'intention des employés des services correctionnels des gouvernements fédéral et provincial;
- Que les femmes purgeant une peine fédérale ne purgent plus cette peine à la prison des femmes de Kingston.

## **La réaction du gouvernement<sup>35</sup>**

Le ministère de la Justice de la Saskatchewan a déclaré qu'il avait appuyé, et qu'il continuait d'appuyer, les recommandations des rapports des deux comités, celui sur les Indiens et celui sur les Métis. Les recommandations font l'objet d'un examen au moyen de plusieurs démarches bilatérales et tripartites, tant internes qu'externes.

Des discussions tripartites ont eu lieu entre le ministère de la Justice de la Saskatchewan, le ministère de la Justice du Canada et la Métis Society of Saskatchewan au sujet d'une proposition de la Métis Society en vue de la création de cercles de «conciliateurs» dans les collectivités à majorité métisse. Ces cercles doivent garantir aux collectivités métisses une voix active dans les décisions judiciaires. Des négociations tripartites se déroulent aussi entre la province, le ministère de la Justice du Canada, et le solliciteur général et la Federation of Saskatchewan Indian Nations. Les discussions portent avant tout sur les diverses possibilités en matière de services policiers pour les Indiens, sur la formation interculturelle et l'équité en matière d'emploi et sur un projet pilote concernant les juges de paix indiens présenté par le conseil tribal de Meadow Lake. Des consultations bilatérales entre la province et la Métis Society of Saskatchewan ont également lieu. Ces discussions portent avant tout sur la création d'un organe public sans but lucratif qui serait affilié à la Métis Society et qui offrirait des services judiciaires ainsi que des services à la jeunesse et aux familles.

On a amorcé la constitution d'un système de collecte de données pour comparer les relations des autochtones et des non-autochtones avec le système judiciaire. Le service de police de Regina a mis en oeuvre un plan global d'équité en matière d'emploi



pour accroître la représentation des autochtones au sein de son personnel civil et policier. Depuis septembre 1992, on offre une nouvelle formation interculturelle au personnel des services sociaux du gouvernement provincial. Le Pine Grove Correctional Centre for Women, de concert avec les organismes et le personnel des services aux autochtones, dispense de nouveaux programmes aux délinquantes, notamment le programme du Women's Healing Circle destiné aux victimes d'agression physique et sexuelle et aux toxicomanes, des programmes de formation complémentaire et professionnelle en plus d'organiser des stages en milieu de travail. L'examen de l'efficacité des services d'aide juridique qui avait été recommandé ainsi que l'enquête sur les allégations de racisme dans les établissements correctionnels de la province ont été mis en train. La Ronge a été désignée par la cour de circuit, division du banc de la Reine, pour l'audition des poursuites criminelles.

D'autres initiatives seraient en cours d'exécution, notamment une étude de faisabilité du rétablissement d'un programme provincial d'aides judiciaires autochtones qui met l'accent sur les besoins des collectivités autochtones<sup>36</sup>. Les services de police communautaires dans les villes, les régions rurales, le Nord et les réserves sont en voie d'amélioration. On constate aussi des progrès dans le projet pilote de médiation et de déjudiciarisation de North Battleford à l'intention des délinquants adultes; la province a aussi amorcé un examen des critères d'admissibilité aux programmes de médiation et de déjudiciarisation. Un examen de la Cour provinciale dans le nord de la province est également en cours; il vise à atténuer les contraintes de temps dans le Nord.

### **La réaction des autochtones**

La Federation of Saskatchewan Indian Nations (FSIN) s'est déclarée satisfaite du rapport du Indian Justice Review Committee, compte tenu de son mandat restreint, soit l'examen des relations entre les Indiens visés par les traités et l'actuel système judiciaire<sup>37</sup>. Le porte-parole de la FSIN a souligné que les recommandations étaient «loin de répondre à l'objectif de la commission de la justice de la FSIN, soit un système de justice géré par les premières nations. Un tel système comprendrait des pouvoirs législatifs dans nos sphères de compétence, des services gérés par les premières nations dans les réserves, des cours tribales dans les réserves et un système de sanctions régi par les premières nations (c'est-à-dire des établissements correctionnels)». Bien que la FSIN soit optimiste face à l'avenir, elle ne s'attend pas à ce que le rapport donne lieu à d'importants changements dans l'immédiat. À l'heure actuelle, on s'intéresse aux recommandations et aux initiatives de façon ponctuelle, et non pas en fonction d'une stratégie de mise en oeuvre. La FSIN aimerait voir adopter une stratégie à laquelle seraient partie prenante les organes directeurs des Indiens de la Saskatchewan visés par les traités. Elle déclare ne pas disposer de ressources financières suffisantes pour participer de façon efficace à la démarche de planification et de mise en oeuvre. Cette démarche comprendrait, à terme, un transfert négocié du pouvoir d'administration de la justice. Le comité aura cependant permis d'établir une relation de travail entre les trois ordres de gouvernement. Les gouvernements ont souscrit au changement et traitent le rapport comme une option viable.

La Métis Society of Saskatchewan (MSS) est en voie de déterminer comment le rapport du Métis Justice Review Committee peut être le plus utile aux Métis<sup>38</sup>. Lors de son assemblée annuelle, en octobre, la MSS a organisé une conférence d'une journée sur la justice, au cours de laquelle la société a sollicité les commentaires des participants sur la meilleure façon de mettre le rapport en oeuvre au sein des collectivités métisses et de régler les problèmes de la collectivité. Le ministre de la Justice de la Saskatchewan a participé à la conférence, où il a réitéré l'engagement des gouvernements provinciaux à l'égard des questions de justice autochtone. Bien qu'il s'agisse là d'un engagement positif et encourageant, la mise en oeuvre de nombreuses initiatives et recommandations est retardée parce que la province n'a pas versé les ressources suffisantes. On s'attend à ce que ces retards perdurent.

Les cercles de détermination de la peine sont l'une des mesures auxquelles ont donné lieu les travaux du Métis Justice Review Committee. Deux cercles ont été créés dans les collectivités métisses du Nord et l'on compte en créer d'autres. Ils visent à garantir que la procédure de détermination de la peine tienne compte des besoins de la collectivité. Ils siègent avec le juge de la cour de circuit du nord de la Saskatchewan et sont composés de sages et d'autres membres en vue de la collectivité. Puisque les cercles seront composés de membres de la collectivité qui jugeront leurs concitoyens, on s'attend à ce qu'ils puissent mieux enrayer la criminalité que les sanctions imposées de l'extérieur.

## **Les enquêtes, groupes d'étude et commissions du gouvernement fédéral**

### *Affaires indiennes et du Nord Canada : Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes, 1990*

#### **Raison d'être et objectifs**

Le groupe d'étude chargé d'étudier le maintien de l'ordre dans les réserves indiennes a été créé en 1986 pour répondre à plusieurs préoccupations. Les collectivités indiennes étaient aux prises avec une escalade rapide de la criminalité qui inquiétait profondément les dirigeants autochtones et les membres des collectivités qui doutaient que les services policiers existants soient adaptés et sensibles aux besoins particuliers des collectivités indiennes. Le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires s'inquiétaient de plus en plus de l'escalade rapide du coût des services de police destinés aux réserves indiennes. Enfin, l'absence d'un cadre de politique global quant au maintien de l'ordre dans les réserves indiennes entravait la recherche de solutions à ces problèmes<sup>39</sup>.

Le groupe d'étude avait pour mandat :

- De formuler clairement les objectifs de la politique fédérale du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes;
- De préciser les obligations des différents ministères et organismes fédéraux;

- D'examiner la question des responsabilités futures du gouvernement du Canada, des gouvernements provinciaux et territoriaux et des gouvernements indiens;
- De formuler des recommandations sur :
  - a) Les ressources;
  - b) Les normes de services;
  - c) Les mécanismes de prestation des services de police dans les réserves indiennes<sup>40</sup>

## Constatations

En ce qui a trait aux programmes et aux besoins, le groupe d'étude a conclu que les différents intervenants devraient se consulter ou négocier sur les sujets suivants :

- L'accès aux services de police généraux;
- La prestation de services de police sensibles à la culture autochtone;
- La prestation de services qui répondent à des normes régionales acceptables à tous;
- La compétence juridique des policiers, c'est-à-dire à la fois leurs pouvoirs et leurs territoires.

Pour ce qui est de la participation des Indiens, le groupe d'étude a constaté ce qui suit :

- Il faut assurer une plus grande participation des collectivités indiennes à la structure dont relèvent les forces policières qui travaillent dans les réserves;
- Les négociations sur l'autonomie gouvernementale devraient aussi porter sur les services de police et l'administration de la justice.

En ce qui a trait au rôle et aux responsabilités du gouvernement, le groupe d'étude a conclu ce qui suit :

- Le gouvernement fédéral devrait continuer de contribuer financièrement à la prestation, dans les réserves, de services de police qui respectent les critères convenus;
- Le gouvernement fédéral devrait assurer la cohérence de sa participation financière aux différents programmes dans le cadre de toute nouvelle politique;
- La politique fédérale révisée devrait être mise en oeuvre par étapes.

## La réaction du gouvernement

Le gouvernement fédéral a réagi au rapport du groupe d'étude en adoptant une politique sur la police des premières nations, qui sera mise en oeuvre par la nouvelle Direction générale de la police autochtone. La responsabilité de la politique relative aux services de police des premières nations est passée, le 1<sup>er</sup> avril 1992, du ministère des Affaires indiennes et du Nord au solliciteur général du Canada<sup>41</sup>.

La nouvelle politique veut améliorer le niveau et la qualité des services de police à l'intention des collectivités autochtones par l'entremise d'accords tripartites sur les services de police entre la collectivité autochtone, le gouvernement provincial ou territorial en cause, et le gouvernement fédéral. Les accords seront rédigés en fonction des besoins des collectivités autochtones et pourront aborder des questions telles

que : le but, les garanties juridiques et constitutionnelles, le mandat, les pouvoirs et la gestion des services de police, la dotation et la formation, les fournitures et l'équipement, les finances et l'administration, les modalités d'entente et les dispositions de modification ou d'abrogation de l'entente. Les collectivités autochtones doivent prendre l'initiative de ces négociations en présentant une proposition à la fois au solliciteur général du Canada et aux procureurs et solliciteurs généraux des provinces.

La politique est assortie d'un budget fédéral de 116,8 millions de dollars sur cinq ans. Le gouvernement fédéral assumera 52 % de la contribution de l'État aux initiatives en matière de services policiers, tandis que les gouvernements provinciaux et territoriaux paieront 48 % de la note. La capacité de la collectivité autochtone de participer au financement des services de police fera l'objet de discussions durant les négociations tripartites.

Cette politique est trop récente pour que l'on puisse juger de sa réussite ou de son échec. La situation du Manitoba illustre toutefois combien il peut être difficile de mettre en oeuvre la politique et de profiter des occasions qu'elle offre lorsque le dialogue entre les trois parties est difficile. Selon un porte-parole de l'Assembly of Manitoba Chiefs (AMC), le gouvernement provincial a laissé entendre qu'il ne participerait pas au programme de services de police des premières nations à moins que l'AMC n'accepte de siéger au groupe de travail dont il a été question précédemment<sup>42</sup>. De toute évidence, les initiatives touchant les services de police ne seront étayées par la nouvelle politique que si chaque partie collabore pleinement.

### ***Service correctionnel du Canada : Rapport du Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale, 1991***

#### **Raison d'être et objectifs**

Le Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale a été créé en mars 1989 par le commissaire du Service correctionnel du Canada, en collaboration avec l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry. Le rapport mentionne plusieurs motifs pour la création du groupe d'étude : la crédibilité croissante des analyses féministes du problème; la plus grande emprise que les autochtones veulent avoir sur le système de justice pénale; les contestations judiciaires en vertu de la *Charte* ayant trait à l'inégalité dans les services offerts aux détenus masculins et féminins; les recommandations du comité Daubney en faveur de la fermeture de la prison des femmes de Kingston; l'adoption de l'énoncé de mission du Service correctionnel du Canada qui renferme un engagement à satisfaire aux besoins des femmes purgeant une peine fédérale; le Groupe d'étude sur les programmes communautaires et institutionnels qui a demandé de meilleurs programmes pour les femmes purgeant une peine fédérale; et les tragédies récentes à la prison des femmes, notamment des suicides et la manifestation d'un malaise généralisé<sup>43</sup>.

Le groupe d'étude était chargé de se pencher sur le régime correctionnel des femmes purgeant une peine fédérale, du début de la sentence jusqu'à l'expiration du mandat d'incarcération, et d'élaborer une politique et un plan destinés à guider et à

régir ce processus de manière à ce qu'il réponde aux besoins vraiment particuliers de cette clientèle.

### **Constatations et recommandations**

Le groupe d'étude a constaté que la prison des femmes ne répondait pas aux besoins des femmes autochtones. Les programmes adaptés à la culture de ces femmes sont rares; il est difficile de consulter les anciens et les chamans parce que ces personnes n'ont pas le même statut que les aumôniers<sup>44</sup>; la prestation des services médicaux et psychologiques est assurée avant tout par des hommes blancs et, pour la plupart des femmes autochtones, l'incarcération à la prison des femmes de Kingston signifie l'éloignement de leur collectivité.

Parmi les recommandations du groupe d'étude, mentionnons :

- La création de cinq établissements régionaux pour femmes de par le Canada;
- La création d'un pavillon de ressourcement pour les autochtones dans les Prairies, où les femmes autochtones pourraient purger une partie ou la totalité de leur peine;
- Une stratégie de mise en liberté communautaire, qui prévoirait la création d'autres centres communautaires pour les femmes partout au Canada.

### **La réaction du gouvernement**

Le gouvernement a donné suite à la recommandation concernant le pavillon de ressourcement pour les femmes autochtones; le pavillon sera situé dans la réserve Nekaneet, à l'extérieur de Maple Creek, en Saskatchewan<sup>45</sup>. Le comité de planification du pavillon de ressourcement se compose de 17 personnes représentant des partenaires gouvernementaux et non gouvernementaux, notamment des groupes de femmes autochtones, les membres de la bande de Nekaneet, des citoyens et des fonctionnaires de la ville de Maple Creek, et le personnel du Service correctionnel du Canada. La majorité des membres du comité sont autochtones. Un cercle de huit sages, comprenant cinq femmes et le chef de la bande de Nekaneet, assure le soutien spirituel du groupe. Toutes les rencontres commencent et se terminent par des prières et des cérémonies autochtones, et des enseignements offerts en soirée par les sages garantissent la pertinence culturelle de la démarche. Le comité a entrepris à Maple Creek et à Nekaneet une campagne de sensibilisation qui comprend notamment des rencontres avec les organismes locaux, les membres de la bande, les groupes philanthropiques et les fonctionnaires; on rapporte que la population locale est très favorable à la démarche.

Les sages qui font partie du comité du pavillon de ressourcement et de la réserve de Nekaneet ont choisi l'emplacement du pavillon, qui fait actuellement l'objet d'une évaluation technique. À l'heure actuelle, le principal objectif du comité du pavillon de ressourcement porte sur l'élaboration du plan d'exploitation. Le plan propose un modèle de gestion à double responsabilité en vertu duquel le pavillon traitera sur le même pied avec le Service correctionnel du Canada et un organisme représentant la collectivité autochtone. Les démarches en vue de recruter un architecte sont actuellement en cours. L'architecte ou le cabinet devra accepter de travailler avec le comité

du pavillon de ressourcement; il devra connaître la culture et les traditions spirituelles autochtones et accepter d'étoffer ces connaissances en participant, au besoin, aux cérémonies; il lui faudra posséder une expérience de collaboration avec les peuples autochtones et les groupes de femmes et une expérience dans la conception de structures respectueuses de la culture autochtone. Le comité effectue d'autres travaux tels que l'élaboration d'un mécanisme d'embauchage et de description de tâches unique et adapté aux différences culturelles pour le poste d'administrateur ou d'administratrice du pavillon de ressourcement. De plus, le comité de planification consulte activement les femmes autochtones incarcérées afin de s'assurer que la démarche de planification tient compte de leur point de vue. Dans l'ensemble, on rapporte que les travaux visent à concilier les impératifs de rapidité et le souci de respecter les préoccupations des autochtones.

### **La réaction des autochtones**

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) participe depuis le début au projet du pavillon de ressourcement et se dit satisfaite des progrès réalisés à ce jour. Le Service correctionnel du Canada avait tout d'abord invité l'AFAC à siéger à titre consultatif au groupe d'étude, tel que l'avait recommandé le Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale. L'AFAC a toutefois insisté pour participer à titre de décideur ou, à tout le moins, d'intervenant. Les premières négociations ont aussi débouché sur l'engagement de créer un comité du pavillon de ressourcement où les femmes autochtones pourraient exercer une influence considérable<sup>46</sup>. Les membres de l'AFAC participent actuellement à l'élaboration du plan d'exploitation et notamment à la détermination des critères de conception, à la recherche d'un architecte, et à la planification opérationnelle de la dotation et de la programmation. On prévoit que le pavillon de ressourcement ouvrira en septembre 1994; on rapporte que les travaux vont bon train<sup>47</sup>.

### ***Commission de réforme du droit du Canada : Les peuples autochtones et la justice pénale : Égalité, respect et justice à l'horizon, 1991***

#### **Raison d'être et objectifs**

L'étude de la Commission de réforme du droit a été amorcée en 1990. Le ministre de la Justice avait alors demandé à la Commission d'étudier le *Code criminel* et la législation connexe «afin de déterminer la mesure dans laquelle ces textes de loi assurent un accès égal à la justice et un traitement empreint d'équité et de respect aux autochtones et aux personnes faisant partie des minorités religieuses et culturelles»<sup>48</sup>. La commission a réparti le travail en deux volets : d'abord l'étude de la justice pratiquée à l'endroit des autochtones et ensuite l'étude de la justice pratiquée à l'endroit des minorités religieuses et culturelles. L'un des buts de l'étude était de proposer des réformes qui permettraient de réaliser sur le plan formel l'égalité d'accès à la justice. La commission a par ailleurs cherché à déterminer à quel moment le traitement «égal» devant la loi entraîne la reconnaissance et l'intégration de la spécificité culturelle au sein du système de justice pénale.

## Constatations et recommandations

La commission a constaté que l'actuel système ne répond pas aux besoins des peuples autochtones, voire qu'il exacerbe leurs problèmes. Le système est perçu comme distant, tant sur le plan physique que conceptuel et culturel. La commission a proposé deux voies de réforme parallèles. La première comporte des améliorations à court terme qui ne règlent rien de fondamental; elle vise à réformer l'actuel système. La deuxième vise le long terme et suppose que les collectivités autochtones opteront pour la création de plusieurs systèmes judiciaires, dont tous pourront être qualifiés de systèmes de justice autochtone. Voici quelques-unes des recommandations de la commission :

### *Les systèmes de justice autochtone*

- Les collectivités autochtones qui sont disposées et aptes à établir un système de justice qui leur est propre devraient être investies du pouvoir de le faire.

### *Le recrutement et la formation à l'intérieur du système de justice pénale*

- Des programmes visant à augmenter la participation des autochtones à tous les niveaux du système de justice pénale – agents de police, avocats, juges, agents de probation et agents des services correctionnels – devraient être mis sur pied<sup>49</sup>

### *Surmonter les barrières linguistiques et culturelles*

- Accorder aux autochtones le droit de s'exprimer dans leur propre langue dans toute procédure judiciaire; la loi devrait prévoir des services d'interprétation pour tout suspect qui a besoin d'assistance.

### *Mieux intégrer les collectivités dans le système judiciaire*

- Les «conciliateurs» devraient se voir conférer un rôle officiel de médiation des conflits à l'intérieur du système de justice.

### *Les droits issus des traités devant la juridiction criminelle*

- Adopter des «politiques officielles claires concernant les méthodes à privilégier pour définir les droits ancestraux et les droits issus des traités».

### *La police*

- La police devrait «être plus présente dans les collectivités qu'elle sert et leur rendre des comptes de façon plus rigoureuse».
- Les gouvernements devraient favoriser la création d'un service de police externe ou de corps policiers autochtones autonomes dans les collectivités qui le désirent.

### *La détermination de la peine*

- Des solutions de rechange à l'incarcération devraient être proposées dans la mesure du possible<sup>50</sup>

### *Les mesures correctionnelles*

- Dans un texte de loi, conférer à la spiritualité autochtone la même reconnaissance qu'aux autres religions; les sages autochtones devraient avoir le même statut et jouir de la même marge de manoeuvre que les aumôniers des pénitenciers.

*Assurer la mise en oeuvre de la réforme*

- La création d'un institut de la justice autochtone «dont le vaste mandat embrasserait toute question touchant la situation des autochtones au sein du système de justice pénale».

## La réaction du gouvernement

Aucune des recommandations du rapport de la Commission de réforme du droit n'a été directement mise en oeuvre. La commission elle-même a été abolie à la suite du dernier budget fédéral. Le gouvernement fédéral a cependant adopté des mesures relatives à la justice autochtone en créant notamment le Secteur des projets de justice applicable aux autochtones, le 1<sup>er</sup> avril 1992. Ce secteur a été décrit comme une réponse indirecte au rapport de la Commission de réforme du droit; il travaillera de concert avec le solliciteur général du Canada et le Secrétariat d'État<sup>51</sup>.

Le secteur administre le «Fonds discrétionnaire pour la justice applicable aux autochtones» : ce fonds verse de l'argent pour l'élaboration de programmes et de services, de projets de formation et de vulgarisation juridiques, la création de médiathèques, la formation interculturelle, les consultations entreprises par les organismes autochtones nationaux ainsi que des recherches sur les questions de justice applicables aux autochtones<sup>52</sup>. Les projets pilotes doivent être présentés au secteur par les collectivités autochtones; ils sont approuvés après un examen par le ministère. Les projets proposés doivent «respecter les limites du cadre constitutionnel existant et du système de justice, et être conformes aux objectifs stratégiques du gouvernement fédéral» avant d'être examinés. Le programme en est à ses débuts et aucun projet n'a été mis en oeuvre.

## Conclusion

Les renseignements qui figurent dans le corps du texte sont présentés en fonction des enquêtes et des circonstances entourant la mise en oeuvre des recommandations. Une comparaison des progrès réalisés dans chaque cas fait ressortir des thèmes communs en ce qui concerne le genre de recommandations qui sont les plus susceptibles d'être appliquées et celles dont la mise en oeuvre est compromise. Il est important de bien comprendre les progrès réalisés car cela permet de voir pourquoi de nombreuses autres recommandations n'ont pas eu d'effet. Le lecteur trouvera ci-après un résumé général des réformes visées par les recommandations qui ont été mises en oeuvre ou qui sont en voie de l'être :

- Des programmes de formation interculturelle et de formation en relations raciales;
- Des programmes d'action positive et d'équité en matière d'emploi;
- L'examen des services, par exemple l'examen de l'aide juridique et des cours provinciales dans le nord de la Saskatchewan;
- Des études de faisabilité, par exemple la faisabilité des programmes d'aides judiciaires en Saskatchewan;
- Des services de liaison avec les autochtones au sein des forces de police;



- Des programmes adaptés aux différences culturelles à l'intention des détenus autochtones;
- Des projets pilotes communautaires, par exemple le projet de déjudiciarisation des adultes à Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse, et les cercles de détermination de la peine dans le nord de la Saskatchewan;
- Le pavillon de ressourcement pour les femmes autochtones purgeant une peine fédérale.

Exception faite du pavillon de ressourcement, ces réformes s'inscrivent dans une démarche évolutive ou progressive; elles entendent modifier des aspects du régime actuel sans toucher à sa structure même<sup>51</sup>. Les programmes de formation interculturelle et d'action positive sont des réformes internes qui ne nécessitent pas l'intervention des ministères ou des organismes d'application de la loi. On peut en dire autant des études de faisabilité et des examens de programmes qui ne sont pas, en fait, des réformes proprement dites. La police a fait l'objet de la majorité des recommandations des enquêtes<sup>52</sup>; elle y a réagi en s'attachant à mettre en place des programmes de formation interculturelle et d'action positive afin d'accroître l'embauchage d'autochtones, et en créant des comités ou des postes de liaison avec les autochtones. Ces mesures favorisent la sensibilisation aux questions autochtones et permettent un plus grand apport des autochtones, sans toutefois modifier la structure des forces policières. Signalons que les cours en matière de relations raciales existent depuis plusieurs années mais que certains ont été améliorés ou étoffés à la suite de la publication des constatations d'une enquête. Le fait que certains programmes existaient avant la publication des rapports d'enquête qui ont recommandé leur création soulève des doutes quant à leur efficacité.

Les projets pilotes communautaires tels que le projet de déjudiciarisation des adultes à Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse, et les cercles de détermination de la peine, en Saskatchewan, connaissent aussi certains succès. Il s'agit de réformes plus profondes que les programmes d'action positive ou de formation interculturelle. Leur mise en oeuvre exige un certain degré de volonté politique et l'établissement d'un dialogue entre les gouvernements et les collectivités autochtones. Ces réformes supposent un certain partage des pouvoirs et des fonctions d'administration dans l'application des concepts autochtones de justice. Elles visent toutefois des programmes faciles à administrer mais dont l'existence peut dépendre d'organismes extérieurs pour leur financement, lesquels imposeront aussi les critères de mise en oeuvre. Par exemple, les projets communautaires présentés dans le cadre du Fonds discrétionnaire pour la justice applicable aux autochtones, dont il a été question ci-dessus, seront évalués en fonction de normes établies par le gouvernement fédéral et doivent respecter les objectifs stratégiques du gouvernement fédéral<sup>53</sup>.

### *L'efficacité des réformes*

Malgré la valeur des réformes qui visent à améliorer la situation existante et la bonne volonté dont elles témoignent, elles ne sont pas universellement acceptées comme constituant la solution définitive. Les autochtones critiquent souvent le bien-fondé de réformes modérées, particulièrement lorsqu'elles se traduisent par des changements

superficiels seulement. Une bonne part des progrès réalisés à ce jour dans la mise en oeuvre des recommandations ont visé l'«indigénisation» de l'actuel système judiciaire, c'est-à-dire à accroître la participation des autochtones à titre d'employés, d'administrateurs et de conseillers dans une structure relativement inchangée. Les réformes ont aussi visé la création de services, tels que les programmes d'aides judiciaires autochtones, qui faciliteront les relations entre les autochtones et le système judiciaire<sup>56</sup>. D'aucuns ont soutenu cependant que ces mesures ne feront rien pour réduire le nombre considérable d'autochtones qui ont des démêlés avec la justice, parce qu'elles ne s'attaquent pas aux causes fondamentales du problème. Dans le régime actuel, le crime et l'administration de la justice sont abordés indépendamment des autres problèmes; il s'agit d'une conception typiquement occidentale qui ne cadre pas avec la perception plus holistique des peuples autochtones. Beaucoup croient nécessaire d'opérer de profondes réformes socio-économiques avant que l'on puisse espérer une évolution significative des rapports entre les autochtones et la justice.

C'est pour ces raisons que la Manitoba Métis Federation se dit insatisfaite de l'inaction du gouvernement à l'égard de la recommandation de l'Aboriginal Justice Inquiry concernant la création d'un organisme de services d'aide à l'enfance et aux familles métisses<sup>57</sup>. De l'avis de la Métis Federation, il s'agit là de l'une des plus importantes recommandations de l'enquête, parce qu'elle revêt un caractère préventif. Les programmes d'aide à l'enfance provinciaux sont trop souvent intervenus dans la vie de nombreuses personnes qui ont ensuite été incarcérées comme adultes. La Métis Federation estime que la prise en charge des services d'aide à l'enfance par les Métis représenterait l'une des mesures les plus efficaces qui pourraient être prises pour réduire le nombre de personnes qui ont des démêlés avec la justice parce qu'elle s'attaque à l'une des principales sources du problème. Elle aiderait à atténuer les problèmes de faible estime de soi et d'aliénation dont font souvent état les personnes qui ont des démêlés avec le système judiciaire et qui se retrouvent parmi la population des établissements correctionnels de la province.

Les groupes de femmes autochtones ont aussi mis en doute l'efficacité et la validité des réformes à caractère communautaire. Ces femmes estiment que la façon dont on discute actuellement des mesures prévues n'est pas assez démocratique parce que les organismes féminins ne participent pas de plein droit à la définition et à l'orientation des réformes<sup>58</sup>. Elles craignent aussi que certaines réformes prônées par les dirigeants tant autochtones que non autochtones n'exacerbent les problèmes de nombreux enfants et de nombreuses femmes autochtones dans leur collectivité<sup>59</sup>.

### ***La démarche et la participation : les obstacles à la mise en oeuvre***

Il reste qu'outre les timides réformes exposées ci-dessus, la plupart des recommandations de ces enquêtes sont demeurées lettre morte. Leur mise en oeuvre est ralentie pour diverses raisons, qui ne s'excluent pas mutuellement. Les recommandations qui exigeraient d'importants changements structureaux, l'accord des deux ordres de gouvernement et des municipalités ou des transferts de pouvoirs sont manifestement mises en veilleuse. Certaines recommandations complexes et globales dont la mise en oeuvre exigerait temps et ressources poseront des difficultés. Dans d'autres cas,

des réformes que toutes les parties ont acceptées en principe peuvent être retardées à l'étape des négociations intergouvernementales. Les recommandations qui signifient que les gouvernements seraient obligés de céder des pouvoirs seront particulièrement difficiles, sinon impossibles, à mettre en oeuvre si la volonté politique est absente. Cette volonté politique est importante, certes, mais de plus, il faut qu'elle s'accompagne de stratégies de mise en oeuvre efficaces pour que des réformes, même modestes, soient possibles.

L'une des grandes conclusions qui se dégagent de ce qui précède est qu'on n'arrivera pas à accomplir grand-chose en l'absence de volonté politique ou d'une structure de négociation équitable et efficace. Lorsque les gouvernements s'engagent à agir, les résultats dépendent d'une communication efficace entre les parties en cause et d'une participation équitable des peuples autochtones à la démarche. Il est évident que les organismes autochtones se sentent souvent exclus du processus de mise en oeuvre<sup>60</sup>; ils ne sentent pas non plus qu'ils négocient à armes égales parce qu'ils ne possèdent pas les ressources suffisantes pour participer aux négociations sur le même pied que les gouvernements<sup>61</sup>. L'équilibre des pouvoirs demeure tel que les organismes autochtones dépendent du financement et des ressources des gouvernements pour opérer tout changement. Les gouvernements sont en mesure de dicter l'ordre du jour et la répartition des ressources tandis que les organismes autochtones peuvent se sentir obligés de choisir entre la participation à un niveau donné ou l'abandon de toute démarche. Bien que cette mainmise ne témoigne pas nécessairement d'une absence de bonne volonté ou d'une résistance aux réformes de la part des gouvernements, elle met en lumière une relation que l'on tenait auparavant pour acquise et qui se poursuivra si l'on ne s'attache pas consciemment à la modifier.

Les progrès réalisés à ce jour dans la mise en oeuvre du projet de pavillon de ressourcement des femmes autochtones en Saskatchewan découlent en partie de l'aptitude de tous les intervenants à collaborer ensemble. L'Association des femmes autochtones a réussi à négocier une participation équitable et efficace dans ce projet ainsi qu'au Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale lui-même; le niveau de satisfaction dont on fait état à l'égard de cette mesure et la participation des femmes autochtones dépassent tout ce qui a été rapporté à ce jour par tout organisme autochtone. Le pavillon de ressourcement pourrait servir d'exemple à l'échelle internationale; ses succès demeureront tributaires d'une relation équitable et mutuellement respectueuse entre la collectivité autochtone et le Service correctionnel du Canada<sup>62</sup>.

### *Les perspectives*

Les dernières négociations constitutionnelles ont retardé le cheminement des initiatives en matière de justice en accaparant temps et ressources; les gouvernements et les organismes autochtones étaient conscients que le résultat de ces négociations pourrait modifier l'interprétation et la mise en oeuvre de bon nombre des recommandations. Si la Constitution avait reconnu le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, la structure et la mise en oeuvre des initiatives en matière de justice communautaire auraient subi de profondes répercussions susceptibles de donner lieu à la mise en

place de systèmes de justice autochtone parallèles. Il est possible que le climat d'incertitude créé par le rejet de l'accord de Charlottetown retarde encore davantage la mise en oeuvre des initiatives touchant la justice autochtone. Pour l'instant cependant, il est absolument essentiel de mettre en oeuvre les recommandations dans le cadre constitutionnel actuel. Cette mise en oeuvre appelle un travail permanent de recherche et d'élaboration de politiques qui doit s'accompagner de stratégies d'action efficaces en vue de passer de la volonté politique à des changements concrets. De toute évidence, on a suffisamment étudié le problème. On a défini des solutions réalistes; le temps est venu d'agir et de mettre en place ces solutions.

## Notes

1. Marianne O. Nielsen, « Introduction », dans *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, Robert A. Silverman et Marianne O. Nielsen, directeurs de publication, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1992, p. 3 [ci-après appelé *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*].
2. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Justice System and Aboriginal People*, vol.1, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1991, p. 266 [ci-après appelé *Aboriginal Justice Inquiry*].
3. Commission de réforme du droit du Canada, *Renvoi de la ministre : Les peuples autochtones et la justice pénale*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991, p. 13-24 [ci-après appelé *Rapport de la Commission de réforme du droit*].
4. Conversation téléphonique avec Roger Hunka, Native Council of Nova Scotia, le 14 octobre 1992.
5. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Findings and Recommendations*, vol. 1, province de la Nouvelle-Écosse, 1989, p. 1 [ci-après appelé *l'enquête Marshall*].
6. *Marshall Update/Justice Reform Review* (procureur et solliciteur général de la Nouvelle-Écosse), 1992.
7. *Ibid.*, p. 18.
8. Conversation téléphonique avec Roger Hunka, Native Council of Nova Scotia, le 17 septembre 1992.
9. Conversation téléphonique avec Danny Paul, Confederacy of Mainland Mi'kmaq, le 21 septembre 1992.
10. Conversation téléphonique avec Roger Hunka, Native Council of Nova Scotia, le 17 septembre 1992.
11. *Ibid.*, p. 486.
12. *Ibid.*, p. 658.
13. Les renseignements constituant la réponse du gouvernement ont été fournis dans une communication écrite du ministère de la Justice du Manitoba, le 22 septembre 1992.
14. Communication écrite, Assembly of Manitoba Chiefs, le 10 novembre 1992.
15. Conversation téléphonique avec Dave Chartrand, Manitoba Métis Federation, le 19 octobre 1992.

16. Le secrétariat comprendrait un personnel technique restreint, des services de secrétariat et des installations informatiques :

Il aiderait les organismes à préparer des analyses et des notes de synthèse sur toutes les recommandations examinées par les groupes de travail; il concevrait diverses possibilités de mise en oeuvre des initiatives conformes aux recommandations, et ce dans l'optique des autochtones; il préparerait de la documentation sur les programmes de justice autochtone exécutés par d'autres gouvernements susceptibles d'intéresser le Manitoba; et il faciliterait la consultation avec la collectivité autochtone au sujet des initiatives envisagées par le groupe de travail.

Communication écrite, Assembly of Manitoba Chiefs, le 10 novembre 1992.

17. *Ibid.*
18. Conversation téléphonique avec un porte-parole de l'Assembly of Manitoba Chiefs, le 15 septembre 1992.
19. Communication écrite, Assembly of Manitoba Chiefs, le 10 novembre 1992.
20. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, vol.1, Edmonton, gouvernement de l'Alberta, 1991 (président : le juge R.A. Cawsey), p. I-1 [ci-après *Groupe d'étude de l'Alberta*].
21. *Ibid.*, p. 1, annexe 2.
22. *Ibid.*
23. *Ibid.*, p. 1-5.
24. Communication écrite, solliciteur général de l'Alberta, le 19 octobre 1992.
25. Ce paragraphe : *Ibid.*
26. *Ibid.*
27. Communication écrite, Cynthia Bertolin, Métis Nation of Alberta, le 8 octobre 1992.
28. Communication écrite de l'Indian Association of Alberta, le 28 octobre 1992.
29. *Ibid.*
30. Communication écrite, Cynthia Bertolin, Métis Nation of Alberta, le 8 octobre 1992.
31. *Ibid.*
32. *Report of the Saskatchewan Indian Justice Review Committee*, province de la Saskatchewan, 1992, p. 4 [ci-après appelé *Rapport de l'IJRC*].
33. *Ibid.*
34. *Report of the Saskatchewan Métis Justice Review Committee*, Saskatchewan, 1992, p. 1 [ci-après appelé *Rapport du MJRC*].
35. Les renseignements constituant la réponse du gouvernement ont été fournis dans une communication écrite du ministère de la Justice de la Saskatchewan, le 16 octobre 1992.
36. Le premier programme d'aides judiciaires a débuté en 1970 pour se terminer en 1987 lorsque le gouvernement provincial s'est retiré du programme.
37. Tous les commentaires sur la réaction de la FSIN ont été fournis par le vice-chef Bellegarde, Federation of Saskatchewan Indian Nations, les 23 octobre et 6 novembre 1992, au cours de conversations personnelles.

38. Les observations de la Métis Society of Saskatchewan proviennent d'une conversation téléphonique avec Isabelle Impey, représentante de l'organisme au Comité d'examen, le 23 octobre 1992.
39. *Ibid.*, p. 21.
40. Affaires indiennes et du Nord Canada, *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes : Rapport du groupe d'étude*, 1990.
41. Solliciteur général du Canada, *Politique sur la police des premières nations*, 1992.
42. Conversation téléphonique avec un porte-parole de l'Assembly of Manitoba Chiefs, le 15 septembre 1992.
43. *La création de choix : Rapport du Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale*, Ottawa, Service correctionnel du Canada, 1990, p. 88-93 [ci-après *La création de choix*].
44. *Ibid.*, p. 85.
45. Tous les renseignements sur la réaction du gouvernement et la mise en oeuvre du projet de pavillon de ressourcement ont été fournis par Jane Miller Ashton du Service correctionnel du Canada lors d'une conversation téléphonique tenue le 13 octobre 1992 et dans une communication écrite du 6 novembre 1992. M<sup>me</sup> Ashton a présenté ses commentaires après consultation avec Sharon McIvor de l'Association nationale des femmes autochtones du Canada.
46. Seuls quatre des 17 membres du comité représentent le gouvernement.
47. Conversation téléphonique avec une porte-parole de l'Association des femmes autochtones du Canada, le 6 octobre 1992.
48. *Rapport de la Commission de réforme du droit*, page 1.
49. *Ibid.*
50. *Ibid.*, p. 102.
51. Conversation téléphonique avec une porte-parole de la Sous-direction de la justice applicable aux autochtones, le 28 août 1992.
52. Fonds discrétionnaire pour la justice applicable aux autochtones, *Guide de présentation des demandes d'aide financière*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1992, p. 1, [ci-après appelé *Fonds discrétionnaire pour la justice applicable aux autochtones*].
53. Len Sawatsky, «Self-Determination and the Criminal Justice System», dans *Nation to Nation : Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Diane Engelstad et John Birch, directeurs de publication (Concord : Anansi Press, 1992), p. 90.
54. *Alberta Task Force*, vol. 3, p. 4-7.
55. *Fonds discrétionnaire pour la justice applicable aux autochtones*, p. 4.
56. *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, p. 7.
57. Conversation téléphonique avec Dave Chartrand, Manitoba Métis Federation, le 11 septembre 1992.
58. Scott Clark, «Crime and Community : Issues and directions in Aboriginal Justice», *Revue canadienne de criminologie*, vol.34, no3-4, p. 514.
59. *Ibid.*
60. Conversation téléphonique avec un porte-parole de l'Assembly of Manitoba Chiefs, le 15 septembre 1992.

61. Communication personnelle, vice-chef Bellegarde, Federation of Saskatchewan Indian Nations, le 23 octobre 1992.
62. Patricia A. Monture-OKanee, *Rétablir la justice : Les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 90* (Document de travail rédigé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1992), p. 59.

## Bibliographie

- Cawsey et al., *Justice on Trial : Report of the Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Métis People of Alberta*, Edmonton, gouvernement de l'Alberta, 1991.
- Clark, Scott, «Crime and Community : Issues and Directions in Aboriginal Justice», *Revue canadienne de criminologie*, volume 34, n° 3-4, p. 513-516, 1992.
- Commission de réforme du droit du Canada, *Renvoi de la ministre : Les peuples autochtones et la justice pénale*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991.
- Groupe d'étude sur le maintien de l'ordre dans les réserves indiennes, *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes : Rapport du groupe d'étude*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1990.
- Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale, *La création de choix*, Ottawa, Commissaire du Service correctionnel du Canada, 1990.
- Hamilton, A.C., et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, volumes 1 et 2, Winnipeg, Imprimeur de la reine, 1991.
- Indian Justice Review Committee, *Report of the Saskatchewan Indian Justice Review Committee*, province de la Saskatchewan, 1992.
- Métis Justice Review Committee, *Report of the Saskatchewan Métis Justice Review Committee*, province de la Saskatchewan, 1992.
- Monture-OKanee, Patricia A., *Rétablir la justice : Les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 1990*, document de travail préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1992.
- Nielsen, Marianne O., «Introduction», dans Robert A. Silverman et Marianne O. Nielsen (dir.), *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1992.
- Procureur et solliciteur général de la Nouvelle-Écosse, *Marshall Update/Justice Reform Review*, 1992.
- Secteur des projets de justice applicable aux autochtones, *Guide de présentation des demandes d'aide financière*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1992.
- Sawatsky, Len, «Self-Determination and the Criminal Justice System», dans Diane Engelstad et John Bird (dir.), *Nation to Nation : Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, (Concord . Anansi Press, 1992) à la page 90.
- Solliciteur général du Canada, *Politique sur la police des premières nations*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1992.

# La justice et les peuples autochtones

*James Dumont\**

## **L'apparition de deux systèmes judiciaires distincts : Autorité hiérarchique c. autonomie coopérative et droit coutumier**

Dans leur examen des conceptions fondamentalement distinctes de la souveraineté dans l'histoire de l'Europe de l'Ouest et dans la tradition autochtone nord-américaine, Menno Boldt et T. Anthony Long distinguent des notions comme l'«autorité», la «hiérarchie» et l'«entité dirigeante», dans la pensée occidentale, par opposition à «contrat spirituel», «volonté de la tribu» et «coutume, tradition», dans l'optique autochtone (Boldt et Long, 1984, p. 537-547). Les deux auteurs soulignent que la conception de l'autorité ayant cours en Europe de l'Ouest découle d'un fonds de croyance à l'inégalité intrinsèque des hommes ainsi que du régime féodal européen. Là où l'autonomie individuelle était considérée comme la condition essentielle de l'acquisition de la propriété privée et de la réussite dans les activités concurrentielles, l'autorité était jugée nécessaire pour protéger la société contre l'intérêt individuel généralisé (Boldt et Long, 1984, p. 541). L'autorité souveraine investie dans une personne (p. ex. un monarque) ou une entité impersonnelle (une constitution ou un «gouvernement») servait à garantir la répartition efficace des richesses, des biens, et (avec l'«instruction») l'avantage égal de l'accumulation et du pouvoir en même temps que la formation de structures politiques plus égalitaires et plus humaines. Le pouvoir absolu est essentiel pour entretenir l'intégrité d'une

---

\* Département des études autochtones, Université de Sudbury.



société souveraine de l'intérieur, et l'organisation hiérarchique des pouvoirs y est nécessaire pour assurer la répartition des privilèges et maintenir l'ordre parmi ses membres, des plus puissants aux plus faibles.

L'évolution de l'autorité, de la hiérarchie et l'idée d'un pouvoir dirigeant différent fondamentalement tant de la conception que de l'expérience autochtones de l'apparition d'un gouvernement responsable et égalitaire. Boldt et Long signalent que, dans la société autochtone, «l'intérêt personnel était indissolublement lié à l'intérêt de la tribu, autrement dit que le bien général et le bien particulier étaient considérés comme pratiquement identiques» (Boldt et Long, 1984, p. 541). Dans la société d'Europe occidentale, l'idéal d'un «contrat social» a été le fruit d'une conception plus *éclairée* de la façon dont les pouvoirs publics pourraient exercer plus humainement le droit de gouverner d'autres personnes et élaborer des méthodes égalitaires de le faire. Dans la société autochtone, on reconnaissait comme naturel «qu'aucun être humain ne soit censé avoir d'autorité sur la vie d'un autre» (Boldt et Long, 1984, p. 543).

Selon la croyance autochtone, le bon gouvernement était considéré comme un «contrat spirituel» (p. 541), «l'égalité découlait de la prescription fondatrice du Créateur» (p. 542) et le bon ordre qui favorisait l'harmonie trouvait sa «source et sa sanction à l'extérieur de l'individu et de la tribu. C'était l'oeuvre du Créateur». D'après l'expérience autochtone, «la coutume et la tradition étaient la force qui organisait et réglait l'entreprise et l'ordre au sein du groupe». «Les coutumes venaient du Créateur» et, à cause de leur caractère spirituel et du fait qu'elles avaient résisté à l'épreuve du temps, elles «représentaient le plan sacré du Créateur pour la survie de la tribu» (Boldt et Long, 1984, p. 543).

L'autorité de la personne, les rapports hiérarchiques et l'idée d'une entité dirigeante distincte s'appuient sur la pensée européenne et découlent de l'expérience de l'Europe occidentale, qui a ensuite été appliquée au contexte politique et juridique nord-américain. L'absence de ces conditions préalables, qui évoquent l'adhésion à l'ordre public occidental absolu, a des répercussions profondes sur les rapports des peuples autochtones avec le système judiciaire actuel qui leur est imposé. De même, l'évolution, dans la société nord-américaine, d'un mode de gouvernement et d'un style décisionnel uniques et fondamentalement différents a des conséquences importantes pour l'élaboration de systèmes judiciaires ayant un sens pour les cultures intéressées et pour la création de mécanismes appropriés de règlement des litiges et d'application de la loi.

Boldt et Long soulignent que «les idées fondamentales contenues dans la doctrine de la souveraineté propre à l'Europe occidentale sont incompatibles avec les valeurs de base constituant la culture indienne traditionnelle» (p. 540). De plus, si psychologiquement ces valeurs de base ont un degré de persistance suffisant (comme les études continuent de l'affirmer) et si les croyances et les structures culturelles résistent fortement au changement dans le temps (comme l'histoire et les recherches en témoignent), il semble que la meilleure façon d'élaborer les structures et les mécanismes

judiciaires des peuples autochtones consisterait à les fonder sur leur culture. Cela exigerait une connaissance approfondie de la culture traditionnelle et une compréhension adéquate des valeurs de base. Le présent document a pour objet de cerner ces valeurs de base, de suivre leur persistance dans le temps et de les examiner par rapport à l'évolution des orientations dominantes du comportement occidental contemporain, dérivé des valeurs de base de l'Europe occidentale. Cette étude sera fondamentale à l'examen d'approches contemporaines d'un système judiciaire pour les peuples autochtones, qui sera fondé sur leurs valeurs.

## **Les principales valeurs traditionnelles des peuples autochtones**

On tentera de dégager dans cette section les principales valeurs traditionnelles des peuples autochtones. Ce document s'appuie sur l'hypothèse fondamentale que l'on peut, jusqu'à un certain point, «universaliser» quelques-unes des grandes valeurs autochtones, c'est-à-dire les considérer comme représentatives de la plupart des cultures autochtones d'Amérique du Nord. Une autre hypothèse est que ces valeurs sont suffisamment résistantes à l'acculturation pour avoir persisté malgré le passage du temps et les diverses forces assimilatrices qui se sont exercées depuis l'époque du contact avec les Blancs (soit quelque 500 ans). Ces hypothèses, considérées fondamentales à la présente étude, ont été soutenues précédemment par A. Irving Hallowell (1955), George et Louise Spindler (1957, 1971), D'Arcy McNickle (1973) et K. Basso (1979).

On examinera d'abord sept valeurs traditionnelles du peuple ojibwa et les quatre principes directeurs de la vie donnés dans les enseignements sacrés de la religion Midewiwin. Ceux-ci seront en outre essentiels pour présenter les valeurs traditionnelles des peuples autochtones comme étant suffisamment représentatives des valeurs universelles autochtones.

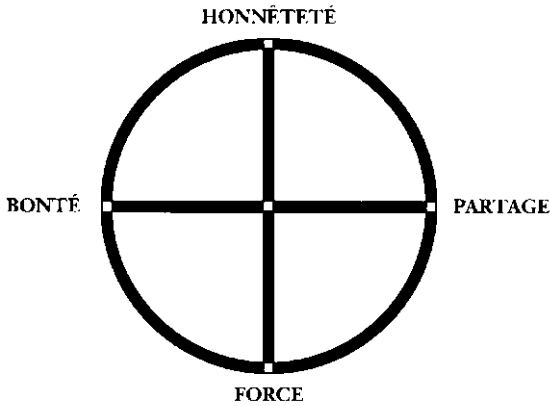
On examinera ensuite diverses études portant sur les «valeurs» traditionnelles et les «principes fondamentaux» de différents groupes culturels d'Amérique du Nord. On considérera en particulier les valeurs traditionnelles des Siouens, des Cheyennes, des Ojibwas, des Navahos et des Apaches. On passera également en revue un certain nombre d'autres études où les valeurs autochtones ont été examinées de façon plus générale. Ces études révéleront l'existence de certaines valeurs courantes qui sont constantes chez les diverses cultures autochtones. Ces valeurs sont organisées sous des rubriques qui semblent résumer les valeurs de base généralisées que l'on décrit.

Ces valeurs fondamentales sont présentées sous la forme d'un modèle autochtone de valeurs, qui prend comme point de départ l'ensemble des valeurs du peuple originel telles que conceptualisées par le Midewiwin ojibwa. Ce modèle original des valeurs de base des autochtones deviendra le fondement psychologique à partir duquel on étudiera les systèmes dérivés par ceux-ci des formes de justice traditionnelles et leurs rapports avec les systèmes judiciaires actuels.

Les valeurs traditionnelles des Ojibwas anishinabés sont exprimées dans les sept dons originels des Grands-Pères, soit :

- Chérir le savoir, c'est connaître la sagesse;
- Connaître l'amour, c'est connaître la paix;
- Honorer toute la création, c'est avoir du respect;
- La bravoure, c'est faire face à l'ennemi avec intégrité;
- Faire face à une situation avec honnêteté, c'est être brave;
- L'humilité, c'est se connaître soi-même comme un élément sacré de la création;
- La vérité, c'est connaître toutes ces choses. (Banai, *Mishomis Book*, 1979, p. 64)

De même, d'après la tradition ojibwa, les valeurs fondamentales du peuple anishinabé s'expriment selon les quatre directions suivantes :



On peut aussi tirer quatre valeurs principales de l'étude du peuple ojibwa faite par Hallowell (1955). Celui-ci a travaillé avec le peuple ojibwa au Manitoba et au Wisconsin pour circonscrire ce qu'il appelle la « configuration » de la personnalité ojibwa. Il a constaté que cette personnalité autochtone de base avait résisté à tous les degrés d'acculturation et conclu que la structure fondamentale du caractère de la personne ojibwa était fortement imperméable aux changements radicaux. Sa liste des traits de la personnalité ojibwa dénote un parti pris pour une interprétation occidentale imposée à un schème de comportement culturel fondamentalement différent, en ce sens qu'elle considère la « configuration » de la personnalité de base comme un « épanchement d'angoisse ». Si elle était présentée de l'intérieur de la culture, cette perception de la personnalité n'aurait évidemment pas cet aspect pathologique. Lorsqu'on traduit ces caractéristiques en postulats plus positifs, elles semblent révéler un schème fondamental de comportement autochtone d'où l'on peut tirer certaines valeurs traditionnelles. On trouvera ci-après la liste des traits de la personnalité ojibwa selon Hallowell (colonne de gauche), qui peuvent être traduits en valeurs traditionnelles ojibwas (colonne de droite) :

**Comportement ojibwa  
selon Hallowell**

- Retenue affective
- Stoïcisme
- Force d'âme sous tension
- Inhibition de l'expression d'agression  
dans les relations interpersonnelles
- Amabilité et douceur exigées par  
la culture en cas de provocation  
à la colère
- Suppression de toute critique  
ouverte des pairs

**Valeurs ojibwas**

- Force de caractère/Bravoure
- Non-ingérence/Respect
- Désir d'harmonie dans les relations  
interpersonnelles
- Respect de la liberté et de l'autonomie  
de soi-même et des autres

Même si la caractérisation faite par Hallowell est liée aux limites d'un modèle psychologique occidental qui l'a obligé à considérer la personnalité ojibwa comme un «épanchement d'angoisse», elle semble indiquer que la «configuration» de cette personnalité» est restée constante. On peut en dégager les valeurs fondamentales suivantes : force de caractère (bravoure); disposition à la non-ingérence (respect/humilité); désir d'harmonie dans les relations interpersonnelles, et respect de la liberté et de l'autonomie de soi et des autres.

Dans son ouvrage sur les schèmes psychologiques et de comportement des Siouens (1971), John F. Bryde a isolé cinq valeurs centrales de ce peuple qui sont autochtones et qui subsistent dans leur comportement actuel. Il oppose les traits autochtones et non autochtones comme suit :

**Autochtone**

- S'accorde avec le groupe, ou conformité avec le groupe.
- Avance *pour le groupe*.
- Se concentre sur le *présent* et en profite.
- Prend ses propres décisions en se faisant conseiller.
- Fait face aux difficultés (incidents embarrassants, etc.) sans manifester de crainte.
- Utilise la nature sans perdre sa révérence pour elle.

**Non-autochtone**

- Avance ou se place au-dessus du groupe.
- Avance pour lui-même.
- Se concentre sur l'avenir.
- Les autres décident pour lui et le contraignent.
- Fait face aux difficultés, mais pas toujours avec un visage impassible.
- Utilise la nature à son profit personnel.

- Constamment conscient de Dieu; ses actes de piété sont spontanés et peuvent avoir lieu à n'importe quel moment.
- Sa conscience de Dieu est «sous-jacente» et périodique. Sa religion est compartimentée et ses actes de piété sont limités à certains moments (p. ex. le dimanche).

À partir de ce modèle de comportement et d'attitude, Bryde dégage ci-après les valeurs traditionnelles des Sioux :

- Activité axée sur l'adaptation à la nature
- Bravoure
- Autonomie individuelle
- Bons conseils de la sagesse indienne
- Partage et générosité
- Liberté individuelle

Dans une étude classique antérieure, Walker présente les valeurs traditionnelles des Sioux oglalas dérivées des enseignements de la danse du soleil comme «les quatre grandes vertus», soit : la bravoure, la générosité, la force d'âme et l'intégrité. Il donne ainsi créance aux conclusions plus récentes de Bryde (J.R. Walker, 1917, p. 62).

Une étude des réactions des Apaches à ce qu'ils considèrent comme un comportement inconvenant de la part de l'«homme blanc» permet de dégager leurs croyances et leurs valeurs à propos de ce qui constitue un comportement convenable. Cette étude, faite par Basso (1970), est citée par James S. Chisholm dans son ouvrage sur le développement de l'enfant (1983). Voici un extrait des observations de Basso auxquelles Chisholm fait allusion :

[...] ils sont fortement frappés par la façon de parler des Anglo-Américains, qu'ils décrivent régulièrement comme trop rapide, de ton trop élevé et trop «intense » (ndoo : comparaison courante avec un muscle tendu au point d'être douloureux).

[citant un Apache] Les hommes blancs font beaucoup de bruit. Ceux qui parlent comme cela (voix forte et tendue) donnent trop l'impression d'être furieux contre vous. Avec certains d'entre eux, on ne peut tout simplement pas savoir, de sorte qu'il faut faire attention tout le temps.

[citant un Apache] Même pour une chose simple, par exemple s'ils veulent que vous fermiez la porte, certains hommes blancs parlent comme s'ils vous donnaient des ordres. C'est comme tirer sur des lapins avec une carabine.

Les Apaches disent tous que les Anglo-Américains sont portés à poser trop de questions et à répéter trop souvent la même question (ou des variantes mineures de celle-ci). Ils donnent par là l'impression d'être extrêmement pressés et dans un état de grande agitation, ce qui, en plus d'être clairement peu attrayant, leur fait parfois perdre de vue ce que les Apaches considèrent comme une vérité évidente et importante, soit que les réponses soigneusement réfléchies aux questions sont invariablement plus fiables (parce qu'elles sont moins susceptibles d'être rétractées ou modifiées) que les réponses précipitées.

Insister pour qu'un visiteur entre, le lui ordonner, c'est passer outre à son droit d'agir comme il l'entend et le prendre pour une personne de peu d'importance dont on peut se permettre d'ignorer les désirs. «Parler aux gens comme cela», a dit l'un de mes interlocuteurs, «c'est les écraser, c'est les rabaisser». Pour éviter les manques de respect de ce genre, les Apaches s'abstiennent de donner des directives ou les formulent de façon tellement indirecte et détournée qu'elles prennent l'allure d'observations plutôt que d'ordres.

Les grandes tapes dans le dos et les poignées de main vigoureuses sont considérées comme des empiétements directs et injustifiés sur le territoire privé du moi. Appuyer son regard sur quelqu'un, en particulier lorsqu'on est près de lui, est typiquement interprété comme une forme d'agression, une mise au défi [...] Les Apaches jugent que les hommes blancs ont les mains et les yeux beaucoup trop inquisiteurs. Ils considèrent cette tendance déplaisante comme révélatrice d'une capacité de retenue faiblement développée et d'un mépris insolent pour l'intégrité physique des autres. Comme l'a dit un de mes interlocuteurs : «Les hommes blancs se touchent les uns les autres comme s'ils étaient des chiens.»

Les hommes blancs ne sont pas suffisamment conscients d'eux-mêmes; cette forme d'ignorance les rend aveugles aux effets que leurs actes peuvent avoir sur les autres.

Les hommes blancs manquent de circonspection et de retenue; ce défaut les porte à agir avec une sorte d'égoïsme insouciant qui laisse supposer un mépris fondamental pour la valeur des autres personnes.

Les hommes blancs manquent de tolérance et d'égalité d'humeur; cette faiblesse leur fait porter des jugements sévères et précipités sur les autres personnes.

Les hommes blancs manquent de modestie et d'humilité; cela les pousse à adopter une attitude impérieuse et condescendante lorsqu'ils traitent avec d'autres personnes.

Les hommes blancs ne comprennent pas les insuffisances inhérentes à leurs propres façons de raisonner; cette lacune les amène à présumer qu'ils savent ce qui est bon pour les autres. En agissant conformément à cette conviction, ils font affront à l'intelligence de ceux qu'ils prétendent conseiller.

Les hommes blancs ne comprennent pas le mérite étendu des actes qui affirment la dignité des autres personnes... (Basso, 1970, p. 213-230) [traduction]

Chisholm (1983) conclut de cette étude que les croyances et les valeurs des Apaches à propos du comportement convenable sont comparables à celles des Navahos. Les énoncés de valeurs qu'il en dégage sont les suivants :

- La coopération et l'interdépendance sont simplement et fondamentalement nécessaires et bonnes;
- Il existe une inviolabilité et une dignité inhérente de la personne (autonomie);
- Il existe une valeur fondamentale de non-ingérence dans les relations avec les autres;
- Le comportement souhaitable met l'accent sur la coopération, la réserve, le calme et la non-intrusion;
- Il existe un lien culturel intégral et bénéfique entre la coopération (action commune) et la survie, et le droit de la personne à la liberté d'action qui mène au bien-être.

En termes simples, ces énoncés donnent les valeurs suivantes :

- Respect de l'autonomie de la personne
- Non-ingérence
- Désir d'harmonie dans les relations interpersonnelles
- Respect de la liberté individuelle
- Coopération et partage

Dans son étude des Cheyennes, (1960), F. Adamson Hoebel distingue ce qu'il considère comme les principaux «postulats» de base sous-tendant la culture cheyenne, qui «dominent par conséquent la régulation de leur comportement». Je les énumère ci-après en en paraphrasant certains sans en modifier le sens originel, et j'en dégage les valeurs traditionnelles fondamentales du peuple cheyenne :

- L'univers est essentiellement un système fermé qui diminue au fur et à mesure qu'on l'utilise, mais il peut être rechargé grâce à la participation personnelle et cérémonielle à ses cycles de changement et de renouveau.
- L'homme est assujéti aux forces surnaturelles et aux esprits, qui lui sont bienveillants, et directement influencé par eux.
- L'harmonie et le bien-être des gens sont fragiles et menacés par les tendances agressives. Le bien-être de la tribu est primordial et le comportement individuel doit être de nature à y contribuer.
- Les forces spirituelles et les esprits sont supérieurs, et on doit avoir des rapports convenables et personnels avec eux pour assurer la paix, l'harmonie et l'ordre.
- La bravoure est nécessaire pour la protection de la communauté; la maîtrise et le contrôle des impulsions fondamentales sont essentiels à l'harmonie sociale et à l'exercice de l'expression personnelle.
- On accorde aux enfants le même individualisme et la même autonomie qu'aux adultes.
- Personne ne possède la terre, qui est un espace et un lieu sacré. Lorsqu'on accorde à un individu la propriété d'un bien personnel, c'est à la condition qu'il le partage généreusement avec les autres.
- La personnalité individuelle est importante. Autrement dit, on doit autoriser et encourager l'individu à réaliser ses possibilités avec la plus grande liberté compatible avec l'existence du groupe.

Hoebel dit ailleurs de la personnalité cheyenne : « Réservé et digne, l'adulte cheyenne évolue avec une tranquille assurance. Il parle avec facilité, mais jamais avec insouciance. Il fait attention aux susceptibilités des autres et est bon et généreux. Il ne s'emporte pas facilement et s'efforce de réprimer ses sentiments s'il est exaspéré ». Nous pouvons dégager de cette étude les valeurs essentielles cheyennes ci-après :

- Respect du « mystérieux » et de la primauté des influences spirituelles;
- Désir d'harmonie et de bien-être dans les relations interpersonnelles;
- Désir d'harmonie et d'équilibre avec la nature et avec les forces spirituelles, qui ont toutes des rapports bienveillants et personnels avec les êtres humains;
- La bravoure et la maîtrise de soi contribuent au bien commun;
- Générosité, partage et coopération;
- Liberté et autonomie individuelles dans le cadre de la coopération et du bien-être collectif;
- Humilité et respect dans tous les rapports (non-ingérence, non-intrusion, sensibilité aux autres, marquées par l'évitement des tendances hostiles, coercitives et agressives).

Après avoir examiné certaines études des valeurs traditionnelles de diverses tribus des Grands Lacs, des grandes plaines et du Sud-Ouest américain, nous nous arrêterons à certaines études plus récentes faites par des chercheurs qui ont tenté de cerner certaines des valeurs fondamentales qui semblent s'appliquer aux peuples autochtones en général. Premièrement, dans une étude des peuples autochtones d'Amérique du Nord intitulée « Roots of Renewal » (1982), Joseph E. Brown définit ce qu'il considère comme quelques-unes des principales valeurs « persistantes » :

- Le temps est orienté d'une manière cyclique et rythmique plutôt qu'en fonction du « progrès ». Les peuples autochtones reconnaissent la réalité perpétuelle du présent.
- Les peuples autochtones ont des racines profondes et lointaines dans ce pays. Ils ont des rapports spéciaux et sacrés avec la terre. Il s'agit là non seulement d'une valeur autochtone persistante, mais aussi d'une idée qui a sollicité « l'esprit et la conscience des non-Indiens ».
- Rien n'existe isolément pour les peuples autochtones. Du point de vue des rapports, de l'appartenance et de l'identité, l'autochtone affirme l'interdépendance mystérieuse et complète de tout ce qui existe.
- Le respect du mystérieux et la primauté du sacré.
- Tout ce qui est vie est entièrement et étroitement lié et interdépendant au sein d'un tout inséparable.

Dans son rapport à l'Église anglicane intitulé *Beyond Traplines* (1969, p. 31-37), Hendry caractérise « l'orientation des valeurs dominantes de la culture indienne et esquimaude » comme suit :

- En harmonie avec la nature (sentiment de l'intégralité);
- Orientation vers le passé et le présent;
- Être en devenir (c'est-à-dire que l'essence de la nature humaine est telle que le moi a été supplanté ou s'est abandonné à un esprit plus sage et plus puissant réalisé



grâce à une «expérience de vision», par opposition à une demande d'action et de réalisation ou à l'application de contrôles externes pour réaliser la perfectibilité);

- Coopération : relations de collaboration, coexistence et vie tribale, mode de vie communal;
- Partage : notion communautaire généreuse de la possession; communisante au sens non politique du terme;
- Interdépendance;
- Respect des autres et de sa propre intégrité personnelle engendrant une attitude amicale et la confiance.

Hendry souligne qu'il cherche à trouver les significations ou valeurs généralisées, reconnaissant «qu'il existe une gamme étendue d'individus au sein de chaque culture» et entre les groupes autochtones. Il faut aussi comprendre qu'il peut y avoir différenciation en raison des «schèmes d'adaptation qui résultent de l'exposition générale de la culture indienne et esquimaude à la culture des Blancs, et selon que les Indiens et les Esquimaux vivent en milieu urbain ou rural (1969, p. 32).

Dans son ouvrage intitulé *Indian Survivals and Renewals* (1973), D'Arcy McNickle présente diverses thèses sur la «persistance» des schèmes de comportement. Il semble pencher en faveur de l'idée qu'il existe des «traits psychologiques autochtones universels» qui persistent malgré l'acculturation, le passage du temps et le changement. Il s'appuie sur les travaux de George et Louise Spindler qui, «utilisant les données d'études psycho-culturelles, des biographies et des observations directes, décrivent certains traits psychologiques largement répandus qui caractérisent de façon très générale, à leur avis, des aspects limités de la personnalité autochtone des Amérindiens et définissent peut-être le fond psychologique panindien des éléments les moins acculturés des tribus contemporaines» (1973, p. 10-11). McNickle présente le profil psychologique généralisé des autochtones établi par G. et L. Spindler comme suit :

- Attitude retenue et non démonstrative alliée à un haut degré de contrôle sur les actes agressifs au sein du groupe et au souci de la sécurité du groupe;
- Générosité exprimée sous diverses formes de don officiel ou de partage;
- Autonomie de la personne dans les sociétés, qui étaient largement exemptes de classes ou de hiérarchies;
- Acceptation sans récrimination de la douleur, des épreuves, de la faim et des frustrations;
- Courage et bravoure tenus en haute estime;
- Rapports détendus avec certains parents afin d'alléger les tensions au sein du groupe (c'est-à-dire humour, plaisanteries, taquinerie comme moyens de maintenir l'harmonie dans les relations interpersonnelles);
- Attention détaillée, pratique et immédiate aux problèmes plutôt que prévention des difficultés (attitude axée sur le présent);
- Dépendance à l'égard d'une puissance surnaturelle invoquée au cours de rêves ou de rituels comme moyen de parvenir à la bonne vie (dépendance à l'égard de la primauté du sacré).

Dans un article inédit intitulé «Native Values and Attitudes» (1979), George Miller examine les valeurs autochtones persistantes. Il souligne que «les valeurs d'un individu sont sa carte cognitive, (qu') elles influencent la façon dont il perçoit le monde extérieur et l'interprète (et qu') elles se reflètent dans son comportement à l'égard du milieu naturel et des autres êtres humains [...] Les valeurs moulent la personnalité» (1979, p. 10). Il avance que «les Amérindiens ont des valeurs qui, en dépit de 400 ans de contact avec les Européens, se distinguent encore de celles de la société dominante» (1979, p. 5). Faisant la synthèse des travaux de Bryde (1971), Zintz, Hallowell (1955) et Benedict (1934), il trace le tableau suivant des valeurs autochtones dominantes :

- Le temps est – toujours relatif et «toujours avec nous»  
– orientation vers le présent, travailler pour satisfaire le besoin présent;
- Complexe d'humiliation, par opposition au sentiment de culpabilité;
- Les relations avec les autres sont considérées comme une forme de parenté (famille étendue, parents de clan, etc.);
- Désir d'harmonie dans les relations interpersonnelles;
- Égalitariste/respect de la dignité et de la liberté des autres;
- Coopération et éthique du partage;
- Humilité (anonymat/comportement docile, passif/modestie et sensibilité aux autres);
- Force de caractère (les individus agissent en fonction d'une conscience fortement internalisée);
- La patience est une force et une vertu;
- Le respect de la sagesse et de la valeur des connaissances dérivées d'une longue expérience (respect des anciens et du passé);
- Harmonie et équilibre avec la nature;
- Les traditions sacrées sont fondamentales et la motivation externe et interne essentielle est spirituelle. Respect du mystérieux.

Enfin, pour cerner les facteurs influant sur l'éducation et l'apprentissage chez les autochtones, Joseph Couture a étudié les différences fondamentales entre la psychologie de ces derniers et celle des occidentaux. Il parle du potentiel élevé de développement humain que possèdent les autochtones. On peut dégager les principes fondamentaux du mode de vie dont découle ce fait en examinant les anciens, qui les incarnent. Couture pense qu'«en écartant ce qui est particulier à chaque tribu et à chaque région», nous pouvons «commencer à discerner certains traits communs», ou ce que nous appelons en l'occurrence «valeurs» (Couture, 1978, p. 129). Il définit ces traits ainsi :

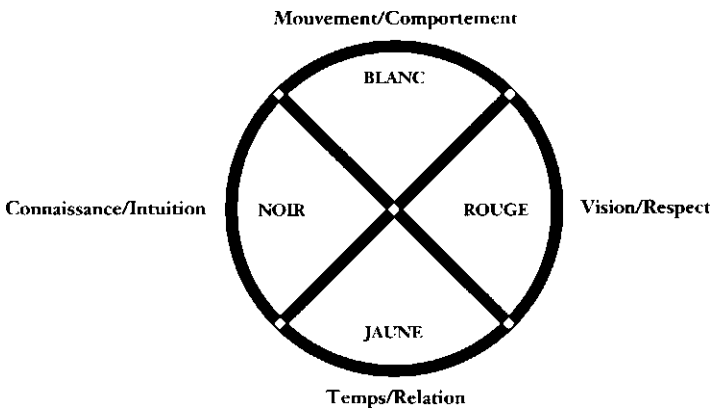
- Personnalisme. La vie est personnaliste. Elle est holistique, humaniste et existentielle. La philosophie autochtone est axée sur la personne, celle-ci en est le sujet et elle est en état dynamique de devenir («tout l'homme dans tout son environnement pour toute la vie»).
- «Intimité» avec la nature. Cette relation est «profonde» et de nature cosmique. La compréhension de l'ordre naturel et cosmique par l'autochtone le rend capable de vivre en relation totale avec la nature de la façon la plus profonde et la plus intime.

- Respect de la terre et relation avec elle en tant que tout vivant et organique à l'égard duquel on a des liens personnels et une responsabilité morale. Le sens de la terre est une expérience déterminante centrale.
- Respect de la sagesse et du savoir. (Respect de la sagesse et de la compétence intellectuelle et discursive des anciens ainsi que de leur capacité auto-actualisante de développer leur potentiel humain au maximum.)
- Aptitude à la compassion, ou bonté.
- Aptitude à avoir une vision totale. Aptitude à «voir le monde» dans une perspective holistique.
- Interdépendance. «Les modes de vie des autochtones sont ancrés dans la perception de l'interdépendance de tous les éléments de la nature et de toutes les formes de vie.»
- Une conscience collective ou communale : le sens de la communauté dans son extension la plus vaste et son sens le plus large.
- Autonomie et force de caractère de la personne. (Encouragement de la force intérieure, de l'esprit de liberté, de la dignité et de la responsabilité.)
- Relations non manipulatrices/attitude de non-ingérence.

### *Cadre pour l'examen des valeurs autochtones fondamentales généralisées*

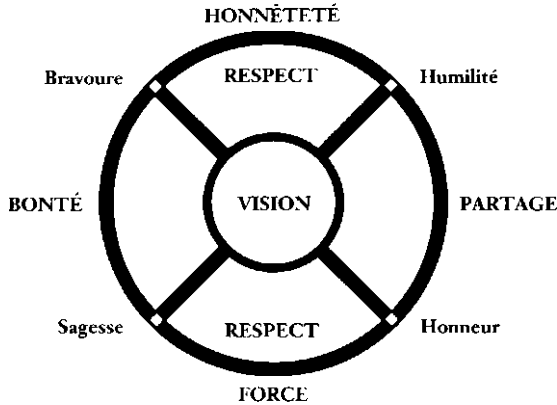
Cet examen des valeurs «persistantes» détectées chez diverses cultures d'Amérique du Nord permet de généraliser certaines valeurs autochtones traditionnelles qui semblent constantes dans toutes les cultures et paraissent résister au changement dans le temps. Nous retournerons pour cela aux valeurs des Ojibwas anishinabés présentées au début, afin d'étudier ces valeurs générales et fondamentales persistantes dans ce cadre.

Considérons d'abord le dessin initial représentant les quatre couleurs d'hommes :



D'après ce dessin, l'homme rouge (Anishinabé) ou autochtone possède le don unique de vision. Celle-ci représente sa façon particulière de «voir le monde» et sa capacité de vision holistique ou «totale». Le respect accompagne son aptitude à voir au-delà des limites du physique et sa capacité de vision circulaire complète : respect de la création; du savoir et de la sagesse; de la dignité et de la liberté des autres; de la qualité de la vie et de l'esprit en toutes choses; respect du «mystérieux».

Lorsqu'on place les quatre principes directeurs fondamentaux et les sept valeurs autour de cette capacité centrale de vision, le dessin prend l'aspect suivant :



La vision est ici la source première du système de valeurs ojibwa. La vision est intégralité; elle reconnaît l'interdépendance de toutes choses et la totalité de celles-ci. Elle engendre de ce fait le respect. Celui-ci détermine toutes les autres valeurs, qui constituent un système unique où chacune des valeurs reçoit une interprétation et un ordre de priorité uniques. D'autres peuples et d'autres cultures peuvent se réclamer également de valeurs comme la sagesse, l'honnêteté, l'humilité, la bonté et la force. Mais l'unicité des valeurs autochtones tient au fait que leur perception et leur compréhension sont déterminées par le don primordial de la vision/intégralité et par la motivation fondamentale du respect.

Nous allons maintenant prendre les énoncés de valeurs fondamentales présentés par chacun des auteurs précités et classer chacune dans la catégorie de valeur appropriée :

### Vision/intégralité et alignement sur l'esprit

- Vérité (Banai)
- Constamment conscient de Dieu (Bryde)
- Respect du «mystérieux» et primauté des influences spirituelles (Hoebel)
- Primauté du sacré (Brown)
- Interdépendance de tout ce qui existe (Brown)

- Intégralité (Brown)
- Interdépendance/intégralité (Hendry)
- Dépendance à l'égard de la primauté du sacré (McNickle)
- La motivation externe et interne essentielle est spirituelle/le sacré est fondamental (Miller)
- Vision totale/interdépendance (Couture)

### **Respect/harmonie**

- Respect/révèrece de toute la création (Banai)
- Harmonie et équilibre avec la nature/relation personnelle avec tous les êtres vivants et toutes les forces (Hoebel)
- Rapports personnels avec tous les «êtres» et toutes les forces (Hallowell)
- Relation sacrée avec la terre (Brown)
- Adaptation à la nature (Bryde)
- En harmonie avec la nature (Hendry)
- Harmonie et équilibre avec la nature (Miller)
- Respect de la terre et relation avec elle/«intimité» avec la nature (relation totale et profonde avec la nature) (Couture)

### **Bonté**

- Amour/paix (Banai)
- Désir d'harmonie dans les relations interpersonnelles (Hallowell)
- Harmonie dans les relations interpersonnelles (Chisholm)
- Désir d'harmonie et de bien-être dans les relations interpersonnelles (Hoebel)
- Désir de paix, d'harmonie et de bonté dans la vie personnelle et spirituelle (Hoebel)
- Harmonie dans les relations interpersonnelles (McNickle)
- Harmonie dans les relations interpersonnelles (Miller)
- Capacité de compassion (Couture)

### **Honnêteté/intégrité**

- Honnêteté/intégrité (Banai)
- Intégrité (Walker)
- Respect de la liberté et de l'autonomie de soi-même et des autres (Hallowell)
- Autonomie/liberté individuelles (Bryde)
- Inviolabilité et dignité inhérente de la personne (autonomie)/droit de la personne à la liberté d'action (Chisholm)
- Liberté et autonomie individuelles (Hoebel)
- Respect de son intégrité personnelle et de celle des autres (Hendry)
- Autonomie de la personne (McNickle)
- Respect de la dignité et de la liberté des autres (Miller)
- Autonomie de la personne, esprit de liberté, dignité et responsabilité (Couture)

## Partage

- Générosité (Walker)
- Partage ou générosité (Bryde)
- Coopération et partage (Chisholm)
- Générosité/partage/coopération (Hoebel)
- Partage/coopération/vie communale/coexistence/collaboration (Hendry)
- Générosité/don/partage (McNickle)
- Coopération/éthique du partage (Miller)
- Conscience collective/communale (Couture)

## Force

- Force de caractère/force d'âme (Hallowell)
- Force d'âme (Walker)
- Maîtrise de soi/contrôle personnel/tranquille assurance (Hoebel)
- Remplacement du moi par une influence spirituelle plus sage et plus puissante (Hendry)
- Attitude retenue et non démonstrative/degré élevé de contrôle (McNickle)
- Acceptation de la douleur, des épreuves, de la faim et des frustrations sans récrimination (McNickle)
- Force de caractère (conscience fortement internalisée) (Miller)
- Force de caractère de la personne/dignité, force intérieure et responsabilité (Couture)

## Bravoure/courage

- Bravoure/intégrité/honnêteté (Banai)
- Bravoure (Walker)
- Bravoure/force d'âme/stoïcisme (Hallowell)
- Bravoure/courage/non-manifestation de la peur (Bryde)
- Bravoure/maîtrise et contrôle des émotions et des impulsions fondamentales (Hoebel)
- Courage et bravoure tenus en haute estime (McNickle)

## Sagesse

- Respect du savoir/de la sagesse (Banai)
- Bons conseils de la sagesse indienne (Bryde)
- Respect du passé/sagesse (Hoebel)
- Orientation vers le passé et le présent (Hendry)
- Respect de la sagesse et de la valeur des connaissances découlant d'une longue expérience/respect des anciens et du passé (Miller)
- Respect de la sagesse et des connaissances/respect de la compétence intellectuelle et discursive et de la capacité auto-actualisante des anciens (Couture)

## Respect/humilité

- Honneur/respect/humilité (Banai)
- Non-ingérence/respect (Hallowell)
- Non-ingérence dans les relations avec les autres (Chisholm)
- Non-ingérence/non-intrusion/sensibilité aux autres, évitement des comportements agressifs, hostiles et coercitifs/respect (Hoebel)
- Respect de son intégrité personnelle et de celle des autres/confiance (Hendry)
- Humilité/sensibilité aux autres (Miller)
- Non-ingérence/relations non manipulatrices (Couture)

La «vision totale» donnée aux autochtones et la «connaissance spirituelle» qui est au cœur de leurs modes de vie et de leur compréhension engendrent chez eux un profond respect de tout ce qui est vie et une qualité de relations qui est spirituelle, réciproque et interpersonnelle. La vision d'intégralité dont découle le sentiment de l'interdépendance de tout ce qui existe est le centre spirituel imprégnant toute vie d'une qualité qui non seulement mérite le respect, mais encore motive une relation respectueuse.

La vision/intégralité est le centre spirituel entouré par le respect.

On interprète le respect comme un hommage à l'interdépendance harmonieuse de tout ce qui est vie, cette relation étant réciproque et interpersonnelle.

Les valeurs autochtones fondamentales influencées par cette vision de base et cette attitude de respect peuvent être interprétées comme suit :

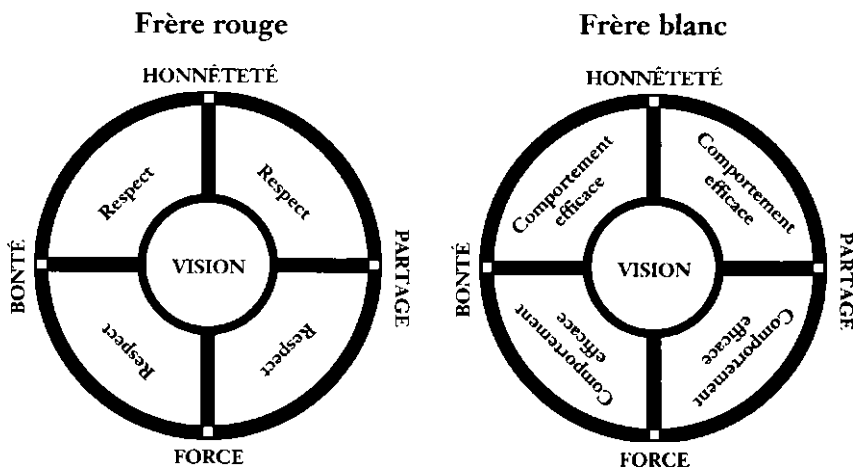
- Bonté : Capacité de compassion et désir d'harmonie et de bien-être dans les relations interpersonnelles.
- Honnêteté : Agir avec la plus grande honnêteté et la plus grande intégrité dans toutes les relations, en reconnaissant l'autonomie, la dignité et la liberté inhérentes et inviolables de soi-même et des autres.
- Partage : Reconnaissant l'interdépendance de tout ce qui est vie, pratiquer une éthique de partage, de générosité ainsi que de conscience et de coopération collectives/communales dans les rapports réciproques.
- Force : Conscient du besoin d'agir avec bonté et de respecter sa propre intégrité et celle des autres, faire preuve de force de caractère, de force d'âme et de maîtrise de soi afin de susciter et d'entretenir la paix, l'harmonie et le bien-être en soi et dans l'ensemble de la communauté.
- Bravoure : Exercice individuel du courage et de la bravoure pour établir la qualité de vie et l'autonomie inhérente de soi-même et des autres dans une atmosphère de sécurité, de paix, de dignité et de liberté.
- Sagesse : Respect (tout en s'efforçant de les atteindre soi-même) du savoir et du don de vision chez les autres, ces qualités englobant la perspective holistique, possédant une valeur spirituelle et s'exprimant dans l'étendue de l'expérience et la profondeur de la vie. La personne qui incarne ces qualités, les actualise dans les autres et les traduit au profit des autres mérite d'être respectée en tant que «sage».

- Humilité : Reconnaissance de soi-même comme élément sacré et égal de la création et respect de tout ce qui est vie et possède la même autonomie, la même dignité, la même liberté et la même égalité inhérentes. Cela entraîne la sensibilité aux autres, une attitude de non-ingérence et un désir de bonnes relations et d'équilibre avec tout ce qui est vie.

Ces valeurs, définies par les moteurs fondamentaux de la personnalité autochtone (capacité de vision et qualité du respect), peuvent être présentées comme les valeurs autochtones traditionnelles originelles. Elles semblent être caractéristiques des peuples autochtones en général et avoir persisté jusqu'à l'heure actuelle, constituant maintenant le fondement des schèmes de comportement des autochtones contemporains.

### Les valeurs autochtones dans un milieu social et culturel étranger

Si les moteurs fondamentaux de «l'homme rouge» en toutes choses sont la vision et le respect, ceux de «l'homme blanc» sont le mouvement et le comportement. Par conséquent, le «frère blanc» interprétera les grandes valeurs de façon différente de l'autochtone et y établira un ordre de priorité différent. D'où la différence dans la façon dont chacun se comportera au sein de la collectivité et créera des institutions, des structures ou des codes pour favoriser et maintenir l'harmonie et le bien-être.



Dans l'optique la plus positive des valeurs fondamentales de la société dominante, on peut dire que celle-ci croit qu'on doit permettre la plus grande liberté dans les entreprises personnelles actives tout en garantissant le plus grand bien au plus grand nombre. Pour régler ce but primordial, la société doit établir des lois ou des règles afin que les hommes et les femmes puissent parvenir à la plus grande réussite personnelle, tout en assurant le bien-être collectif. La société doit rechercher au moyen



de ces règles la norme la plus généralisée à laquelle tous doivent être encouragés à se conformer. Par conséquent, les règles ou les lois sont établies pour garantir la liberté d'entreprise individuelle (protéger le droit de l'individu aux avantages de la réussite personnelle) et pour assurer le plus grand bien au plus grand nombre.

Étant fondamentalement motivé par le mouvement et le comportement actif, l'homme blanc interprète l'autonomie et la liberté de la personne comme la liberté d'entreprise personnelle active et le partage comme le droit égal au bien-être. Toutefois, il doit s'assurer que ces valeurs sont actualisées. On établit donc des règles ou des lois en vertu desquelles les avantages obtenus grâce à la liberté d'entreprise personnelle active seront aussi distribués à ceux qui n'ont pas la chance d'exceller dans les entreprises personnelles. Habituellement, l'excédent est partagé avec ces individus moins favorisés, ou bien on instaure des régimes fiscaux pour satisfaire à l'obligation d'assurer au plus grand nombre des chances égales, ou le droit au bien-être.

Pour la société autochtone, par contre, il faut autoriser et encourager l'individu à réaliser son potentiel avec la liberté et l'autonomie les plus grandes; il faut aussi respecter la liberté et l'autonomie des autres. On ne fait pas cela en imposant des règles et des lois destinées à garantir la liberté et l'autonomie personnelles de l'individu, mais plutôt en enseignant (inculquant) la valeur du respect à l'individu dès sa naissance et en la renforçant pendant toute sa vie personnelle et communautaire. Grâce à cette édification d'une conscience internalisée chez l'individu (ou d'une loi internalisée du comportement souhaitable), la personne peut exercer sa liberté personnelle de poursuite du développement tout en la respectant chez les autres, ce qui entraîne la plus grande harmonie dans les relations interpersonnelles et les rapports sociaux et la formation du bien collectif ou commun. L'autonomie et la liberté personnelles et la poursuite individuelle de la réussite sont toujours conditionnées par le respect.

En comprenant les valeurs des autochtones et des non-autochtones du point de vue de leurs motivations fondamentales, nous pouvons constater qu'il existe des différences essentielles dans la façon dont chaque groupe exprime des valeurs communes.

### *Valeurs contrastantes*

Le comportement des autochtones contemporains découle de perceptions traditionnelles de la réalité, des valeurs autochtones et d'un système de croyances fondé sur des pratiques culturelles de longue date et des siècles d'expérience autochtone. La personnalité autochtone contemporaine se fonde sur ces racines perceptuelles, psychologiques et épistémologiques; celles-ci influencent par conséquent de façon essentielle leur comportement moderne et déterminent leur adaptabilité actuelle. Souvent, ces valeurs et les choix de comportements qui en résultent sont en opposition ou en conflit fondamental avec les valeurs et les tendances de comportement de la société non autochtone dominante.

Les tableaux ci-après comparent et opposent un certain nombre des valeurs essentielles et des schèmes de comportement des autochtones et des non-autochtones. Le

tableau I (comparaison des valeurs) relève des catégories de valeurs semblables et met en contraste les façons différentes dont chacune des valeurs est exprimée dans les deux sociétés. Le tableau II montre comment l'expression contemporaine des valeurs originelles de chaque groupe mène à une zone de conflit là où les deux se rejoignent dans le contexte moderne.

### TABLEAU I – Comparaison des valeurs

#### Autochtone

On encourage l'autonomie individuelle en procurant les fondements de la responsabilité de survie de l'individu; on inculque une attitude de responsabilité individuelle et de respect; on fournit une base de connaissances sous forme de renseignements et de mise au courant du processus décisionnel.

Le partage en tant que générosité respectant la personnalité de tous les êtres vivants qui contribuent collectivement à la qualité de la vie en s'efforçant d'établir l'harmonie et le bien collectif les plus grands tout en respectant la liberté et l'autonomie de soi-même et des autres.

L'intégralité en tant que perception de l'intégrité des choses et prise de conscience de l'interdépendance de toutes choses.

La bonté en tant que désir d'harmonie et préférence de l'amabilité dans toutes les relations interpersonnelles, humaines et autres.

#### Non-autochtone

On motive à l'autonomie individuelle en encourageant la personne à s'affirmer, en suscitant la compétitivité, en offrant une instruction en vue du travail futur, en formant la personne à la persévérance, à la créativité individuelle et à la réussite à l'aide de punitions et de récompenses, et en exigeant le respect de règles et l'atteinte de buts acceptables.

Le partage en tant qu'obligation de garantir à tous le droit au bien-être et à des chances égales tout en maximisant les réalisations et la réussite individuelles dans des entreprises personnelles actives.

La totalité en tant qu'addition de toutes les parties qui forment le tout ainsi que quantification et objectivation des parties pour calculer les rapports menant au tableau complet.

La charité en tant qu'exhortation à pratiquer la compassion et la bienveillance dans l'acceptation de l'humanité de tous, en reconnaissant la motivation fondamentale de la poursuite du développement individuel, du succès et du gain personnel.

## Autochtone

L'honneur en tant qu'attitude essentielle de respect de la liberté et de l'autonomie des autres personnes, des personnes autres que les humains, des anciens et de la sagesse, ainsi que de la parenté avec la nature et les forces de la vie, connues comme inconnues.

Le respect de la liberté et de l'autonomie de soi-même et des autres, de la dignité inhérente de la personne humaine ainsi que du maintien de l'harmonie et du bien-être collectifs.

La bravoure en tant que force de caractère, qui exige une grande force interne et force d'âme dans les situations de grande difficulté ou de péril personnel, la maîtrise de soi, le contrôle et la dignité légitime des autres étant maintenus.

L'honnêteté en tant que véracité et intégrité, c'est-à-dire agir avec l'honnêteté et l'intégrité les plus grandes dans toutes les relations, en reconnaissant l'autonomie, la dignité et la liberté inviolables et inhérentes de soi-même et des autres.

Le tableau II, ci-après, prend comme point de départ les valeurs originelles telles qu'elles s'expriment dans la culture amérindienne et dans la culture euro-occidentale. À mesure qu'on va de l'expression de la valeur fondamentale (des autochtones à l'extrême gauche, des euro-occidentaux à l'extrême droite) vers le centre du tableau, cette expression change par suite de l'adaptation à des milieux nouveaux et aux circonstances historiques. Même si, comme on peut le voir, les valeurs originelles continuent de s'exprimer selon leur dessein initial, elles sont modifiées par le temps et par le contexte où elles s'expriment. À mesure qu'elles se rapprochent de leur mode d'expression contemporain, il devient de plus en plus apparent que les personnes agissant d'après leur propre position culturelle, et motivées par l'expression de leurs propres valeurs, se trouveront en conflit les unes avec les autres dans les situations où elles devront établir des rapports pour atteindre des fins communes.

On trouvera dans les pages qui suivent le tableau II illustrant les différences de valeurs entraînant des conflits à l'époque actuelle.

## Non-autochtone

La considération en tant que courtoisie et fair-play à l'égard des pairs et des égaux en réussite, et l'attention aux personnes moins favorisées et aux choses dont dépendent la survie et le bien-être, par exemple l'ordre, la loi et la nature.

Le respect de la propriété personnelle et privée de soi-même et des autres ainsi que du droit d'entreprise privée, de réussite et de gain personnels, s'accompagnant de l'obligation morale de reconnaître l'égalité des personnes humaines.

La bravoure en tant que courage et vaillance, qui oblige la personne à faire passer une cause ou un idéal plus noble ou une autorité supérieure avant sa propre vie et ses principes, même si cela empiète sur les droits et libertés des autres.

L'honnêteté en tant que véracité et respectabilité, c'est-à-dire agir conformément aux lois et aux principes définis, de manière droite et honorable, et attendre la même chose des autres.

## TABLEAU II

### Les différences de valeurs entraînant des conflits à l'époque actuelle

#### Valeurs et comportements de l'autochtone

Valeur	Signification	Comportement résultant	Comportement contemporain	Z
Intégralité	Perception de l'intégrité des choses. Prise de conscience de l'interdépendance de tout ce qui est vie.	Préfère voir toute la situation avant d'agir. A la capacité de voir la totalité des choses. Réfléchi, prudent, examine tous les aspects avant de prendre une décision ou d'agir.	Manifeste une préférence pour ce qu'on peut appeler la «vivacité immobile», c'est-à-dire attendra de se sentir sûr de lui, bien informé ou expert avant de dire une chose, de prendre une décision ou de la mettre à exécution. Face à une situation difficile, tient compte de l'autre partie et des sensibilités et droits des autres. Le temps est relatif et le jugement, souple et influencé par les circonstances et le respect. La partie est seulement comprise par rapport au tout.	Z O N E D E
Respect	Considération pour l'autonomie et la liberté de soi et des autres et pour la dignité inhérente de la personne humaine et du groupe.	Respect des autres et de sa propre intégrité personnelle, engendrant une attitude amicale et la confiance; caractérisé par une préférence pour l'anonymat, la modestie et la sensibilité aux autres; tendance à une attitude de non-ingérence.	Sensibilité aux autres; tendance à la non-ingérence et à la non-intrusion dans les rapports interpersonnels; comportement non manipulateur; évitement de la confrontation et de la coercition; tendance à la conformité; fait preuve de patience et de retenue.	

## TABLEAU II (suite)

**Les différences de valeurs entraînant des conflits à l'époque actuelle**  
**Valeurs et comportements de l'Euro-Canadien**

C	Comportement contemporain	Comportement résultant	Signification	Valeur
O N F L I T	Disposition à l'expérimentation active; approche objective et analytique des situations; comportement assuré et manipulateur; doit agir à partir du début d'une situation pour parvenir à sa conclusion; axé sur la réussite et l'atteinte de buts; l'ordre est maintenu de l'extérieur et la vérité de toute situation dépend de l'analyse objective des faits et d'une appréciation détachée de sa vérifiabilité et de sa crédibilité.	Objectivation, quantification et analyse des choses pour déterminer les interdépendances qui forment le tableau complet; assuré et persévérant depuis le début jusqu'à l'accomplissement réussi d'un acte; l'attestation et la définition des éléments fondamentaux mènent à la compréhension des interdépendances qui résument le tableau complet : approche fondamentalement linéaire, analytique et critique.	Perception de l'intégralité comme une «totalité» où la somme de toutes les parties forme le tableau complet; doit déterminer et définir les parties pour bâtir celui-ci. Doit créer le tableau complet en manipulant les parties.	Mouvement
	Axé sur l'action; assuré, persévérant, axé sur la tâche : «pas question d'abandonner après un premier échec»; tendance à des comportements coercitifs et intrusifs et préférence pour la confrontation pour résoudre les problèmes; attitude directe, prend les devants dans les relations sociales et interpersonnelles; attend des autres qu'ils soient sûrs d'eux et s'affirment.	Affirmation du droit à l'entreprise privée, à la réussite personnelle et au gain individuel; succès, réussite personnelle et progrès considérés comme des mesures de l'intégrité et de l'acceptation de la personne; attitude de confrontation et d'intrusion avec tendance à un comportement discipliné, consciencieux et énergique.	Le mouvement est le moteur fondamental qui régit tout le comportement et le rend actif et intense. L'activité est le trait fondamental et dominant.	Comportement

TABLEAU II (suite)

Les différences de valeurs entraînant des conflits à l'époque actuelle

Valeurs et comportements de l'autochtone

Valeur	Signification	Comportement résultant	Comportement contemporain	Z
Bonté	Harmonie dans les relations interpersonnelles et capacité de compassion.	Amitié, attention, amabilité, douceur, conformité et consentement. Préfère le règlement pacifique à la confrontation.	Les actions et modes d'expression d'une personne doivent affirmer la dignité et la valeur des autres, le désir d'interactions aimables et pacifiques et l'évitement de la confrontation.	O N E
Honnêteté	Véracité et intégrité. L'honnêteté est conditionnée par le respect.	Tolérance et égalité d'humeur; respect de la dignité inviolable et inhérente de la personne; conscience et fidélité fortement internalisées; honorable et loyal.	Les réponses prudentes et réfléchies sont plus fiables et expriment plus étroitement la vérité. Après réflexion, répond avec honnêteté et franchise au lieu de donner des réponses circonspectes pour éviter de s'engager.	D E
Partage	Générosité, esprit de coopération; désir d'harmonie et de bien-être collectif.	L'affirmation de sa liberté et de son autonomie est équilibrée par la responsabilité d'assurer l'harmonie et le bien-être collectif; c'est-à-dire le partage de la richesse acquise par l'activité personnelle pour le bien collectif et le bien-être général.	La générosité engendre le respect. La frugalité est plus un indice d'avarice qu'une vertu à rechercher. L'attention aux autres et la coopération sont des comportements préférables. Sens des responsabilités et respect du bien-être des autres. N'exigera pas d'être payé de retour, mais éprouve le besoin de partager.	
Force	Force de caractère, force d'âme, maîtrise de soi, pour la paix, l'harmonie et le bien-être en soi et chez les autres.	La bravoure est donc définie comme la force d'âme et la force intérieure requises pour faire face aux situations difficiles; conserver la maîtrise et le contrôle de soi et respecter la dignité inhérente des autres.	L'autodiscipline préférée à la retenue imposée de l'extérieur; favorise le contrôle de soi et les conseils plutôt que l'adhésion à un but ou à une autorité impersonnels; résiste à la diminution de la dignité personnelle; fait preuve d'une tranquille assurance.	

**TABLEAU II (suite)**

**Les différences de valeurs entraînant des conflits à l'époque actuelle**

**Valeurs et comportements de l'Euro-Canadien**

<b>C</b>	<b>Comportement contemporain</b>	<b>Comportement résultant</b>	<b>Signification</b>	<b>Valeur</b>
<b>O</b>	<p>Tout en favorisant le droit à la poursuite du succès, au gain personnel et à l'émulation, il faut faire preuve de bienveillance et de compassion envers les faibles en redressant l'inégalité.</p>	<p>Compassion/sympathie pour les moins favorisés et ceux qui ne peuvent réussir. Fait face à l'inégalité en appliquant des solutions charitables.</p>	<p>La bonté en tant que charité manifestée en particulier aux malheureux et aux faibles.</p>	<p>Bonté</p>
<b>N</b>				
<b>F</b>				
<b>L</b>	<p>Porte des jugements hâifs et précipités en s'appuyant apparemment sur l'hypothèse qu'il sait ce qui est bon pour les autres. L'obéissance aux lois l'emporte sur la tolérance, l'équité et le respect de l'intégrité.</p>	<p>Respectabilité, probité et obéissance aux lois et normes définies par la société. Retenue extérieure; la modification du comportement et de la liberté est sanctionnée lorsque la loi est enfreinte.</p>	<p>Véracité et respectabilité. Se conforme aux lois définies d'une manière droite et honorable.</p>	<p>Honnêteté</p>
<b>I</b>				
<b>T</b>				
	<p>Le partage en tant qu'action charitable garantit l'égalité des chances; en tant qu'obligation, il assure la répartition équitable de la richesse et des avantages. Autrement, l'atteinte est le but louable et la frugalité, la plus grande vertu. L'individuel s'oppose au collectif, on attache du prix à l'émulation.</p>	<p>Tout en maximisant la réussite individuelle dans les entreprises personnelles actives, la personne qui réussit est tenue de partager les fruits de son succès pour garantir le bien-être des masses et des défavorisés.</p>	<p>Le partage : obligation plutôt que générosité inconditionnelle. Obligation de partager pour le bien-être de tous.</p>	<p>Partage</p>
	<p>Individualisme rude; adoption d'un comportement agressif et compétitif; la supériorité de la personne s'appuie sur le désir d'avancer; réussite et gain personnels; l'obéissance à une autorité supérieure assure l'ordre.</p>	<p>La force est l'aptitude à faire passer un idéal avant les sentiments ou la compassion au profit d'une cause plus noble ou d'une autorité supérieure. La maîtrise et le contrôle sont déterminés par l'usage froid du pouvoir et de la franchise.</p>	<p>Contrôle, confiance, détermination, persévérance et franchise nécessaires pour se rendre maître de la situation.</p>	<p>Force</p>

## Zone de conflit dans le domaine judiciaire

### Réaction des autochtones à la loi

- Enseignement régulier des valeurs communautaires par les anciens et d'autres membres respectés de la collectivité;
- Avertissement et counseling de délinquants particuliers par les dirigeants ou par des conseils représentant l'ensemble de la collectivité;
- Médiation et négociation par des anciens, des membres de la collectivité et les dirigeants du clan afin de résoudre les différends et de réconcilier les délinquants avec leurs victimes;
- Paiement d'une compensation par les délinquants (ou leur clan) à leurs victimes ou à la famille de celles-ci, même en cas de meurtre;
- En cour, apparaît silencieux, insensible et renfermé : comportement dicté par la non-ingérence, l'apprentissage par l'observation et le maintien de la dignité et de l'intégrité personnelles;
- Répugnance à témoigner pour ou contre autrui ou lui-même, car il évite de façon générale la confrontation et l'imposition d'une opinion ou d'un témoignage;
- Plaide souvent coupable par honnêteté ou pour éviter la confrontation.

### Attentes du système judiciaire

- Tous sont tenus d'observer les lois établies par l'autorité supérieure de l'État;
- La société se réserve le droit de se protéger contre l'individu qui menace de porter atteinte à ses membres ou à ses biens;
- Punition vengeresse : la justice exige qu'une personne souffre à cause et en proportion de son méfait. La punition est fixée par la loi; le jugement est imposé;
- Le coupable est condamné à une peine; l'incarcération vengeresse et la réadaptation sont des moyens de dissuader et de punir les délinquants;
- On s'attend à ce que le défendeur apparaisse disposé à envisager sa situation et à admettre son erreur et se montre contrit et disposé à s'amender; doit exprimer sa motivation à le faire;
- Obligé de témoigner et de se défendre pour établir les faits conformément à la procédure judiciaire contradictoire;
- On s'attend qu'il plaide «non coupable» puisqu'il est «innocent jusqu'à ce qu'on prouve sa culpabilité».



## L'autochtone et le système judiciaire

La dynamique des rapports d'un accusé autochtone avec la cour est différente de celle du non-autochtone qui se trouve dans la même situation. La cour a certaines règles et normes qui font qu'elle attend certaines choses de l'accusé; ses attentes ont un fondement culturel. Lorsque l'autochtone ne réagit pas convenablement, il est souvent jugé d'après son comportement avant même que la cour prononce son jugement ou le condamne. Dans un article publié dans le *Canadian Native Law Reporter*, Rupert Ross signale que, si l'on peut tracer un portrait-type de l'accusé autochtone, «ce serait celui d'une personne silencieuse, de quelqu'un qui ne dit rien, ou à peu près rien, à moi-même, aux psychiatres, aux gardiens, à la cour, ni à personne» (1989, p. 3). [traduction] À cause de cette attitude dans ses rapports avec la cour, l'accusé autochtone suscite chez les fonctionnaires de la cour, les avocats, les juges et l'assistance, diverses variantes des mêmes descriptions et qualificatifs : «renfermé, insensible, incapable de donner des éclaircissements sur ses actes, peu disposé à faire face à son passé, peu disposé à examiner ses sentiments envers lui-même ou à l'égard de sa victime ou de son entourage» (1989, p. 3). [traduction] La cour doit alors présumer, dit Ross, que, «s'il refuse même d'examiner pourquoi il a agi comme il l'a fait, de faire face à ses démons personnels, d'exprimer ses sentiments ou de reconnaître les sources de sa colère, nous supposons que la réadaptation ne l'intéresse pas, qu'il n'est pas motivé à s'aider. Nous pensons ensuite n'avoir pas d'autre choix que les condamnations mettant l'accent sur la dissuasion» (1989, p. 3). [traduction]

Au sujet des témoignages, Ross signale que, d'après ses observations et son expérience, une éthique différente est également en jeu ici. «Le refus de témoigner ou la répugnance à le faire, ou le fait de ne donner que le récit le plus dépouillé et le plus impassible des événements» doit résulter d'un comportement culturel sous-jacent qui, selon Ross, est le genre de comportement selon lequel «témoigner face à l'accusé est tout simplement mal [...et] selon lequel on semble en fait s'être évertué à éviter cette confrontation directe» (1989, p. 5). [traduction] Témoigner semble réussir avec les membres de la culture dominante, et les tribunaux peuvent attendre de ceux-ci des réactions appropriées à ces attentes culturelles. Pour les autochtones, toutefois, cela apparaît culturellement et moralement étranger et impressionnant. Ross cherche à illustrer les valeurs culturelles et morales qui s'opposent lorsqu'ils se présentent devant le tribunal :

Je suppose qu'il est perçu comme mal de dire des choses hostiles, critiques et implicitement pleines de colère au sujet de quelqu'un en sa présence, soit précisément ce que notre procédure contradictoire a exigé [...] En fait, nous avons transposé ce contentieux dans notre vie quotidienne en exhortant chacun à être ouvert avec les autres, à être honnête et direct, à dire ce qu'il a sur le cœur, et ainsi de suite, toutes choses qui, aux yeux des autochtones traditionnels, sont choquantes à l'extrême. Lorsqu'ils [les autochtones] refusent de se conformer aux prescriptions de nos règles, nous les jugeons faibles en matière d'obéissance à celles-ci ou, pis encore, sans loi. Dans notre ignorance, nous

n'avons pas admis la possibilité qu'il existe peut-être d'autres règles que les nôtres auxquelles ils se soumettent régulièrement, chose d'autant plus frappante que cette soumission défie nos pressions instantanes en sens contraire (1989, p. 6). [traduction]

La cour a beaucoup trop souvent tendance, en pareil cas, à supposer que l'autochtone accusé n'est pas «véritablement motivé à la réadaptation» et ne se montre pas vraiment repentant. Même si, de l'avis de Ross, tel ne devrait pas être le cas, la cour est portée à conclure automatiquement, d'après ce comportement, que ce sont des personnes sans remords qui n'ont aucun désir de s'amender (1989, p. 6). Même si cela ne ressort pas de leur comportement devant la cour, les autochtones peuvent souhaiter tout aussi vivement que justice soit faite et que le comportement illégal et antisocial soit corrigé. Leur refus apparent de se comporter et de réagir conformément aux attentes de la cour peut en fait résulter d'une adhésion culturelle profonde à un système de comportement différent. Cela indique, semble-t-il, non seulement le besoin de comprendre des réactions culturelles différentes, ce qui exige une sensibilité aux difficultés découlant d'un comportement inapproprié dans un contexte culturel et moral étranger, mais encore la nécessité manifeste de réexaminer la nature du contexte lui-même.

De plus, la présentation d'un plaidoyer dans le contexte judiciaire semble être chargée de différences morales et culturelles en opposition. Ici encore, Ross souligne les différences d'approche de la valeur de l'honnêteté telles qu'elles se manifestent devant les tribunaux :

Plaider «non coupable», pour eux, est un mensonge, car cela signifie nier la vérité de l'accusation. Bien entendu, pour nous [les Blancs], cela ne signifie pas «je ne l'ai pas fait», mais plutôt que nous demandons à la Couronne de le prouver, comme c'est notre droit. Il n'est guère étonnant que tant d'accusés autochtones plaident coupables, car il est probable que l'infraction dont ils sont accusés est moins sérieuse à leurs yeux que de mentir à propos de leur participation à celle-ci, soit précisément ce qu'un plaidoyer de «non-culpabilité», représenterait pour eux [...] Ils ne comprennent pas le fondement rationnel de notre droit à un plaidoyer de «non-culpabilité» ni comment ce droit peut coexister avec la règle chrétienne exigeant la confession et la reconnaissance de la faute avant qu'elle puisse être pardonnée et rachetée (1989, p. 9, 10). [traduction]

Les différences d'orientation des valeurs entraînent des différences de comportement importantes et, lorsque les autochtones se trouvent dans le contexte juridique de la société dominante, cela semble favoriser les conflits de comportement dans l'enceinte du tribunal de même qu'avec les personnes qui appliquent la loi.

En plus des différences particulières de comportement, il semble y avoir une différence globale dans l'approche adoptée pour trouver une solution juste aux actes qui s'écartent de la norme ou aux comportements antisociaux. Pour la collectivité autochtone et pour l'individu, la motivation prépondérante pour arriver à une solution de

justice dans des situations de conflit ou d'écart de la norme consiste à rétablir la paix et l'équilibre au sein de la collectivité et réconcilier l'accusé avec sa conscience et avec la personne ou la famille lésée. C'est là une différence fondamentale qui met sérieusement en question l'à-propos du système juridique et judiciaire actuel pour la résolution des conflits intéressant les autochtones, ainsi que pour la réconciliation et le maintien de l'harmonie et de l'ordre au sein de la collectivité.

Un système judiciaire fondé sur la culture autochtone conviendrait probablement mieux aux autochtones, tout en étant sensible aux valeurs et au comportement découlant de cette culture. Un tel système rétablirait en outre l'intégrité de la collectivité autochtone et réduirait les conflits causés aux personnes et aux communautés autochtones par les défauts et l'inadéquation du système judiciaire actuel en ce qui les concerne.

### **Gwaik/minodjiwi/dibaakonagewin**

Les Anishinabés expriment la notion de justice par les mots *gwaik/minodjiwi/dibaakonagewin* (littéralement : jugement correct et respectueux). Il y a, d'une part, la vérité éternelle, immuable et infinie du Créateur, régie par le gardien sévère et inflexible de Sa loi. De l'autre, se trouve la vérité changeante, mouvante et en devenir constant de la réalité humaine au sein de la création, régie par un gardien qui est bon, compatissant et indulgent. Entre les deux se situe la loi de l'équilibre et de l'harmonie vers lesquels l'humanité doit tendre. Cette quête est gouvernée par l'intégrité, l'humilité et le respect. La justice est la recherche du jugement vrai requis pour rétablir l'équilibre et l'harmonie dans les rapports, la famille et la société, jugement juste et honnête en même temps que respectueux de l'intégrité de toutes les personnes – aussi bien les auteurs que les victimes de l'infraction.

Le système judiciaire des Anishinabés favorise les conseils judicieux, la compensation, la restitution, la réadaptation, la réconciliation et l'équilibre plutôt que le redressement obligatoire, le châtement, la punition, la pénitence et la détention. L'esprit et le psychisme de ce peuple s'appuient sur une vision et un sens de l'intégralité régis par le respect. Il est donc naturel que leur système judiciaire, en visant à promouvoir et assurer le bon comportement, tende à l'équilibre et à la réconciliation du tout, et ce, en honorant et en respectant la dignité inhérente de la personne.

Récemment, un ancien rattaché à la tradition des maisons-longues a raconté un fait illustrant le mode de justice autochtone pratiqué par le conseil des maisons-longues. Il s'agissait d'un cas assez sérieux de vandalisme mettant en cause quelques adolescents de la collectivité. Ceux-ci furent traduits devant le conseil et informés du rapport de leurs méfaits. Lorsqu'on leur demanda si les allégations étaient vraies, ils admirèrent volontiers leur mauvaise action. On leur demanda ensuite pourquoi ils avaient agi ainsi, ce à quoi ils répondirent simplement qu'ils n'avaient rien d'autre à faire ce soir-là. Les anciens et les dirigeants leur firent alors remarquer que leur vandalisme d'un soir avait causé énormément de peine et de pertes à leurs victimes.

Après avoir relaté la part qu'ils y avaient prise, les jeunes admirent qu'ils avaient effectivement causé beaucoup d'ennuis à d'autres personnes, même si leur seul but avait alors été «de s'amuser». Les anciens leur demandèrent ensuite s'ils pourraient, en y réfléchissant, penser à des façons d'employer leur temps et leur énergie de manière à rendre service, vu qu'ils «cherchaient quelque chose à faire». L'un d'eux raconta que ses grands-parents avaient un assez grand jardin où son aide serait bienvenue et nécessaire. Un autre avoua qu'il aurait pu utiliser le temps et l'énergie mobilisés par cette soirée de vandalisme pour faire des travaux à la maison de ses parents. Et ainsi de suite. Lorsque tous les jeunes eurent répondu, les anciens soulignèrent que cela valait seulement pour une soirée, mais qu'il en restait six autres où ils n'auraient peut-être «rien à faire». Ils leur demandèrent de penser à d'autres travaux ou à d'autres façons productives d'occuper leur temps pour avoir quelque chose à faire tous les soirs de la semaine. Ils énumérèrent tous un certain nombre d'autres choses qui rempliraient leur semaine. Les anciens les incitèrent ensuite à penser aux autres semaines à venir. À la fin de la réunion du conseil, les jeunes avaient reconnu leur crime, dressé leur propre plan de modification de leur comportement et même trouvé des façons de se réconcilier avec leurs victimes en s'employant à reconstruire les propriétés détruites et à faire des travaux pour les personnes qui avaient subi des pertes.

Cet exemple présente ceci d'intéressant qu'il n'y eut pas d'intervention de la police, pas d'incarcération, aucune proclamation de culpabilité, et qu'aucune punition ne fut infligée par les autorités. La dignité des jeunes fut préservée et ils participèrent à l'élaboration de la solution leur permettant non seulement de se réconcilier avec leurs victimes, mais aussi de réduire les risques d'inconduite future de leur part.

Ross relate en outre deux exemples de mécanismes de règlement des différends qui lui ont été rapportés. Le premier concerne une collectivité inuit :

Dans un village inuit, on avait l'habitude de convoquer toute la collectivité et de présenter le fait comme un événement hypothétique, qui pourrait se produire à un moment donné dans l'avenir. On demandait à tous, y compris le malfaiteur et sa victime, de donner leur avis sur la façon de régler la situation paisiblement et convenablement si jamais elle se produisait. Il n'y avait ni reproche, ni accusation, ni besoin d'explication, ni à aucun moment discussion, et encore moins imposition d'une punition ou d'une compensation. [traduction]

Le deuxième exemple vient d'une réserve ojibwa située dans son secteur de compétence à titre de procureur adjoint de la Couronne :

Le malfaiteur et sa victime étaient convoqués devant un jury des anciens, mais il n'était jamais question de l'action commise ni de sa motivation, ni des sentiments réciproques des parties, ni d'une compensation éventuelle. On n'imposait pas non plus de punition. On mettait plutôt à la disposition de chaque partie un ancien qui l'aidait en privé à «purifier son esprit». Lorsque les deux anciens désignés comme conseillers touchaient le calumet de la paix, on l'allumait et on le passait

à tous. C'était le signal que les deux parties avaient été «rendues à elles-mêmes et à la collectivité». Si elles convenaient en privé d'une compensation quelconque, c'était leur affaire. Pour la collectivité, l'affaire était close. Je n'ai pas découvert en quoi consistait la séance privée de counselling, mais on m'a dit qu'elle ne comportait pas de retour sur le passé ni d'examen de celui-ci dans ses aspects factuels ou affectifs. Elle met l'accent sur l'avenir, et son contenu spirituel est capital (1989, p. 5). [traduction]

Dans un article rédigé pour la Commission sur les Indiens de l'Ontario, Michael-Coyle puise dans un certain nombre de recherches qui ont décrit les mécanismes de maintien de l'harmonie communautaire dans les sociétés crie et ojibwa. Toutes révèlent certaines caractéristiques communes, à savoir :

L'enseignement de la sagesse par les anciens et les chefs de file de la collectivité, tant par leur exemple que par leurs discours lors des fêtes et cérémonies; la médiation par les dirigeants et les anciens pour résoudre les différends; l'avertissement public ou privé de ne pas récidiver donné aux délinquants par les dirigeants ou les chamans; la crainte d'un châtement surnaturel, et la crainte du déshonneur public entraîné par la conduite indigne (1986, p. 625). [traduction]

Coyle laisse entendre que les «principales méthodes de contrôle social adoptées par les peuples indiens de l'Ontario étaient semblables», en raison des «valeurs sous-jacentes (communes) qui inspiraient ces méthodes». Ces valeurs, dit-il, soulignent

premièrement, la retenue par la collectivité dans l'usage de la force pour prévenir les méfaits; deuxièmement, l'évitement de nombreuses peines prescrites pour des infractions précises au profit d'une réaction plus souple à l'inconduite d'un délinquant; troisièmement, le recours à la collectivité locale (quand c'est possible), plutôt qu'à un organisme supérieur ou spécialisé, pour établir une réaction appropriée à l'inconduite d'un de ses membres (1986, p. 625). [traduction]

Tous les exemples précités révèlent clairement que les valeurs fondamentales à la culture des autochtones déterminent leur façon unique d'arrêter les mécanismes de règlement des différends convenant à leurs collectivités et de rendre des jugements justes et respectueux dans l'administration de la justice.

### *Les façons d'aborder un système judiciaire autochtone*

Au Canada comme dans d'autres pays qui traitent avec des peuples autochtones, on a expérimenté diverses formes d'«indigénisation» du système judiciaire. Dans l'ensemble, ces expériences ont produit des modèles utilisant l'indigénisation comme moyen d'injecter les concepts et mécanismes autochtones appropriés dans les concepts du système judiciaire en vigueur (ou, plus probablement, de fixer les mécanismes judiciaires autochtones sur celui-ci). Même si certaines de ces démarches ont marqué une amélioration par rapport à l'approche antérieure essentiellement ethnocentrique du système judiciaire canadien, elles n'ont pas résolu les problèmes posés par la

représentation disproportionnée des autochtones dans les prisons, ni répondu à la spécificité fondamentale de leur culture, de leurs coutumes juridiques et de leurs institutions sociales.

Après avoir passé en revue les formules appliquées aux États-Unis, en Australie et au Canada, le professeur Michael Jackson conclut que, même si elles apportent une amélioration par rapport à la situation antérieure, et si ces efforts doivent être encouragés, ils ne vont pas assez loin. Nous devons rechercher des modèles ayant une plus grande portée, dit-il.

C'est ce que la situation actuelle exige et ce que les autochtones eux-mêmes recherchent :

Comme l'examen de l'expérience des cours tribales et autochtones aux États-Unis, en Australie et au Canada l'a montré, les systèmes judiciaires autochtones ont évolué dans un sens seulement, c'est-à-dire qu'ils ont constitué une adaptation de notre conception de la *common law*, ou qu'une cour a appliqué notre droit et nos sanctions. Les autochtones cherchent maintenant à obtenir le droit de revitaliser leurs institutions indigènes, de les développer et de les adapter pour faire face aux problèmes contemporains posés à leurs collectivités (1988, p. 43).  
[traduction]

En attendant que les Canadiens en général et leurs dirigeants en particulier deviennent mieux informés et plus conscients des conceptions et des droits des premières nations ainsi que des fondements de leur spécificité autochtone, leur attitude n'est peut-être pas encore assez souple pour leur permettre de penser au-delà de l'ethnocentrisme de la source unique de droit des Euro-Canadiens ou de l'application universelle de leurs principes juridiques et de leurs régimes de droit. Par ailleurs, il semble exister au Canada un mouvement politique et un engagement en faveur du pluralisme, qui pourraient se prêter à l'implantation de systèmes judiciaires parallèles. Cette perspective apparaît la plus productive et la plus prometteuse aux autochtones. L'établissement d'un système judiciaire indigène répondrait en outre de façon plus adéquate et plus complète au système et à l'orientation des valeurs propres aux personnes et à la culture dont il dériverait et envers lesquelles il serait comptable. Fait également important pour établir comment s'élaborerait ce système indigène, dans tous les pays où l'on entreprend des démarches semblables, celles-ci semblent coïncider avec la réclamation, par les peuples autochtones, de leur titre aborigène, de leurs droits ancestraux et de l'autonomie gouvernementale.

Le professeur Jackson attire l'attention sur les mêmes facteurs lorsqu'il cite l'ouvrage de M.B. Hooker intitulé *Legal Pluralism*. Le pluralisme, dit Hooker, fournit l'atmosphère et le cadre idéaux pour l'établissement d'un pluralisme juridique. En Nouvelle-Zélande, en Australie, aux États-Unis et au Canada, on accepte déjà de plus en plus l'idée d'une pluralité de droit :

Les tribunaux sont saisis d'une avalanche de revendications territoriales de la part des minorités autochtones et de demandes de reconnaissance

de leurs propres lois. Il faut se demander sérieusement si les politiques visant à spécifier une source de droit unique sont vraiment nécessaires. Peut-être les lois indigènes sont-elles plus propres à exprimer les valeurs culturelles (1988, p. 47). [traduction]

La revitalisation du potlatch, ou système de fêtes, par les Gitksans et les Wet'suwet'ens est peut-être l'une des réponses les plus claires et les plus développées au besoin d'aborder le système judiciaire anglo-canadien dans une optique autochtone. L'importance de ce fait évoque la possibilité «qu'il existe aussi» chez les autres premières nations des structures décisionnelles traditionnelles bien développées et complexes qui pourraient offrir des solutions de rechange à nos conceptions d'un tribunal (1988, p. 44). Ici encore, ce fait est intimement lié aux déclarations de titre aborigène et de compétence sur des territoires traditionnels. La nature holistique de la façon autochtone d'aborder la réciprocité sociale, économique, politique, judiciaire et spirituelle et l'harmonie des relations internes et entre nations se manifeste aussi dans ce complexe autochtone. Dans un exposé au juge en chef McEarchern, les Gitksans et les Wet'suwet'ens expliquaient ceci :

Lorsque aujourd'hui, comme par le passé, les chefs héréditaires des maisons gitksane et wet'suwet'ene se rassemblent dans la salle de la fête, les événements qui s'y déroulent sont à la fois politiques, juridiques, économiques, sociaux, spirituels, cérémoniels et éducatifs. La logistique que supposent l'accumulation et l'emprunt des choses nécessaires à la préparation d'une fête et le paiement des dettes qui s'y effectue ont de nombreuses dimensions. Celles-ci sont économiques en ce sens que la fête est le centre de la gestion du crédit et des dettes, et sociales du fait qu'elle donne l'impulsion au réseau permanent de réciprocité et renouvelle les contrats sociaux et les alliances entre les groupes de parentés. La fête est la tribune juridique où sont attestées la transmission des noms des chefs, la délimitation publique des territoires et des lieux de pêche et la confirmation de ces territoires et lieux avec les noms des chefs héréditaires. La reconnaissance publique de titres et de pouvoirs devant une assemblée d'autres chefs affirme, dans l'esprit de tous, la légitimité de la succession au nom et de la transmission des droits de propriété. La fête peut aussi servir de tribune de règlement des différends et commande des rapports pacifiques tant au sein de la nation, c'est-à-dire à l'intérieur des maisons et entre elles, que sur le plan international, c'est-à-dire avec les autres peuples voisins (1988, p. 44, 45). [traduction]

Le professeur Jackson ajoute : «On a là le noyau d'un système judiciaire autochtone qui ne reflète pas le modèle canadien, mais est peut-être beaucoup plus susceptible de répondre aux problèmes auxquels font face les membres des nations gitksane et wet'suwet'ene» (1988, p. 45).

Pour les mêmes raisons, le système de clan des Anishinabés renferme, dans sa réponse totale aux besoins sociaux, politiques, culturels et spirituels de ce peuple, un régime judiciaire autochtone qui non seulement sera approprié à leur culture, mais encore correspondra à leurs valeurs fondamentales.

### *Le système de clan des Ojibwas Anishinabés*

Dans un document de recherche rédigé pour le gouvernement de la tribu de Roseau River, on proposait une constitution ayant pour fondement la croyance dans le mode de vie anishinabé ainsi que les valeurs et principes que celui-ci proclame. Il découle de cette croyance fondamentale que le processus menant à l'autodétermination, au développement autonome et au bien-être et garantissant ces avantages peut seulement être issu des connaissances, des valeurs et des principes sous-tendant le mode de vie anishinabé (Dumont, 1985, p. 1).

En plus de l'habilitation du peuple en tant que première nation souveraine, proclamant les droits ancestraux et les droits concomitants à l'autonomie gouvernementale, à l'autodétermination et au développement autonome, le document affirme que le système de clans autochtones traditionnel a été donné à l'origine et est maintenant le moyen approprié d'établir juridiquement cette souveraineté, ainsi que l'autodétermination et le gouvernement de la collectivité et de la nation. Ce système ancré dans la communauté autochtone pourrait répondre de façon significative et appropriée à tous ses besoins et aspirations, soit : contrôler, maîtriser et développer les institutions et structures d'administration et d'application des lois, les services sociaux, le développement communautaire, la justice, les droits à la propriété et droits civils, les affaires constitutionnelles, le droit coutumier, les services de santé et les programmes culturels et éducatifs qui reflètent nos valeurs et coutumes et qui favoriseront le bien-être du peuple (*Ibid.*, p. 4).

Le système de clans des Anishinabés est décrit à la fois comme une Grande Loi et comme une forme de gouvernement social et politique. Le système de clans initial était consacré spirituellement en tant que Grande Loi. Il devint un système efficace de maintien de l'ordre social et une structure de gouvernement. Son importance spirituelle ne diminua jamais durant son institution et son fonctionnement pour le bien social, politique et administratif du peuple. Il continua donc de fonctionner pour l'ensemble du peuple et entièrement pour ses besoins et ses activités. Il demeura fort à travers les temps et fut un pivot de la force du peuple, de son identité collective et de son unité, tout en préservant la dignité, l'intégrité et l'identité personnelle des individus.

Pour comprendre le fonctionnement du système de clans des Ojibwas en tant que cadre de gouvernement et système d'ordre social, nous devons en percevoir la dynamique interne : il garantissait une direction efficace tout en affirmant la participation directe de toutes les personnes à la vie et aux préoccupations de leur collectivité ainsi qu'aux décisions qui influeraient sur leur vie.

Chaque clan avait une place au sein de la société et une fonction définie à remplir. De temps à autre, selon les besoins ou l'ordre rituel et saisonnier qui lui était propre, chaque clan se réunissait pour donner des enseignements sur son origine, sur son rôle et ses prérogatives, veiller à ses besoins et discuter des questions et préoccupations dont il avait la responsabilité. À d'autres moments, les clans s'étant réunis séparément, on convoquait une fête regroupant les sept clans au cours de laquelle on



récitait les leçons sur l'origine des clans, on exposait avec cérémonie le placement des clans au sein du système, on mettait en commun le fruit des connaissances et de l'expérience de chacun et on répondait aux préoccupations, recommandations et décisions de chaque clan par l'intermédiaire de son chef.

Chaque clan était dirigé par un chef élu ou nommé qui lui servait de porte-parole. Deux des clans étaient chargés spécialement de diriger l'ensemble de la tribu. Fait important à noter ici, le rôle de dirigeant n'a rien d'autoritaire, mais il est confié en raison des qualités d'une personne comme porte-parole de l'ensemble du clan, de son aptitude à communiquer efficacement avec tout le clan et de son dévouement au travail du clan, reconnu par les membres.

Ce n'est pas le genre de gouvernement représentatif dans lequel les dirigeants sont choisis pour représenter un groupe de personnes et prendre des décisions en leur nom. Il s'agit plutôt d'un système de gouvernement vraiment démocratique au sein duquel le porte-parole (dirigeant/chef) de chaque clan parle au nom des membres du clan, car il connaît leurs désirs et leurs directives par suite des réunions du clan et de ses contacts continuels et directs avec les individus et les familles qui le composent.

Comme, dans le cadre social traditionnel, le membre d'un clan ne pouvait se marier à l'intérieur de son propre clan, au moins deux clans étaient représentés dans chaque famille. En vertu de la même exigence, les enfants introduisaient, en se mariant, d'autres clans dans la famille étendue. Unis par des liens familiaux étroits, les gens encourageaient le fonctionnement coopératif et intégré du système de clans vu qu'un certain nombre de clans parlaient au nom de l'ensemble de chaque famille étendue. Dans le même sens, l'organe directeur, c'est-à-dire la famille globale des clans ne pouvait, à cause même de sa nature et de sa dynamique interne, faire autrement que fonctionner de façon démocratique, intégrée et interdépendante. La société traditionnelle, donc, où la famille et la collectivité vivaient au sein du système de clans, et qui était gouvernée par celui-ci, était forte, unie, ordonnée et démocratique. Une société autochtone contemporaine désireuse de revenir à la structure gouvernementale du système de clans devrait aussi revitaliser celui-ci chez ses membres aux niveaux personnel, familial et social pour en assurer le fonctionnement optimal. Toute initiative dans ce sens doit s'accompagner d'un programme global d'éducation et de sensibilisation pour familiariser les gens avec le fonctionnement d'un tel système et les encourager à le redévelopper dans leur vie personnelle.

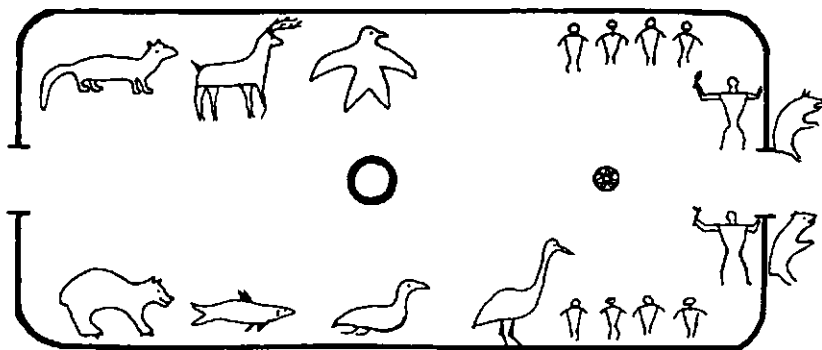
Pour bien comprendre le passage à un régime de gouvernement axé sur le système des clans et ses répercussions sur un système judiciaire autochtone, il est important de revenir aux origines du système des clans et à sa structure. Le diagramme ci-après est une reproduction d'un manuscrit représentant l'organisation et les clans autochtones, et les notes qui l'accompagnent sont des extraits de l'enseignement initial des origines et du but des clans :

Le Créateur a donné au Peuple originel de la Terre, par l'entremise du grand prophète et instituteur In Do Daim, l'O-do-i-daym-i-wan (le système de clans).

La Grande Loi des clans a été donnée au Peuple comme un mode de connaissance sacrée et d'ordre. Ce système est devenu un cadre de gouvernement pour l'unité, la force et l'ordre social de la nation. Il est devenu la façon dont les gens ont pu maintenir leur identité individuelle et collective sans se séparer du village, de la tribu ni de la nation.

Le système de clans était une démocratie complète dans son but, son dessein et sa signification. Il a donné le droit et la voix à toutes les personnes : femmes, enfants, jeunes et vieux, et enfants non encore nés. Les personnes, hommes ou femmes, capables d'assumer le plus de charges ou de responsabilités pouvaient devenir des dirigeants. On les appelait Oginaw, ou dirigeants, et, plus tard, «chefs».

Grâce à sa direction et à la représentation de toutes les personnes, le système de clans forma la base de la démocratie, du droit, de la vérité, de la paix, de la fraternité, de l'honneur, de la force, de l'unité et de l'ordre social des Anishinabés. (Banai)



Il y avait à l'origine sept clans, et chacun se vit assigner une place et une charge à remplir pour servir le peuple.

Ah-ji-jawk (Grue)	Fonction de chef
Mahng (Huard)	Fonction de chef
Gi-goön (Poisson)	Philosophes et médiateurs
Ma-Kwa (Ours)	Gardiens et guérisseurs
Wa-bi-zha-shi (Martre)	Guerriers, chasseurs et pourvoyeurs
Wa-wash-kesh-shi (Cerf)	Conciliateurs et chercheurs de bien-être
Ba-nais (Oiseau)	Spiritualistes et chercheurs de savoir

Nous devons, à partir de là, tenter de montrer comment cette organisation ancienne des clans peut être transposée dans un cadre contemporain tout en demeurant conforme aux croyances et principes autochtones traditionnels et à la fonction originale des clans.

En réunissant les sept clans autour de l'étoile à sept branches, nous pouvons montrer leurs rapports mutuels afin de décrire un régime de gouvernement anishinabé contemporain fondé sur la tradition. (L'étoile à sept branches est un dessin traditionnel qui montre comment tous les grands principes composant le tout sont joints les uns aux autres de façon complètement interdépendante et intégrée.) Cela permettra de faire voir un système de gouvernement efficace qui peut garantir la participation de toutes les personnes à toutes les affaires touchant leur vie et leur collectivité (diagramme du haut de la page suivante).

Si on transpose ces désignations et ces responsabilités originales en désignations contemporaines de responsabilité, les sept clans seront représentés comme suit :

*Grue* – chef des affaires extérieures;

*Huard* – chef des affaires intérieures;

*Poisson* – planification, conception et développement intégré;

*Ours* – affaires constitutionnelles, pouvoir judiciaire et conseil de justice;

*Cerf* – développement communautaire et social;

*Martre* – stratégie et développement des terres, des ressources et de l'économie;

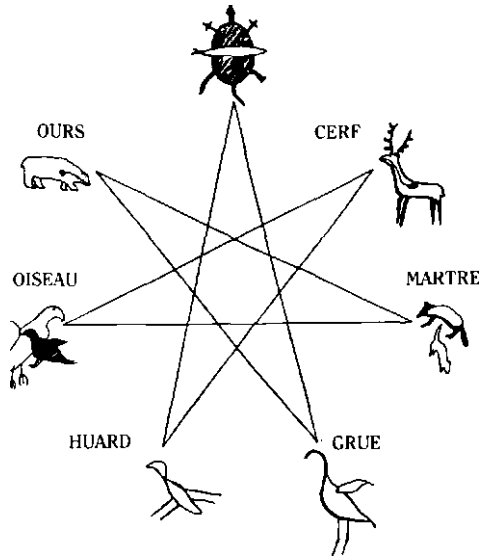
*Oiseau* – développement spirituel, culturel et de l'éducation.

Il est essentiel à l'efficacité du gouvernement autochtone que le peuple (individus, familles et clans) participe à tous les aspects importants d'expression de préoccupations et de prise de décisions qui toucheront directement ou indirectement sa vie et ses moyens d'existence. Des «conseils communautaires» composés de personnes communiquant leurs idées et leurs préoccupations à leurs chefs ainsi qu'aux membres et au personnel du conseil central permettront de garantir que les gens auront toujours accès à l'organe décisionnel et pourront participer de façon réelle et efficace aux affaires qui les intéressent de même que leurs familles et leur collectivité. D'autre part, le mandat de gouverner et de représenter l'opinion des gens est confié aux conseillers et aux chefs en vertu de leur aptitude à être leurs porte-parole et à exprimer la volonté de la population.

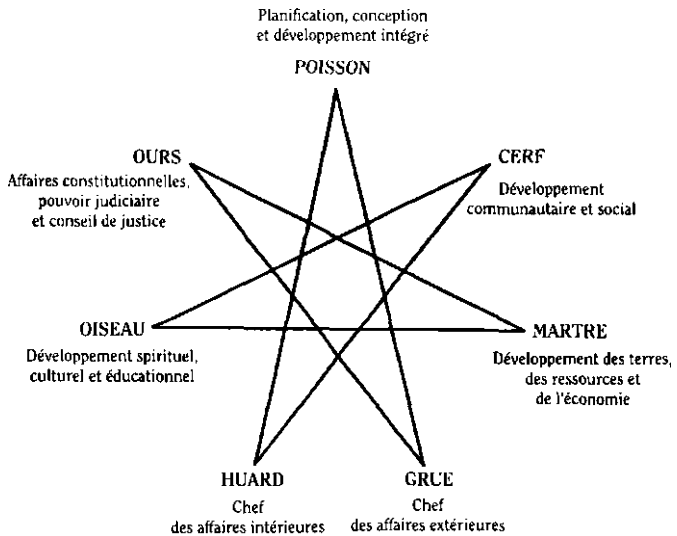
Le diagramme de la page 79 illustre la forme que prendrait ce mode de gouvernement anishinabé traditionnel. Le peuple a directement accès, par l'entremise des conseils, au chef de clan et au membre du conseil central désigné par le clan, ce qui lui permet de faire entendre ses idées, ses préoccupations et ses directives. De la même manière, le conseil central est en communication directe avec le peuple par l'intermédiaire du conseiller désigné par chaque clan auprès du conseil de travail approprié.

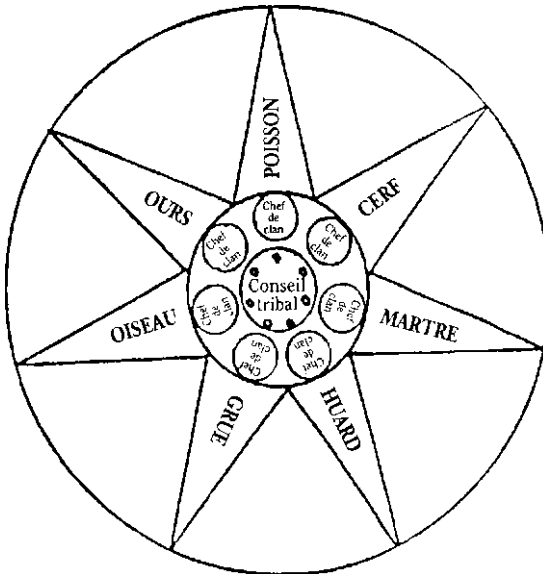
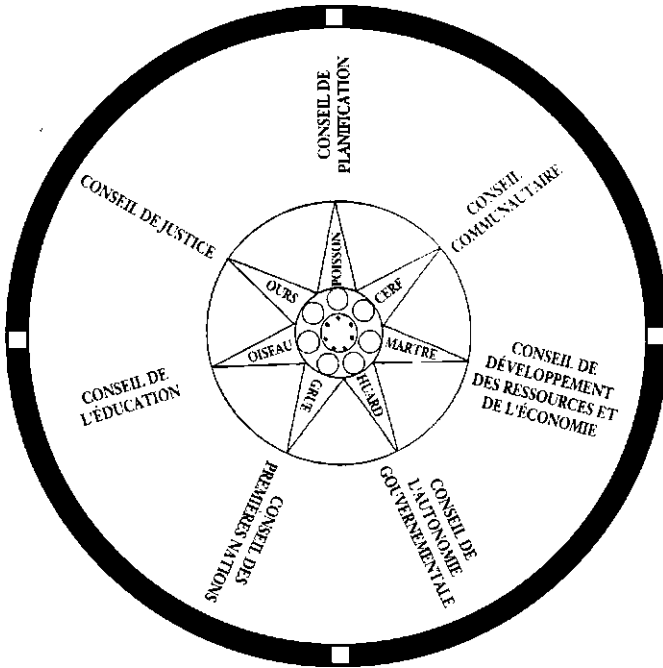
Le diagramme de la page 80 montre comment ce mode de gouvernement autochtone émane du peuple grâce à une structure de direction fondée sur le système de clans. Les gens apportent leurs préoccupations aux conseils de planification, de développement, de gouvernement, de justice et d'éducation désignés, qui jouent un rôle consultatif primordial auprès du conseil central de gouvernement et apportent une contribution directe à celui-ci. L'examen de cette contribution, de la planification et de l'exécution est effectué par le conseil central de gouvernement conformément aux rapports

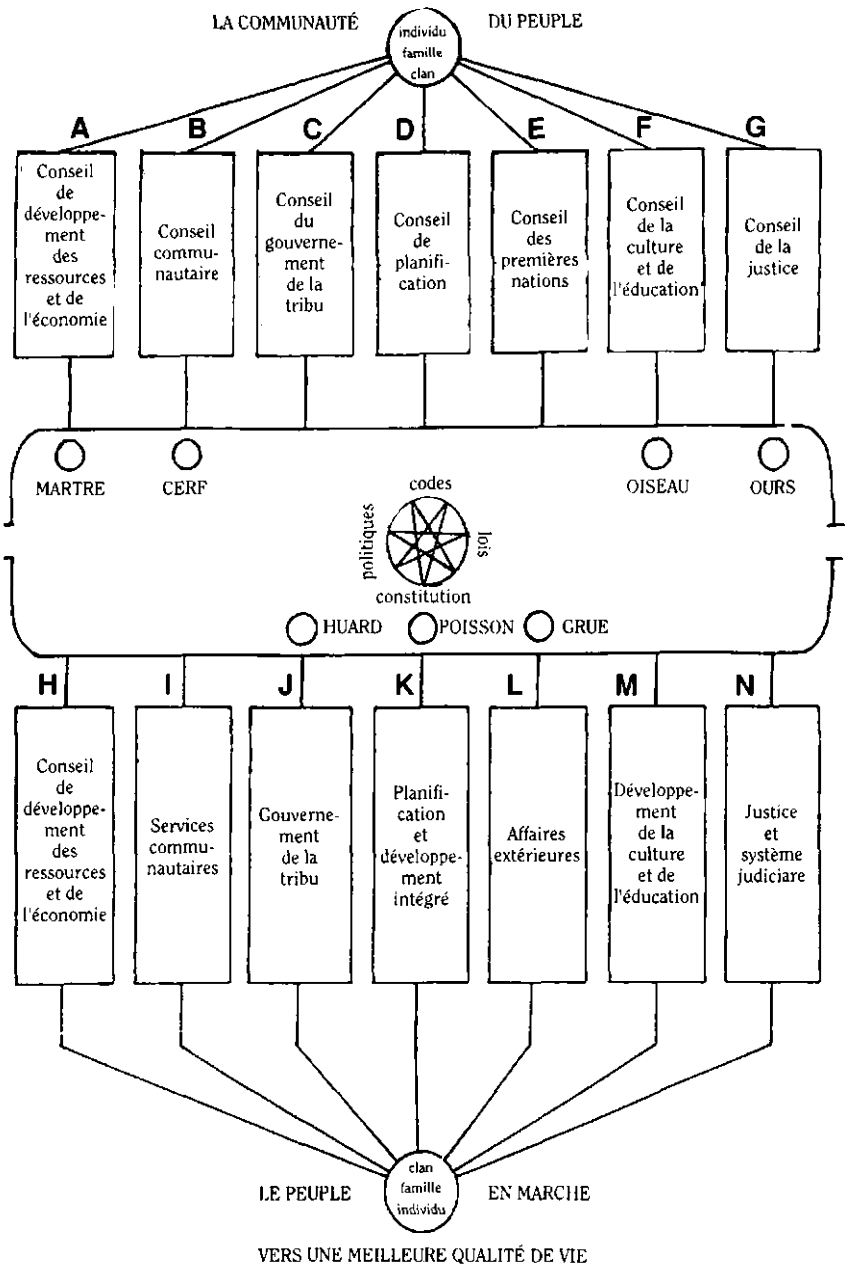
## Relations entre les sept clans



## Désignations contemporaines des clans







<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>	
<b>Conseil de développement des ressources et de l'économie</b>	<b>Conseil communautaire</b>	<b>Conseil de la gouverne- ment de la tribu</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ressources renouvelables et non renouvelables</li> <li>• Utilisation et gestion du territoire</li> <li>• Protection, utilisation et gestion de l'environnement</li> <li>• Développement économique</li> <li>• Développement commercial</li> <li>• Investissements</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bien-être communautaire : foyers, sécurité, santé, bien-être, famille, enfants et jeunes</li> <li>• Loisirs</li> <li>• Perspectives et enrichissement</li> <li>• Développement communau- taire : logement, énergie, eau . . .</li> <li>• Travaux publics</li> <li>• Participation communautaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gouvernement de la tribu</li> <li>- Arrangements fiscaux</li> <li>• Administration</li> <li>• Prestation des services</li> <li>• Affaires tribales</li> <li>• Régulation des lois et procédures de la tribu</li> <li>• Lois et politiques de la tribu</li> <li>• Relations internes</li> </ul>	
<b>D</b>	<b>E</b>	<b>F</b>	<b>G</b>
<b>Conseil de planification</b>	<b>Conseil des premières nations</b>	<b>Conseil de la culture et de l'éducation</b>	<b>Conseil de la justice</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Planification du développe- ment communautaire</li> <li>• Intégration des programmes</li> <li>• Conception et planification</li> <li>• Surveillance des programmes</li> <li>• Communications entre le conseil et la communauté</li> <li>• Assurer une autodétermina- tion maximale grâce aux associations coopératives les plus utiles</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relations entre les tribus</li> <li>• Droits ancestraux</li> <li>• Amélioration des traités</li> <li>• Partage des recettes issues de l'exploitation des ressources</li> <li>• Responsabilité fiduciaire de l'État</li> <li>• Affaires intergouverne- mentales</li> <li>• Relations extérieures</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Développement spirituel et culturel</li> <li>• Développement de l'éducation</li> <li>• Possibilités de perfectionne- ment</li> <li>• Programme scolaire</li> <li>• Développement des ressources</li> <li>• Éducation totale</li> <li>• Bibliothèque et centres d'apprentissage</li> <li>• Promotion de l'excellence</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Droits</li> <li>• Justice</li> <li>• Pouvoir judiciaire</li> <li>• Application des lois</li> <li>• Réadaptation</li> <li>• Services correctionnels</li> <li>• Administration de la justice</li> <li>• Services de police</li> <li>• Probation</li> <li>• Lois internes et relationnelles</li> </ul>
<b>H</b>	<b>I</b>	<b>J</b>	
<b>Conseil de développe- ment des ressources et de l'économie</b>	<b>Services communautaires</b>	<b>Gouvernement de la tribu</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bureau de gestion et de mise en valeur du territoire (Directeur et personnel)</li> <li>• Société de développement des ressources et de l'économie (Directeur et personnel)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Travaux publics (Directeur et personnel)</li> <li>• Services communautaires (Coordonnateur, programmes et personnel)</li> <li>• Développement communautaires (Coordonnateur, programmes et personnel)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gestion des affaires de la tribu (Directeur/administrateur) (Personnel des finances et de l'administration)</li> <li>• Politique et législation (Directeur et personnel)</li> </ul>	
<b>K</b>	<b>L</b>	<b>M</b>	<b>N</b>
<b>Planification et développement intégré</b>	<b>Affaires extérieures</b>	<b>Développement de la culture et de l'éducation</b>	<b>Justice et système judiciaire</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programme de planification et d'intégration (Directeur et personnel) (Recherche et personnel)</li> <li>• Coordination et communications (Coordonnateur, directeur des communications, liaison et personnel)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Commission des droits (Directeur, et personnel de liaison et de recherche)</li> <li>• Relations extérieures (Directeur général et personnel)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conseil de l'éducation (Président et membres, attachés de recherche respon- sable du développement des programmes de ressources)</li> <li>• École Ginev (Directeur, enseignants et personnel)</li> <li>• Instruction communautaire et communications (Directeur et personnel. Bibliothèque et centre de formation)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Commission de la justice (Juges de paix, tribunaux et personnel correctionnel)</li> <li>• Programmes judiciaires et correctionnels (Juges de paix, tribunaux et personnel correctionnel)</li> <li>• Services de police (Service de police de la tribu, programme de formation et personnel)</li> </ul>

entre les clans et au processus décisionnel coopératif. À partir de là, le conseil peut prendre des mesures appropriées par l'entremise des chefs, du personnel et des programmes faisant partie du «portefeuille» des postes de direction désignés par le clan et relevant des «conseils communautaires» également désignés par le clan. De cette manière, les exécutants des décisions peuvent répondre de la façon la plus appropriée et la plus sûre aux besoins exprimés et perçus des gens, et les mesures prises par le conseil de la tribu en faveur des gens peuvent être davantage ordonnées et intégrées.

Ce processus aboutit de nouveau au peuple, auquel il assure idéalement une meilleure qualité de vie. Celle-ci a été élaborée sur son initiative, décidée par son gouvernement élu et réalisée par les gens les plus capables de répondre aux besoins du peuple. Chaque conseil communautaire apporte une contribution directe à son secteur de responsabilité et en assure la supervision par l'intermédiaire de son porte-parole. De la même manière, la responsabilité de la justice est assumée par les gens eux-mêmes et exercée pour le plus grand bien du peuple au moyen des systèmes établis au sein du gouvernement autochtone et émanant de celui-ci.

### *Le conseil de la justice*

Le conseil de la justice, qui est l'un des sept conseils communautaires du système de clans, a la responsabilité de toutes les branches des droits, du pouvoir judiciaire, de l'application des lois, de la réadaptation, des services correctionnels, du maintien de l'ordre, de la probation, des affaires constitutionnelles, du droit coutumier, des questions juridiques internes et entre nations, ainsi que de l'exercice et de l'administration de la justice. Dans le système de gouvernement proposé, ces matières deviennent fondamentalement la responsabilité des anciens, de la famille étendue, du clan et des membres de la collectivité au niveau communautaire. Chaque clan a la responsabilité du maintien de l'ordre et du comportement de ses membres, mais s'il ne peut gérer celui-ci lui-même, cette responsabilité devient celle du clan gardien. Dans le système de clans, celle-ci incombe au clan de l'Ours, ou conseil de la justice dans le système de gouvernement autochtone contemporain.

Le conseil de la justice a la responsabilité des droits constitutionnels, du règne de la justice ainsi que de l'administration judiciaire et de l'application de la justice tribale. Il doit établir la constitution et garantir les droits constitutionnels de la communauté tribale en ce qui concerne à la fois l'autonomie gouvernementale et la négociation des rapports avec les autres organes de gouvernement. Le clan de l'Ours a aussi la responsabilité de créer un système de justice autochtone pour les membres de la communauté tribale à partir des principes des croyances traditionnelles et des connaissances et de l'expérience dérivant des coutumes tribales.

D'après ce système, le clan de l'Ours devra assurer le maintien et l'administration de la justice au profit de la collectivité. Il devra également instituer et entretenir un système pour rendre la justice, assurer le maintien de l'ordre, encourager la réadaptation et décider des questions de placement, de probation, de restitution, de réconciliation, de réparation et de déjudiciarisation.



Il aura en outre les responsabilités suivantes : maximiser la participation des membres de la tribu à tous les niveaux du système judiciaire indigène et externe; assurer la disponibilité des ressources communautaires, du personnel et des programmes nécessaires à l'administration de la justice; sensibiliser les membres de la tribu aux droits constitutionnels et à la justice tribale, et jouer un rôle de chef touchant les questions et les institutions judiciaires.

Le conseil de la justice (clan de l'Ours) établira un peuple véritablement autonome en affirmant et en instituant sa constitution, ses droits, son système judiciaire, ses lois et ses moyens de l'appliquer.

Si j'ai exposé ici dans ses grandes lignes le système des clans, c'est pour montrer qu'un système judiciaire autochtone occupe une place importante dans tout appareil gouvernemental autochtone. Cela permet aussi d'illustrer de quelle manière la justice est liée directement à toutes les autres facettes du gouvernement, de l'ordre social, de l'harmonie et du bien-être.

La *Gwaik/minodjiwi/debaakonagewin*, ou justice autochtone, s'insère le mieux et est la plus productive dans un cadre de gouvernement autochtone. Celui-ci permet d'élaborer le système judiciaire le plus approprié dans un cadre qui respecte la spécificité culturelle des gens et est sensible aux schèmes de comportement et aux valeurs fondamentales des peuples autochtones. On pourrait apporter diverses améliorations pour mieux adapter le système actuel à la spécificité autochtone, mais les différences importantes entre les deux cultures sont trop nombreuses. L'aménagement du système anglo-canadien ne semble pas répondre complètement à certaines des différences les plus fondamentales. De plus, les formes uniques de la justice autochtone semblent exiger qu'elle s'insère dans un contexte culturel complet intégrant les intérêts de la justice autochtone à tous les autres aspects du développement et du bien-être de la famille, de la société et de la communauté.

Le caractère unique de cette approche permet en outre d'ancrer solidement les questions de justice dans la collectivité et de réunir le coupable et la victime avec celle-ci et avec le conseil supérieur des anciens et des dirigeants pour rétablir l'harmonie et réconcilier les parties. Ce cadre est propice à l'établissement des procédures les plus appropriées fondées sur la culture des autochtones pour la détermination de règlements justes et le rétablissement des coutumes du clan, de la tribu et du droit coutumier.

De plus, les démarches traditionnelles des autochtones touchant la loi, comme l'enseignement régulier des valeurs communautaires par les anciens et d'autres personnes respectées de la communauté; l'avertissement et le counseling de délinquants particuliers par les dirigeants ou par des conseils représentant l'ensemble de la collectivité; le recours à la moquerie ou à l'ostracisme par la collectivité pour faire honte aux délinquants et condamner des méfaits particuliers; la médiation et les négociations entreprises par des anciens, des membres de la collectivité et des dirigeants de clan dans le but de résoudre des différends particuliers et de réconcilier les délinquants avec leurs victimes; le paiement, par les délinquants (ou par leur clan), d'une compensation à leurs victimes ou à la famille de celles-ci, et ainsi de

suite, peuvent jouer un rôle positif et utile au sein d'un tel système. Dans le régime actuel, ces approches ont tendance à être culturellement incompatibles car elles sont fondées sur des attentes comme l'obéissance à l'autorité supérieure de l'État; le châtiement vengeur; le jugement autoritaire; la détention en institution; l'incarcération en tant que mode de protection et de dissuasion, etc.

Le noyau d'un système judiciaire propre aux autochtones se trouve dans l'expression traditionnelle de leurs méthodes de gouvernement et de maintien de l'ordre social. Des démarches récentes entreprises dans ce sens par diverses tribus prouvent qu'un tel système est encore fondamental dans le psychisme des autochtones et leur conception de la société. Comme on dispose d'une base aussi complète pour la mise au point de systèmes judiciaires adaptés à leurs cultures, il n'est pas irréaliste de recommander d'établir des systèmes de justice autochtones parallèles dans le contexte canadien.

## Conclusion

Le système judiciaire euro-canadien qui a été appliqué aux peuples autochtones du Canada est le produit d'un contexte et d'une histoire différant grandement du contexte culturel et historique des Amérindiens. Les notions européennes de souveraineté, d'autorité, de hiérarchie et d'entité dirigeante semblent diamétralement opposées aux idées de contrat spirituel, de volonté tribale, de coutume (tradition) et de respect de l'égalité et de l'intégrité inhérentes de la personne telles que les conçoivent les autochtones. Ce système, appliqué presque universellement aux peuples autochtones, leur a été imposé et s'est révélé fondamentalement incompatible avec les idées et les valeurs d'attention constantes dans la culture des autochtones et leur vision du monde.

Sur le plan psychologique, les valeurs de base des peuples autochtones ainsi que leurs croyances et structures culturelles ont fortement résisté au changement. Les valeurs et le comportement qu'elles déterminent ont subsisté en dépit du passage du temps et des forces d'acculturation. Par conséquent, les difficultés découlant d'un système judiciaire imposé, fondé sur un système de valeurs et des principes de base très différents, persisteraient dans les tribunaux actuels. Une étude de ces valeurs de base et des comportements qui en découlent, comparés aux éléments correspondants de la culture euro-canadienne, révèle que les difficultés persistantes rencontrées par les autochtones en conflit avec la loi dans leurs rapports avec le système judiciaire peuvent être attribuées directement à la rencontre non réussie de deux cultures et de deux ensembles de traditions différents.

L'idée autochtone de la justice (*gwaik/minodjirwi/dibaakonagewin*) incarne à la fois l'honnêteté et la droiture du jugement qui s'harmonisent de façon unique avec la valeur toujours importante du respect. Même s'il apparaît important d'améliorer le système judiciaire actuel tel qu'on l'applique aux autochtones par tous les moyens possibles, la tradition et les structures autochtones semblent contenir en embryon

un système judiciaire autochtone qui pourrait être développé parallèlement au sein de la société canadienne. Sur le territoire anishinabé, le système de gouvernement des Ojibwas anishinabés (système de clans) englobe un régime judiciaire sensible aux valeurs de base des autochtones et qui répond aux plus hauts principes et à la spécificité culturelle de la personne, de la famille, de la collectivité et de la nation autochtones.

## Bibliographie

- Banai, Edward Benton, *The Mishomis Book*, St. Paul, Minnesota, Indian Country Press, Inc., 1979.
- Basso, K., «To give up on words Silence in Western Apache Culture», *Southwestern Journal of Anthropology*, 1970, vol. 26, n° 2, p. 213-230.
- Boldt, Menno et Long, Anthony, «Tribal Traditions and European-Western Political Ideologies : The Dilemma of Canada's Native Indians», *Canadian Journal of Political Science*, 1984, vol. XVII, n° 3.
- Brown, Joseph Epes, *The Spiritual Legacy of the American Indian*, New York, The Crossroad Publishing Company, 1982.
- Bryde, John R., *Modern Indian Psychology*, South Dakota, Institute of Indian Studies, University of South Dakota, 1971.
- Chisholm, James S., *Navaho Infancy : An Ethnological Study of Child Development*, New York, Aldine Publishing Company, 1983.
- Coyle, Michael, «Traditional Indian Justice in Ontario : A Role for the Present», document rédigé pour la Commission sur les Indiens de l'Ontario, présidée par le juge E.P. Hart, 1986.
- Couture, Joseph E., «Philosophy and Psychology of Native Education», *One Century Later*, p. 126-131, s.l.d. Ian Getty et Donald Smith, Vancouver, University of British Columbia Press, 1978.
- \_\_\_\_\_ «Traditional Native Thinking, Feeling and Learning», *Multicultural Education Journal*, vol. III, n° 2, 1985.
- Dumont, James, «Aboriginal Government», Manitoba, document de recherche rédigé pour le conseil tribal de Roseau River, 1985.
- Hendry, Charles E., *Beyond Trailblines*, Toronto, Ryerson Press, 1969.
- Hoebel, E. Adamson, *The Cheyennes : Indians of the Great Plains*, New York, Holt, Rinehart et Winston, 1960.
- Jackson, Michael, «Locking up Natives in Canada – A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release», Vancouver, University of British Columbia, 1988.
- McNickle, D'Arcy, *Native American Tribalism : Indian Survivals and Renewals*, New York, Oxford University Press, 1973.
- Miller, George, «Native Values and Attitudes»; article miméographié inédit, 1979.
- Ross, Rupert, «Leaving Our White Eyes Behind», *Canadian Native Law Reporter*, 1989.
- Walker, James R., «The Sun Dance and Other Ceremonies of the Oglala Division of the Teton Dakota», *American Museum of Natural History, Anthropological Papers*, n° 16, 1917.

# Les valeurs fondamentales, les normes et les concepts de justice des Inuit du Nunavik

*Zebedee Nungak\**

La transformation radicale qu'a connue la vie des Inuit de l'Arctique au cours des quarante dernières années risque d'inciter les personnes mal informées à conclure, à tort, que les Inuit ne possédaient pas le moindre système de justice avant leur contact avec la civilisation européenne. Le fait que notre peuple ait vécu une vie de nomades dans un milieu arctique aussi dur qu'impitoyable pourrait porter les Qallunaat ou d'autres à penser que les Inuit n'avaient aucun sens ni de l'ordre ni du bien et du mal, et qu'ils ne disposaient d'aucun moyen de traiter les malfaiteurs. Or, les Inuit possédaient effectivement ce sens tant de l'ordre que du bien et du mal. La façon dont ils l'appliquaient était peut-être tout à fait incompatible avec le concept de justice de la civilisation européenne, mais cela fonctionnait pour la société inuit dans les conditions de vie de l'Arctique, tout comme le système des Qallunaat fonctionnait dans leur milieu.

Dans la période qui a précédé le contact avec les Européens, les Inuit vivaient dans des camps installés au gré des saisons et de la disponibilité de la faune qui assurait leur subsistance. Les anciens du camp ainsi que les meilleurs pourvoyeurs parmi les chasseurs gouvernaient le camp. Ces personnes imposaient le respect en raison de leur aptitude à décider pour le clan ou le groupe du meilleur endroit où passer la saison. La grande priorité était alors la survie du groupe. Tout conflit était réglé par les anciens et (ou) les dirigeants, qui jouissaient toujours du respect et de la considération du groupe. Les décisions de ces personnes, les plus sages et les plus expérimentées du clan, étaient toujours respectées et suivies. Dans le cas contraire (et il était rare qu'un contrevenant refuse de se plier aux sanctions imposées par les dirigeants), on prenait des

---

\* Président du Groupe de travail sur la justice chez les Inuit

mesures radicales. Si l'infraction était assez grave pour entraver la lutte incessante pour la survie et que la personne responsable refusait nettement d'obtempérer, les dirigeants décidaient souvent d'exécuter le coupable. Notre tradition orale est fertile en récits d'exécutions à la suite d'une sanction des dirigeants. Empressons-nous toutefois d'ajouter que de tels cas étaient l'exception et non la règle. De plus, on faisait tout ce qui était humainement possible pour conseiller au coupable de modifier son comportement ou de respecter la décision des dirigeants avant de prendre une mesure aussi draconienne.

Avant le contact avec les Européens, la résolution de la plupart des conflits était réglée par la tradition : on dispensait des conseils pratiques et l'on exhortait le coupable à adopter un comportement correct et convenable. Ces conseils étaient habituellement bien reçus et suivis. Dans les cas les plus graves, les contrevenants étaient frappés d'ostracisme ou bannis du clan ou du groupe. Le cas échéant, la personne proscrite ou bannie n'avait d'autre choix que de quitter la sécurité et la compagnie du groupe qui lui avait imposé sa peine. Le stigmate social d'une telle peine suffisait souvent à provoquer une modification du comportement qui lui avait donné lieu; les personnes qui avaient souffert de cet outrage devenaient souvent des membres utiles de la société, quoique dans un autre clan ou dans un autre camp. Nos traditions orales sont aussi fertiles en récits de telles personnes qui se sont par la suite signalées à titre de pourvoyeurs et même, dans certains cas, de dirigeants de leur propre groupe ou clan. On peut dire que les Inuit étaient tout à fait autosuffisants en cette matière, comme en toutes les autres d'ailleurs, avant l'arrivée de peuples étrangers sur leur territoire. Telle était la pratique lorsque la culture inuit n'avait pas encore subi d'influence de l'extérieur, et que la culture et la langue étaient fortes. Les Inuit possédaient un solide sentiment de compétence qui avait été affiné par la lutte constante pour la survie dans le climat le plus rigoureux et le plus impitoyable sur terre. La survie et la subsistance du groupe étaient le principal facteur des décisions en matière de justice et de résolution des conflits. La responsabilité de telles décisions était claire et nette. Les anciens et les pourvoyeurs les plus habiles étaient les dirigeants incontestés et les arbitres des conflits auxquels pouvait donner lieu la vie traditionnelle des Inuit.

## **Le bouleversement des traditions inuit – le contact avec la «civilisation»**

Lorsque les fondés de pouvoir du gouvernement du Canada, représentés par la Gendarmerie royale du Canada, sont devenus les principaux agents de la justice chez les Inuit, les méthodes et coutumes traditionnelles en matière de justice ont été immédiatement et complètement évincées par le nouvel ordre juridique. L'autorité du Roi (ou de la Reine), représentée par la police et les tribunaux, allait devenir l'unique système de justice. Il n'y avait plus de place pour les traditions inuit et l'on faisait fi de la façon dont on avait procédé jusque-là. Un système de justice complètement étranger a été imposé aux Inuit, et le rôle des anciens et des dirigeants a été rendu caduc. Les nouveaux représentants de la justice britannique ont complètement mis de côté les valeurs, les traditions et les coutumes des Inuit dans leur volonté de faire

respecter leurs propres lois. La loi de la Couronne, que les Inuit comprenaient très mal sinon pas du tout (les désirs du Grand Monarque blanc pour ses sujets), a acquis la suprématie. L'affaire *Sinnisiak et Uluksak*, rapportée dans *British Law and Arctic Men*, en témoigne.

Le caractère formel de l'administration de la justice britannique dans l'Arctique et les circonstances qui l'entouraient étaient aux antipodes des concepts traditionnels de justice des Inuit. Alors qu'auparavant la résolution des conflits était fondée sur le bien-être du groupe et qu'elle était assurée par les personnes considérées par leur société comme moralement, sinon juridiquement, supérieures, la justice était maintenant administrée par des étrangers qui parlaient une langue étrange. Les rôles du juge, du jury, du procureur et de la défense ont longtemps échappé à la compréhension des sujets qui vivaient dans l'Arctique, les Inuit. Les interprètes, aussi compétents fussent-ils, avaient peine à rendre des concepts tels qu'« application régulière de la loi », « droits individuels », « jury » et « appel » ; certains termes tels que « coupable » et « non coupable » étaient carrément intraduisibles. De plus les Inuit, à titre de nation ou de peuple distinct, n'avaient eu absolument aucun mot à dire dans la formulation des lois qu'ils étaient tenus de respecter comme citoyens canadiens. Ces lois avaient été adoptées par une assemblée législative siégeant à l'étranger, dont les membres en savaient aussi peu sur la société inuit que nous en savions sur la société qallunaat.

La perte de pouvoir et du sentiment de compétence a été exacerbée par le fait que la justice était maintenant administrée par des personnes qu'on voyait si peu souvent qu'il devenait difficile de se souvenir de la nature de ces pouvoirs éloignés.

## **La participation en périphérie – les Inuit et le système de justice**

Avec le temps, et avec l'arrivée de l'éducation chez notre peuple, les Inuit en sont venus à participer, quoique en périphérie, au système juridique britannique (canadien). En plus d'être les inculpés, beaucoup sont devenus policiers, interprètes et, plus tard, aides judiciaires et agents de correction. Tout cela est survenu sans que le système juridique ne fasse l'objet d'une « indigénisation », c'est-à-dire sans que tous les paliers du système, si étrangers soient-ils aux Inuit, ne soient délibérément organisés de façon que ceux-ci puissent occuper tous les postes. Le système demeure essentiellement étranger aux valeurs des Inuit.

Toutefois, malgré toutes les insuffisances du système de justice, les Inuit ont accompli de légers progrès à titre de participants en périphérie. Dans les domaines où ils sont présents, les Inuit se sont révélés compétents et, à bien des égards, indispensables au système de justice. Leur connaissance de la langue et de la culture de leur peuple les a rendus indispensables au fonctionnement et à l'intégrité du système juridique. À titre de policiers, ainsi que d'interprètes et d'aides judiciaires, on les préfère, et de loin, aux non-Inuit.

## **L'absence de droit de regard des Inuit – une lacune fondamentale**

Point n'est besoin de rappeler que l'autosuffisance que connaissaient les Inuit avant le contact avec les Européens a fait place à un système qui n'a pas su intégrer ou prendre en considération les valeurs, les normes et les concepts de justice auxquels souscrivaient les Inuit jusque-là. Avant qu'on ne puisse vraiment chercher à examiner ces normes et ces concepts, il faut se pencher sur la question du peu d'emprise qu'exercent les Inuit sur le système de justice. Il ne sert à rien d'étudier des valeurs qui ont été rejetées et contestées parce qu'on les disait irréalistes et qui ont été complètement étouffées par l'imposition d'un système de justice tout à fait étranger, si ce système doit continuer de fonctionner et d'exister sous l'emprise totale et complète de la société dominante. Pourquoi s'évertuer à énumérer ces valeurs si les autorités dominantes seront les seules à déterminer lesquelles sont compatibles? Afin de nous éviter un exercice aussi futile, il faut que nous obtenions réponse à la question suivante : Dans quelle mesure les Inuit ont-ils pris sur le système de justice sur leur territoire ancestral? Quelle autonomie gouvernementale leur accordera-t-on pour réaliser ce rêve?

Une fois qu'on aura répondu comme il se doit à cette question, il faudra procéder à des études ethnologiques et anthropologiques approfondies pour rendre justice aux valeurs, aux normes et aux concepts fondamentaux que l'actuel système prétend vouloir connaître. D'ici là, il faut veiller à ne pas être attiré dans un exercice qui n'aboutira à rien si l'administration et la mise en œuvre du système demeurent nettement aux mains d'étrangers qui n'arriveront jamais à bien connaître et apprécier ces valeurs. Le scepticisme est de mise.

## **Une réforme fondamentale et non de simples retouches**

En y regardant de plus près, on constatera certainement de nombreuses différences culturelles entre les Inuit et la société occidentale. Puisque certaines de ces différences sembleront irréconciliables, il faudra se demander s'il est possible ou souhaitable d'appliquer le droit traditionnel inuit dans le monde contemporain. Il faudra se demander en outre si les Inuit devraient avoir un système de justice tout à fait distinct ou si nos valeurs peuvent être intégrées et adaptées à titre de modifications au droit en vigueur.

L'actuel système est-il assez souple pour faire place à ce qui pourrait apparaître comme des incompatibilités sur le plan culturel? Le système saura-t-il accepter un empiètement sur ses traditions bien établies afin d'intégrer les dimensions d'une culture, d'une langue et d'un mode de vie qui lui sont étrangers? Quand des retouches acceptables deviennent-elles une chirurgie radicale? Il faudra répondre à ces questions. Quelle que soit la nature des changements à opérer pour en arriver à une coexistence acceptable, il est certain qu'il faut réformer de fond en comble les rapports entre les sociétés inuit et non inuit. Si le simple fait de retoucher l'actuel système ne peut répondre aux besoins qu'on a repérés, il faudra envisager une réforme complète et fondamentale. Pour ce faire, les pouvoirs de la société dominante devront faire

une affaire criminelle, la poursuite doit établir une preuve «hors de tout doute raisonnable»; dans une affaire civile, le principe retenu est celui de la «prépondérance des probabilités»).

Bien que le système judiciaire actuel constitue un élément essentiel de l'administration de la justice, il possède un certain nombre de lacunes en ce qui a trait aux collectivités du Nunavik.

Ces lacunes sont les suivantes :

- Le système oblige les individus à adopter une attitude de confrontation, où l'une des parties doit forcément l'emporter sur l'autre.
- Ce système ne s'enracine pas dans les collectivités, mais vient plutôt de l'extérieur.
- Il entraîne forcément de longs délais.
- Il s'agit d'un processus extrêmement coûteux, tant pour l'État que pour les participants (honoraires des avocats, frais de déplacement, etc.).
- Les parties doivent forcément se fier aux avocats, parce qu'ils sont les seuls à avoir reçu une formation leur permettant de connaître en détail les règles de procédure et autres.

Il existe diverses solutions de rechange aux tribunaux en matière de règlement des différends, notamment divers modèles fondés sur la négociation, la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la déjudiciarisation.

Ces différents modèles ont certains traits en commun:

- Les parties doivent accepter de s'y soumettre.
- Tous ces modèles reposent sur une procédure impartiale.
- Tous favorisent la justice et l'équité.
- Tous sont conçus dans une optique d'efficacité et de rentabilité.
- Tous sont conçus dans une optique d'ouverture et de responsabilité.
- Tous sont conçus de manière à susciter une décision ou un résultat permettant de résoudre le conflit ou le problème.
- Tous entraînent des coûts moins élevés que la procédure judiciaire (c'est-à-dire le recours aux tribunaux).
- Tous accordent plus de latitude que les tribunaux par rapport à l'audition de la preuve (règles de procédure moins rigides).
- Tous font une plus large place aux gens ordinaires (qui ne sont pas avocats).

Au terme d'une recherche et d'un débat approfondis, le groupe de travail a décidé de soumettre à l'étude des collectivités inuit trois solutions de rechange aux tribunaux en matière de règlement des différends. Ces trois modèles, qui faisaient l'objet d'un document de travail que le groupe a diffusé dans les différentes collectivités au mois d'octobre 1991, sont décrits ci-après.

### ***Modèle 1 – Juge autochtone local***

En vertu de ce modèle, la collectivité confierait à un ou plusieurs de ses membres le mandat d'agir comme juges locaux, à temps plein ou à temps partiel. Il faudrait



toutefois leur dispenser une formation appropriée. Le financement de ce mécanisme serait assuré par le gouvernement du Québec. Sous réserve de négociations avec les autorités québécoises, la compétence de ces juges locaux pourrait s'étendre:

- a) à l'ensemble des infractions criminelles;
- b) uniquement à certaines infractions criminelles moins graves;
- c) uniquement aux infractions criminelles moins graves auxquelles le contrevenant admettrait sa culpabilité. La compétence des juges locaux s'étendrait aux infractions commises par des Inuit et des non-Inuit, sur les terres des catégories I et II d'une collectivité donnée.

### ***Modèle 2 – Conseil des anciens***

En vertu de ce modèle, la collectivité choisirait ou élirait un conseil qui serait constitué de trois à cinq anciens et qui se verrait confier la responsabilité de présider les audiences relatives aux conflits ou aux crimes qui se produiraient dans la collectivité (terres des catégories I et II).

Le conseil des anciens pourrait se voir attribuer le pouvoir de résoudre :

- a) tous les conflits qui se produiraient dans la collectivité, y compris ceux ayant trait à des infractions criminelles graves;
- b) ou encore uniquement les infractions criminelles les moins graves.

Le conseil des anciens pourrait résoudre les conflits en fonction des coutumes et des traditions autochtones, à la condition de respecter les droits fondamentaux garantis par les chartes québécoise et canadienne des droits et libertés, tel le droit de l'accusé à une audition impartiale. Sous réserve de discussions avec le gouvernement du Québec, la décision du Conseil pourrait être communiquée à un juge d'un tribunal ordinaire, qui pourrait :

- a) soit l'imposer officiellement au contrevenant;
- b) soit la considérer comme une recommandation visant à l'aider à rendre sa propre décision.

### ***Modèle 3 – Conseil des anciens et des jeunes***

En vertu de ce modèle, la collectivité choisirait ou élirait un conseil de quatre à six personnes formé à la fois d'anciens et de jeunes et qui se verrait confier la responsabilité de présider les audiences relatives aux conflits ou aux crimes qui se produiraient dans la collectivité (terres des catégories I et II). La présence des anciens permettrait d'assurer le respect des coutumes et traditions, tandis que la présence des jeunes assurerait la prise en considération des besoins et préoccupations de la jeune génération. Les attributions de ce conseil seraient analogues à celles du conseil des anciens décrit plus haut.

Parallèlement, et sous réserve de discussions avec le gouvernement du Québec, les décisions du conseil des anciens et des jeunes pourraient être communiquées à un juge d'un tribunal ordinaire, qui pourrait :

- a) soit l'imposer officiellement au contrevenant;
- b) soit la considérer comme une recommandation visant à l'aider à rendre sa propre décision.

Sur les consultations que le groupe de travail a menées au sujet des mécanismes substitutifs de règlement des différends et plus particulièrement sur les trois modèles qui viennent d'être décrits, les collectivités du Nunavik formulent les observations suivantes :

- Chaque collectivité devrait disposer d'un tribunal local qui serait présidé par un juge inuk sans formation spécialisée.
- Ces juges inuit non professionnels devraient être convenablement initiés au droit, à la procédure et à l'administration de la justice.
- Il conviendrait que ces tribunaux locaux s'occupent des infractions criminelles de moindre gravité, étant donné que le système judiciaire actuel entraîne des délais beaucoup trop longs et injustifiés.
- En ce qui concerne l'organisation des tribunaux locaux, chacun d'eux s'appuierait, au moment de déterminer les sanctions, sur les recommandations d'un groupe d'anciens issus de la collectivité concernée.
- Il y aurait lieu de constituer, expressément pour la région du Nunavik, un tribunal régional itinérant qui s'occuperait des infractions criminelles les plus graves (homicides, voies de fait, etc.).
- Le tribunal régional itinérant compterait deux divisions, une pour la côte de la baie d'Ungava, l'autre pour la côte de la baie d'Hudson, qui auraient leur siège à Kuujuaq et à Kuujuarapik respectivement. Chacune des deux régions côtières disposerait ainsi d'un tribunal itinérant.
- Au début, les juges du tribunal itinérant seraient des non-autochtones, mais avec le temps, ces postes seraient occupés par des Inuit ayant reçu une formation appropriée.
- Il faudrait que les deux divisions du tribunal itinérant soient supervisées par un juge en chef dont le rôle consisterait à fournir aide et conseils aux juges du tribunal itinérant, à prêter son concours à la résolution des affaires soulevant des problèmes particuliers et à surveiller la qualité générale des services offerts par le tribunal.
- Il faudrait que les sanctions imposées par les tribunaux locaux et itinérants tiennent compte des traditions, des coutumes, des valeurs et des besoins des Inuit. À cet égard, et de manière générale, il faudrait que les contrevenants ayant eu recours à la violence ou utilisé des armes pour commettre leurs infractions se voient infliger des peines beaucoup plus sévères qu'à l'heure actuelle.
- De manière générale, il faudrait que les infractions ayant comporté le recours à la violence ou l'utilisation d'armes donnent lieu à des peines plus sévères.
- Pour ce qui est du type de comportement qui constitue une infraction, il convient de souligner que certains agissements qui ne sont pas considérés comme des «infractions criminelles» à l'heure actuelle posent maintenant un tel problème social et juridique qu'il y aurait lieu de les criminaliser.
- À long terme, il faudrait viser à ce que le tribunal local (avec son juge inuk non professionnel) et la cour régionale itinérante remplacent complètement le système

judiciaire ordinaire, à la condition que le personnel reçoive une formation adéquate et que les ressources soient suffisantes. D'ici là, il convient de conserver le système actuel, tout en y apportant les modifications et améliorations propres à en combler les lacunes et à résoudre les problèmes qui s'y rattachent.

- En ce qui a trait au droit positif, il y aurait lieu de fixer comme objectif à long terme d'appliquer un code criminel inuk dans les tribunaux locaux et les tribunaux régionaux itinérants du Nunavik. Il faudrait en outre que ce code criminel soit rédigé d'une manière qui tienne compte des us et coutumes, traditions et besoins des Inuit. Comme une telle opération prendra forcément du temps, il convient, entre temps, de continuer d'appliquer le *Code criminel* canadien aux Inuit du Nunavik, sous réserve des modifications nécessaires pour tenir compte des us et coutumes, traditions et besoins des Inuit.

## Annexe B

### Rapport du Groupe de travail sur la justice

Les consultations que nous avons tenues auprès de nos concitoyens inuit dans le cadre du Groupe de travail sur la justice chez les Inuit m'ont permis de prendre conscience que ceux-ci désirent ardemment appliquer et régir le système de justice dans le Nunavik. Notre peuple aspire vivement à être de nouveau en mesure de traiter lui-même ses problèmes de société en se fondant sur ses traditions. Il est temps que les autorités judiciaires, tant fédérales que provinciales, soient à l'écoute des souhaits du peuple du Nunavik et qu'elles y donnent suite. Il faut mettre en oeuvre des réformes fondamentales susceptibles de mieux aborder les problèmes bouleversants qui ont été mis en lumière par les gens eux-mêmes. Cette approche devrait être plus attentive aux préoccupations des personnes visées, plus pertinente, adaptée à la culture du milieu et audacieusement innovatrice.

Nous avons pleuré avec nos concitoyens lorsqu'ils nous ont parlé des lacunes pitoyables des services de police, des cours itinérantes éloignées et grandement inefficaces et des centres de détention lointains et étrangers. Nous nous sommes mis à la place de ceux et celles qui ont décrit le grave choc culturel qu'ils ont subi lorsqu'ils ont constaté que les personnes chargées de les administrer ne parlaient pas leur langue et ne semblaient pas avoir la moindre compréhension de la culture et de la société inuit.

Nous avons partagé l'angoisse de nos concitoyens qui implorant la prestation de services que les autres tiennent pour acquis. Nous ne pouvons bénéficier de ces services parce que nous vivons dans un milieu arctique isolé et que nous ne partageons pas la langue et la culture de la société dominante. Notre peuple a exigé clairement de jouir, à ses conditions, des avantages accordés aux autres citoyens, notamment en matière de services d'intervention pour les crises familiales, d'établissements de désintoxication et d'accès à la représentation par un avocat sans avoir à déboursier des

sommes importantes pour se déplacer sur de vastes distances. Nos concitoyens nous ont dit avec raison que de tels services ne devraient pas être un luxe qui soit réservé à ceux qui demeurent au bon endroit, géographiquement parlant.

Selon les membres de nos collectivités que nous citons dans notre rapport, il est grand temps que le Nunavik dispose de son propre service de police et que les membres de celui-ci bénéficient de la formation, de l'équipement et de conditions de travail adéquats. Nous attendons depuis trop longtemps déjà la mise sur pied d'un réseau de cours locales et régionales disposant de bureaux dans la région et accessible à toute la population. Notre peuple réclame des établissements correctionnels et de détention qui soient situés sur son territoire et qui soient exploités selon des principes qui tiennent compte de la langue, de la culture et du milieu géographique inuit. En outre, notre peuple devrait éventuellement administrer l'ensemble des institutions susmentionnées. À cette fin, certains de nos concitoyens devraient recevoir une formation qui prenne en considération notre situation particulière.

Nos jeunes qui sont pris au piège du système judiciaire et dont les interventions ont été corroborées par leurs parents et leurs familles ont réussi à nous faire comprendre les pressions et le mal qu'ils ressentent. Le nombre disproportionné de jeunes qui se trouvent dans les prisons et les centres de détention est terriblement alarmant en raison de son incidence sur l'avenir de notre société. Le taux élevé de récidive, l'inhalation de solvants, la désagrégation généralisée de la cellule familiale et la tragique épidémie de suicides sont des signes que quelque chose ne tourne vraiment pas rond. La situation dans laquelle se trouvent les jeunes – notre avenir – mène au bord du désespoir même les personnes les plus fortes d'entre nous. Très perçant, l'appel de nos jeunes à l'aide et à l'écoute devrait nous convaincre de l'urgence de mettre en oeuvre les réformes et la restructuration nécessaires à la refonte du système judiciaire.

La solution de ces problèmes sera coûteuse, notamment au niveau monétaire. Nous devons consacrer des sommes importantes à l'établissement d'infrastructures et d'installations adéquates et fonctionnelles dans nos villages. Nous devons investir du temps, de l'argent et de l'énergie à la mise en oeuvre d'un programme de grande envergure visant à former et à équiper nos concitoyens de façon qu'ils puissent s'acquitter des responsabilités décrites dans les recommandations du présent rapport. Il s'agit là de nécessités fondamentales qui permettront de faire un travail de pionnier par l'instauration d'un système modèle qui, nous en sommes convaincus, sera rentable, accessible, attentif aux préoccupations des peuples du Nunavik et adapté à leur culture.

À titre de président du Groupe de travail sur la justice chez les Inuit, je considère le présent rapport comme un urgent appel à la prise de conscience et un pari sur l'avenir. Je ne peux trop insister sur la priorité que doivent accorder tous les intéressés à l'instauration, dans le Nunavik, d'un nouveau système judiciaire marqué au coin de la créativité.

Travaillons ensemble et commençons dès maintenant à mettre en marche les mécanismes qui feront en sorte que nos concitoyens auront un meilleur avenir et

qu'ils disposeront d'un élément crucial de l'autonomie gouvernementale. En fin de compte, nous ne ferons peut-être pas mieux que ce qui est en place actuellement. Néanmoins, je suis persuadé que nous ne pourrons faire pire.

## Annexe C

### **Visite du groupe de travail aux centres correctionnels d'Iqaluit : services d'aide juridique et juges de paix**

Les 25 et 26 août 1992, le groupe de travail s'est rendu à Iqaluit (Territoires du Nord-Ouest), afin d'étudier la nature et la qualité des établissements et services correctionnels, le système judiciaire local (les juges de paix) ainsi que les services d'aide juridique, afin de les comparer à ceux dont les Inuit de Nunavik disposent déjà. Le centre d'aide juridique avait organisé une visite des trois types d'établissements correctionnels et du centre d'aide juridique régional, appelé Maliganik Tukisiiniakvik, de même qu'une rencontre avec quelques juges de paix.

#### *Établissements correctionnels*

Le groupe de travail a visité le Centre correctionnel Baffin et M. Len Davies, directeur de l'établissement, s'est prêté aux questions de ses hôtes. Le groupe a également visité le centre Issumaqsumngittuq (établissement de garde en milieu fermé pour jeunes), et les membres ont pu poser des questions à M. Bob Cooke, directeur de l'établissement. Le groupe s'est enfin rendu à une installation de garde en milieu ouvert (Immeuble 685), où, encore une fois, les membres ont pu interroger le directeur de l'établissement, en l'occurrence Akeshoo Joamie.

#### **Centre correctionnel Baffin (CCB)**

Lors de sa visite du CCB, le groupe de travail a appris qu'il existe trois établissements de détention de ce type dans les Territoires du Nord-Ouest, tous les trois destinés à recevoir des hommes d'âge adulte. Le premier, situé à Iqaluit, peut accueillir 48 détenus; le second, situé à Yellowknife, peut en recevoir 132, et le troisième, situé à South Mackenzie, 52. Ces établissements abritent normalement des détenus purgeant des peines d'une durée inférieure à deux ans, mais on y trouve également des détenus purgeant des peines plus longues (les proportions sont de 90 % et de 10 % respectivement). C'est en vertu d'une entente spéciale avec les services pénitentiaires fédéraux que ces établissements peuvent recevoir des détenus purgeant des peines de plus de deux ans, étant donné que ces individus doivent normalement être envoyés dans des pénitenciers relevant du gouvernement fédéral. Enfin, les Territoires du Nord-Ouest possèdent également un établissement de détention pour femmes d'âge adulte. Situé à Port Smith, il peut recevoir 10 détenues.

Le groupe de travail a appris que le CCB compte un effectif de 35 personnes, composé à 70 % d'Inuit. Les services de counseling à l'intention des détenus sont assurés par des groupes externes, tels que les anciens et les Alcooliques Anonymes. Le CCB peut également compter, à cet égard, sur sa propre infirmière. En outre, un agent de classification et un psychologue séjournent 4 ou 5 jours par mois à l'établissement. L'organigramme compte également un poste d'enseignant, qui est vacant à l'heure actuelle.

Il est question de construire un pénitencier fédéral dans les Territoires du Nord-Ouest afin d'accueillir les détenus condamnés à des peines de plus de deux ans qui, à l'heure actuelle, doivent purger leur peine dans des établissements du Sud. Le projet n'en est toutefois qu'au stade de la planification. Il découle du fait que les détenus ayant à purger leur peine loin de leur domicile se trouvent peut-être à subir un châ-timent cruel et exceptionnel au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le groupe de travail a également constaté que le CCB reçoit à la fois des détenus et des personnes qui attendent de subir leur procès ou de connaître leur peine. L'établissement a été construit en 1985, au coût de 5 millions de dollars et son budget de fonctionnement annuel est d'environ 2,8 millions de dollars.

Le CCB offre divers programmes, dont un programme de services communautaires, un programme de travail dans la collectivité et un programme d'activités liées à la terre. Dans le cadre du programme de services communautaires, les détenus sont affectés à des travaux nécessitant une main-d'oeuvre abondante (opérations de nettoyage ou de collecte et de compactage de barils, par exemple). Pour ce qui est du programme de travail dans la collectivité, certaines entreprises d'Iqaluit offrent aux détenus un travail rémunéré, qui peut être intégré aux plans de réinsertion sociale des détenus, que ceux-ci conçoivent eux-mêmes. Quant au programme d'activités liées à la terre, il est unique en son genre dans les pénitenciers fédéraux, en ce sens qu'il permet à des détenus de se servir d'armes à feu (pour chasser, moyennant encadrement).

Le groupe de travail a appris que ce programme permet aux détenus d'acquérir des techniques de chasse et de survie et des techniques traditionnelles ainsi que d'apprendre à travailler en équipe. La collectivité profite également de ce programme, parce que le produit de la chasse est distribué aux anciens, aux veuves, etc.

De plus, les détenus du CCB ont accès, sous surveillance, aux installations récréatives municipales (patinoire, piscine, gymnase).

### **Centre pour jeunes Ullivik (garde en milieu ouvert) (Immeuble 685)**

Le Centre pour jeunes Ullivik, également appelé «centre de garde en milieu ouvert» ou «maison de transition», est administré par Akeehoo Joamie et Joanassie Noah. Ces deux administrateurs ont répondu à toutes les questions que les membres du groupe de travail leur ont posées. L'exploitation du Centre est entièrement assurée par des Inuit, à l'exception de la gestion financière, confiée par contrat à une

entreprise de l'extérieur. Le centre, qui compte six places, n'accueille que des jeunes (de moins de 18 ans) issus des quatre coins des Territoires du Nord-Ouest. Il occupe un immeuble d'habitation qui a été spécialement adapté et son budget de fonctionnement annuel est d'environ 300 000 \$. On trouve d'autres établissements de ce genre dans les T.N.-O., soit à Hay River, Coppermine, Pond Inlet et Yellowknife. La clientèle du centre, qui a ouvert ses portes en 1988, est constituée de détenus, pour lesquels cet établissement constitue en quelque sorte une maison de transition, ou encore de jeunes envoyés par les tribunaux. L'effectif compte neuf personnes (éducateurs spécialisés et administrateurs) et la durée moyenne du séjour est d'environ un an. L'âge moyen de la clientèle se situe entre 14 et 15 ans et le fonctionnement du centre est assuré par une société sans but lucratif. Le groupe de travail a constaté par ailleurs qu'il existe à Kuujuaq un établissement analogue qui est administré par la Section des services sociaux de l'hôpital de la baie d'Ungava et dont le financement est assuré à même le budget de l'hôpital.

Au plan des programmes, le centre compte sur les installations communautaires pour les services éducatifs et il offre en plus un programme d'activités liées à la terre, une semaine par mois. Les jeunes sont autorisés à fréquenter l'école secondaire du village et ils doivent participer aux tâches ménagères. Le centre est dirigé non pas par un couple vivant sur place, mais par deux équipes qui se relayent. Il reçoit également la visite d'un travailleur communautaire en santé mentale une fois par mois. Le groupe de travail a toutefois appris que le centre n'est pas en mesure d'offrir des services d'aide psychiatrique ou psychologique en dépit du fait qu'il peut arriver qu'un tribunal impose un tel traitement comme condition de séjour dans cet établissement. Pour le groupe de travail, il s'agit peut-être d'une lacune du système.

### **Établissement pour jeunes Issumaqsunnigittuq (garde en milieu fermé)**

Le groupe de travail a visité ce centre de garde en milieu fermé (portes verrouillées, soins dispensés en établissement) destiné à accueillir des jeunes de moins de 18 ans. Assujéti à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le centre peut recevoir une douzaine de jeunes. Normalement réservé aux jeunes de moins de 18 ans (de 12 à 18 ans, plus précisément), il peut également recevoir des personnes de plus de 18 ans, si celles-ci ont commis leur infraction alors qu'elles étaient encore mineures. L'âge moyen des contrevenants détenus dans cet établissement est de 17 ans et la durée moyenne du séjour, de 9 à 12 mois.

Le groupe de travail a constaté que les établissements de garde en milieu fermé constituent une nouveauté dans les Territoires du Nord-Ouest et que la formule semble fonctionner. On en dénombre trois pour le moment, soit à Hay River (20 lits), à Fort Smith (14 lits) et à Iqaluit (12 lits).

Le personnel de l'établissement que nous avons visité était composé d'Inuit dans une proportion de 60 à 65 %. Les programmes offerts occupent la totalité du temps des contrevenants. Les activités sont de trois ordres: travail communautaire, acquisition de compétences liées à la terre et éducation. Il semble que la proportion de récidivistes soit d'environ 45 %.

Le centre possède un effectif de 18 personnes et son budget de fonctionnement annuel est d'environ 1,3 million de dollars. L'établissement a été construit en 1989, au coût de 2,5 millions de dollars.

### *Juges de paix*

Le groupe de travail a rencontré deux juges de paix (Bill Riddell et Peter Baril), qui ont affirmé que l'administration de la justice semble bien fonctionner dans les Territoires du Nord-Ouest, non pas tant parce que le système est fondé sur les coutumes et les traditions autochtones, mais parce qu'il est implanté localement. Cela signifie, ont-ils précisé, que les questions locales se règlent au niveau local, d'une manière qui tient compte de la façon locale de voir les choses. Les juges de paix ont laissé entendre que, dans le Nord, les solutions aux problèmes doivent venir du milieu plutôt que de l'extérieur, tout simplement parce qu'il est plus facile de comprendre les choses en les situant dans leur contexte local.

Le groupe de travail a constaté que, dans les Territoires du Nord-Ouest, le programme des juges de paix est régi par le *Code criminel* et qu'à ce titre, les juges de paix font autant d'heures que les juges des cours provinciales. Dans le Nord québécois, par contre, le programme des juges de paix ne revêt pas une importance significative, étant donné qu'au Québec, les juges de paix sont nommés aux termes de la loi québécoise sur les juges et non pas en vertu du *Code criminel*, de sorte que leurs pouvoirs sont très limités, si on les compare à ceux des juges de paix des Territoires du Nord-Ouest.

Les deux juges de paix ont également indiqué au groupe de travail que :

- le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest possède un programme de formation particulier pour les juges de paix;
- les juges de paix des Territoires du Nord-Ouest peuvent avoir recours à des méthodes innovatrices de détermination de la peine;
- les collectivités locales des Territoires du Nord-Ouest voient les juges de paix comme des personnes qui trouvent des solutions aux problèmes plutôt que comme des membres du système policier et judiciaire, comme c'est le cas du tribunal itinérant;
- les juges de paix des Territoires du Nord-Ouest ne touchent pas de salaire, mais reçoivent plutôt une somme symbolique de 200 \$ par an.

Cependant, les juges de paix des Territoires du Nord-Ouest et d'ailleurs recommandent que leur travail soit rémunéré.

Les deux juges de paix que le groupe de travail a interrogés ont affirmé qu'à leur avis, les anciens doivent être associés aux décisions des tribunaux. Ils ont souligné que le *Code criminel* permet amplement aux juges d'associer la collectivité à leurs décisions, y compris à la détermination de la peine. Cette souplesse s'est révélée avantageuse en ce sens qu'elle a permis la participation des anciens et l'imposition de peines différentes de celles qu'infligent habituellement les tribunaux ordinaires.

Le groupe de travail a appris que les juges de paix des Territoires du Nord-Ouest possèdent des pouvoirs identiques à ceux des juges des cours provinciales et peuvent



entendre pratiquement n'importe quelle cause, sauf celles ayant trait à des infractions punissables sur acte d'accusation (actes criminels). De plus, dans les petites collectivités des Territoires du Nord-Ouest, les juges de paix sont tous inuit.

### *Accès aux services juridiques au Nunavik : L'aide juridique*

Le droit d'être représenté par un avocat fait partie intégrante du système judiciaire. Les avocats reçoivent une formation qui leur permet d'informer les individus des droits que la loi leur confère dans telle ou telle situation et de leur formuler des recommandations en conséquence. Une représentation adéquate, rapide et efficace constitue une condition essentielle au fonctionnement équitable du système judiciaire. En fait, l'accès rapide aux services d'un avocat revêt une telle importance que l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chaque citoyen arrêté ou détenu par la police le droit de retenir les services d'un avocat sans délai et d'être informé de ce droit. L'article 34 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* garantit à chaque citoyen le droit d'être représenté par un avocat ou de recevoir l'aide d'un avocat lorsqu'il comparait devant un tribunal.

Malgré l'importance des avocats dans le fonctionnement du système judiciaire, on n'en trouve aucun établi en permanence au Nunavik, si l'on fait exception des avocats de l'administration régionale Kativik, qui a son siège à Kuujuaq. Toutefois, à l'instar des avocats de Makivik, ceux de l'administration régionale Kativik ont pour mandat de représenter des collectivités et non pas des particuliers. Il est extrêmement coûteux et difficile pour les habitants du Nunavik qui sont admissibles à l'aide juridique de rencontrer des avocats afin d'avoir des consultations avec eux ou de préparer leur comparution devant un tribunal.

Le groupe de travail a constaté que le paragraphe 20.0.19 de la Convention de la baie James et du Nord québécois prévoit que tous les habitants du Nunavik ont le droit de bénéficier des services de l'aide juridique du Québec pour toute affaire civile ou pénale. Cette disposition se lit comme suit:

«Tous les résidents du district judiciaire d'Abitibi ont le droit de recevoir des services d'aide juridique en toutes matières, pourvu qu'ils satisfassent aux critères de la Commission d'aide juridique du Québec, qui devront être adaptés de façon à tenir compte du coût de la vie, des distances et de divers autres facteurs particuliers à ce district judiciaire.»

Par ailleurs, la visite que le groupe de travail a effectuée au mois d'août 1992 au centre régional d'aide juridique appelé Maliganik Tukisiiniakvik, à Iqaluit, a permis de constater que les habitants des Territoires du Nord-Ouest bénéficient de services d'aide juridique largement supérieurs à ceux qui sont offerts aux habitants du Nunavik. Le groupe de travail a notamment rencontré le Conseil d'administration ainsi que Neil Sharkey, directeur régional de Maliganik Tukisiiniakvik, et a appris que ce centre d'aide juridique possède deux avocats à temps plein qui offrent leurs services à 14 collectivités de l'est de l'Arctique ayant une superficie et une population

semblables à celles des 14 collectivités du Nunavik. L'un des avocats est installé à Iqaluit, l'autre, à Pond Inlet. Le centre dispose d'un budget de fonctionnement annuel de 500 000 \$ et peut faire venir des avocats supplémentaires de Yellowknife lorsque le volume de travail l'exige. Comme les deux avocats de l'aide juridique à temps plein sont installés dans l'est de l'Arctique, ils peuvent facilement se rendre dans les collectivités, de sorte que la population a un meilleur accès à leurs services. Là encore, la situation contraste fortement avec celle du Nunavik, où l'on ne trouve aucun cabinet d'avocat, les services juridiques étant offerts à partir de Val-d'Or. On devine les coûts et les délais que cette situation peut entraîner.

Certains des membres du Conseil d'administration ont dressé l'historique de Maliganik à l'intention du groupe de travail. Le Programme d'aide juridique des Territoires du Nord-Ouest a été lancé en 1971, après que le gouvernement des Territoires et celui du Canada eurent conclu un accord sur le partage des coûts. Cette entente prévoyait la formation d'un comité de trois membres qui aurait pour mandat d'administrer le programme. En vertu de celui-ci, les services d'aide juridique devaient être dispensés par des membres du Barreau auxquels le Comité confiait les affaires civiles ou pénales mettant en cause des personnes admissibles à l'aide juridique, laquelle visait la plupart des affaires civiles, à quelques exceptions près. En fait, bien que l'aide juridique se soit toujours appliquée autant aux affaires civiles qu'aux affaires pénales, dans la pratique, elle sert presque exclusivement à défendre des personnes accusées d'infractions criminelles.

En 1975, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le ministre fédéral de la Justice avaient procédé à un examen du Programme d'aide juridique des T.N.-O. (Groupe de travail Cowie) et formulé des recommandations sur la façon d'assurer les services d'aide juridique dans les différentes régions. Essentiellement, cet examen recommandait la régionalisation des services d'aide juridique dans les T.N.-O., par la mise en place de centres régionaux d'aide juridique (avocats de l'aide juridique) et de centres de services juridiques (avocats et travailleurs sociaux auprès des tribunaux). À la suite de cet examen, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest adopta la *Legal Services Act*, qui prévoyait l'établissement d'un organisme autonome appelé *Legal Services Board* (Conseil des services juridiques) ayant pour mandat d'administrer le programme d'aide juridique. Le Conseil se compose de représentants des gouvernements du Canada et des Territoires du Nord-Ouest, de membres du Barreau, ainsi que de représentants des comités régionaux de services juridiques et de la population. Cette loi a donné lieu à l'établissement de centres d'aide juridique aux endroits suivants:

- À Tuktoyaktuk, en 1987 (ce centre dispense ses services aux collectivités du cercle arctique, soit celles de Tuktoyaktuk, Paulatuk, Sachs Harbour et Holman);
- À Rankin Inlet, en 1990 (ce centre dispense ses services aux collectivités de Rankin Inlet, Baker Lake, Coral Harbour, Chesterfield Inlet, Repulse Bay, Arviat et Whale Cove);
- À Iqaluit (Maliganik Tukisiiniakvik). Cet établissement, fondé en 1975, était à l'origine un centre de services juridiques pour la région de Baffin. À l'époque, ses avocats n'étaient pas autorisés à intervenir dans des affaires civiles ou criminelles,

mais ils devaient plutôt assurer la supervision et la formation des travailleurs sociaux intervenant auprès des tribunaux et faire du travail d'éducation populaire. À la suite de l'examen susmentionné, le centre s'est vu accorder des crédits supplémentaires et confier le mandat de dispenser des services d'aide juridique dans la région de Baffin. Le centre n'avait qu'un avocat à temps plein au début. Depuis 1988, il en a un deuxième, installé à Pond Inlet.

Aux termes de la *Loi sur les services juridiques*, le conseil des services juridiques peut autoriser des comités régionaux à dispenser des services d'aide juridiques dans les différentes régions des T.N.-O. Cet agrément est assujéti à un certain nombre de conditions. Chaque centre régional est constitué en société et régi par un conseil d'administration dont les membres proviennent de la région. Chaque société passe avec la commission des services juridiques un contrat en vertu duquel la société s'engage à fournir des services d'aide juridique dans la région. À l'heure actuelle, seules trois régions des T.N.-O. possèdent un centre d'aide juridique. Il s'agit des régions de Baffin, de Keewatin et de Beaufort.

Le groupe de travail recommande que le Québec procède à un examen complet des services d'aide juridique offerts aux habitants du Nunavik, en vue d'améliorer ces services par la mise en place de services d'aide juridique dans la région, en particulier à Kuujuaq et peut-être dans d'autres collectivités du Nunavik. Le groupe de travail recommande en outre que le gouvernement du Québec examine les critères d'admissibilité à l'aide juridique pour les habitants du Nunavik, en vue d'accroître l'accessibilité à ces services pour ces derniers, tout en tenant compte des frais de déplacement inhérents à l'administration de la justice au Nunavik.

## Annexe D

### **Participation du groupe de travail à un cours de formation en justice dispensé par le gouvernement du Québec**

Du 18 au 20 août 1992, le groupe de travail a assisté à des exposés sur les us et coutumes des Inuit. Ceux-ci s'inscrivaient dans le cadre d'un cours de formation à l'intention des intervenants du secteur de la justice qui se donnait à Rouyn-Noranda. Il faut souligner que c'est le ministère de la Justice du Québec qui avait invité les membres du groupe de travail à prendre part, en qualité de personnes-ressources, à ces exposés sur les us et coutumes des Inuit qui s'adressaient aux intervenants du secteur de la justice travaillant dans la région du Nunavik ainsi qu'auprès des Inuit (collectivités et particuliers) concernés par le système judiciaire. L'auditoire était composé d'une cinquantaine de personnes associées à l'administration de la justice en milieu inuit, depuis le moment où une infraction est commise jusqu'à l'exécution de la peine. Toutes les personnes qui assistaient au cours sont conscientes des lacunes du système judiciaire actuel en ce qui concerne les peuples autochtones et toutes

souhaitent trouver des moyens de l'améliorer. Parmi les participants se trouvaient des procureurs de la couronne, des avocats de la défense, des juges, des agents de probation, des agents de libérations conditionnelles et des agents des services correctionnels.

Les personnes qui furent ainsi invitées par le ministère de la Justice du Québec à participer à ces conférences sont Taamusi Qumaq et Zebedec Nungak, du Groupe de travail sur la justice chez les Inuit, de même que Sheila Cloutier et Paul Bussièrès. Talasia Tulugak assurait la traduction de l'inuktitut au français et à l'anglais.

Voici quelques-unes des questions sur lesquelles ont porté les exposés des participants inuit:

- Principales différences culturelles entre la société inuit et la société occidentale.
- Le droit traditionnel peut-il encore s'appliquer à notre monde moderne?
- Est-il souhaitable que les lois coutumières du peuple inuit continuent de s'appliquer à la société inuit actuelle?
- Quelle est la façon traditionnelle de faire face à la violence en général, à la violence conjugale, aux agressions sexuelles, au viol et à l'inceste, et est-ce que cette approche demeure pertinente aujourd'hui ?
- Quelles normes conviennent-il d'appliquer dans la société inuit moderne?
- Les Inuit devraient-ils disposer d'un système de contrôle social absolument distinct?
- Existe-t-il des normes traditionnelles qu'il conviendrait d'intégrer aux systèmes juridiques canadien et québécois?
- Utilise-t-on encore aujourd'hui certaines méthodes anciennes de contrôle social (mettre un individu à l'écart, répandre des ragots à son sujet, le couvrir de honte, le tourner en ridicule, le frapper d'ostracisme) ou encore des méthodes plus formelles (combats aux poings, épreuves de lutte ou duels)?
- Y aurait-il lieu de réviser certaines de ces méthodes ou est-ce qu'il conviendrait de les abandonner ou encore de trouver de nouvelles façons de les appliquer?
- Est-il possible d'en adapter un certain nombre au système juridique actuel?
- Quelles sont les attentes des Inuit par rapport au système judiciaire actuel?
- Qu'en est-il de la discipline à l'égard des enfants?
- Y a-t-il lieu de réviser la notion de non-ingérence, compte tenu des formidables transformations que connaît la société inuit?
- Est-ce que, au contraire, une intervention encore plus poussée s'impose de la part d'organismes de contrôle tels que le conseil municipal, les juges de paix, le groupe des anciens, etc.?

Les organisateurs du cours de formation avaient fait circuler des documents intéressants en préparation de la rencontre. Il s'agissait notamment des Motifs de détermination de la peine (document daté du 9 janvier 1992) invoqués dans l'affaire *La Reine c. Philips Moses* (Cour territoriale du Yukon), où le juge Barry Stuart, ayant recouru à une nouvelle entité (en l'occurrence le cercle communautaire), a associé l'ensemble d'une collectivité à la détermination de la peine devant être imposée à un contrevenant. La documentation distribuée comprenait également un texte publié en 1991 par l'association des femmes inuit du Canada et intitulé: «The Inuit Way: A

Guide to Inuit Culture» (À la manière des Inuit – Guide de la culture inuit). Tous les membres de l'appareil judiciaire qui interviennent auprès des peuples autochtones se doivent de lire ces textes ainsi que le reste de la documentation distribuée aux participants au cours de formation<sup>1</sup>

La participation de membres du groupe de travail et de représentants du gouvernement régional de Makivik à ce cours de formation a été l'occasion d'un échange important entre le groupe de travail et l'appareil judiciaire. Il s'agit d'une des multiples étapes nécessaires pour sensibiliser le monde de la justice aux besoins et aux problèmes des Inuit et de l'ensemble de la région du Nunavik. Il importe que d'autres échanges de ce type aient lieu à l'avenir.

Il faut se rappeler que ces cours sont prévus par la Convention de la baie James et du Nord québécois (paragraphe 20.0.8, 20.0.12, 20.0.16, 20.0.18, 20.0.20, 20.0.23 et 20.0.24). Le groupe de travail a fait des interventions à cet égard lors du Sommet sur la justice qui a eu lieu à Québec les 19 et 20 février 1992 et c'est en partie grâce à ces interventions et à celles des autres groupes autochtones que les autochtones sont maintenant invités à prendre part à de tels cours.

## Notes

1. Les autres documents distribués sont les suivants : «Leaving our White Eyes Behind: The Sentencing of Native Accused», de Rupert Ross, (1989) 3 C.N.L.R. 1; «Dealing with the Aboriginal Offender» (exposé présenté le 5 avril 1990 par le juge en chef adjoint Murray Sinclair devant le CAPCJ); Patti Flather, «Completing the Circle: Community-based Justice has Meant a New Beginning for the People of Teslin», article paru dans le numéro de janvier-février 1992 de la revue *Arctic Circle* (page 39); juge J.P. Little, «Special Types of Offenders: Indian Young Offenders» (2 décembre 1988), Séminaire préparatoire sur le système judiciaire (Montréal); Clare Hunt, «Native Ethics and Rules of Behaviour» *Canadian Journal of Psychiatry*, août 1990, page 534; GCCQ et CRA, «Justice pour les Cris : Les croyances et pratiques traditionnelles (R. McDonnell, janvier 1992).

# Rétablir la justice : les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 90

*Patricia A. Monture-OKanee\**

## Situation de la pensée autochtone par rapport aux courants de pensée modernes

Le partage des connaissances se fait de vive voix dans les relations autochtones traditionnelles. J'aimerais commencer cette conversation sur la justice en présentant ma propre expérience de femme mohawk, mère et épouse, qui essaie de conjuguer dans la vie quotidienne sa carrière professionnelle et ses obligations familiales. Les anciens<sup>1</sup> disent souvent : «Voilà comment j'ai fini par comprendre ça». Ce sont justement les diverses expériences que j'ai faites qui m'ont permis de comprendre la justice<sup>2</sup> à partir de la perspective d'une femme autochtone<sup>3</sup>.

---

\* De la nation mohawk, territoire de Grand River, mère et épouse. Membre du corps enseignant de la Faculté de common law, Université d'Ottawa.

Il m'est impossible de remercier personnellement toutes les personnes qui m'ont aidée dans ma démarche et qui ont influencé ma pensée sur la justice et les responsabilités des femmes. M. Art Solomon est le premier enseignant traditionnel et militant du monde carcéral qui m'a prise sous son aile. Les réflexions que vous trouverez ici témoignent de sa valeur et de celle des enseignements dont il a accepté de me faire bénéficier.

Je suis également redevable envers la sagesse traditionnelle de M<sup>me</sup> Shirley O'Connor qui a bien voulu me transmettre sa perspective et sa pensée. J'espère que j'ai réussi à honorer sa vision des choses.

La plupart des réflexions qui se trouvent dans ce document m'ont été confiées par les sages de mon peuple. Je prends la responsabilité de toute erreur d'interprétation ou de compréhension.

Voici ce qu'a déclaré Elijah Harper à l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba :

Il est étonnant que notre peuple accepte si bien son sort, alors qu'il fait l'objet de tant de discriminations. Nous savons que, sans tolérance, il n'y a pas de justice. Sans compréhension, il n'y a pas de justice. Sans égalité, il n'y a pas de justice. La justice nous permet de commencer à nous comprendre. La justice nous permet de cohabiter et de collaborer. Les autochtones veulent un système judiciaire qui reconnaisse leur mode de vie, leurs valeurs et leurs croyances plutôt que le mode de vie des Blancs<sup>4</sup>. [traduction]

Ces mots résument, façonnent et interprètent mon point de vue sur la question des systèmes judiciaires autochtones. Les principes de justice, de vérité, de tolérance, de compréhension et d'égalité sont les thèmes qui me viennent à l'esprit lorsque je réfléchis au système de valeurs traditionnel qu'avaient autrefois les femmes autochtones. Nous devons, dans notre cheminement vers la guérison, retrouver ces valeurs.

Il existe une différence fondamentale entre les sociétés autochtones et non autochtones, dans la façon dont elles situent la vérité. Pour les non-autochtones, la vérité se trouve à l'extérieur de soi. Elle est absolue et on peut la découvrir uniquement après des années d'étude dans des établissements officiellement reconnus comme des sièges du savoir. Pour les autochtones, la vérité se trouve à l'intérieur de soi. Le Créateur a fait de nous tous des êtres complets. Chacun a ses propres règles à suivre pour trouver la vérité par l'introspection plutôt que par un apprentissage systématique dans des établissements reconnus.

En ojibwa, la vérité se dit «niwii-debwe». Cependant, ce mot ne se traduit pas littéralement par le terme «vérité». Il signifie plutôt «ce qui est exact selon moi». L'histoire suivante que nous raconte Leïla Fisher, une sage de la nation Hoh, de la région qui porte maintenant le nom d'État de Washington, nous aide à comprendre l'importance de la vérité et de l'introspection :

«Vous êtes-vous déjà demandé comment on devient un sage?» Tout en continuant à tisser et sans même jeter un coup d'oeil pour voir si nous écoutons, elle poursuit : «Il y avait dans notre réserve un facteur qui avait entendu certains anciens raconter qu'ils avaient reçu des objets qui leur conféraient un grand pouvoir. Il ne savait pas grand-chose sur ces objets, mais il pensait que ce serait merveilleux s'il pouvait recevoir, lui aussi, un tel cadeau qui ne pouvait venir que du Créateur. Il avait entendu les anciens dire que l'objet le plus précieux que l'on pouvait recevoir était une plume d'aigle. C'est cela qu'il aurait aimé recevoir. S'il pouvait recevoir une plume d'aigle, tout le pouvoir, la sagesse et le prestige qu'il souhaitait seraient à lui. Cependant, il savait qu'il ne pouvait pas en acheter une ni demander à quelqu'un de lui en donner. Il fallait que cette plume lui soit donnée d'une manière ou d'une autre par le Créateur.

Chaque jour il se mettait à la recherche d'une plume d'aigle. Il pensait qu'il finirait bien par en trouver une s'il gardait les yeux ouverts. Il finit par ne plus penser qu'à ça. Cette plume d'aigle occupait ses pensées de

l'aube jusqu'au coucher du soleil. Les semaines, les mois et les années passèrent. Chaque jour, en faisant sa tournée, le facteur cherchait sa plume d'aigle. Il se donnait bien du mal. Il négligeait sa famille et ses amis. Il était obsédé par l'idée de trouver une plume d'aigle, mais ses recherches étaient toujours vaines. Quand il commença à vieillir, il n'avait toujours pas trouvé de plume. Il comprit finalement que, malgré tout le mal qu'il se donnait, ses chances de trouver la plume n'augmentaient pas au fil des jours et n'étaient pas plus grandes que le premier jour qu'il s'était mis dans la tête d'en trouver une.

Un jour, il fit une pause sur le bord de la route. Il descendit de sa petite voiture de facteur et se mit à converser avec le Créateur. Il lui dit ceci : «Je suis si las de chercher cette plume d'aigle. Peut-être que je ne mérite pas d'en trouver une. Toute ma vie, j'ai pensé à cette plume. J'ai négligé ma famille et mes amis. J'ai été obsédé par cette plume et maintenant je m'aperçois que je n'ai pas su profiter de la vie. J'ai décidé d'arrêter de chercher. Je vais cesser de chercher cette plume et je vais commencer à vivre. Il me reste peut-être assez de temps à vivre pour me faire pardonner auprès de ma famille et de mes amis. Pardonne-moi d'avoir ainsi gâché ma vie».

Alors, il se sentit envahi par un grand sentiment de paix. Il se sentait tout à coup meilleur qu'il ne l'avait jamais été pendant toutes ces années. Comme il finissait de converser avec le Créateur et qu'il s'apprêtait à remonter dans sa jeep, il fut surpris par une ombre au-dessus de sa tête. Portant ses mains au front pour mieux voir, il scruta le ciel et vit un grand oiseau qui volait très haut au-dessus de lui. L'oiseau disparut presque instantanément. Puis, il vit quelque chose qui flottait légèrement dans la brise. C'était une belle plume de queue. C'était sa plume d'aigle! Il comprit que la plume lui avait été refusée tant qu'il n'avait pas arrêté de chercher et tant qu'il n'avait pas fait la paix avec le Créateur. Il apprit enfin que pour acquérir la sagesse, il ne faut pas la chercher, mais vivre véritablement la vie que le Créateur a tracée pour vous. Ce facteur est toujours vivant, mais ce n'est plus le même homme. Les gens viennent le voir pour écouter ses sages conseils et il partage toutes ses connaissances avec les autres. Le pouvoir et le prestige qu'il recherchait auparavant ne sont plus importants pour lui. Il se soucie des autres et non pas de lui-même. Maintenant vous savez comment on devient sage<sup>6</sup>.» [traduction]

Les conséquences sont profondes pour les personnes d'origine autochtone qui évoluent à la fois dans les milieux cultivés et dans le monde autochtone. Les établissements d'éducation nous enseignent qu'il faut chercher la vérité et la connaissance à l'extérieur de nous-mêmes. L'introspection n'est pas la bonne façon d'y parvenir. Il n'est pas accepté de s'appuyer sur les connaissances que nous ont léguées nos grand-mères<sup>7</sup>. Ces dernières années, toutefois, on demande de plus en plus souvent aux universitaires autochtones d'expliquer les secrets de leur philosophie culturelle unique. On s'attend malgré tout à ce que ces universitaires autochtones conservent le style objectif des intellectuels pour présenter cette perspective nouvelle dans les



diverses disciplines. L'universitaire autochtone doit donc faire face à certaines contradictions dans son milieu de travail. Ces deux perceptions de la vérité ne sont qu'un exemple des contradictions qui confrontent l'universitaire autochtone. Elles sont probablement diamétralement opposées. Pourtant, je suis la preuve que ces deux façons d'accéder à la connaissance peuvent coexister. Mon expérience a consisté à m'adapter aux contradictions. Dans le cas de la justice, cette adaptation ne doit pas se faire uniquement à l'échelle des individus, mais à l'échelle des institutions. Il faut voir en cette réalité un élément essentiel de la connaissance.

En réfléchissant au thème du présent document, ce sont les questions de processus qui me viennent à l'esprit. J'aimerais souligner que l'on ne peut s'appuyer sur aucune source universitaire pour répondre aux questions soulevées dans le présent document, notamment celles sur lesquelles se penche la Commission royale<sup>8</sup>. La manière dont j'acquiers des connaissances constitue le premier volet de ce processus.

Habituellement, les tergiversations auxquelles je me livre au moment de l'écriture d'un document ne sont pas visibles dans le produit final. Cependant, on ne progressera pas beaucoup en s'attaquant à ces contradictions uniquement au niveau individuel. Ces contradictions qu'il faut malgré tout affronter au niveau personnel, ne sont pas des lacunes personnelles, mais des contradictions entre deux cultures. Elles découlent de la façon dont chaque culture construit et entérine la connaissance et la vérité. La langue influe grandement sur ce phénomène.

La langue est le véhicule de la connaissance. La langue est un instrument puissant qui illustre à merveille la façon dont les valeurs et perceptions culturelles du courant principal de la société colorent subtilement nos communications.

... les descriptions des personnes de couleur font état de leur race, alors que ce n'est pas le cas pour la description des Blancs. On peut lire par exemple, des phrases comme celle-ci : «Une femme noire traverse la rue» alors que, si la femme avait été blanche, on aurait dit tout simplement «Une femme traverse la rue». Cet usage de la langue renforce l'idée que tout le monde est blanc, jusqu'à preuve du contraire, qu'être blanc c'est la norme et que les personnes de couleur sont en dehors de la norme<sup>9</sup>. [traduction]

Il est essentiel de brosser un tableau de la justice qui illustre les nombreuses façons manifestes de renforcer les différences d'ordre sexuel, racial et culturel.

Les contradictions sont renforcées lorsque la connaissance est mise en pratique dans les institutions ou les échelles de valeurs de la société dominante. On ne fait que perpétuer cette contradiction en refusant de la reconnaître publiquement et de la confronter. Ces questions de processus interviennent lorsque je me penche sur mon expérience en tant qu'autochtone et universitaire. Cependant, elles interviennent aussi parce que je suis autochtone et femme.

On donne lieu à une contradiction analogue lorsqu'on me demande de parler de mon expérience de femme autochtone. On a tenté de remédier à l'oppression dont ont été victimes les femmes au cours de l'histoire et à l'impuissance qui en a résulté

vis-à-vis de la société en général, par la création d'administrations, d'organismes, de ministères, etc., axés uniquement sur la condition féminine. Les milieux universitaires ont réagi de la même manière en créant des programmes d'études féminines et des cours sur la condition féminine dans les autres départements, facultés et programmes<sup>10</sup>. On ne règle pas le problème de l'exclusion de la pensée dominante en créant des programmes qui risquent de marginaliser encore plus les femmes. La conclusion est assez simple. Bien que beaucoup d'institutions de la société dominante prétendent être objectives ou impartiales, elles reflètent en fait la perception masculine de la réalité. Les solutions que nous proposons doivent faire échec à cette structure.

Le droit offre un exemple particulièrement fort de la façon dont la perspective masculine de la réalité s'impose, gommant au passage la spécificité sexuelle des relations entre les individus. Voici ce que dit à ce sujet Sherene Razack, s'inspirant des travaux de Ann Scales<sup>11</sup> :

L'action féministe vis-à-vis de la loi canadienne vise essentiellement à dénoncer l'influence prédominante de l'homme dans notre société. Ann Scales affirme que les hommes ont réussi à organiser la réalité, à bâtir le monde à partir de leur perspective et ensuite, grâce à un raisonnement philosophique remarquable, à présenter ce point de vue comme une «réalité objective». Les femmes qui exercent le droit n'ont pas d'autres recours que de dénoncer cette réalité et de contester sa validité devant les tribunaux, en la remplaçant par leur propre perception de la réalité. Ann Scales rappelle que les questions juridiques qui préoccupent les femmes sont toutes des problèmes qui découlent de la mise en perspective masculine de la sexualité féminine. Les problèmes de l'avortement, de la contraception, du harcèlement sexuel, de la pornographie, de la prostitution, du viol et de l'inceste sont des combats pour la différence, c'est-à-dire des combats qui sont liés au fait que nous ne sommes pas nées hommes<sup>12</sup>. [traduction]

Toute analyse qui souhaite mettre fin à l'oppression des femmes doit être axée fondamentalement sur le caractère «autre» de la femme. L'objectif de l'égalité continuera de nous échapper tant qu'on prendra un des sexes comme norme et que l'autre sera jugé «différent».

L'analyse de la création des rôles dénotant la différence ne doit pas conclure à la définition de l'égalité fondée sur la similitude. Cela est tout aussi problématique. L'égalité fondée sur la similitude perpétue l'oppression raciale et sexuelle. Là encore, l'analyse des relations juridiques éclaire ce point :

On note également une réticence à reconnaître les différences lorsque tous sont censés être traités de la même manière. Théoriquement, on peut être un bon avocat peu importe la race ou le sexe auquel on appartient. Le mythe de l'égalité est un préjugé culturel selon lequel tous les individus de notre société sont légalement et socialement égaux et que les différences dont ils sont victimes sont attribuables à des facteurs personnels tels que l'effort, la responsabilité et l'honnêteté. Ce mythe de l'égalité est plaqué sur nos institutions et structures sociales

naturellement intolérantes, dissimulant ainsi le caractère omniprésent du racisme et du sexisme<sup>13</sup>. [traduction]

L'identification des similitudes (ainsi que des différences) entre l'oppression raciale et l'oppression sexuelle est essentielle à l'élaboration de théories d'égalité et de justice susceptibles de s'appliquer de manière significative aussi bien aux femmes autochtones qu'aux autres membres de la société.

La marginalisation des programmes d'études féminines dans les institutions a pour parallèle la marginalisation des peuples autochtones. La création, depuis quelques décennies, de départements et de cours d'études «autochtones» reproduit la contradiction que j'ai dénoncée au sujet de la création de départements d'études féminines. Le système de justice pénale offre un autre exemple intéressant. La tendance à tenir compte de l'expérience autochtone dans le mandat existant du Service correctionnel du Canada est bien illustrée par les nombreuses enquêtes sur la justice autochtone<sup>14</sup>. Le Service correctionnel du Canada fournit un autre exemple du processus de marginalisation des individus qui n'appartiennent pas au courant principal de la société. Ce processus de création de programmes spécifiquement autochtones<sup>15</sup> n'incite pas les protagonistes à remettre en question le statu quo et à se demander comment les constructions systémiques raciales et culturelles influencent leur comportement. Là encore, la conclusion est relativement simple. Bien que bon nombre d'institutions de la société dominante prétendent être objectives ou impartiales, elles sont en fait le reflet d'une vision culturelle spécifique (c.-à-d. blanche) de la réalité.

Je ne cherche pas à dénoncer les programmes consacrés aux autochtones ou aux femmes, ni à demander leur suppression. Au contraire, ces programmes sont à la fois essentiels et nécessaires, surtout à court terme. Toutefois, pour que les femmes ou les autochtones puissent modifier les structures de la société, nous devons mettre au point des nouveaux moyens de contester les philosophies et les préjugés de la société dominante. C'est le seul moyen d'obtenir à long terme des changements significatifs et profonds.

Le mandat de la Commission royale nous offre précisément un moyen unique de le faire. En abordant la question des systèmes judiciaires autochtones, nous devons veiller à contester les structures existantes de manière à ce que le résultat final ne se limite pas uniquement à ouvrir la porte aux autochtones ou à les reléguer dans un coin. Le fait de reléguer les peuples autochtones dans un coin prive la société en général de la possibilité de s'inspirer de la culture et des traditions des nations autochtones. Si l'on ne remet pas en question le processus existant, on se contentera de créer pour les femmes autochtones un lieu protégé au sein du secteur réservé aux peuples autochtones. De cette manière, les femmes autochtones seront doublement marginalisées. Cela ne saurait être satisfaisant, ni pour les peuples autochtones, ni pour la société en général.

Il y a quelques années, j'ai commencé à évaluer l'utilité des initiatives en matière de justice autochtone par rapport à une norme double. Premièrement, la situation des «clients» de la justice pénale autochtone sera-t-elle améliorée à court terme? Deuxièmement, ces initiatives auront-elles un effet positif à long terme sur les

besoins des collectivités autochtones<sup>16</sup>? Cette norme double me paraît être le critère idéal. Des approches analogues ont été adoptées par l'Aboriginal Justice Inquiry du Manitoba et la Commission de réforme du droit du Canada. Ces deux commissions reconnaissent également que le rejet et(ou) la marginalisation de l'expérience autochtone se fera aux dépens de la société en général. C'est aussi pour ces raisons que je préconise une démarche double.

Le présent document s'appuie sur l'hypothèse qu'il faut, pour remédier à la surreprésentation des autochtones dans les établissements carcéraux et la discrimination systémique dans ce secteur, recréer les systèmes judiciaires autochtones. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a abouti aux mêmes conclusions après de longues discussions. En outre, ainsi que le notait le Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale, il est plus que temps de mettre fin aux longues discussions et descriptions statistiques du problème de la surreprésentation et de prendre des mesures concrètes (et immédiates)<sup>17</sup>. Voici ce qu'a déclaré le président de la commission manitobaine :

Compte tenu des réalités actuelles du peuple autochtone, nous estimons qu'il est important de reconnaître que le meilleur moyen de résoudre les problèmes sociaux graves que connaissent les autochtones, c'est de leur permettre d'exercer un plus grand contrôle sur leur propre existence.

Nous estimons que ce sont les autochtones eux-mêmes qui sont les mieux placés pour s'attaquer à des problèmes tels que l'alcoolisme, l'augmentation des taux de suicide, des homicides et des accusations criminelles, et les pourcentages élevés d'incarcération.

Nous estimons en effet que cette situation sociale découle de la dépendance et de l'impuissance engendrées par les mesures appliquées autrefois par les gouvernements et ressenties profondément par la majorité des autochtones. Nous sommes convaincus que cette dépendance ne disparaîtra pas tant que les autochtones n'auront pas retrouvé leur identité et tant qu'ils ne seront pas en mesure d'exercer un degré certain d'autodétermination<sup>18</sup>. [traduction]

Cette renaissance des cultures autochtones doit passer par la guérison des hommes et des femmes autochtones.

La guérison des individus, soit leur rétablissement dans un état sain et équilibré, n'est pas suffisante<sup>19</sup>. La guérison supprime les effets de l'oppression multidimensionnelle dont les peuples autochtones ont été victimes. La guérison permet de repartir à zéro et de reconstruire le rôle des peuples autochtones.

Il faut également restaurer les relations entre les femmes et les hommes autochtones et pour cela, la guérison des individus ne suffira peut-être pas. Voici une histoire qui nous aidera peut-être à comprendre l'équilibre que nous cherchons à atteindre entre femmes et hommes :

Les Indiens se réfèrent à des valeurs différentes pour définir le «pouvoir». Pour les autochtones, le «pouvoir» ou l'habilitation est du

ressort de l'individu et équivaut à l'autodétermination. Le droit des individus et des collectivités de prendre en charge leur vie et leur avenir. Le pouvoir est relatif, mais ne souffre aucune dichotomie ni hiérarchie. Il est équilibré et gratuit. Marie Wilson du Conseil tribal Gitksan Wet'suwet'en nous donne un exemple très utile. Elle compare la relation entre la femme et l'homme à un aigle. L'aigle vole extrêmement haut et a un pouvoir aussi grand dans ses deux ailes. Une d'elle est féminine et l'autre masculine. Entre elles deux, le corps de l'aigle représente la vie. La femme et l'homme sont des éléments analogues de l'ensemble, pourtant ils sont différents l'un de l'autre et ne sont pas «égaux» si égalité veut dire identité. Selon la métaphore de Marie Wilson, l'égalité est la participation des deux ailes au vol de l'aigle. Les Indiens se réfèrent à des valeurs différentes pour définir le «pouvoir»<sup>20</sup>. [traduction]

Nous estimons que la poursuite active des buts de la justice est un des moyens de faciliter le ressourcement des nations autochtones ainsi que celui des femmes et des hommes de ces nations.

S'il est essentiel de ressourcer les nations autochtones de l'intérieur, il faut également établir des relations externes significatives avec les autres communautés de la société qui nous entourent. Cela ne pourra se faire sans établir une définition de la race qui inclue la vision autochtone du monde. On définit souvent la race uniquement en fonction des différences biologiques. C'est une simplification grossière de la vision que les autochtones ont du monde. La culture, la tradition et la spiritualité ont également une influence fondamentale sur la vision du monde qu'ont les peuples autochtones. La définition que les gens cultivés de notre époque ont du racisme ne peut pas vraiment nous aider à comprendre les enjeux que notre débat nous amènera à analyser. Voici un exemple fourni par un analyste de l'enquête Marshall :

En omettant de faire un examen critique des enseignements et des préjugés raciaux, l'enquête a entériné le point de vue que les immigrants ont des *Indiens*. Elle a accepté l'instrument racial du colonialisme : l'invention européenne de la «réalité» autochtone et le nom donné à cette réalité. Par exemple, pas une seule fois les témoignages de non-Micmacs n'ont fait état de la tribu indienne à laquelle appartient le jeune Marshall. Il a toujours été désigné comme un *Indien*, membre d'une certaine race, probablement de nature primitive. Il n'a jamais été question de nationalité ni d'appartenance à une ethnie, seulement de sa race. La nationalité, comme l'appartenance à une ethnie, est un phénomène surtout subjectif, une dimension d'appartenance sociale renforcée par la langue courante, la culture, les traditions, le patrimoine et l'expérience partagée. La frontière entre l'existence raciale et l'existence en tant qu'être humain, se situe entre ces deux mots : *Indien* et Micmac<sup>21</sup>. [traduction]

La justice doit être humaine. C'est là-dessus que doivent se fonder nos efforts lorsque nous traitons des questions de race et de culture, de spiritualité et de tradition.

Parallèlement, il est également essentiel d'encourager une compréhension interculturelle et une théorie du racisme (faute de meilleures expressions), d'une manière qui soit adaptée aux femmes. Toutes les femmes considérées comme appartenant à une minorité ne partagent pas la même expérience. Voici un simple exemple qu'il serait bon de méditer :

... les femmes de couleur diffèrent selon leur race, leur culture, leur classe sociale et l'expérience qu'elles ont faite du racisme et du sexisme. Les femmes de couleur d'origine asiatique peuvent avoir appartenu à un groupe dominant avant de venir au Canada. Elles peuvent être riches et appartenir à une classe privilégiée. Leurs expériences au Canada peuvent être différentes de celles d'une femme des premières nations qui vit depuis des générations dans une société dominée par les Blancs. Chaque femme doit faire face à des stéréotypes différents. Chacune a sa propre stratégie pour lutter contre la discrimination<sup>22</sup>. [traduction]

Il faut se méfier, lorsque l'on cherche des solutions de rechange, du danger de généralisation. Il faut éviter de penser que toutes les personnes «différentes» partagent le même point de vue.

Avant de passer au thème des femmes autochtones et la justice, nous allons présenter un autre commentaire sur l'éducation. Il convient de préciser en effet que l'éducation a été ressentie par les peuples autochtones comme un moyen d'oppression. Encore aujourd'hui, cette oppression reste au centre de l'expérience que les autochtones ont des établissements d'éducation<sup>23</sup>. Par exemple, le retrait des enfants autochtones de leur famille pour être placés dans des pensionnats a été un des principaux facteurs d'oppression des langues et cultures autochtones. Par conséquent, on ne peut espérer trouver *la* solution dans l'éducation elle-même, surtout l'enseignement supérieur, puisqu'elle a été et continue d'être un des problèmes centraux. La solution à l'énigme de la justice ne se trouve pas dans l'amélioration des recherches ou des chercheurs, mais dans les communautés autochtones elles-mêmes. Si nous voulons faire de réels progrès, nous devons tenir compte des connaissances des membres des nombreuses communautés autochtones, vivant à l'intérieur ou à l'extérieur des réserves. Mais surtout, nous devons nous inspirer des anciens et de leur sagesse.

## Faire progresser la justice

Nous sommes en 1992 et les autochtones célèbrent 500 ans de résistance à l'oppression coloniale. Pour bien comprendre le concept autochtone de justice, il est très important de le replacer dans le contexte de la résistance<sup>24</sup>. Comprendre que les peuples autochtones résistent, c'est comprendre qu'ils réagissent contre des forces de l'extérieur. Résister, c'est repousser. Résister, c'est ne jamais être capable de maîtriser sa propre existence ni la destinée de sa communauté. La résistance constitue la «culture» au sein de laquelle les peuples autochtones ont été forcés de survivre, mais elle ne peut être perçue comme une situation saine. Le rejet de cette «culture» de la résistance est le commencement du processus de décolonisation de nos coeurs et de nos esprits.

Dès lors que l'on reconnaît que ce climat de résistance représente une force énorme au sein des peuples autochtones, il faut se rendre à l'idée que la justice restera un but insaisissable. Obtenir la justice c'est obtenir, aussi bien dans le cas des individus que des collectivités, le contrôle sur sa propre existence et sur ses relations. Par conséquent, pour régler le problème de la justice, nous devons nous attaquer aux réalités de l'oppression coloniale et aux forces qui empêchent les peuples autochtones de prendre en main leur propre existence. Les hommes et les femmes autochtones vivent cette expérience coloniale de manière différente, mais je crois que le résultat final est le même et qu'il débouche sur une négation du droit fondamental à prendre en main sa propre existence.

Quand on se penche spécifiquement sur le système de justice pénale avec lequel un si grand nombre d'autochtones ont maille à partir, il est nécessaire de conclure que la résistance doit passer par le rejet de la base même sur laquelle se fonde le système non autochtone. Ce système met l'accent sur la sanction, en d'autres termes, la coercition<sup>55</sup>. C'est la coercition qui unit les membres de la société dominante et les institutions en un ensemble apparemment cohérent. James Youngblood 'Sakej' Henderson est un Chickasaw qui a épousé une Micmaque. Voici comment il entrevoit le rôle de la coercition dans la société dominante :

La généralité du droit pénal et l'égalité formelle devant la loi sont les deux principes qui reflètent la nature artificielle d'un État immigrant. Il s'agit d'une association volontaire d'individus provenant de divers horizons et de diverses parties du monde. C'est par souci d'accorder le même traitement à tous les individus provenant d'horizons différents et de respecter la quête perpétuelle de confort et d'honneur, que tous les individus sont considérés et traités par la loi comme fondamentalement égaux.

La législation pénale générale adoptée par le Parlement fédéral est considérée comme supérieure aux intérêts des particuliers. Les règlements sont les impératifs de l'État. Ce sont les consignes données par un ordre politique artificiel aux individus qui ne disposent d'aucun ordre social ou culturel inhérent. Ce sont les lois édictées par une institution nationale qui permettent de trancher les différends des particuliers; la justice pénale ne représente pas les intérêts d'un certain secteur de la société canadienne, elle est créée en tant que système impersonnel.

Le droit pénal étant un compromis artificiel entre les divers intérêts qui existent au sein de la société canadienne, la force et la sanction sont d'autant plus importantes pour lier les individus et inspirer la conduite humaine. *L'application coercitive de la loi se substitue au partage naturel d'une culture commune. Elle est perçue comme le meilleur moyen de garantir l'ordre*<sup>56</sup>. [traduction]

Peut-on dire la même chose de l'ordre social autochtone? Les autochtones, où qu'ils habitent, ont conservé un sens de la communauté et de la culture qui s'inspire de l'ordre naturel. La conclusion est logique. Les options de justice pénale dont on dispose pour garantir l'ordre (valeur qui semble prisée par les deux cultures) ne sont

pas limitées chez les autochtones, comme elles le sont dans la société blanche. La question principale à laquelle il faut répondre est simple également. Les peuples autochtones doivent-ils se priver de ces options tout simplement parce qu'elles ne sont plus à la portée des individus et des institutions de la société dominante?

Sakej Henderson présente l'analyse suivante au sujet de l'enquête Marshall :

Le principe de l'application uniforme de la loi serait sauf si les responsables de l'application de la loi en Nouvelle-Écosse peuvent justifier devant les commissaires les mesures qu'ils ont prises. S'ils en sont incapables, l'application uniforme de la loi devient une parodie. Si les responsables de l'application de la loi ne peuvent pas justifier leur décision en fonction des procédures établies, ceux à qui s'applique le droit pénal sont soumis à l'exercice arbitraire d'un pouvoir local. La justice devient transparente; on peut considérer que l'application uniforme de la loi n'existe pas?<sup>77</sup> [traduction]

Nous connaissons bien les conclusions de l'enquête Marshall. Les commissaires ont conclu qu'il y a eu un erreur judiciaire et qu'un Micmac innocent a été reconnu coupable d'un meurtre qu'il n'avait pas commis. L'enquête Marshall n'a fait que confirmer ce que beaucoup d'autochtones savaient déjà, connaissant le traitement que le justice réserve à de nombreux autochtones et le pourcentage anormalement élevé des autochtones qui peuplent les prisons. La justice n'est pas appliquée de manière uniforme au Canada.

Puisque les principes d'uniformité et de coercition qui président à l'application du droit pénal au Canada ne s'appliquent pas de manière équitable aux autochtones, on peut en conclure que tout le système pénal ne rend pas justice aux peuples autochtones. Et pourtant, de nombreux membres de la société dominante continuent à rejeter cette conclusion évidente. Si les principes sont faux, le système qui se fonde sur eux doit également être erroné. Dans une perspective autochtone, la réforme est non seulement essentielle, elle est également évidente. Tant que la société n'aura pas reconnu que ces valeurs ne sont pas adaptées aux peuples autochtones, et tant qu'elle ne se sera pas engagée à restaurer un climat de compréhension, les peuples autochtones se verront dans l'obligation de continuer à résister à la culture dominante et à ses institutions. Or, ce n'est pas dans un climat de résistance que l'on peut espérer voir se développer l'égalité ou la justice.

Le «double désavantage<sup>78</sup>» qui frappe les femmes autochtones accentue encore plus les conséquences de la résistance car il est plus extrême et encore plus évident. Nous devons nous fixer pour objectif d'éliminer ce désavantage dont souffrent les femmes, car il est plus profond. C'est le plus grand des défis que doivent relever les autochtones. En cherchant à améliorer la situation des femmes qui ont le double désavantage d'être femmes et autochtones, nous nous attaquons également à la discrimination, au désavantage, à l'oppression et à la dépendance dont souffrent nos pères, nos oncles, nos frères, nos fils et nos maris. Nous devons reconnaître que ce ne sont plus, dans certains cas, les descendants des colons européens qui nous oppriment, mais bien les hommes autochtones de nos communautés qui s'y sont substitués dans ce rôle.



Voilà qui atteste de la force du colonialisme qui règne dans nos communautés. Cette réalité est notamment attribuable à la *Loi sur les Indiens*, mais ce n'est pas en jetant le blâme sur cette loi que nous réglerons le problème.

Il ne suffit pas de reconnaître que les peuples autochtones doivent avoir les moyens de prendre en main leur propre existence. Ce n'est pas assez de rejeter la résistance et la justice cloisonnée. Tous les peuples autochtones ont subi, évidemment à des degrés divers, les conséquences de l'oppression coloniale, de la dépendance et de l'impuissance. La première chose à faire est de reconnaître que nous devons désapprendre toutes les attitudes individuelles et collectives fondées sur la colonisation intériorisée<sup>29</sup>. C'est seulement lorsque nous serons capables de penser et de percevoir avec un esprit et un cœur décolonisés que nous pourrons vraiment faire des progrès (c'est-à-dire instaurer des institutions judiciaires vraiment autochtones).

## Les femmes autochtones et le féminisme dans le contexte juridique

Les universitaires féministes<sup>30</sup> contestent la dichotomie entre l'expérience et la connaissance qu'établissent les institutions sociales de la société dominante. Cette contestation convient à de nombreux groupes et personnes qui partagent leur «différence» avec le mouvement féministe. Selon la théorie féministe<sup>31</sup>, la connaissance est tributaire de la position sociale. La position du détenteur de la connaissance est aussi importante que la connaissance elle-même. Ce principe a une autre application :

... «les personnes de l'extérieur», celles qui sont exclues des sphères dominantes de la connaissance sont à même de percevoir des tendances d'opinions ou de comportement qui sont difficilement perceptibles par les personnes qui font vraiment partie de cette culture<sup>32</sup>.  
[traduction]

C'est le statut de personne «autre» ou «de l'extérieur» ainsi que les conséquences qui en découlent qui rapproche le point de vue féministe de la perspective des femmes autochtones. Cette réalité partagée n'englobant pas la totalité des expériences, on ne peut pas prétendre à une «communauté de l'ensemble des femmes». L'expérience des femmes autochtones repose en partie<sup>33</sup> sur une expérience variée de la «différence» qui peut être marquée à la fois par la race, la culture et le sexe. Cependant, la culture autochtone nous enseigne à prendre ce qu'il y a de bon et à laisser de côté ce qui risque de nous faire du tort. C'est dans cette perspective qu'il faut placer le féminisme.

La praxis féministe consacre beaucoup d'énergie à tenter de comprendre la façon dont la structure patriarcale est reproduite dans la société moderne<sup>34</sup>. Par exemple, les féministes estiment que le droit pénal renforce la structure patriarcale de la manière suivante :

Il est essentiel de comprendre que le droit occidental dont le droit pénal canadien s'inspire en partie, a été édifié à partir de l'expérience masculine. Le droit permet à la fois d'appuyer et d'exercer la domination

patriarcale. Cette domination existe depuis si longtemps que l'expérience masculine vient à être perçue comme la norme. C'est un des problèmes que rencontrent les féministes. C'est ainsi que certaines notions qui revêtent une importance particulière en droit, telles que les notions de «préjugé», «neutralité», «objectivité», «caractère raisonnable» et «rationalité», sont toutes interprétées dans l'optique d'une construction sociale machiste de la réalité. Lorsque les féministes remettent en question cette expérience machiste, on les taxe immédiatement d'être «influencées», «partiales», «subjectives», «déraisonnables» et «irrationnelles»<sup>35</sup>. [traduction]

Sans vouloir m'opposer aux conclusions de nombreuses féministes connues relativement à leur expérience du patriarcat et du droit, je conteste l'universalité de cette approche quand elle s'applique aux femmes autochtones.

Comme nous l'avons déjà vu, les femmes autochtones se sentent étrangères au régime de justice pénale de la société dominante tout d'abord à cause du sexe auquel elles appartiennent, mais également en raison de leur culture et de leur race. Les femmes autochtones ne font pas une expérience plus aiguë que les autres du machisme dans la justice pénale. De fait, il est pratiquement impossible de séparer mon expérience de femme de mon expérience de Mohawk<sup>36</sup>. Les femmes mohawk ne sont pas les seules à remettre en question l'universalité de l'analyse féministe<sup>37</sup>. Voici ce qu'écrivit à ce sujet Winona Stevenson, une collègue crie :

Je ne me considère pas comme une féministe. Je crois dans le pouvoir des femmes autochtones et dans le pouvoir de l'ensemble des femmes. Je crois que les féministes et les femmes autochtones sont deux groupes différents, même s'ils ont beaucoup de choses en commun. Pour les féministes, l'oppression sexuelle est la plus grande tare de notre société. Les femmes autochtones, quant à elles, considèrent que les plus grandes tares sont la colonisation et l'oppression raciale. Les problèmes de l'oppression sexuelle sont rarement évoqués isolément, parce qu'ils font partie intégrante des tares principales. L'oppression sexuelle était et continue d'être une dimension de la colonisation des peuples autochtones.

Je veux comprendre pourquoi les féministes continuent à croire en l'universalité de la domination masculine et en l'universalité de la sororité et pourquoi elles déploient tant d'efforts pour convertir les femmes autochtones. Je veux dire aux féministes pourquoi de nombreuses femmes autochtones ne se sentent pas féministes. Il me semble qu'elles appartiennent les unes et les autres à deux mouvements parallèles mais différents qui devraient pouvoir, un moment donné, apprendre l'un de l'autre, partager leurs informations et s'appuyer mutuellement sans tenter de se convertir<sup>38</sup> [traduction]

Bon nombre de femmes autochtones ont conscience de la contradiction fondamentale qui existe entre leur expérience et la structure de la pensée féministe. Cette contradiction ne nous empêche pas de partager notre expérience avec le mouvement

féministe ni de nous servir de l'analyse féministe pour améliorer notre prise de conscience. Cependant, il faut se méfier d'embrasser totalement la pensée ou l'analyse féministe. La structure analytique féministe contient des obstacles majeurs aux changements sociaux jugés souhaitables dans la perspective autochtone.

Voici ce que conclut Sherene Razack après avoir étudié le Women's Legal Education and Action Fund (appelé ci-après LEAF)<sup>39</sup>, et son recours aux tribunaux pour régler les questions féminines :

Il est tentant de s'inspirer d'une démarche féministe plus globale pour réduire les tâches théoriques et pratiques auxquelles nous sommes confrontées, à une simple juxtaposition de diverses strates d'oppression, en accolant le racisme au sexisme, tel que perçu par les femmes blanches...

Si l'on retire le facteur racial de la problématique, c'est-à-dire si on laisse de côté le privilège des individus de race blanche et si l'analyse féministe continue «d'universaliser la différence», de sorte que le sexisme et le racisme ne soient plus perçus comme des éléments fabriqués d'un modèle de domination, il y a peu de chance que les femmes de couleur puissent s'y reconnaître. Il y a encore moins de chance que les femmes qui appartiennent aux groupes minoritaires soient en mesure de reformuler leurs réponses dans des formes acceptables par les tribunaux. ... quand on est persuadé que la sexualité est l'élément central de l'oppression des femmes, comme c'est le cas pour le viol, il est difficile de comprendre l'expérience des femmes qui vivent une oppression tout aussi grande du fait du racisme et j'ajouterais même qu'il est encore plus difficile de comprendre que la sexualité elle-même est bâtie selon un schéma raciste<sup>40</sup>. [traduction]

La pensée féministe peut aider à comprendre la réalité des femmes autochtones. Toutefois, il faut considérer le féminisme uniquement comme un outil capable de favoriser notre prise de conscience.

Une étude de Zuleyma Tang Halpin<sup>41</sup> nous fournit un second exemple qui permet de montrer que la praxis féministe peut être contraire à la pensée des femmes autochtones. Halpin voit un lien entre la domination des femmes et la domination de la nature par une structure patriarcale dans laquelle les femmes et la nature sont considérées comme «l'autre». Je ne conteste pas la validité de cette conclusion. Mais elle fait ressortir les différences qui séparent la pensée féministe de l'expérience des femmes autochtones. Le lien culturel qui unit la nature aux personnes dans la philosophie autochtone est totalement différent de la relation que la société en général perçoit entre ses deux pôles. Dans la perspective autochtone, l'harmonie avec la nature et avec l'ordre naturel est indispensable. Oren Lyons explique comment cette vision de la nature infiltre tous les aspects de la nature autochtone :

Les droits ancestraux, qu'est-ce que c'est? Ils ont été voulus par le Créateur. C'est pourquoi nous sommes ici; il nous a placés sur ce continent. Ce n'est pas les Blancs qu'il a créés ici, mais nous, avec nos familles, c'est-à-dire avec les ours, les chevreuils et les autres animaux.

Nous sommes les aborigènes et nous avons le droit de protéger tous ceux qui vivent sur cette terre. Nous partageons la terre, pas entre nous, mais avec les animaux et avec tout ce qui vit sur notre terre. C'est notre responsabilité<sup>42</sup>. [traduction]

Cette contradiction est facile à comprendre et à résoudre, mais uniquement lorsqu'elle a été exprimée. Tant que les contradictions ne sont pas exprimées de manière explicite, c'est la vision opprimée du monde qui disparaît (par conséquent, ce sont les femmes autochtones qui en subissent les conséquences).

Lorsqu'on applique la pensée féministe aux réalités des femmes autochtones, il faut également tenir compte de la façon dont les problèmes sont énoncés et perçus comme importants. Les analyses féministes<sup>43</sup> ont montré et critiqué la façon dont les lois relatives au viol protègent le «droit de propriété sexuelle» du mari sur sa femme. L'examen des lois sur la garde des enfants révèle qu'avant le dix-neuvième siècle, c'est le père qui obtenait presque toujours la garde des enfants, étant donné que ces derniers étaient considérés comme la propriété de l'homme<sup>44</sup>. Il faut toutefois se garder de conclure ou de tenir pour acquis, sans examen attentif, que les femmes autochtones adopteront la même attitude que le mouvement féministe de la société dominante face au viol, à la violence faite aux femmes et aux autres types de violence, à l'inceste, aux lois sur le bien-être de l'enfance et à l'avortement. Les antécédents culturels antérieurs aux premiers contacts ne sont pas les mêmes. Ce serait également une erreur que de s'attendre à ce que les mécanismes de résolution de conflit que les femmes autochtones mettront au point ressembleront à ceux qu'ont proposés les mouvements féministes. Il faut remettre en question toutes ces suppositions avant d'établir des hypothèses quant à l'applicabilité générale des solutions.

Un seul exemple devrait suffire à lever tout doute concernant le sérieux de cette discussion sur les conséquences. Au chapitre de la garde des enfants, les féministes ont étudié l'impact qu'ont eu sur les femmes les décisions des tribunaux en matière de garde parentale<sup>45</sup>. L'incidence que la violence familiale pouvait avoir sur ces différends familiaux est (ou peut être) mise en lumière à la fois dans les annales des tribunaux et dans la littérature féministe. Ce n'est pas le cas des femmes autochtones qui sont mêlées à des affaires de relations abusives ou mettant en cause le bien-être des enfants. Pour la plupart des autochtones, les différends concernant la garde des enfants ne sont pas des différends entre parents. Les deux antagonistes sont les parents et l'État. Lorsque le père et la mère «luttent» contre l'État pour conserver la garde des enfants, la mère ne peut, si elle est victime de violence, faire état de cette situation. En effet, si elle le faisait, on lui reprocherait de ne pas pouvoir offrir aux enfants un environnement sûr. L'analyse féministe de la législation pour la protection de l'enfance ne tient pas compte de la position défavorisée des femmes autochtones face aux différentes composantes du système juridique<sup>46</sup>. De fait, ne pas examiner la situation, c'est la perpétuer.

Certaines femmes autochtones se sont tournées vers les féministes ou les mouvements féminins dans l'espoir de trouver un remède à leur oppression. Cela peut avoir des effets dévastateurs sur la vision que les autochtones ont de la réalité. Nombreuses sont les femmes autochtones qui ne trouvent pas dans les rigueurs du

féminisme la solution totale aux problèmes auxquels elles sont confrontées dans la société dominante et dans leur propre communauté. Par ailleurs, la différence de perception quant aux droits illustre une autre conséquence qu'il y aurait à adopter l'analyse féministe sans en identifier d'abord les pièges. Lors du récent débat constitutionnel, les médias se sont plu à souligner les divergences qui existeraient entre les hommes et les femmes autochtones, par exemple au niveau des droits individuels et collectifs. Si j'en crois ce que les anciens m'ont enseigné, cette dichotomie n'a pas lieu d'être. Les droits individuels existent à l'intérieur des droits collectifs et vice versa. Tout classement hiérarchique de ces deux notions est une violation fondamentale de la culture des peuples autochtones. Les droits individuels ne peuvent l'emporter sur les droits collectifs, pas plus que ces derniers ne peuvent avoir préséance sur ceux de l'individu.

En conclusion, le féminisme fournit aux femmes autochtones une source d'analyse qu'elles peuvent utiliser comme un outil de recherche. Cependant, elles ne doivent pas oublier qu'elles doivent elles-mêmes trouver les réponses. Si nous ne nous donnons pas les moyens d'élaborer nos propres réponses, nous ne pourrions nous libérer du carcan de la résistance qui s'est lentement imposé au sein des peuples autochtones. En l'absence d'une analyse critique de la solution féministe, nous retomberons dans les pièges qui nous sont tendus par le patriarcat. Cela est attribuable au fondement européen commun (soit le colonialisme) du patriarcat et du féminisme. Enfin, c'est uniquement en collaborant avec d'autres groupes que les femmes autochtones pourront partager d'une façon positive leurs connaissances.

## Ce que l'on sait des systèmes de justice traditionnels et du rôle des femmes des premières nations

Les Indiens doivent se réveiller! Ils sont endormis! ... Se réveiller, cela signifie, entre autres, redonner aux femmes la juste place qui leur revient dans la société. Cela fait moins de cent ans que les hommes ont perdu contact avec la réalité. Aucun pouvoir ni aucun remède ne peut tout changer s'il n'est pas équilibré. La femme a été mise de côté, alors qu'elle doit, elle aussi, avoir voix au chapitre! L'équilibre était respecté lorsque nous avions encore notre culture. La femme présidait les cérémonies et pouvait s'unir avec la lune, la terre et les forces qui y résident. Les hommes ont pris le dessus. La plupart d'entre eux se sentent menacés par les femmes mystiques. Ils devraient changer d'attitude et se souvenir du pouvoir aimant de leurs mères et de leurs grand-mères.

– Rose Auger<sup>47</sup> [traduction]

Le présent document a constaté, dès les premières lignes, le peu de documentation et d'études consacrées par les milieux universitaires dominants à la justice traditionnelle des peuples autochtones. C'est vrai dans le cas des premières nations<sup>48</sup> en général, mais encore plus pour les perceptions des femmes des premières nations. La plupart des comptes rendus historiques regorgent de préjugés selon lesquels les sociétés des premières nations étaient inférieures aux sociétés européennes. Cette

erreur est renforcée par une deuxième question tout aussi sérieuse. Les documents historiques sont également influencés par les perceptions européennes considérant les femmes comme des inférieures. Voici un exemple édifiant découvert dans les archives de la bibliothèque de l'État de New York :

Les femmes sont admises au Conseil et ont le droit de parler, bien qu'elles n'en fassent pas souvent usage; si l'on examine le niveau d'éducation de cette tribu, la différence d'instruction entre les garçons et les filles est si faible et les connaissances si peu étendues que je ne vois pas pourquoi une femme possédant un solide bon sens ne pourrait pas s'acquitter, à la satisfaction générale, de responsabilités au sein du Conseil<sup>99</sup>... [traduction]

Il convient de souligner que cette vue réductrice du statut et des contributions des femmes *n'est pas* conforme au point de vue des gens de la longue maison. De fait, ils seraient tout à fait outrés par ce commentaire.

Cette présentation des femmes et des membres des premières nations comme des êtres inférieurs par les colons européens a eu des conséquences extrêmement fâcheuses, en particulier sur les femmes.

Dans notre société, les femmes vivent constamment sous la menace de la violence. La mort de Betty Osborne fut l'expression brutale de cette violence. Quand elle a été emmenée par quatre hommes ivres à la recherche de plaisirs sexuels, elle a été victime des stéréotypes pervers issus de l'ignorance et de la violence. Ses assaillants étaient persuadés que toutes les femmes autochtones sont des femmes faciles et qu'un peu d'alcool et de violence suffit à les décider. Il est évident que les hommes qui ont enlevé Betty Osborne étaient convaincus que les jeunes femmes autochtones sont des objets sans aucune valeur humaine qui ne peuvent servir à rien d'autre qu'à la gratification sexuelle...

Il est intolérable que notre société accorde si peu d'estime aux femmes, surtout aux femmes autochtones. Nous avons trop longtemps considéré que la violence faite aux femmes était du domaine privé. Les agressions contre les femmes n'ont pas été traitées avec le sérieux qu'elles méritent. Betty Osborne a été une des victimes de cette attitude méprisante envers les femmes...

Une chose est certaine : son assassinat fut un acte raciste et sexiste. Betty Osborne aurait été vivante aujourd'hui si elle n'avait pas été une femme autochtone<sup>100</sup>. [traduction]

Toute initiative élaborée à l'avenir devrait théoriquement tenir compte des difficultés personnelles et collectives auxquelles les femmes des premières nations ont été confrontées. Ce principe doit guider l'élaboration de toutes les initiatives judiciaires à venir.

J'ai découvert que je comprends plus facilement les comportements traditionnels lorsque j'essaie d'apprendre les mots qui les désignent dans ma langue et d'analyser leur signification littérale. Lorsque je me suis renseignée pour la première fois sur la

traduction du mot justice en ojibwa, on m'a dit que ça se disait «*ti-baq-nee-qwa-win*<sup>31</sup>». Littéralement, cela signifie «système pour quelque chose qui a déjà mal tourné». Le système en question, c'est le système judiciaire eurocanadien. En apprenant ce mot ojibwa, j'ai compris qu'il servait à décrire la justice telle qu'elle existait après la période de contact avec la société européenne. Au cours de notre conversation, la grand-mère à qui je parlais m'a répété plusieurs fois que le terme justice n'existait pas vraiment dans la langue ojibwa<sup>32</sup>. Notre conversation m'a paru intéressante, parce qu'elle révélait clairement l'effet que le contact avec les Européens avait eu sur notre peuple et sa langue. Pour traduire le mot justice, les Ojibwas se sont référés à un système qui n'était pas le leur.

En prenant conscience de l'impact que le contact avait eu sur le mot ojibwa signifiant justice, j'ai compris l'ampleur de la tâche qui nous incombe pour recréer les mécanismes de justice traditionnels dans nos communautés. Le respect est le deuxième principe directeur que j'ai découvert. Respect pour l'originalité des traditions autochtones, mais également respect des hommes et des femmes. Enfin, j'ai appris à respecter l'idée que la décolonisation sera un processus long et pénible.

Cette prise de conscience m'a permis de tirer certaines conclusions sur l'interaction des membres des premières nations avec le système de justice pénale actuel. Les membres des premières nations ne comprennent pas ce système. Selon la tradition des premières nations, on n'admet pas la culpabilité, mais on reconnaît honnêtement qu'on a eu un mauvais comportement. Cela étant posé, on comprend que la coercition et la sanction ne sont pas les principes de base du système de résolution des conflits appliqué par les premières nations :

Selon la conception micmaque, le comportement individuel est subordonné à la culture collective; il y a un fort consensus en faveur du respect des dignités inhérentes. Le mécanisme appliqué pour empêcher les passions individuelles de bouleverser l'ordre dans la société est la considération des valeurs communes, renforcée par l'opinion familiale et récompensée par l'honneur et le respect. L'ordre social présuppose et évoque l'ordre de l'âme. L'ordre est une question de parenté, d'éducation et d'autodiscipline. Toutes les familles sont égales et n'importe quel Micmac a autant le droit que ses compatriotes d'être entendu et écouté. Les institutions coercitives sont généralement inexistantes, voire même catégoriquement rejetées. L'agressivité est jugée mauvaise et contraire à la dignité humaine<sup>33</sup>. [traduction]

Il est indispensable de reconnaître que le système actuel est aberrant dans la perspective des premières nations. Cette prise de conscience servira de base de départ à la pensée décolonisée.

Shirley n'a pas très bien compris ma question lorsque je lui ai demandé si son interprétation de la justice était fondée sur le sexe. Elle n'a pas mis de temps à me répondre lorsque je lui ai demandé si l'interprétation traditionnelle du concept de justice était différent selon qu'on était homme ou femme. Elle m'a répondu d'aller moi-même poser la question à un grand-père et de comparer les réponses. (Dès qu'elle m'eut répondu, je me suis rendu compte que j'aurais dû y penser!) Après avoir insisté un

peu, Shirley m'a avoué qu'elle pensait que la réponse d'un homme serait différente. D'après elle, l'homme s'intéresse surtout à la vie à l'extérieur. La justice, pour lui, c'est l'offrande qu'il fait pour se faire pardonner d'avoir pris la vie d'un animal. Pour Shirley, la conception féminine de la justice porte sur le respect que les femmes méritent parce qu'elles sont des femmes. La conclusion est que les initiatives en matière de justice doivent respecter l'expérience de chacun (et ne pas s'arrêter uniquement aux infractions reprochées). En outre, on peut supposer que les expériences des femmes et des hommes ne sont pas les mêmes. Leur compréhension de la justice ne sera donc pas nécessairement la même, fondée qu'elle est sur des expériences, des rôles et responsabilités différents.

Nous savons que les relations sociales des premières nations, y compris les relations avec la justice étaient et demeurent holistiques. Cela signifie beaucoup de choses. Les premières nations reconnaissent que nos relations et nos institutions doivent prendre à cœur le bien-être total des individus. Le bien-être d'un individu passe par la santé de son corps, de son esprit et de son âme<sup>54</sup>. Les collectivités ne peuvent être en bonne santé si les individus qui la composent ne sont pas sains. Depuis quelques années, les premières nations reconnaissent également que le bien-être du corps, de l'esprit et de l'âme ne suffit pas nécessairement. Le bien-être des individus prend de plus en plus d'importance dans l'enseignement holistique que dispensent les anciens<sup>55</sup>. Autrefois, les sociétés des premières nations n'avaient peut-être pas autant besoin que nous de mettre l'accent sur le domaine des émotions, car l'oppression et l'agression n'existaient pas. C'est le bien-être émotionnel des femmes, des enfants *et des hommes*<sup>56</sup> qui est le plus touché par la violence physique et sexuelle au sein des familles et à l'extérieur.

On sait également que la structure des sociétés des premières nations était fondée sur les liens de parenté. Puisque la justice, ou le règlement des différends, était fondé sur les liens de parenté, il est évident que les femmes y participaient pleinement. Voici ce que dit à ce sujet Alex Denny, Kjikeptin<sup>57</sup>, de la nation micmacque :

Les Micmacs n'avaient pas d'institutions judiciaires, pas de système d'enquête, pas d'élite professionnelle spécialisée, car pour eux, il n'y avait pas de maux publics. Il n'y avait que des maux privés et les familles elles-mêmes servaient de tribunaux. C'est toujours de ce principe que s'inspire notre vision d'un système juste et équitable<sup>58</sup>.

Les archives historiques révèlent également que les femmes avaient de nombreuses responsabilités différentes dans les sociétés des premières nations. Voici ce qu'on peut lire sur les femmes iroquoises :

Le gouvernement établi par les clans était dirigé de main de maître par les femmes qui avaient le droit de choisir les chefs et même de les démettre de leurs fonctions et avaient compétence dans les affaires d'attribution de terres, de supervision des travaux des champs, de gestion du trésor, d'organisation des fêtes et de règlement des différends<sup>59</sup>.

La création de relations fondées sur les liens de parenté (ou sur des structures équivalentes fonctionnant selon le même principe) est nécessaire pour redonner à la



femme la position respectée dont elle jouissait auparavant dans les premières nations. C'est également la clé importante qui nous permettra de comprendre les mécanismes de la justice traditionnelle.

Quels étaient les mécanismes de résolution de conflit qu'appliquaient les sociétés des premières nations? Là encore, j'ai posé la question à Shirley O'Connor. La justice prend sa source dans l'enfance. On apprend aux enfants le respect, l'honnêteté et la vérité. Cet enseignement est transmis aux enfants par l'exemple ou en leur faisant des lectures et en leur racontant des légendes. On rappelle aux enfants qu'ils doivent toujours veiller à faire ce qui est bien. Selon les propres termes des grand-parents de Shirley : «Il faut que chaque génération sache et comprenne». «La justice, poursuit Shirley, faisait partie de la vie quotidienne et commençait par soi-même. Chacun savait pourquoi sa conduite était bonne sur le plan spirituel et émotionnel.» Voilà qui peut nous aider à comprendre la conception de la justice des premières nations.

Les Ojibwas traitaient de manière différente les hommes et les femmes qui avaient commis une «faute». Lorsque le «malfaiteur» était un homme, ce sont les hommes de la famille élargie qui s'adressaient à lui. S'il refusait de les écouter, il était amené auprès d'une très vieille grand-mère<sup>60</sup>. En ce temps là, tout le monde savait dans la communauté ce que cela signifiait d'être réprimandé par cette femme âgée. «Combien d'hommes aujourd'hui continuent de respecter et de comprendre cette façon de faire traditionnelle? se demande Shirley. Combien de nos hommes s'en souviennent encore?»

Le rôle de la grand-mère consistait à donner un enseignement complet à cet homme et à lui expliquer pourquoi nous devons tous nous respecter<sup>61</sup>. La grand-mère commençait par expliquer pourquoi nous devons respecter tous les êtres vivants, pourquoi nous devons respecter notre corps. Enfin, elle lui expliquait tous les phénomènes propres aux hommes et leur raison d'être (par exemple, pourquoi les adolescents changent de voix). Il n'était jamais question de la faute. Il est important d'apprendre ou de réapprendre à l'homme pourquoi il se trouve sur cette terre. Et une grand-mère est si gentille! Elle ne manifeste aucun ressentiment ni aucune colère. Elle part du principe que l'on a omis d'enseigner certaines choses de la vie à l'homme qui est devant elle et que c'est sa responsabilité d'y remédier<sup>62</sup>. L'homme finit par se sentir humilié. Il comprend la situation. Quand il quitte la grand-mère, il décide de lui-même ce qu'il doit faire pour réparer le mal qu'il a fait. Il peut décider de jeûner ou simplement de méditer dans un endroit calme. Il n'est pas obligé de confesser sa faute à quelqu'un, mais il peut parler au Créateur, à un arbre, une plante ou un esprit. C'est la fonction des autres être vivants de libérer l'homme de son fardeau.

Le processus est légèrement différent lorsque l'auteur de la «faute» est une femme. C'est peut-être sa grand-mère véritable et/ou sa mère qui lui parle en premier. Les femmes sont très proches de leurs grand-mères et de leur mère et peuvent être aidées par elles, surtout si la «faute» est grave. On peut également faire appel à ses tantes pour lui parler de la situation<sup>63</sup>. L'interlocutrice de l'auteur de la «faute» lui transmettra les enseignements dont elle a besoin. Une femme qui a fait un faux pas peut également être convoquée devant une grand-mère de la communauté. Cette grand-mère est la femme la plus âgée de la communauté. C'est une femme qui ne

peut plus avoir d'enfant. On dit que cette femme a le pouvoir ultime. La femme est la seule à pouvoir donner la vie. Lorsqu'une femme parvient à un âge avancé de la vie (c'est-à-dire après la ménopause), elle a presque accompli un cercle complet. Elle peut désormais faire le bilan de sa vie et s'interroger sur les origines de la vie. Par conséquent, la discipline est la responsabilité des grand-mères. C'est une responsabilité plus grande que celle des parents. Elle ne consiste pas à punir, mais à éduquer. Pour les Ojibwas, rendre la justice, c'est apprendre la vie<sup>61</sup>.

La justice doit être considérée comme un processus et non pas comme un concept, surtout pas un concept étranger au processus de résolution de conflit appliqué actuellement par le droit canadien. Je vais vous raconter une dernière anecdote pour illustrer ce point. Lors d'un congrès sur la justice en 1986, on avait demandé aux participants de simuler un mécanisme de résolution de conflit qui était censé reproduire le processus non contradictoire qu'utilisent les premières nations dans ce genre de situation. Le thème portait sur des actes de vandalisme dans un magasin. À la fin de la séance, lorsque l'on a demandé à Charlie Fisher, un Ojibwa de WhiteDog si l'exercice ressemblait au processus qu'utilisait autrefois sa communauté, il a répondu non avec une telle violence que les participants en ont été abasourdis. C'est alors que l'on a demandé à M. Fisher de recommencer l'exercice :

Il a commencé par pousser les tables et les chaises pour que tout le monde puisse s'asseoir au sol, en cercle, comme des individus égaux. Ensuite, il a demandé à deux autres personnes de jouer le rôle des anciens représentant respectivement le jeune homme et le gérant du magasin. Les participants réalisèrent, à mesure qu'il poursuivait, que notre petite expérience de médiation non contradictoire faisait fausse route du début jusqu'à la fin. Dans la version de Charlie, le jeune homme et le gérant du magasin ne parlaient jamais en présence des anciens. Il n'était jamais question de l'entrée par effraction, des dégâts, des sentiments des antagonistes ni de dédommagement. Il n'était jamais question d'indemnisation ni de restitution et encore moins de l'imposition de telles mesures.

Après avoir compris qu'il n'y aurait rien de tout cela, une question nous brûlait la langue : «Mais alors, à quoi servent les anciens?»

Charlie Fisher essaya de nous expliquer que chaque ancien avait pour rôle, non pas de parler au nom du jeune homme ou du gérant de magasin, mais de les conseiller en privé. Cette consultation avait pour but d'aider chaque protagoniste à «se libérer de ses mauvais sentiments». L'intervention de l'ancien durerait jusqu'à ce qu'il soit convaincu que «l'esprit de la personne qui lui était confiée soit purifié et qu'il ait retrouvé sa plénitude». En signe que cette purification avait eu lieu, un des anciens pouvait faire le geste de toucher la pipe de cérémonie lorsque le groupe se réunissait. Le groupe continuait à se réunir jusqu'à ce que les deux anciens jugent que ce n'était plus utile. Alors, on allumait la pipe qui était passée de personne en personne. Pour la communauté, l'affaire était close. Il restait aux protagonistes eux-mêmes à s'entendre éventuellement sur une certaine indemnisation.

Charlie nous expliqua que le passage de la pipe était le symbole que chacun des protagonistes «avait retrouvé sa place au sein de la communauté et s'était retrouvé lui-même».

En réfléchissant à l'histoire de Charlie, je me demande si ce n'était pas une erreur de consacrer cette recherche à la notion de justice. Il me semble révélateur que de nombreuses langues des premières nations n'aient aucun terme pour décrire la notion de justice. Comme l'a dit Alex Denny, «l'idéal, ce n'est pas la justice, mais l'harmonie»<sup>66</sup>.

## Notes

1. Lorsque je cite la parole d'anciens et de grand-mères dans le présent document, je mentionne également si possible leurs origines. L'objectif *n'est pas* de donner plus de crédibilité à ces personnes très respectées. De fait, ce serait une grave insulte pour eux que d'agir dans cette intention. Je fournis ces renseignements pour le lecteur, afin de l'aider à comprendre et classer les données présentées.
2. J'avais l'intention au départ, de limiter mes réflexions au droit pénal, mais cela s'est avéré impossible, tout au moins dans l'introduction. Cela tient à la conception que les autochtones ont de la justice. Je reviens, par la suite, plus précisément à l'étude de la justice pénale.
3. J'ai souvent vécu la culture dans laquelle je suis née sur un mode négatif (fait de silences et de ruptures), étant donné que j'ai été élevée dans des grandes villes, loin des Mohawks. Ma perception est également influencée par le fait qu'un de mes parents était Mohawk et l'autre Blanc. Au fil des ans, j'ai fini par accepter que je me situais à mi-chemin entre eux deux et que c'était sur ce terrain que je devais intervenir. En outre, j'ai épousé quelqu'un d'une nation différente et mes opinions reflètent le point de vue que me transmettent mon mari cri et le peuple auquel il appartient.
4. A.C. Hamilton, et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Justice System and Aboriginal People*, vol.1, (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991), p. 251. [ci-après *Aboriginal Justice Inquiry*]
5. *Aboriginal Justice Inquiry*, page 41.
6. Steve Wall et Harvey Arden, *Wisdomkeepers . Meetings with Native American Spiritual Elders* (Hillsboro : Beyond Words Publishing, 1990), p. 74.
7. Bruce E. Johansen, *Forgotten Founders : How the American Indian Helped Shape Democracy* (Boston : Harvard Common Press, 1982), p. xii.
8. Les questions auxquelles la Commission m'a demandé de réfléchir sont les suivantes :
  - (a) Quels sont les valeurs, normes et principes fondamentaux qui semblent importants aux femmes autochtones en matière de justice?
  - (b) Quels étaient les principes appliqués pour résoudre les conflits, réclamer la restitution et la réparation, indemniser les victimes, etc.?
  - (c) Dans quelle mesure ces croyances et pratiques traditionnelles sont-elles importantes pour les femmes autochtones qui désirent établir une relation nouvelle avec la société canadienne?

La façon dont ces questions sont posées soulève quelques difficultés. Premièrement, elles supposent que les hommes et les femmes autochtones n'ont pas la même attitude à l'égard de la

justice. Dans l'état actuel de nos connaissances (et je veux parler ici des connaissances qui sont présentées sous forme écrite), il est beaucoup trop tôt pour parvenir à une telle conclusion. Cela me semble révéler que les hypothèses retenues par la Commission pour l'étude des questions judiciaires se conforment à l'approche générale et(ou) féministe de la justice. C'est là un aspect extrêmement problématique que j'aborde dans le chapitre du présent document consacré au féminisme.

Cependant, il faudrait se garder d'interpréter mes commentaires comme une critique de la Commission royale, de son mandat ou de ses travaux. La vérité, c'est que nous ne pouvons nous débarrasser du jour au lendemain de 500 ans d'oppression. Il faut plutôt considérer mes commentaires comme un constat de la nature et de l'ampleur du défi que nous avons à relever collectivement.

Deuxièmement, c'est surtout la question (b) qui me dérange. La question suppose qu'il est possible d'appliquer dans les communautés autochtones les structures de justice pénale qui ont été mises au point pour répondre aux besoins de la société en général. Seule une étude systématique pourrait nous dire si les principes de la restitution et de l'indemnisation sont applicables dans le monde autochtone. Si le système de résolution de conflit doit être différent, il ne doit pas calquer une structure à caractère contradictoire qui est déjà réputée exister. Il est totalement inacceptable de ne pas remettre en question les éléments de cette structure.

9. Johansen, p. 155.

10. Il ne faudrait pas voir dans cette remarque une condamnation des programmes axés spécifiquement sur les femmes. Ces programmes sont souvent un élément *essentiel* de la solution. Je dénonce le fait que ces programmes peuvent permettre aux particuliers ou aux factions qui constituent la société dominante de se féliciter prématurément quant aux progrès réalisés. Sans un changement structurel significatif, il n'y a pas contestation du statu quo.

11. "Militarism, Male dominance and Law : Feminist Jurisprudence as Oxymoron?" *Harvard Women's Law Journal* 12 (1989), p. 25-73.

12. Sherene Razack, "Speaking for Ourselves : Feminist Jurisprudence and Minority Women" *4 Canadian Journal of Women and the Law* (1990-1991), p. 440-458, page 441.

Je n'affirme absolument pas que les femmes autochtones considèrent que l'oppression dont elles sont victimes est due essentiellement à la définition actuelle de la sexualité. Ce thème est étudié en détail dans une partie ultérieure du présent document.

13. Shelina Neallani, "Women of Colour in the Legal Profession : Facing the Familiar Barriers of Race and Sex", *5 Canadian Journal of Women and the Law* (1992), p. 148-165, page 151.

14. On trouvera une analyse des nombreuses enquêtes réalisées dans une perspective féminine dont «Discussion Paper : Aboriginal Women and the Justice System», manuscrit inédit rédigé par Patricia A. Monture-OKanee, pour la Commission royale sur les peuples autochtones, 1992.

15. Se reporter à la note 12. Je répète que je ne condamne pas la création de programmes spécifiquement axés sur les autochtones, pourvu qu'on n'y voie qu'une solution à court terme.

16. J'utilise le terme de collectivité pour désigner tout ensemble d'autochtones, aussi bien dans une réserve petite et isolée que dans les grands centres urbains.

17. Service correctionnel du Canada, *La création de choix : Rapport du groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale* (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990) p. 24.

18. *Supra*, Aboriginal Justice Inquiry (Volume un), page 263.

19. Dans certains milieux des services sociaux, la notion de guérison est devenue excessivement structurée, et même institutionnalisée. Je l'emploie ici dans son sens le plus simple, qui correspond à la perception qu'en ont les autochtones.

20. Winona Stevenson, Rhonda Johnson, and Donna Greschner, "Peekiskewetan", 6 *Canadian Journal of Women and the Law* (1992) à paraître, manuscrit original (conservé par l'auteur), page 21.
21. James Youngblood 'Sakej' Henderson, "The Marshall Inquiry : A View of the Legal Conscientiousness" cité dans Joy Mannette, *Elusive Justice . Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992), p. 35-61, page 39 (le soulignement se trouve dans le texte original). Voir aussi Patricia A. Monture, "Reflecting on Flint Woman" dans Richard Devlin (dir.), *Introduction to Jurisprudence* (Toronto : Ermond Montgomery, 1990), 359.
22. *Supra*, Neallani, p. 149.
23. Pour d'autres éléments de discussion, voir Patricia A. Monture, «Now that the Door is Open : First Nations and Legal Education», 15 *Queens's Law Journal* (1990), No. 1, p. 179-191.
24. Consciente que le discours du racisme n'exprime pas pleinement mon expérience, j'ai commencé à élaborer une autre théorie. J'ai employé le cadre de la résistance afin de commencer à approfondir ma perception.
25. On trouvera une étude plus approfondie des conséquences de la sanction et de la coercition dans Patricia A. Monture, "A Vicious Circle - Child Welfare and the First Nations", 3 *Canadian Journal of Women and the Law* (1989), p. 1-19, pages 4 à 7.
26. *Supra*, Henderson, p. 35-36 (le soulignement est notre initiative).
27. *Ibid.*, p. 36.
28. Je n'aime pas beaucoup cette expression, car elle ne traduit pas bien la réalité que j'ai vécue. Dans notre société, le désavantage d'être Mohawk et celui d'être femme ne peuvent s'ajouter mutuellement. C'est un désavantage qui se mêle à un autre.  
  
Selon Sherene Razack, «si la domination masculine est le prisme de l'oppression dont sont victimes les femmes, on peut considérer que la race et la classe sociale en sont la toile de fond» (*Supra*, +1). De graves problèmes méthodologiques surgissent lorsqu'on présente les diverses facettes de l'oppression comme des éléments qui peuvent s'ajouter et/ou être classés selon un ordre hiérarchique.
29. Mon apprentissage le plus difficile a peut-être été celui de comprendre la politique de la résistance (dont fait partie le colonialisme intériorisé). Je croyais qu'en mettant suffisamment d'efforts pour gravir les échelons du succès d'une autre société que la mienne, en étudiant fort à l'université pendant de nombreuses années, la femme mohawk que j'étais serait un jour acceptée comme égale des autres dans la société dominante. Malheureusement, je n'ai pu vérifier cela ni dans les milieux universitaires, ni dans la société en général. Si l'on peut dire que je mène une vie plutôt privilégiée, sous bien des aspects (compte tenu des soi-disant variables socio-économiques), je suis encore confrontée à certaines expériences de discrimination. Je sais maintenant que je peux exercer un certain contrôle sur mon existence (ou sur mon expérience personnelle d'oppression), mais je ne peux rien faire pour éliminer les conséquences de l'oppression systémique dont souffrent les membres des premières nations.
30. J'ai bien conscience de simplifier la problématique en parlant du féminisme comme d'une seule théorie unifiée, mais il est impossible de tenir compte, dans le présent document, de toutes les subtilités de la pensée féministe.
31. La théorie féministe est exposée (et continue d'être élaborée) dans les travaux des auteurs suivants . Linda Alcoff, "Cultural Feminism versus Poststructuralism : the Identity Crisis in Feminist Theory", cité dans Micheline R. Malson (dir.), *Feminist Theory in Practice and Process* (Chicago : University of Chicago Press, 1989), p. 295-326; Sandra Harding, "The Instability of Analytical Categories of Feminist Theory", cité dans Malson (*Ibidem*); Sandra Harding, *Whose*

- Science? Whose Knowledge? Thinking From Women's Lives* (Ithaca : Cornell University Press, 1991); Nancy C.M. Harstock, "The Feminist Standpoint : Developing Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism", *Feminism and Methodology*, 157-180; et Dorothy Smith, *The Everyday World as Problematic . A Feminist Sociology* (Toronto : University of Toronto Press, 1987).
32. Susan Harding, "Starting Thought" (*Ibidem*) cité dans Colleen Sheppard et Sarah Westphal, "Equity and the University : Learning from Women's Experience", 5 *Canadian Journal of Women and the Law* (1992), p. 5-36, page 7.
  33. L'expérience des femmes autochtones varie également en fonction de leur classe sociale, des handicaps dont elles peuvent souffrir et de leur orientation sexuelle.
  34. À noter que le féminisme est essentiellement une réaction contre le patriarcat et que, par conséquent, les deux sont le fruit de la philosophie et de l'expérience européennes (et eurocanadiennes aujourd'hui). Je remercie James Oka d'avoir clairement établi ce lien pour moi.
  35. Marguerite Russell, "A Feminist Analysis of the Criminal Trial Process" 3 *Canadian Journal of Women and the Law* (1989), p. 552-568, page 552.
  36. Pour de plus amples renseignements, consulter Patricia A. Monture-OKanee, «The Violence We Women Do : A First Nations View» in David Flaherty and Constance Backhouse (dir.), *Contemporary Times : Conference Proceedings of Contemporary Women's Movement in Canada and the United States* (Montréal : Queen's-McGill Press, 1992), p. 191-200.
  37. Cette reconnaissance *ne devrait pas* être interprétée comme la preuve que toutes les femmes autochtones ont une communauté d'expérience fondée soit sur leur culture, soit sur leur sexe, soit sur les deux à la fois. Nos expériences ne sont pas homogènes et sont marquées par différents facteurs tels que notre identité nationale, notre lieu de résidence, au Nord ou au Sud, notre éducation, etc. La mesure dans laquelle les femmes autochtones font leur la pensée et la pratique féministe varie de l'une à l'autre.
  38. *Supra*, Stevenson, 12.
  39. LEAF est l'organisation féministe canadienne qui fait le plus parler d'elle. Elle a pour objectif de régler les questions féminines en les portant devant les tribunaux.
  40. *Supra*, Razack, p. 454-455 (notes omises).
  41. Tel que cité dans Razack, *Ibidem*, page 455.
  42. Oren Lyons, "Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights" cité dans Menno Boldt and J. Anthony Long (dir.), *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (Toronto : University of Toronto Press, 1985), p. 19-23, page 19.
  43. Cela ne revient pas à affirmer qu'il existe une seule théorie féministe à ce sujet. Voir par exemple Christine Boyle, «A Feminist Approach to Criminal Defences» cité dans Richard F. Devlin (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory* (Toronto : Emond Montgomery, 1991), p. 273-290, page 273.
  44. Connie Backhouse, "Nineteenth Century Judicial Attitudes Toward Child Custody, Rape, and Prostitution" cité dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney (dir.), *Equality and Judicial Neutrality* (Toronto : Carswell, 1987), p. 270-274.
  45. Consulter par exemple, Susan Boyd, «Child Custody and Working Mothers», cité dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney (dir.), *Equality and Judicial Neutrality* (Toronto : Carswell, 1987), p. 168.

On trouvera une excellente critique de la théorie juridique raciale et féministe dans l'ouvrage de Marlee Kline, «Race, Racism, and Feminist Legal Theory», 12 *Harvard Women's Law Journal* (1989), p. 115.

46. Il serait opportun d'effectuer des recherches dans ce domaine.
47. Cité dans Diane Meili, *Those Who Know : Profiles of Alberta's Native Elders* (Edmonton : NeWest Press, 1991), p. 25.
48. À partir de maintenant, mon analyse visera un groupe plus restreint. C'est la raison pour laquelle je cesserai de parler des peuples autochtones, préférant utiliser l'expression «premières nations» qui désigne les personnes que le gouvernement du Canada appelle «Indiens». En revanche, je refuse d'adopter la distinction artificielle que le gouvernement fédéral fait entre les Amérindiens qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent à l'extérieur. Je refuse également les distinctions fondées sur le statut. Je ne peux pas comprendre qu'on puisse imaginer qu'un être humain n'ait pas de statut. Jusqu'à présent, lorsque j'ai utilisé l'expression «premières nations», j'y incluais les Inuit et les Métis. Ce ne sera plus le cas dorénavant. Je pense qu'il faut souligner que l'expression «premières nations» a pris peu à peu un sens plus spécialisé, peut-être plus spécialisé que je l'aurais souhaité, et désigne principalement les «bandes indiennes».

Pour préparer le présent document, il m'a valu circonscrire mes connaissances de la justice traditionnelle. Il s'avère que ma perception reflète plutôt l'optique des premières nations.

J'accepte tout à fait la responsabilité de la décision que j'ai prise d'exclure les Métis et les Inuit, mais je crois cependant que cette exclusion est justifiée pour des raisons de structure. Les Métis affirment que leur histoire a débuté sur ce continent «neuf mois après l'arrivée du premier européen». Les premières nations, quant à elles, sont présentes ici depuis des temps immémoriaux. C'est également le cas des Inuit, mais leur expérience est unique, du fait qu'ils vivent dans le Nord. Par conséquent, le processus utilisé pour décrire adéquatement les relations traditionnelles de chacun de ces peuples distincts vis-à-vis de la justice doit nécessairement être différent. Si je classe les Métis et les Inuit à part, c'est pour tenter de rendre justice à leur personnalité distincte.

49. Charles M. Johnston (dir.), *The Valley of the Six Nations : A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River* (Toronto : University of Toronto Press, 1964), p. 28-29.
50. Hamilton, A.C. et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*, Volume deux, (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991), p. 52.
51. Ces connaissances m'ont été transmises par Shirley O'Connor. Mme O'Connor est une grand-mère de la réserve du lac Souel dans le nord de l'Ontario. C'est une Ojibwa. En ce moment, elle est conseillère dans le domaine de l'aide à l'enfance et vit à Sioux Lookout. J'assume la responsabilité de toute erreur de transcription ou d'interprétation de l'enseignement de Mme O'Connor.
52. M. Leroy Littlebear du Département d'études amérindiennes de l'Université de Lethbridge, lui-même membre de la nation pied-noir, m'a signalé également qu'il n'existait aucun mot dans sa langue pour traduire le terme justice. «La justice, m'a-t-il répondu, n'est pas un concept, mais un processus.»
53. Kjikeptin Alex Denny, "Beyond the Marshall Inquiry : an Alternative Mi'kmaq Worldview and Justice System" cité dans Joy Mannette (dir.), *Elusive Justice : Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992), p. 103-108, page 103.
54. *Supra*, Aboriginal Justice Inquiry (Volume un), page 19.

55. On en parlait déjà il y a plusieurs années et je crois que la première personne que j'ai entendu parler de cette dimension fut Edna Manitowba lors d'un atelier auquel je participais. Edna fait partie du clan de l'Ours, de la nation ojibwa. Elle est membre de la loge Medewin de la Société des trois feux.
56. La conception traditionnelle de la justice de nombreuses femmes des premières nations ne permet pas la condamnation des hommes coupables d'agression dans leurs communautés. C'est assez compliqué à comprendre. Je crois que cela tient en partie à la différente conception de la justice des communautés des premières nations. Cela tient également à une conception différente des sexes. On trouvera une analyse détaillée dans A.C. Hamilton et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Justice System and Aboriginal People*, Volume un (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991), p. 475-485.
57. Ce mot micmac indique qu'il est le grand capitaine du grand conseil de la nation micmaque.
58. *Supra*, Denny, page 104.
59. J.A. Noon, *Law and Government of the Grand River Iroquois* (New York, 1949), page 39 (le soulignement a été rajouté). On constate à nouveau dans cette relation historique l'incrédulité avec laquelle la position des femmes iroquoise est perçue.
60. Ce n'était pas la véritable grand-mère de l'homme. Toutes les femmes âgées de la communauté portaient le nom de grand-mères et, dans ce cas, il s'agissait généralement de la femme la plus âgée de la communauté. Elle était, en quelque sorte, le tribunal de dernière instance.
61. Il me paraît important de souligner que l'infraction n'était pas l'incident lui-même, mais le manque de *respect* de l'auteur de l'infraction vis-à-vis de lui-même et de la communauté.
62. Voilà qui est très différent du système judiciaire canadien. Le système ojibwa n'accorde aucune importance aux intentions du délinquant. La seule hypothèse que l'on fait, c'est que l'auteur de la faute ignore comment il doit se conduire.
63. Il faut noter que, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un délinquant, les hommes de la famille élargie *ne s'adressent pas* à la délinquante. Shirley m'a également expliqué qu'une femme ne sera jamais convoquée devant un grand-père.
64. Je remercie Shirley O'Connor d'avoir bien voulu me parler de sa culture et partager ses connaissances sur la conception traditionnelle de la justice dans la communauté ojibwa. Toute erreur d'interprétation m'est attribuable.
65. J'ai respectueusement emprunté cette anecdote à Rupert Ross, auteur de *Dancing with a Ghost : Exploring Indian Reality* (Markham : Octopus Publishing Group, 1992), pages 8 et 9. J'aimerais ajouter que M.Ross est un juriste non autochtone. Ses connaissances de notre réalité, qui ne sont pas toujours parfaites ni exactes, me donnent espoir et me fournissent une certaine inspiration pour nos avenir collectifs.
66. *Supra*, Denny, page 104.

## Bibliographie

- Alcoff, Linda, «Cultural Feminism versus Poststructuralism . the Identity Crisis in Feminist Theory», cité dans Micheline R. Malson (dir.), *Feminist Theory in Practice and Process* (Chicago : University of Chicago Press, 1989), p. 295-326.
- Backhouse, Connie, «Nineteenth Century Judicial Attitudes Toward Child Custody, Rape, and Prostitution» cité dans Sheila L. Martin et Kathleen E. Mahoney (dir.), *Equality and Judicial Neutrality* (Toronto : Carswell, 1987).



- Boldt, Menno, et J. Anthony Long (dir.), *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (Toronto : University of Toronto Press, 1985).
- Bourgeault, Ron, «Race, Class, et Gender · Colonial Domination of Indian Women» cité dans Ormond McKague (dir.), *Racism in Canada* (Saskatoon : Fifth House Publishers, 1991).
- Boyd, Susan, «Child Custody and Working Mothers», cité dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney (dir.), *Equality and Judicial Neutrality* (Toronto : Carswell, 1987), p. 168.
- Boyle, Christine, «A Feminist Approach to Criminal Defences» cité dans Richard F. Deylin (dir.), *Canadian Perspectives on Legal Theory* (Toronto : Emond Montgomery, 1991), p. 273-290.
- Denny, Alex, «Beyond the Marshall Inquiry — an Alternative Mi'kmaq Worldview and Justice System» cité dans Joy Mannette (dir.), *Evasive Justice : Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992), p. 103-108
- Flaherty, David, et Constance Backhouse (dir.), *Contemporary Times : Conference Proceedings of Contemporary Women's Movement in Canada and the United States* (Montréal : Queen's-McGill Press, 1992).
- Hamilton, A.C. et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Justice System and Aboriginal People*, Volume un (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991).
- Hamilton, A.C. et C.M. Sinclair, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba : The Deaths of Helen Betty Osborne and John Joseph Harper*, Volume deux (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991).
- Harding, Sandra, «The Instability of Analytical Categories of Feminist Theory», cité dans Micheline R. Malson (dir.), *Feminist Theory in Practice and Process* (Chicago : University of Chicago Press, 1989).
- Harding, Sandra, *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking From Women's Lives* (Ithaca : Cornell University Press, 1991).
- Harstock, Nancy C.M., «The Feminist Standpoint — Developing Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism», *Feminism and Methodology*, p. 157-180.
- Henderson, James Youngblood 'Sakej', «The Marshall Inquiry : A View of the Legal Consciousness» cité dans Joy Mannette, *Evasive Justice . Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992), p. 35-61.
- Johansen, Bruce E., *Forgotten Founders : How the American Indian Helped Shape Democracy* (Boston : Harvard Common Press, 1982).
- Johnston, Charles M. (dir.), *The Valley of the Six Nations : A Collection of Documents on the Indian Lands of the Grand River* (Toronto : University of Toronto Press, 1964).
- Kline, Marlee, «Race, Racism, and Feminist Legal Theory», 12 *Harvard Women's Law Journal* (1989), p. 115.
- LaRocque, Emma, «Racism Runs Through Canadian Society» cité dans Ormond McKague (dir.), *Racism in Canada* (Saskatoon : Fifth House Publishers, 1991).
- Lyons, Oren, «Traditional Native Philosophies Relating to Aboriginal Rights» cité dans Menno Boldt et J. Anthony Long (dir.), *The Quest for Justice : Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights* (Toronto : University of Toronto Press, 1985), p. 19-23.
- Malson, Micheline R. (dir.), *Feminist Theory in Practice and Process* (Chicago : University of Chicago Press, 1989).
- Mannette, Joy (dir.), *Evasive Justice . Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992).

- Martin, Sheila L., et Kathleen E. Mahoney (dir.), *Equality and Judicial Neutrality* (Toronto : Carswell, 1987).
- Meili, Dianne, *Those Who Know : Profiles of Alberta's Native Elders* (Edmonton : NeWest Publishers, 1991).
- Monture, Patricia A., «A Vicious Circle : Child Welfare and the First Nations», 3 *Canadian Journal of Women and the Law* (1989), p. 1-19.
- Monture, Patricia A., «Now that the Door is Open : First Nations and Legal Education», 15 *Queens's Law Journal* (1990), No. 1, p. 179-191.
- Monture, Patricia A., «Reflecting on Flint Woman» in Richard Devlin (dir.), *Introduction to jurisprudence* (Toronto : Emond Montgomery, 1990).
- Monture-OKanee, Patricia A., «Discussion Paper : Aboriginal Women and the Justice System», manuscrit inédit présenté à la Commission royale sur les peuples autochtones, 1992.
- Monture-OKanee, Patricia A., «The Violence We Women Do : A First Nations View» in David Flaherty et Constance Backhouse (dir.), *Contemporary Times : Conference Proceedings of Contemporary Women's Movement in Canada and the United States* (Montréal : Queen's-McGill Press, 1992), p. 191-200.
- Neallani, Shelina, «Women of Colour in the Legal Profession . Facing the Familiar Barriers of Race and Sex», 5 *Canadian Journal of Women and the Law* (1992), p. 148-165.
- Newell, William B. (Ta-io-wah-ron-ha-gai), *Crime and Justice Among the Iroquois Nations* (Montréal : Caughnawaga Historical Society, 1965).
- Noon, J.A., *Law and Government of the Grand River Iroquois* (New York, 1949).
- Razack, Sherene, «Speaking for Ourselves . Feminist Jurisprudence and Minority Women» 4 *Canadian Journal of Women and the Law* (1990-1991), p. 440-458.
- Ross, Rupert, *Dancing with a Ghost : Exploring Indian Reality* (Markham : Octopus Publishing Group, 1992).
- Russell, Marguerite, «A Feminist analysis of the Criminal Trial Process» 3 *Canadian Journal of Women and the Law* (1989), p. 552-568.
- Scales, Ann, «Militarism, Male dominance and Law : Feminist Jurisprudence as Oxymoron?» *Harvard Women's Law Journal* 12 (1989), p. 25-73.
- Service correctionnel du Canada, *La création de choix . Rapport du groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale* (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990).
- Sheppard, Colleen et Sarah Westphal, «Equity and the University . Learning from Women's Experience», 5 *Canadian Journal of Women and the Law* (1992), p. 5-36.
- Smith, Dorothy, *The Everyday World as Problematic : A Feminist Sociology* (Toronto : University of Toronto Press, 1987).
- Stevenson, Winona, Rhonda Johnson et Donna Greschner, «Peekiskwetan», 6 *Canadian Journal of Women and the Law* (1992). [parution prochaine]
- Wall, Steve, et Harvey Arden (dir.), *Wisdomkeepers : Meetings with Native American Spiritual Elders* (Hillsboro : Beyond Words Publishing, 1990).

# Individualité, égalité et différence : raisons justifiant un système judiciaire autochtone parallèle

*Jeremy Webber\**

Les peuples autochtones critiquent depuis très longtemps, et avec éloquence, la façon dont ils sont traités aux différentes étapes du système de justice pénale. Beaucoup soutiennent que la solution réside dans la mise en place d'un système judiciaire parallèle (ou, plus exactement, d'un certain nombre de systèmes judiciaires parallèles, étant donné la diversité des peuples autochtones). Cette solution est étroitement liée à la revendication de l'autonomie politique par les peuples autochtones.

De l'aveu général, le système judiciaire actuel est insatisfaisant. Une série de commissions et de groupes de travail parrainés par des gouvernements non autochtones ont confirmé les critiques formulées par les autochtones<sup>1</sup>. Le consensus est cependant beaucoup moins large en ce qui concerne les solutions à adopter. Bien que certains se soient déclarés en faveur de la mise en place de systèmes judiciaires autochtones parallèles, les dirigeants politiques non autochtones et, de manière générale, les Canadiens qui ne sont pas d'origine autochtone sont plutôt enclins à s'opposer à cette idée. Les Canadiens non autochtones paraissent disposés à envisager des réformes à l'intérieur d'une structure institutionnelle commune, mais semblent opposés aux solutions fondées sur des systèmes judiciaires séparés.

Cette opposition tient à un attachement profond chez eux au principe de l'égalité devant la loi et aux libertés individuelles, et à une méfiance viscérale à l'égard de distinctions fondées sur des différences d'ordre culturel ou racial, spécialement en ce qui concerne l'administration de la justice. Comme le droit pénal touche la responsabilité

---

\* Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill. Merci à Stephen Toope et à Carolyn Webber pour leurs observations utiles au sujet des versions précédentes de ce document.

individuelle, il convient que les sanctions pénales soient structurées (c'est l'argument que l'on avance) de sorte qu'elles s'appliquent de manière égale à tous les Canadiens, dans le respect intégral de l'autonomie individuelle. Les distinctions d'ordre culturel viennent saper cet attachement à l'égalité, dit-on, parce qu'elles ont pour effet de soumettre les Canadiens à des peines et à des normes de conduite différentes, voire d'assujettir l'individu à une vague notion d'intérêt collectif. Pour de nombreux Canadiens, l'établissement de systèmes judiciaires distincts équivaldrait à une forme d'apartheid et aurait pour effet de diviser profondément la société canadienne et d'institutionnaliser l'inégalité. Un grand nombre de Canadiens non autochtones ne voient tout simplement pas comment les différences d'ordre culturel peuvent justifier un système de droit pénal distinct sans porter gravement atteinte à la liberté et à l'égalité.

Ces arguments ont un poids immense dans la société canadienne. Par leur simplicité et leur résonance affective ils apparaissent souvent (aux yeux des Canadiens non autochtones) comme irréfutables. Mais voilà, ils sont trop simples et révèlent une incompréhension des notions de liberté et d'égalité individuelles. Ils tendent à confondre égalité de traitement et identité de traitement, ainsi que la protection de la liberté individuelle avec la forme particulière que prend cette protection à l'intérieur des modes d'organisation de la justice découlant du modèle britannique. Le présent document formule l'hypothèse que, lorsque l'on réfléchit plus attentivement à la liberté, à l'égalité et à la pertinence de la culture par rapport au droit, on constate qu'il existe des situations où l'établissement de systèmes judiciaires autochtones parallèles se révèle une mesure à la fois acceptable et appropriée.

Le présent document s'éloigne fortement d'un grand nombre des arguments invoqués en faveur de systèmes judiciaires autochtones parallèles. Ces arguments adoptent souvent le même raisonnement que ceux qui sont invoqués à l'égard des droits fonciers autochtones: les sociétés autochtones sont considérées comme ayant eu, au moment de la venue des non-autochtones, le droit de se gouverner, y compris le droit d'administrer la justice de leur propre façon. L'observateur reconstruit alors le modèle d'interaction entre les sociétés non autochtones et les sociétés autochtones depuis le premier contact entre ces deux groupes, afin de déterminer si ce droit peut être valablement considéré comme éteint. Si tel n'est pas le cas, les sociétés autochtones conservent le droit à des institutions parallèles qui leur sont propres.

Ce raisonnement peut s'avérer important lorsqu'il s'agit d'affirmer qu'un système judiciaire autochtone constitue un droit, aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. J'estime toutefois que, même à cette fin, ce raisonnement est insuffisant. Il ne fait aucun doute qu'il n'arrivera pas à persuader les Canadiens non autochtones qu'un système judiciaire parallèle est véritablement «juste» (plutôt que simplement exigé par la constitution). Il est indéniable qu'au moment où elles sont entrées en contact avec les non-autochtones, les sociétés autochtones constituaient des sociétés parfaitement développées, qui avaient leurs propres façons de concevoir la justice et de la faire appliquer. Toutefois, les Canadiens veulent qu'on les convainque que la mise en place d'institutions autochtones distinctes constitue une nécessité dans la société actuelle. Cela vaut non seulement pour les Canadiens en général, mais également pour les juges. Ceux-ci seront très réticents à traiter l'autonomie

gouvernementale comme un droit de propriété, c'est-à-dire comme un droit qui, s'il a déjà existé et s'il n'est pas officiellement éteint, existe encore aujourd'hui. Avant de statuer que l'article 35 prévoit un système judiciaire parallèle, les juges demanderaient qu'on les convainque qu'un tel système est justifié compte tenu des circonstances, notamment de l'attachement des tribunaux aux principes de la liberté individuelle et de l'égalité devant la loi<sup>2</sup>. Par conséquent, on ne saurait user d'arguments juridiques pour éviter ce problème. Il faut aborder la question de la justification contemporaine.

Il ne suffit pas non plus de faire valoir la valeur intrinsèque de la justice autochtone, autre façon courante de justifier un système parallèle. Certes, ce type d'argument constitue un élément important d'une justification complète. En fait, j'indique plus loin des raisons qui lui confèrent un caractère essentiel. Se fier exclusivement à cet argument comporte toutefois un problème, c'est-à-dire qu'il ne nous dit pas pourquoi il faudrait que les Canadiens acceptent un système judiciaire *parallèle*, ce à quoi les sceptiques pourraient répliquer: «Nous savons que vous trouvez la façon des autochtones de régler les différends meilleure que la nôtre. Si vous arrivez à persuader la majorité des Canadiens que tel est le cas, nous serons tout à fait disposés à modifier le système. Dans le cas contraire, il nous faudra conserver un système qui se rapproche du mécanisme actuel.» Il faut faire valoir non seulement la valeur intrinsèque d'un système judiciaire autochtone, mais aussi en quoi il est raisonnable que les autochtones soient dotés d'un système et les non-autochtones, d'un autre. Cette seconde question soulève les principes fondamentaux de l'égalité et de l'individualité, ce qui constitue le centre d'intérêt principal du présent document<sup>3</sup>.

Nous commencerons par examiner les arguments militant en faveur de systèmes judiciaires autochtones distincts, c'est-à-dire ce qui fait que les peuples autochtones ont intérêt à posséder leurs propres formes de justice pénale, qui soient inspirées de leurs propres traditions. Je ne décrirai pas les avantages de formes particulières de justice autochtone; d'autres peuvent le faire beaucoup mieux que moi. Je me concentrerai plutôt sur la façon dont nous devrions concevoir la relation générale entre la culture et le droit. L'une des prémisses de ce document est que les termes auxquels nous recourons pour parler de ces questions nous ont desservis. Nos notions de culture, d'égalité et de droits individuels sont souvent trop tranchées pour saisir le problème. Elles nous confinent à des oppositions inutiles, en partant de l'hypothèse qu'il nous faut choisir entre droits individuels et collectifs, entre égalité et apartheid, entre une société ouverte et une société fermée. Ce document propose une façon différente de réfléchir à ces questions. Il tente de justifier la conviction qu'il est possible d'avoir des systèmes judiciaires autochtones qui soient, d'une façon bien réelle, traditionnels, tout en étant néanmoins ouverts, respectueux de l'individualité et adaptables.

Nous aborderons ensuite un certain nombre d'objections à la mise en place de systèmes judiciaires parallèles. Certaines de ces objections sont simples, directes et réellement fondées sur des principes de liberté ou d'égalité. D'autres sont moins évidentes, se dissimulant parmi les autres, sous de vagues étiquettes. J'aborderai ces différentes préoccupations l'une après l'autre, pour montrer que l'établissement d'institutions séparées n'est pas, en principe, inacceptable.

L'argument avancé dans ce document repose sur une compréhension particulière de l'importance de la culture par rapport au droit. Je l'énonce dans l'espoir que le lecteur y verra une façon de comprendre son propre vécu – une bonne façon d'exprimer ce que c'est que d'être régi par ses propres lois, en fonction de son propre patrimoine culturel. Je ne me contente pas de détailler comment les peuples autochtones et non autochtones conçoivent la culture et le droit. J'examine la possibilité réelle que nous avons de résoudre ensemble ces questions en repensant le rapport qui existe entre la culture et le droit, de façon à éviter des débats stériles qui ne refléteraient pas fidèlement notre attachement à l'individualité et à la collectivité. Il importe de repenser les rapports entre culture et droit, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, les mots que nous utilisons pour décrire le monde sont toujours inadéquats et ont toujours un caractère provisoire. Dans une large mesure, ils sont comme des objets d'artisanat fabriqués à une autre époque et pour un autre usage (je fais principalement allusion ici aux notions non autochtones de nationalisme et de tradition, parce qu'après tout, ici comme ailleurs, le débat interculturel se fait surtout à partir de notions non autochtones, notamment parce que ce sont les seules notions que les non-autochtones connaissent). Or, il faut parfaire et repenser ces formes d'expression au fur et à mesure que notre situation évolue, que nous en venons à accepter la valeur des autres cultures et que notre degré de compréhension s'accroît. Je tente dans mon exposé d'exprimer la réalité mieux qu'elle ne l'a été jusqu'ici, en présentant les raisons pour lesquelles les peuples autochtones revendiquent un système judiciaire reflétant leur culture et en expliquant pourquoi ils croient fermement qu'il est possible d'y arriver sans accroître les inégalités ni engendrer un conformisme rigide et contraignant.

Deuxièmement, il est nécessaire, à ce stade-ci, que les peuples autochtones et non autochtones en arrivent à une entente car, que cela nous plaise ou non, nos destins sont liées. La meilleure façon de résoudre la question de la justice autochtone consiste à nous convaincre mutuellement de la légitimité de nos préoccupations. Pour ce faire, il faut à tout le moins tenter d'expliquer notre position à l'autre partie d'une manière intelligible, ce qui nécessitera peut-être des aménagements supplémentaires. Or, ce processus pourrait fort bien déboucher sur la reconnaissance d'une autonomie très substantielle pour les autochtones. Et même si nous en arrivons à cette solution, il nous aura d'abord fallu, presque à coup sûr, parvenir à une justification réciproque de cette autonomie. Nous vivons trop près pour faire comme si l'autre n'existait pas.

## **Comprendre la demande de système judiciaire parallèle**

L'une des principales raisons pour lesquelles il est difficile de justifier un système judiciaire parallèle tient au fait que, bien souvent, le langage même que nous employons semble laisser croire que, au moment de concevoir des institutions publiques, le souci de la culture est forcément préjudiciable à l'individualité. Nous parlons de retourner aux façons de faire traditionnelles d'une manière qui, pour

certain, donne à penser que des possibilités disparaîtront et que la liberté de choix individuelle sera limitée, au profit d'un objectif commun. Le fait de justifier l'instauration de systèmes parallèles en invoquant les «droits collectifs» contribue à cette tendance parce qu'il revient presque à imposer une dichotomie entre le «droit collectif» à une justice autochtone et le droit individuel à la justice tout court. Pour beaucoup, le fait de mettre l'accent sur la culture et la tradition apparaît comme contraignant et rétrograde parce que les individus se voient forcés d'adopter des modèles qui ne leur plaisent pas nécessairement, pour la simple raison que ces modèles représentent la façon de faire traditionnelle des autochtones. La notion même de tradition semble s'opposer au changement, à la réforme, à l'adaptation.

J'estime que ces préoccupations résultent, dans une large mesure, de notre perception erronée du rôle de la tradition dans l'ordre social. Elles découlent de la tendance à concevoir la culture en fonction d'un contenu, comme un ensemble de valeurs et de coutumes précises. C'est ce point de vue qui tend à déboucher sur la conclusion que tout changement et toute adaptation, peu importe la façon dont ils se produisent, constituent un écart par rapport à la tradition, et que, pour un individu, innover équivaut à renoncer à sa culture. Le fait de mettre l'accent sur un contenu défini nous oblige plus ou moins à concevoir la culture comme quelque chose de statique et de figé dans le temps.

Or, dans la vie, les cultures sont de toute évidence dynamiques. Elles évoluent, s'adaptent et font constamment l'objet d'interprétations différentes. La notion de cultures distinctes n'en disparaît pas pour autant, minée par une ouverture illimitée au changement et par l'absence de tout attachement à un contenu déterminé. L'idée qu'une culture puisse avoir un caractère unique et précieux demeure une réalité bien concrète. Il faut toutefois concevoir ce caractère du point de vue du mouvement et du développement, et non de la constance et de l'uniformité.

La métaphore de la conversation constitue une meilleure façon de concevoir la culture. En un sens, une tradition ou une culture est une conversation au fil du temps, avec sa propre histoire, ses propres points de référence et ses propres modes de discussion. Le contenu d'une conversation évolue, se développe et peut même renfermer des positions fortement opposées les unes aux autres. La conversation n'est donc pas marquée par l'uniformité de son contenu, mais plutôt par le caractère spécifique des débats et par la façon qu'elle énonce, puis résout les questions<sup>1</sup>. Aucun aspect de cette culture n'est imperméable au changement. Même les modes de discussion peuvent évoluer dans le cours de la conversation, quoique, si une culture est forte, le changement se produit d'une façon qui continue de s'alimenter du passé, du moins en partie. La valeur que véhicule le respect d'une culture n'est donc pas la constance absolue, mais la continuité<sup>2</sup>.

Pour ce qui concerne les Canadiens non autochtones, c'est, à mon avis, lorsque l'on considère la nature de la «culture canadienne» que l'on se rend compte que cette conception dynamique de la culture est véritablement enracinée dans le vécu. Il existe bel et bien une culture canadienne, mais elle n'est pas convenablement décrite comme un ensemble de valeurs ou de croyances, comme certains des intervenants du récent débat constitutionnel voudraient nous le faire croire. Toute tentative de

décrire l'identité canadienne en décrivant les valeurs qui s'y rattachent débouche soit sur une liste de généralités tellement vagues qu'elles pourraient convenir à n'importe quelle démocratie industrialisée occidentale, soit sur une image fautive de l'importance de telle ou telle valeur dans la population. L'identité canadienne est autant marquée par le caractère de ses oppositions que par ses points de convergence. Bien sûr, il existe de grands thèmes qui préoccupent les Canadiens de plusieurs régions du pays. Les débats publics au Canada ont une structure distincte, nous partageons un ensemble d'expériences dont nous nous inspirons et nous avons une façon de situer les questions qui diffère de celle que l'on retrouve aux États-Unis, par exemple. Cette structure, cette spécificité, ne sauraient toutefois se ramener à une simple convergence de vues sur un ensemble de principes. En fait, elles sont dans une large mesure le résultat de tensions à l'intérieur de notre pays (surtout l'opposition entre francophones et anglophones), de différences qui continuent d'évoluer chacune à leur façon.

J'estime qu'il en va de même des traditions d'ordre nettement juridique. Les systèmes juridiques occidentaux sont souvent conçus comme des ensembles complexes de normes définies d'une manière précise et classées selon un ordre. En d'autres termes, on a tendance à les concevoir en fonction d'un contenu défini. Quiconque a l'expérience de la «*common law*» ou du droit civil se rend toutefois compte que ce contenu ne saurait constituer la plénitude du droit. Le raisonnement juridique constitue forcément un processus de création, qui donne lieu à une nouvelle interprétation (parfois fondamentale) de principes anciens et à l'élaboration de principes nouveaux. Or, des facteurs extérieurs aux sources formelles du droit influent inévitablement sur l'issue de ce processus. Le contenu du droit évolue constamment, et non pas uniquement en fonction de sa dynamique interne. Toutefois, bien que cette évolution soit réelle, l'argument juridique ne se fonde pas dans une discussion politique dépourvue de contraintes. Il conserve son caractère distinctif, sa propre façon d'organiser les motifs selon un ordre approprié, ses propres points de référence, auxquels les avocats et les juges se réfèrent d'une manière structurée quand vient le temps de formuler leurs arguments. Cette structure, qui s'assortit d'un profond respect pour les décisions antérieures, reflète donc un fort parti pris pour la constance et l'uniformité. Toutefois, même ce respect sert simplement à diriger les débats, à établir les paramètres à l'intérieur desquels les questions doivent être posées. Il n'a absolument pas d'effet limitatif. Des écarts importants sont permis, lorsque les motifs sont suffisants. Certaines opinions peuvent être interprétées d'une nouvelle façon, d'autres, rejetées d'emblée.

J'estime que cette conception plus large de la tradition est celle qui permet le mieux de comprendre la revendication d'un système judiciaire distinctement autochtone. Il ne s'agit pas de créer une justice absolument identique à celle qui existait dans les collectivités autochtones avant l'arrivée des non-autochtones (si tant est que cela soit possible). Il s'agit plutôt d'établir, pour l'administration de la justice, des institutions qui soient capables de faire valoir la contribution originale des peuples autochtones à la résolution du problème de l'ordre social et de s'en inspirer. Il s'agit également de faire en sorte que l'administration de la justice dans les collectivités autochtones



tienne compte de l'expérience des peuples autochtones (de leurs points de référence, de leur façon de situer les questions, de rechercher des solutions), au lieu d'imposer abruptement les traditions non autochtones, tant dans la forme que dans la lettre. En d'autres termes, il s'agit avant tout de rétablir une continuité avec la façon autochtone de décrire la société.

Pour y parvenir, il faudra peut-être, jusqu'à un certain point, séparer la justice autochtone et la justice non autochtone, spécialement si certaines approches purement autochtones supposent des procédures fondamentalement différentes de celles qui se rattachent au droit pénal canadien (des procédures qui mettraient l'accent sur la médiation et la discussion, par exemple, plutôt que sur la condamnation et le châtement)<sup>7</sup>. Il n'est toutefois pas nécessaire que cette séparation soit absolue. Étant donné les changements que les sociétés autochtones ont connus depuis l'arrivée des non-autochtones (notamment l'influence des sociétés européennes sur les autochtones, aux plans individuel et collectif) et étant donné la présence des autochtones au sein de grandes sociétés industrialisées (ce qui obligerait, à tout le moins, à revoir certaines sanctions traditionnelles, tel l'exil intérieur), le système judiciaire autochtone devra presque fatalement s'inspirer à la fois des façons de faire autochtones et non autochtones.

Jusqu'à maintenant, nous avons traité de la façon de concevoir le rapport entre culture et droit. Il n'a pas encore été question de la raison pour laquelle il importe de rétablir la continuité avec les traditions autochtones. Pourquoi, en effet, s'en préoccuper? Les sociétés autochtones ont vécu de profondes transformations. Qu'avons-nous à gagner à réinsérer les traditions autochtones dans l'administration de la justice? Est-ce simplement une question de nostalgie romantique, ou est-ce que nous y gagnons quelque chose de précieux?

Rétablir le lien avec les traditions distinctement autochtones revêt une grande importance non seulement en raison d'un quelconque déterminisme biologique – le sentiment que les traditions autochtones valent mieux pour les peuples autochtones uniquement en raison du fait qu'ils sont autochtones. Il n'est pas absolument impérieux que les peuples autochtones soient toujours régis par des normes qui soient, en un sens, autochtones. Ce n'est pas une quelconque notion de pureté collective qui donne sa valeur à la continuité, mais l'importance fondamentale que revêt la continuité culturelle pour les membres de la collectivité. Et cette importance trouve son fondement dans notre façon particulière de nous comprendre nous-mêmes en tant qu'individus.

Beaucoup d'ouvrages récents ont souligné l'importance de l'élément narratif par rapport à l'identité<sup>8</sup>. La compréhension de soi ne suppose pas simplement l'énumération des caractéristiques qui sont les nôtres à un moment précis. La compréhension de soi passe par des récits: comment nous en sommes arrivés là; où nous allons; quels sont nos rôles et jusqu'à quel point nous les remplissons? L'évolution dans le temps, la continuité, revêtent de l'importance pour la compréhension de notre identité. Nous nous définissons donc en nous situant dans un contexte, et ce contexte est toujours hérité, jusqu'à un certain point, de la société dont nous faisons partie. Nous prenons connaissance des débats qui animent cette société, nous

prenons part à ces débats et, peu à peu, nous nous définissons, du moins en partie, par rapport à eux. Nous ne sommes toutefois pas obligés de souscrire aux points de vue qui dominent dans notre société. Il nous arrive même parfois de rejeter ces points de vue. Toutefois, même notre révolte porte l'empreinte de ce contre quoi nous nous révoltons.

Cette focalisation sur le contexte et l'élément narratif revêt de l'importance non seulement par rapport au sentiment d'identité collective et communautaire, mais également par rapport à la compréhension de soi en tant qu'individu autonome. Si nous pouvons nous reconnaître comme des êtres responsables, c'est en partie parce que nous comprenons de quelle façon, en tant qu'individus, nous en sommes arrivés là où nous sommes. Cela a-t-il supposé un choix, une décision, une responsabilité? Ou sommes-nous les victimes des circonstances, secoués par des forces indépendantes de notre volonté? En d'autres termes, la confiance dans nos identités individuelles et collectives dépend de notre compréhension de nous-mêmes par rapport au passé. Rompre avec ce passé, couper les liens qui nous rattachent à notre histoire, spécialement s'il s'agit de forces indépendantes de notre volonté, peut détruire le sentiment que nous avons de nous-mêmes, nous couper du bagage d'expérience et de réflexions qui constitue le langage par lequel nous saisissons la place que nous occupons dans le monde<sup>9</sup>.

Telle est l'importance des facteurs qui sous-tendent la revendication d'un système judiciaire autochtone. Il ne s'agit pas d'une simple question de «droits collectifs», au sens d'un quelconque droit inhérent des collectivités à revendiquer leur caractère propre. Il s'agit d'un élément du lien qui unit les peuples autochtones à la richesse de leur passé, un lien qui revêt de l'importance non seulement parce que les peuples autochtones sont à jamais figés dans une certaine vision du monde, mais parce que les peuples autochtones, à l'instar de tous les peuples, se définissent par rapport à leur passé. Dans l'argument moral et politique, le fait de pouvoir s'inspirer de traditions distinctement autochtones représente par conséquent un avantage réel.

Ce ne sont pas tous les peuples autochtones, il est vrai, qui conçoivent la culture d'une manière aussi ouverte et dynamique. Certains donnent à penser, du moins par leur façon de formuler leurs arguments, que leur objectif est de faire en sorte que les sociétés autochtones soient dirigées conformément à la tradition, une tradition conçue en fonction d'un ensemble défini de principes ou de valeurs. Je me demande toutefois s'il ne faut pas y voir une incompréhension de la façon dont la culture conditionne l'action sociale (incompréhension que l'on constate aussi chez les Canadiens non autochtones, bien sûr) plutôt qu'un élément inhérent à la vision autochtone. J'ai été frappé, par exemple, de constater à quel point les institutions autochtones traditionnelles (du moins celles que je connais bien) reposent sur la discussion et le consensus plutôt que sur une autorité imposée<sup>10</sup>. Voilà qui laisse supposer que l'ouverture et l'adaptabilité ont toujours constitué, au sein des peuples autochtones, des éléments fondamentaux du processus conduisant à la prise des décisions qui visent l'ensemble de la collectivité. De plus, dans les communautés autochtones, les rares personnes qui tentent de s'arroger le droit de déterminer ce qui est traditionnel se heurtent à une vive opposition.

Il apparaît par conséquent évident que la réforme du système judiciaire ne vise pas à imposer une vision unique et statique de l'identité autochtone à une collectivité autochtone. Elle vise plutôt à mettre en place des structures institutionnelles qui fassent en sorte que le dialogue sur la justice puisse se poursuivre au sein des peuples autochtones et répondre aux situations nouvelles d'une manière qui conserve un lien avec le passé.

## **Objections à la mise en place de systèmes judiciaires parallèles**

La section précédente tentait de montrer, d'une manière positive, de quelle façon il convient de concevoir la revendication de structures judiciaires parallèles pour les autochtones. La présente section apporte la réponse à plusieurs des objections que l'on entend couramment. Ces objections s'articulent généralement autour des notions d'égalité et de liberté, mais elles englobent parfois (comme nous le verrons) des préoccupations qui vont au-delà des droits strictement individuels. Mon approche consiste à ne pas nier l'importance des engagements qui sous-tendent ces objections, et à explorer plus en profondeur la substance même de ces engagements afin de montrer qu'une fois bien compris, ils ne posent pas d'obstacles insurmontables à l'établissement de systèmes judiciaires parallèles.

Mes arguments s'appuient sur une idée générale, à savoir que notre discours conventionnel d'égalité et de liberté s'est développé à l'intérieur de sociétés intégrées, des sociétés qui possédaient déjà une grande homogénéité culturelle (ou du moins un fort degré d'harmonie culturelle) ou qui aspiraient à une telle homogénéité. Ce n'est pas un hasard, par exemple, si la montée du libéralisme classique en Europe a coïncidé avec la montée du nationalisme et si de nombreux libéraux étaient également nationalistes<sup>1</sup>. En conséquence, ce discours ne permet pas très bien de comprendre comment la persistance (l'acceptation consciente, en fait) d'une très grande diversité culturelle peut légitimement se refléter dans la structure des institutions publiques. La présente section tente de remédier à cette lacune.

### ***Objections fondées sur la protection de la liberté individuelle***

Certains des arguments invoqués à l'encontre d'un système parallèle donnent à penser que le fait même de rendre la justice (spécialement la justice pénale) tributaire de la culture de l'accusé mine les droits individuels. Pour ceux qui avancent ces arguments, le droit doit reposer sur le respect des individus et non pas sur des objectifs collectifs et culturels. Autrement, la nature de la collectivité aura préséance sur l'autonomie individuelle, et les droits collectifs sur les droits individuels.

Souvent, la critique reste confinée à ces généralités. Parfois, cependant, elle met l'accent sur des aspects particuliers d'un système parallèle. L'évolution du droit pénal dans la tradition britannique, par exemple, a été fortement conditionnée par la nécessité de sauvegarder la liberté individuelle. Or, un grand nombre de Canadiens non autochtones sont aujourd'hui très réticents à laisser tomber ces protections. Leurs inquiétudes sont avivées par l'opposition que manifestent certains représentants

autochtones à l'égard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou par l'argument, d'une portée plus considérable encore, selon lequel la notion de droits individuels est une notion non autochtone, qui ne convient pas au contexte autochtone.

Il va sans dire que la liberté constitue une préoccupation réelle. Il faut prendre les critiques au sérieux et veiller à ce qu'un éventuel système judiciaire parallèle soit structuré de façon que l'autonomie individuelle puisse être respectée. Il arrive souvent, toutefois, que l'on pousse trop loin l'argument des droits individuels, en laissant entendre que les droits des individus, conçus comme des êtres abstraits, sans égard pour leur culture, constituent la *seule* préoccupation légitime et le seul déterminant approprié en matière de droit. Or, il s'agit d'un point de vue qui ne tient pas compte de la mesure dans laquelle les différents systèmes judiciaires, y compris celui du Canada, expriment forcément des choix d'ordre culturel. Le respect de l'individu, qui s'exprime souvent par rapport aux droits individuels, est un élément qui, bien qu'important, ne constitue pas la plénitude du droit. On peut imaginer différents systèmes juridiques, tous façonnés par la société dont ils sont issus et respectant tous l'autonomie individuelle.

C'est notamment le cas si nous considérons l'énorme diversité du droit entre les différents pays d'Europe. Dans la plupart des théories libérales, par exemple, le droit de disposer de ses biens constitue un droit individuel important. En Europe, toutefois, la définition même du mot «biens» (s'agissant d'aspects fondamentaux comme la notion de biens, la détermination des objets visés par les droits de propriété ou l'ampleur du contrôle qu'un propriétaire peut exercer sur ses biens) diffère grandement d'un pays à un autre. Cela peut vouloir dire par exemple, que les droits de propriété se rattachant à un pâturage de montagne en Suisse diffèrent grandement des droits correspondants dans d'autres pays. Or, cette différence peut fort bien être le résultat de facteurs culturels, comme l'importance d'un certain style de vie montagnard par rapport à l'image culturelle de la Suisse<sup>12</sup>. Cette politique peut être sage ou insensée, en valoir la peine ou non, mais rares sont ceux qui prétendraient qu'elle met des droits humains fondamentaux en péril. Elle signifie simplement que l'intérêt pour l'autonomie individuelle s'exprime de manière différente dans les deux pays.

Il en va de même des droits territoriaux ancestraux des autochtones. Un certain nombre de sociétés autochtones définissent les droits fonciers dans l'optique de la gérance du territoire. Des individus ou des groupes ont le droit d'utiliser et d'administrer un territoire donné, mais ce droit n'est pas conçu comme absolu, contrairement à la façon dont on conçoit le droit de propriété dans la partie continentale de l'Europe. La conception autochtone ne suppose pas, par exemple, le droit de disposer du territoire à sa guise. Au contraire, le droit à un territoire s'accompagne toujours de l'obligation d'en préserver la capacité de production<sup>13</sup>. Voilà qui semble limiter la liberté d'action individuelle, mais quand il s'agit d'évaluer l'effet de ce système sur les droits individuels, peut-on dire qu'il diffère vraiment beaucoup du modèle suisse? Tous les systèmes juridiques actuels limitent la portée du droit de propriété. La notion de gérance du territoire est-elle moins respectueuse de l'individu que les mécanismes de propriété non autochtones, assujettis à des règlements de zonage ou à des mesures de protection de l'environnement et du patrimoine culturel,

et qui autorisent la propriété conjointe? L'individualité, conçue comme la prise en charge de sa vie, peut être chérie et respectée dans l'un ou l'autre système<sup>14</sup>.

On retrouve semblable tolérance pour la diversité en matière de procédure pénale. La procédure en vigueur dans la partie continentale de l'Europe diffère grandement de celle issue de la *common law* britannique. Pourtant, rares sont ceux, parmi les gens qui ont une connaissance de l'approche continentale, qui affirmeraient qu'elle empiète sur les droits humains fondamentaux<sup>15</sup>. Cette diversité se retrouve également dans les traditions juridiques où les ressources de l'État sont mises à contribution pour imposer de très sévères châtiments. De nombreuses traditions autochtones privilégient des mesures beaucoup moins draconiennes, faisant appel à un processus de dialogue, de restitution et de réadaptation auquel toute la collectivité est associée<sup>16</sup>. Il s'agit d'une approche fondamentalement différente, enracinée dans les traditions culturelles autochtones, mais ce fait en soi ne la rend certainement pas moins respectueuse des droits individuels. Le simple fait que des facteurs d'ordre culturel interviennent dans le façonnement d'un système juridique ne met pas les droits individuels en péril. La coexistence de systèmes radicalement différents, reflétant des préférences culturelles différentes, ne mine pas pour autant l'autonomie individuelle.

L'élément fondamental est que l'attachement à l'autonomie individuelle s'exprime par des généralités. L'attachement total à l'autonomie est compatible avec un large éventail de structures, dont les contours précis peuvent tout à fait être façonnés par la culture d'une société. Autrement dit, l'attachement à l'autonomie individuelle peut prendre de multiples formes. L'autonomie individuelle n'est pas un principe unique et magique dont doit découler chaque aspect d'un système juridique. C'est une garantie minimale qui, dans la mesure où elle est respectée, est tout à fait compatible avec un ensemble de choix normatifs<sup>17</sup>.

Ces choix existent tout autant dans le droit européen que dans les traditions autochtones. Le respect de l'individualité constitue un des éléments du système juridique canadien, mais il ne constitue pas et ne saurait constituer l'ensemble du système<sup>18</sup>. Je m'étonne souvent de la tendance de certains observateurs à considérer divers aspects des traditions autochtones comme des limites à l'exercice des droits individuels, tout en acceptant sans discuter (sans s'en apercevoir, en fait) les limites analogues qu'impose le droit des non-autochtones. L'exemple le plus frappant, dans les débats survenus récemment au Canada, concerne l'argument selon lequel les droits territoriaux des autochtones sont contraires aux droits à la mobilité prévus par la *Charte* des droits et libertés, parce qu'ils limitent l'accès à un territoire particulier. En quoi ces limites sont-elles réellement différentes de celles résultant de la propriété privée? Le droit canadien permet aux propriétaires privés d'exclure les autres. Ces propriétaires peuvent même être des personnes morales, contrôlant l'accès à d'immenses territoires dans l'intérêt d'un certain nombre de personnes physiques. Si de telles limites sont compatibles avec les droits à la mobilité, il en va sûrement de même des droits ancestraux des autochtones.

Il semble que, dans une bonne partie de notre analyse, les choix inhérents à notre propre droit se soient fondus comme dans une toile de fond. Ils font maintenant, pour nous, partie du paysage et nous ne voyons plus jusqu'à quel point, par exemple,

le contenu même de la propriété (la définition des objets sur lesquels s'exerce l'autonomie individuelle) n'est pas naturel et éternel, mais le produit d'un choix conditionné par la culture. Il n'y a pas de raison pour que les peuples autochtones ne puissent effectuer ces choix d'une manière différente.

Il est par conséquent possible d'accepter dans le droit une certaine diversité, enracinée dans les différences culturelles. L'effet de la culture sur le droit ne s'arrête toutefois pas là. Les différences culturelles façonnent également les moyens par lesquels la protection de l'intérêt individuel est assurée.

Au Canada, l'un des moyens utilisés pour protéger les droits individuels a pour nom la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet instrument ne consacre toutefois pas directement la valeur générale d'autonomie. Il tente plutôt d'approfondir cet attachement d'ordre général en implantant un ensemble de garanties spécifiques.

Or, le libellé de ces garanties résulte forcément d'un contexte culturel particulier. Fondées sur l'existence de certaines institutions, ces garanties découlent fréquemment du vécu historique des sociétés européennes. Nous nous rendons compte de l'importance de la «liberté de presse», par exemple, en raison précisément de l'importance historique de la presse par rapport à l'expression des idées dans les sociétés européennes. Dans un contexte différent et avec des institutions différentes, la protection de l'autonomie individuelle prendrait peut-être une autre forme. Je ne voudrais pas laisser entendre par là qu'une liberté précise comme la liberté de presse ne revêt de l'importance que pour les Européens. Il est fort possible qu'il faille la protéger partout, même là où il n'existe pas encore de presse, par simple respect pour la totalité des formes d'expression. Je veux simplement dire que le libellé des garanties spécifiques n'est pas neutre du point de vue culturel. Il peut arriver que le contexte justifie certains aménagements.

Le droit de garder le silence constitue un bon exemple, ayant un lien direct avec la justice pénale. Chaque fois qu'il y a poursuites criminelles, où les ressources de l'État sont mobilisées contre un individu, avec possibilité d'un châtement très sévère, il peut s'avérer essentiel de garantir ce droit. Qu'arrive-t-il, toutefois, si le cas est traité par des moyens qui semblent de nature davantage thérapeutique (ou compensatoire) que punitive, comme la promotion d'un dialogue direct entre le «malfaiteur» et la victime, par exemple, avec pour seule conséquence possible la réparation des dommages causés? En de telles circonstances, y a-t-il une raison de garantir le droit de garder le silence? Ce droit est le produit de son contexte. Il est intimement lié au caractère spécifique du droit pénal. Si le contexte change, ce droit risque de se révéler ni nécessaire ni approprié. Même dans le système canadien, le droit de garder le silence n'existe que dans les poursuites criminelles. Ce droit n'existe pas dans les poursuites civiles visant à obtenir compensation à l'encontre du malfaiteur. Il peut même arriver qu'un suspect soit obligé de témoigner lors d'une enquête sur un décès qui lui est attribué (bien qu'il puisse faire exclure ce témoignage au moment de son procès). Si l'on devait mettre en place un système judiciaire autochtone qui se situerait à l'intérieur des paramètres décrits plus haut, le droit de garder le silence risquerait de s'y avérer sans objet.

Il importe donc de ne pas se laisser hypnotiser par une expression particulière des droits juridiques. Il ne faut pas, par exemple, considérer le libellé de la *Charte* des droits comme un code sacro-saint ou comme un substitut à l'individualité que cette charte était censée protéger. La valeur fondamentale demeure cette individualité, et non pas la façon précise dont elle s'exprime dans un document particulier (aussi pertinent que puisse être ce document par rapport à son contexte). Dans un éventuel système judiciaire autochtone, on voudra peut-être créer des garanties supplémentaires, directement adaptées à la nouvelle structure institutionnelle. D'autres garanties risquent quant à elles de perdre leur sens et de nécessiter une révision.

En fait, l'influence du contexte sur notre façon précise d'exprimer l'individualité est peut-être en grande partie responsable des divergences de vues sur la pertinence de la notion même de «droits» pour les collectivités autochtones. La notion de «droits humains fondamentaux» (ou du moins son caractère dominant) va peut-être de pair avec un État fort. Après tout, l'avènement d'instruments qui garantissaient expressément les droits individuels a coïncidé avec l'avènement des États-nations. Le champ d'application de ces instruments se limitait généralement à l'État. Ils ne s'appliquaient pas à tout l'éventail des pressions en faveur de la conformité qui s'exercent au sein du secteur privé (critique, ostracisme, menaces de sanctions religieuses) et qui ont aussi un effet contraignant sur l'action individuelle. Même dans les pays où les droits sont protégés contre les empiètements résultant d'une action de nature privée (au moyen de codes des droits de la personne, par exemple), on constate la présence d'un État fort qui agit comme garant de ces droits. Le langage des droits humains est peut-être particulièrement approprié au contrôle exercé par ou sur un appareil d'État coercitif. C'est peut-être dans les sociétés qui possèdent ce type d'État que la dominance de ce langage convient le mieux.

Dans les sociétés autochtones (du moins celles de la partie septentrionale de l'Amérique du Nord), par contre, les instances décisionnelles publiques, l'autorité d'exprimer les exigences de la justice et le pouvoir de la faire respecter étaient tous, par tradition, beaucoup plus dispersés. Ils étaient tributaires de mécanismes moins formels et plus diffus, qui ne font pas l'objet des chartes des droits. Aux yeux des Canadiens non autochtones, ces mécanismes semblent s'apparenter davantage à l'intervention privée qu'à l'intervention de l'État (bien que cette distinction tende à perdre son sens à défaut d'État inspiré du modèle européen). Dans ce contexte, le langage des droits risque d'avoir raté sa cible. Contre qui un droit était-il opposable? Contre ses voisins? Contre ses aînés? Contre le clan? Peut-être chérissait-on néanmoins la valeur essentielle de l'individualité, mais dans ce cas, elle se serait exprimée dans le langage de la liberté ou de la responsabilité individuelle plutôt que dans le langage des droits<sup>19</sup>

Cela signifie peut-être que pour les systèmes judiciaires mis en place aujourd'hui, le langage de la liberté revêtira davantage d'importance que celui des droits. Il faut toutefois se garder de sauter à pareille conclusion. En effet, bien qu'elles conservent des éléments de continuité importants, les sociétés autochtones ont évolué depuis l'arrivée des Européens. Ces sociétés sont incapables de retourner aux formes d'autorité qui existaient alors. Selon la forme que prendra le système judiciaire qui sera

mis en place, il se pourrait très bien que le langage des droits constitue désormais la meilleure façon de préserver le respect de l'individualité. Il n'en demeure pas moins, toutefois, que la solution pourra en toute légitimité être adaptée au contexte particulier des sociétés autochtones. Le simple fait qu'il existe un système judiciaire parallèle, reflétant la culture d'un peuple, ne signifie pas que l'intérêt individuel a été sacrifié sur l'autel des «droits collectifs». Il nous faut procéder à un examen plus approfondi, afin de déterminer si la valeur sous-jacente, celle de l'individualité, est protégée.

### *Objections fondées sur la légitimité de l'autorité*

Selon moi, le souci de protéger les droits individuels cache une autre objection, qui porte sur la compétence des institutions des sociétés autochtones. Dans ce cas, on s'inquiète non pas de ce que les coutumes autochtones font fi des individus, mais plutôt de ce que les sociétés autochtones ne disposent pas de garanties que la population canadienne non autochtone juge importantes.

Un fait récemment survenu en Colombie-Britannique illustre bien ce phénomène. Des Salish de la côte ont enlevé un membre de leur tribu et l'ont forcé à participer pendant quatre jours, contre son gré, à une cérémonie autochtone dans l'espoir de l'aider à trouver une solution à ses problèmes personnels<sup>20</sup>. J'imagine que de nombreux Canadiens non autochtones considéreraient cet événement comme une entrave flagrante à l'autonomie de la personne visée. Cette objection peut sembler, de prime abord, la même que celle dont j'ai traité plus tôt. Je crois plutôt qu'elle révèle une considération supplémentaire très importante. Dans ce cas-ci, on ne s'objecte pas tant au fait que l'on ait forcé une personne à suivre un traitement (ou, du moins, il ne s'agit pas là de la seule objection) qu'à la méthode employée pour parvenir à cette fin. La plupart des Canadiens sont prêts à accepter l'imposition d'entraves importantes aux libertés individuelles. Ainsi, nombreux sont disposés à concéder que l'on puisse quelquefois encourager fortement, peut-être même forcer, des gens à suivre une cure de désintoxication (par exemple, lorsqu'ils purgent une peine à la suite d'une infraction criminelle). Néanmoins, ces personnes estiment que seul l'exercice soigneusement réglementé du pouvoir public doit imposer de telles contraintes. Dans le cas d'enlèvement qui nous occupe, le problème primordial est l'absence de contrôle institutionnel, le fait que les membres de la tribu aient pris l'affaire en main.

Cette préoccupation à l'égard des contrôles institutionnels est profondément enracinée dans la culture juridique canadienne. Elle se reflète par la place prépondérante accordée à la procédure dans l'article 7 de la *Charte*, qui ne garantit pas directement les libertés, mais qui impose simplement des conditions à leur perte. En effet, cette privation doit être imposée «en conformité avec les principes de justice fondamentale». De la même façon, l'article 1 stipule que la limitation de ces droits, qui doit être confirmée par les tribunaux, doit être prescrite «par une règle de droit». Cette préoccupation à l'endroit de l'autorité équitable est particulièrement bien illustrée par le principe de «suprématie du droit». Il y en a au Canada qui peuvent s'insurger contre les mesures prises au nom de ce principe<sup>21</sup>, mais peu seraient en désaccord avec l'idée que l'on ne devrait permettre certaines formes de coercition qu'avec le



consentement d'une autorité légitime. Dans ce cas-ci, la légitimité équivaut généralement à des institutions officielles suivant les procédures établies.

Il s'agit là d'une des raisons sous-tendant la division traditionnelle des rôles entre le législatif et l'exécutif. Chacun de ces pouvoirs possède un caractère particulier destiné à appuyer son rôle. L'assemblée législative est le principal organe qui fait les lois. Largement représentative, elle s'acquitte de ses fonctions par l'entremise de débats publics et de l'adoption officielle des lois. Elle établit des lois par un processus prévisible et public en vertu duquel les citoyens peuvent, en théorie, exprimer leurs objections avant qu'une règle devienne loi. Pour sa part, l'exécutif, qui est composé exclusivement de membres du parti au pouvoir et ne fait pas l'objet d'un examen aussi minutieux, doit rendre ces lois effectives. L'exécutif ne peut toutefois aller directement à l'encontre des intérêts des personnes sans l'autorisation de l'assemblée législative. Cette division des rôles préserve donc l'efficacité de l'exécutif, tout en prévoyant un contrôle public et populaire des mesures prises au détriment des personnes.

L'importance ainsi accordée aux contrôles gêne l'acceptation de systèmes judiciaires autochtones parallèles. Les sociétés autochtones traditionnelles, où le pouvoir de décision est réparti dans l'ensemble de la population et où l'on tend à faire appel à des normes tacites plutôt qu'à des promulgations officielles, ne possèdent pas nombre des procédures de contrôle formelles auxquelles est habituée la population canadienne non autochtone. Ces sociétés accordent une plus grande importance au consensus et à l'autorité que confère la sagesse. Aux yeux de nombreux Canadiens non autochtones, cette manière de procéder est dangereusement dénuée de caractère officiel et risque d'assujettir les intérêts personnels à des décisions improvisées et arbitraires.

Leur inquiétude résulte souvent de la méconnaissance des processus de prise de décision des sociétés autochtones et du fait que l'on ne se rend pas compte des contrôles très réels que représentent la discussion et la recherche d'un consensus. Cette inquiétude peut aussi découler de l'importance trop grande accordée à l'efficacité et à la stabilité des institutions officielles, de l'incapacité à reconnaître la force d'une éthique qui privilégie la prise de décision par la collectivité et le respect de la responsabilité individuelle et qui est solidement établie dans les sociétés autochtones. Au fond, les institutions non autochtones dépendent, elles aussi, en fin de compte, de la force d'une telle éthique.

Néanmoins, l'existence de cette objection illustre bien comment la question générale d'un système judiciaire autochtone parallèle peut être englobée dans la question plus fondamentale de la confiance dans les institutions autochtones. L'acceptation du principe général peut dépendre de la justification détaillée de dispositions institutionnelles très précises. Je conviens qu'une telle observation semble souvent condescendante, surtout si l'on tient compte du très faible rendement du système judiciaire canadien. Cependant, on se trompe en écartant cette question tout simplement parce que le système actuel est inadéquat. Sur le plan de la *realpolitik*, il s'agira vraisemblablement d'une préoccupation véritable des Canadiens non autochtones au moment de toute négociation. Toutefois, il est encore plus important de noter que certains membres de collectivités autochtones expriment des craintes

semblables. Par exemple, il suffit de songer à l'inquiétude de certains groupements féminins autochtones à l'égard du traitement des infractions sexuelles par les tribunaux traditionnels<sup>22</sup>.

La justice autochtone n'est pas simplement une question de retour aux institutions traditionnelles. Le contexte de la vie autochtone a évolué, tout comme les collectivités elles-mêmes. La difficulté consiste à réinventer des institutions autochtones qui soient inspirées des traditions et des idées indigènes tout en étant adaptées à la nouvelle situation. Pour empêcher les abus, il faudra peut-être concevoir des mécanismes d'équilibre qui n'étaient pas nécessaires il y a deux cents ans ou qui existaient sous une forme très différente. Je ne suggère pas que les institutions autochtones reflètent celles des non-autochtones. Cela irait largement à l'encontre du but de créer des systèmes judiciaires distincts. En outre, la créativité a certainement droit de cité. Je dis simplement que, en définitive, il pourrait être absolument fondamental de prêter une très grande attention aux contrôles institutionnels et de procédure pour obtenir l'acceptation d'un système judiciaire parallèle.

### *Objections fondées sur l'égalité*

La présente section porte sur la deuxième objection importante à l'instauration d'un système judiciaire autochtone parallèle : l'idée selon laquelle des systèmes distincts, et, tout particulièrement, des systèmes qui semblent fondés sur la race, sont toujours inégaux en soi. Certains partisans de cet argument estiment qu'une telle séparation violerait un principe fondamental du droit canadien, en l'occurrence, l'égalité de tous devant la loi et en vertu de la loi. On assisterait peut-être à l'éclosion d'une hiérarchie de droits, d'une hiérarchie de citoyenneté, dans le cadre de laquelle certains Canadiens seraient séparés des autres et peut-être au-dessus des autres, créant ainsi des ghettos privilégiés ou défavorisés qui seraient définis selon l'ethnie. Cependant, l'égalité exige-t-elle que tous les membres de la société soient traités exactement de la même manière, que tous soient soumis à un seul système judiciaire? Quel est le sens du terme «égalité» dans ce contexte?

### **Définitions de l'égalité**

L'égalité ne peut absolument pas être considérée comme une absence de distinctions. Comme le dit le vieux cliché, en élaborant des lois on crée nécessairement des distinctions. Même le droit pénal distingue des autres ceux qui ont commis les éléments d'une infraction. La norme de l'égalité n'interdit que certains genres de différenciations qui sont considérées illégitimes. La définition précise de l'illégitimité est matière à discussion. Il est de toute évidence inopportun de prendre ici la défense de telle ou telle théorie de l'égalité. Je limiterai donc mes commentaires à une discussion des rapports entre les systèmes judiciaires autochtones parallèles et les éléments communs aux diverses définitions de l'égalité.

Pour déterminer la légitimité d'une distinction, les théories de l'égalité se concentrent habituellement sur deux facteurs étroitement liés : premièrement, la nature et la portée du désavantage subi et, deuxièmement, les motifs en faveur de la distinction.

Selon pratiquement toutes les théories, il faut qu'un désavantage soit imposé à une personne ou à un groupe pour qu'il y ait inégalité. D'après certaines théories, tout désavantage matériel suffit. Cependant, dans la plupart des cas, le désavantage doit être d'une nature particulière, habituellement l'avisement de la valeur morale d'une personne. Par exemple, dans l'arrêt *Laird v. Society of B.C. c. Andrews*<sup>21</sup> (la principale décision de la Cour suprême du Canada sur la garantie d'égalité de la *Charte*), le juge McIntyre a souligné cet élément lorsqu'il a suggéré que l'égalité a pour but de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération<sup>22</sup>». Cet accent sur la valeur morale de la personne est également évident lorsqu'il est avancé ailleurs dans *Andrews* que la garantie d'égalité se préoccupe particulièrement de l'imposition de désavantages à des [traduction] «minorités distinctes et isolées<sup>23</sup>». Une telle imposition est répréhensible parce qu'elle conforte l'impression que ces groupes, qui vivent déjà en marge, méritent moins que quiconque que la société s'intéresse à eux et que les membres de ces groupes sont, d'une façon ou d'une autre, des citoyens de deuxième classe. Selon la plupart des théories, cet avisement rend inutile la présence de désavantages supplémentaires, qu'ils soient de nature financière ou autre. On trouve l'une des expressions les plus influentes de cette opinion dans l'arrêt *Brown v. Board of Education* de la Cour suprême des États-Unis. D'après ce document, «les établissements d'enseignement distincts sont en soi inégaux<sup>24</sup>» [traduction] en raison du sentiment d'infériorité engendré par la ségrégation. Par ailleurs, le juge Harlan avance, dans son jugement dissident de la cause *Plessy v. Ferguson*, que la séparation arbitraire des citoyens est «un signe de servitude totalement incompatible avec les libertés civiles et l'égalité devant la loi qui sont établies par la Constitution<sup>25</sup>». [traduction]

Souvent, les analyses de l'égalité se concentrent aussi sur les raisons de la distinction. Selon certaines théories, toute distinction dénuée de liens rationnels ou suffisants avec la différence de traitement constitue une inégalité. De nombreuses autres théories examinent si la distinction repose sur des motifs qui, une fois de plus, laissent supposer le rejet de la valeur morale, parce que cette distinction est quelquefois fondée sur des caractéristiques personnelles sur lesquelles un individu n'a aucun contrôle. Dans l'arrêt *Andrews*, la cour a statué que toute distinction fondée «sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe» (par opposition à celles qui reposent sur les mérites ou les capacités propres à cet individu) pourrait très vraisemblablement équivaloir à de la discrimination. Dans ce cas, on a également employé l'expression «minorités distinctes et isolées» lors de la description des motifs qui seraient considérés illégitimes<sup>26</sup>. On avance très souvent que certains motifs sont, en général, tellement dépourvus de justification rationnelle ou qu'ils sont tellement liés à la négation de l'égalité de la valeur morale, qu'il ne fait pratiquement aucun doute que les distinctions fondées sur ces raisons sont mauvaises. Les distinctions reposant sur la race constituent probablement l'exemple le plus courant.

### Avantages et inconvénients

La reconnaissance d'un système judiciaire autochtone parallèle crée-t-elle le genre de désavantage qui fait fi de l'égalité?

Certains critiques de l'autonomie gouvernementale suggèrent, en effet, que l'existence d'institutions autochtones distinctes désavantagerait matériellement les peuples autochtones. Selon eux, la séparation retarderait la participation pleine et entière des peuples autochtones à la vie économique canadienne et les maintiendrait dans leurs «ghettos». Souvent, ces remarques se doublent d'attaques contre la culture autochtone. On prétend ainsi que, même si les traditions autochtones fonctionnaient probablement bien avant les premiers contacts avec les Européens, elles sont tout à fait incompatibles avec la société contemporaine.

Je n'ai pas l'intention de répondre en détail à l'argument empirique selon lequel les structures de l'autonomie gouvernementale perpétueraient les désavantages économiques. Cependant, je doute que cet argument soit véridique. En effet, la tendance récente vers l'accroissement du contrôle des autochtones semble avoir amélioré plutôt qu'empiré le sort des collectivités autochtones. De plus, il existe de bons motifs de croire qu'un peuple confiant en son identité, qui a un sens prononcé des responsabilités et du respect de soi, sera probablement plus efficace au niveau économique. Autrement dit, il est erroné de croire que la reconnaissance d'institutions autochtones distinctes entraînera nécessairement le repliement des collectivités. Il se peut bien qu'un certain sentiment de sécurité chez soi et la confiance en sa propre identité soient des conditions préalables essentielles au fonctionnement efficace d'une personne à l'extérieur d'une collectivité donnée. En tout cas, il est extraordinairement difficile de prédire l'incidence qu'aurait l'instauration d'institutions autochtones, en particulier de systèmes judiciaires autochtones, sur le bien-être économique.

D'une façon plus importante, je crois que l'on peut aussi rejeter l'argument de la «formation de ghettos» en raison de sa condescendance stupéfiante. Le présent document suppose que les gouvernements autochtones jouissent de l'appui de la population visée. Si tel est le cas, la création d'un système judiciaire serait le fruit d'une décision prise par la collectivité en faisant appel à des mécanismes dont la légitimité, aux yeux des peuples autochtones, équivaldrait à celle des institutions gouvernementales non autochtones pour les peuples non autochtones. Les Canadiens non autochtones n'auraient alors sûrement aucune raison d'annuler la décision.

Telle est sans nul doute la situation pour ce qui est des objections fondées sur l'économie, étant donné leur caractère hautement spéculatif. Cependant, à un niveau plus fondamental, même si l'instauration d'un système judiciaire autochtone avait des conséquences économiques défavorables, de quel droit pourrions-nous dénier aux peuples autochtones le pouvoir de décider? Nous permettons à nos propres gouvernements de poursuivre des objectifs différents de ceux qu'impose le libéralisme économique. Pourquoi devrions-nous passer outre à des choix semblables qui seraient faits par les peuples autochtones?

Nous n'avons tout simplement aucune bonne raison de priver les autochtones de leur pouvoir de décider. Une telle privation constituerait une négation de l'égalité morale et irait à l'encontre de la reconnaissance de l'égalité de la valeur morale. On s'entend généralement pour dire que cette reconnaissance est une valeur fondamentale dans le domaine de la théorie de l'égalité.

Ceci m'amène à traiter du second genre de désavantage auquel j'ai fait allusion plus tôt. Si les peuples autochtones étaient régis par un système judiciaire distinct, souffriraient-ils du même préjudice moral que celui causé par la ségrégation des Afro-Américains? J'ai déjà répondu largement à cette question ailleurs dans le présent document. Une telle atteinte n'existe pas, à moins que l'on suppose que, dans ce cas-ci, les motifs à l'appui de la distinction nient la valeur morale d'une manière évidente (je parlerai de cette possibilité ci-dessous). Au contraire, la justification même de la libre expression des traditions judiciaires autochtones par le biais d'institutions repose sur le respect de l'individualité et sur l'importance de la culture dans l'épanouissement de celle-ci. De plus, ce sont les peuples autochtones eux-mêmes qui exigent, par la voix de leurs représentants, que l'on tienne compte de leurs traditions. Enfin, toute personne qui voudrait rejeter cette solution pourrait le faire en choisissant de s'exclure des collectivités autochtones<sup>39</sup>.

Jusqu'ici, la présente discussion s'est concentrée sur les désavantages que risqueraient de subir les peuples autochtones. L'objection est habituellement formulée ainsi. Cependant, l'argument est quelquefois présenté du point de vue opposé, particulièrement dans les discussions publiques. Des Canadiens non autochtones craignent que les autochtones soient mieux traités qu'eux par un système judiciaire distinct, et que ce système soit plus clément pour les autochtones qui commettent des meurtres ou des agressions sexuelles ou qui effectuent de la contrebande de cigarettes. Un tel argument ébranle-t-il celui qui favorise un système judiciaire autochtone?

D'entrée de jeu, je prends pour hypothèse que le système judiciaire autochtone nouvellement créé serait assez efficace et intègre. Ceci explique en partie ma discussion précédente de la compétence des institutions. Des procès inefficaces ou entachés de corruption peuvent exister dans n'importe quel système. Par conséquent, à moins que l'on prouve qu'un système autochtone ne pourrait exercer de contrôle sur ces problèmes, il ne vaut pas vraiment la peine de fonder notre discussion sur l'hypothèse qu'ils pourraient se produire. Par conséquent, il faut se demander si la simple existence d'un traitement différent est inacceptable parce qu'il pourrait ainsi sembler que les autochtones sont traités avec plus d'indulgence que les autres citoyens.

J'estime que les normes fondamentales de conduite imposées à l'ensemble de la société, y compris aux peuples autochtones, devraient être foncièrement uniformes. Les autochtones conserveraient leur statut au sein de la collectivité pancanadienne au sens large (ainsi que leur statut distinct à l'intérieur de leurs propres collectivités). À la suite de l'octroi de ce statut, on s'attendrait au maintien de certaines normes fondamentales de conduite. Par exemple, cela signifie que les collectivités autochtones devraient interdire de façon aussi efficace que les collectivités non autochtones les infractions criminelles les plus graves (sans nécessairement faire appel au droit criminel commun). Toutefois, cela ne devrait pas poser de problème si l'on se fie aux propositions relatives à l'autonomie gouvernementale. Un conflit réel pourrait exister si les peuples autochtones étaient régis par des procédures différentes, si l'on avait tendance à prononcer des sentences plus clémentes ou si l'on appliquait d'autres normes pour les infractions mineures. Jusqu'à quel point un traitement différent est-il acceptable en vertu du droit criminel?

Celui-ci autorise déjà quelques différences. Les sentences et quelques aspects de la procédure criminelle (par exemple, la déjudiciarisation et la protection de la jeunesse) dépendent des caractéristiques propres à chaque accusé. Même la définition des infractions graves varie d'un endroit à l'autre, si l'on tient compte des infractions provinciales et fédérales et des crimes liés aux régimes de réglementation des provinces. De plus, ces variantes sont particulièrement prononcées dans les domaines qui intéressent les peuples autochtones au plus haut point (le maintien de l'ordre, la détermination de la sentence et le remplacement des peines par des thérapies).

Ces différences reposent en partie sur le principe selon lequel le droit pénal s'intéresse à la responsabilité morale des personnes et, si possible, à leur réadaptation. Certaines variantes individuelles sont acceptables parce que, pour être efficace, la réadaptation doit tenir compte des besoins de la personne visée et des occasions qui se présentent à elle. Il semblerait que les mêmes principes pourraient justifier la prise en compte des traditions autochtones. Dans la mesure où la confiance en soi et le sens des responsabilités dépendent d'un certain degré de sécurité culturelle et dans la mesure où les collectivités autochtones disposent des ressources nécessaires à la réadaptation, on pourrait justifier une solution fondée sur les objectifs du droit criminel lui-même. Même s'il est vrai que les contrevenants non autochtones ne pourraient tirer profit de cet avantage, on ne devrait pas s'appuyer sur cette seule raison pour le refuser aux autochtones. Les juges déterminent la peine en fonction du caractère de l'accusé, même si ce caractère n'est pas partagé par d'autres personnes accusées du même crime. C'est d'ailleurs ce qui explique la gamme de sentences possibles. Cette façon de faire est acceptable. Agir autrement équivaudrait à appliquer une justice implacable et insensible aux caractéristiques propres à chaque individu.

Par ailleurs, dans le cas des peuples autochtones, on peut avancer l'argument en faveur d'une différence de traitement avec encore plus de vigueur. L'argument énoncé dans le paragraphe précédent serait valable même si le système judiciaire actuel traitait tous les contrevenants d'une façon identique. Toutefois, l'ensemble des enquêtes sur la justice et les autochtones ont fait la constatation importante suivante : l'administration de la justice affecte sérieusement les peuples autochtones, et ce d'une façon disproportionnée. Le sort des contrevenants autochtones est pire que celui des autres dans le cadre du système actuel. Il nous faut donc choisir non pas entre une solution neutre à l'endroit des peuples autochtones et une autre qui leur serait plus favorable, mais plutôt entre une solution préjudiciable aux contrevenants autochtones et une autre qui leur est bénéfique.

Dans de telles circonstances, si nous visons l'égalité essentielle – ou même si nous voulons seulement prêter une attention à peu près égale au bien-être de chaque personne – nous ne pouvons insister sur un traitement absolument identique pour tous. Une telle formule créerait des inégalités, étant donné que les contrevenants autochtones seraient systématiquement traités plus sévèrement que les non-autochtones. Dans le domaine des droits de la personne, il existe un principe bien établi selon lequel on peut, au nom de l'égalité, traiter différemment divers groupes de la société si une politique affecte ceux-ci à des degrés différents<sup>10</sup>. Telle est la situation dans le cas qui nous occupe. Notre conception de l'égalité devrait être suffisamment souple pour tenir compte du traitement différent dont font déjà l'objet les autochtones aux mains de la

justice. Leur traitement est pire que celui qui est infligé aux autres. Pour que les autochtones soient traités dans un esprit d'égalité, il nous faut reconnaître leurs caractères distinctifs.

### **L'égalité et la citoyenneté**

Il semble quelquefois que ceux qui s'objectent au nom de l'égalité ne soient pas vraiment intéressés à ce que toutes les personnes jouissent d'une attention équivalente ou que la loi ait des répercussions à peu près équivalentes pour tous. On dirait plutôt que leurs buts n'ont rien à voir avec la protection des individus. Ces objections insistent sur l'uniformité du traitement tout simplement parce que, dans un pays, l'ensemble des citoyens doit être soumis aux mêmes lois et obéir aux mêmes règlements. L'obéissance à ces lois constitue un élément de l'identité collective des citoyens et l'une des raisons d'être d'un pays. De préconiser un traitement différent suppose que l'ensemble des règles communes n'est pas assez bon pour certains éléments et que ces éléments du peuple sont supérieurs aux autres. Cette objection a une qualité presque viscérale et a plus à voir avec le nationalisme, l'identification avec un pays, qu'avec un intérêt pour les droits individuels.

En fait, cet argument a un brin de validité. Il se peut bien que, pour être membre d'une société et bénéficier des avantages de celle-ci, il faille accepter certaines normes – des normes fondamentales essentielles au maintien de la coopération. C'est ce je soutenais lorsque je disais qu'il se peut que la participation au sein de la société canadienne en général requière une certaine uniformité des normes minimales de conduite qui soit confirmée par le droit pénal ou d'autres moyens. Il nous faudrait cependant prendre soin de ne pas exagérer le besoin d'uniformité. Il arrive qu'on veuille rendre la loi plus uniforme qu'il le faut, à l'instar de certains courants du nationalisme qui insistent pour que la culture soit plus homogène que nécessaire.

En fait, au Canada, la structure gouvernementale n'a jamais atteint le degré d'uniformité que présuppose cette objection. L'existence même du fédéralisme part du principe qu'il est légitime que le droit puisse varier selon la partie du pays où l'on se trouve. Bien qu'indirectement, cette diversité touche même le droit pénal par le biais du contrôle exercé par les provinces sur le maintien de l'ordre, les poursuites, l'institution de cours de justice, certains éléments du système correctionnel et d'autres mesures connexes comme la protection de la jeunesse<sup>11</sup>. Ces différences ne semblent pas avoir empêché les Canadiens et les Canadiennes de continuer à coopérer entre eux. D'autres fédérations tolèrent des variations encore plus importantes en matière criminelle. Ainsi, aux États-Unis, les infractions criminelles graves relèvent de la compétence des États, et les compétences en matière judiciaire sont rigoureusement réparties entre les cours des États et celles de la fédération. Étant donné le degré de tolérance, l'idéal de la citoyenneté canadienne est sûrement suffisamment flexible pour permettre l'existence de systèmes judiciaires autochtones parallèles.

### **Les motifs de la distinction**

Il existe cependant une différence importante entre les variantes inhérentes au fédéralisme et celles que je propose dans le présent document : elle se situe au

niveau des motifs de la distinction. Dans le fédéralisme, les divers régimes juridiques sont fondés sur des divisions territoriales. Par ailleurs, dans le cas qui nous intéresse, les divers régimes s'appuieraient ostensiblement sur des distinctions d'ordre culturel et, peut-être même, d'ordre racial. Pour de nombreux Canadiens et Canadiennes non autochtones, les distinctions reposant sur de tels motifs sont suspectes en soi, sinon intolérables.

Selon de nombreuses théories de l'égalité, la légitimité des motifs de distinction repose en fin de compte sur la possibilité de les justifier, sur l'existence d'un lien rationnel avec leurs répercussions. Même lorsqu'on met en évidence certains motifs tels que la race, le sexe, l'origine ethnique, on le fait habituellement parce que ces caractéristiques justifient rarement, sinon jamais, des différences de traitement. Dans le présent document, surtout dans la deuxième section, nous avons analysé en détail l'existence d'un lien fort et rationnel entre les différences culturelles et l'administration de la justice pénale, un lien qui ne nie pas la valeur morale. Cette discussion pourrait sembler mettre un terme à la question. Cependant, les apparences donnent souvent à penser que les objections à l'autonomie gouvernementale des autochtones se situent à un niveau plus profond, qu'elles ne sont pas tant fondées sur une évaluation rationnelle de la justification que sur une réaction presque instinctive contre les distinctions reposant sur la race. Je voudrais maintenant traiter de l'à-propos de cette réaction.

Il existe effectivement de très bonnes raisons de se méfier des distinctions fondées sur la race. De nos jours, l'ascendance biologique détermine très rarement le choix du comportement à adopter à l'endroit de l'individu. La seule exception qui me vient à l'esprit est celle de la prévention des maladies qui sont propres à une race, comme la drépanocytose. Toutefois, l'argument en faveur de la justice autochtone repose-t-il sur des distinctions raciales? Il ne s'appuie pas sur des différences biologiques, mais plutôt sur des particularités culturelles : l'histoire distincte des peuples autochtones, la structure particulière de leurs discussions publiques, et leur façon concevoir l'ordre public. Par conséquent, à tout le moins au niveau de la justification, la présente analyse fait appel à la distinction en fonction de la culture plutôt qu'en fonction de la race.

Pourtant, si la justice autochtone s'applique aux peuples autochtones, est-ce que l'on n'institue pas en fait une distinction fondée sur la race, peu importe la justification? Cependant, telle n'est pas la situation au sens strict. Traditionnellement, les peuples autochtones n'étaient pas des sociétés fermées définies sous l'angle de la pureté raciale. Ils absorbaient souvent des personnes provenant d'autres peuples et les acceptaient comme membres à part entière de leurs propres groupes<sup>32</sup>. À cette fin, on avait très souvent recours à l'adoption. La parenté constituait un puissant indice de l'engagement envers la collectivité, sans toutefois être un critère exclusivement biologique. On pouvait la conférer artificiellement pour inclure d'autres personnes dans le groupe. Ces derniers temps, les peuples autochtones ont établi des critères d'appartenance qui, de la même façon, accordent plus d'importance à la reconnaissance par la collectivité qu'à des caractéristiques exclusivement raciales. Nul doute que la plupart des membres des peuples autochtones seront toujours de descendance



autochtone. Cependant, ces peuples eux-mêmes avouent qu'une personne peut devenir membre par d'autres moyens.

Mais ce n'est pas tout. Il est très peu probable qu'un système judiciaire autochtone s'applique purement et simplement aux seuls membres d'un peuple autochtone donné. En premier lieu, de nombreux systèmes de cet ordre auraient une forte composante territoriale. Ils s'appliqueraient à des peuples autochtones, mais seulement à l'intérieur d'un territoire donné, ou alors ils toucheraient toutes les personnes qui se trouvent sur ce territoire, y compris les non-autochtones. Dans ce dernier cas, la situation ne semble pas très différente de celle qui prévaut dans les provinces actuelles, surtout si l'on songe qu'au moins l'une d'entre elles (le Québec) permet de toute évidence de tenir compte de la diversité culturelle. La condition stipulée dans le premier cas est également très importante, étant donné qu'un élément de choix serait introduit dans le système. En effet, les membres d'un peuple autochtone qui ne voudraient pas être soumis à un tel régime pourraient y échapper en quittant le territoire où il s'applique. Les autochtones disposeraient ainsi d'un plus grand choix que les citoyens de la plupart des pays, qui doivent trouver un autre État qui soit prêt à les accueillir avant de pouvoir émigrer. En second lieu, même si un système judiciaire autochtone n'était pas lié à un territoire donné, les personnes pourraient probablement choisir de sortir de ce système et d'être régies par le système pénal commun. Une fois de plus, l'application du régime conserverait un élément de choix. Il s'agit en fait de la structure envisagée dans la *Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (27 juin 1989)* que l'Organisation internationale du travail a récemment adoptée. Selon ce document, les peuples autochtones ont le droit de conserver leurs propres institutions, mais ils ont aussi le droit de choisir de renoncer à ces institutions et d'adopter celles de la société en général, et ce, sans faire l'objet de discrimination<sup>11</sup>

Par conséquent, la race ne jouerait pas vraiment de rôle prépondérant dans un système judiciaire autochtone parallèle. Celui-ci s'écarte d'une façon importante des facteurs biologiques, tant dans sa justification que dans son application.

Cela dit, la coïncidence indéniable de la culture et de la race complique la situation, un fait que nous, les universitaires, n'avons pas suffisamment étudié. Notre usage de la langue est en partie responsable de cette coïncidence. Nous nous servons couramment des mêmes termes pour faire allusion à l'identité culturelle et à l'identité ethnique, ce qui a pour effet d'estomper les distinctions. On crée un problème semblable en utilisant le mot «Québécois» pour faire allusion tant à l'appartenance politique qu'à l'origine ethnique québécoise; les rapports entre l'un et l'autre concept deviennent ainsi ambigus d'une façon très gênante. De plus, dans le cas des peuples autochtones, il existe dans les faits une très grande coïncidence de l'identité culturelle et de l'identité ethnique. Le processus d'assimilation a fortement joué en faveur de la société non autochtone : au cours des derniers siècles, très peu de non-autochtones ont parcouru le chemin inverse et adopté la culture d'un peuple autochtone. Cela revient à dire que presque tous ceux et celles qui sont autochtones au plan culturel le sont aussi au plan ethnique. Les distinctions véritablement culturelles tendent à correspondre exactement aux distinctions ethniques. À cette

situation s'ajoute le fait que les peuples autochtones eux-mêmes et, dans une plus large mesure encore, la législation fédérale s'appuient fortement sur la filiation et la parenté pour déterminer l'appartenance. Cette façon de faire repose sur de bonnes raisons qui n'ont rien à voir avec le racisme: dans les collectivités relativement petites qui ne disposent pas de structure centralisée de l'autorité (c'est-à-dire des collectivités dont l'existence a déjà été menacée par des voisins hostiles et, plus récemment, par l'érosion de leur assise territoriale), la filiation (y compris la parenté fictive créée par l'adoption) est un bon test de l'engagement envers la collectivité. Enfin, on ne peut s'empêcher de se demander si, à un certain niveau fondamental, notre origine ethnique n'entre pas dans notre conception de l'identité, que nous le voulions ou non<sup>34</sup>. Ainsi, je suis frappé par la lutte difficile que mènent les enfants autochtones adoptés pour recouvrer leur identité, même ceux qui sont élevés totalement dans un milieu non autochtone. Une identité autochtone peut, en partie, leur être imposée de l'extérieur. Toutefois, il se peut que quelque chose de plus profond sous-tende cet état de choses : le besoin de comprendre notre identité dans un contexte cohérent nous force peut-être à accepter des aspects de notre histoire qui n'ont eu sur nous qu'une influence biologique.

Ces questions troublantes méritent une étude plus poussée. Néanmoins, elles n'ébranlent pas l'argument selon lequel un système judiciaire autochtone parallèle est acceptable parce que la race n'entre pas suffisamment en ligne de compte. Par l'instauration de l'autonomie gouvernementale autochtone, nous faisons place à l'expression d'un patrimoine culturel distinct, tout comme la province de Québec sert de lieu d'expression du patrimoine des Québécois francophones. Bien qu'il puisse y avoir une correspondance importante entre la portée d'un système judiciaire autochtone et un groupe d'origine ethnique autochtone, elle n'implique pas le rejet de la valeur morale des individus ni l'imposition à des personnes autochtones d'un ghetto défini en fonction de l'ethnie.

## Conclusion

Selon le présent document, on peut justifier l'instauration d'un système judiciaire autochtone parallèle dans certaines circonstances. De par sa nature, cette justification est limitée. On ne suggère pas qu'un système entièrement distinct soit essentiel ou même souhaitable. Il se peut bien qu'une séparation soit inutile. L'argument repose sur l'octroi d'un avantage très précis (bien que très important) aux peuples autochtones: le maintien d'un certain lien de parenté, ainsi que la préservation d'institutions publiques au sein desquelles les autochtones peuvent discuter de la justice et de l'ordre social selon un point de vue qui leur est propre. Cet avantage constitue l'argument fondamental en faveur de la séparation. Le niveau de séparation devrait aussi dépendre de la volonté d'obtenir l'avantage en question.

Par ailleurs, le présent document répond à certaines objections soulevées contre le système de justice autochtone. Ces réponses revêtent, dans ce cas-ci également, un caractère très particulier. Elles reconnaissent que l'individualité et l'égalité sont des valeurs très importantes. Elles avancent simplement que la séparation en soi ne met

pas ces valeurs en péril. On peut donc créer des systèmes judiciaires autochtones parallèles d'une façon qui respecte l'individualité et l'égalité. Cependant, les systèmes distincts ne satisferont pas tous aux exigences de l'individualité et de l'égalité. Il faudra examiner en détail chacun des systèmes pour s'assurer qu'ils respectent réellement ces valeurs.

En outre, cet examen doit se réaliser dans le contexte des collectivités autochtones actuelles et prendre en compte le besoin de contrôles institutionnels visant à empêcher les abus. Il faudra presque certainement modifier les institutions qui existaient avant les premiers contacts avec les Européens. La longue période de colonisation peut avoir affaibli l'autorité des institutions traditionnelles. Il faudra peut-être rétablir celle-ci graduellement. Il se peut que, contrairement aux institutions antérieures aux premiers contacts, les gouvernements autochtones actuels disposent de pouvoirs coercitifs qui nécessiteront la mise en place de garanties plus nombreuses contre les abus potentiels. Il faudra peut-être trouver des solutions différentes de celles qui ont été utilisées par le passé, étant donné la croissance d'une société vaste et complexe aux alentours de nombreuses collectivités autochtones, les pressions exercées sur les activités économiques traditionnelles et l'introduction dans les collectivités autochtones de nouvelles technologies et de nouveaux dangers, tels que la drogue. Par exemple, le bannissement ne peut plus servir de sanction contre les crimes graves, du moins pas de la même façon. Les idées des peuples autochtones eux-mêmes ont sans doute évolué, ce qui justifie l'apport de changements au système judiciaire autochtone.

Ainsi, la forme que prendra l'adaptation culturelle pourrait très bien varier d'un peuple à l'autre et elle devra être réinventée. Elle aura ceci de particulier, cependant, que la nouvelle formule tiendra compte du patrimoine distinctif des peuples autochtones. Le dialogue devrait se poursuivre.

## Notes

1. Voir par exemple: Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Commissioners' Report* (Nova Scotia: Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, 1989); *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (Winnipeg: Imprimeur de la Reine, 1991); *Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta* (Edmonton: Gouvernement de l'Alberta, 1991); Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale: égalité, respect et justice* (Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1991). Voir également Michael Jackson, «Locking Up Natives in Canada» (1989) 23 U.B.C. L. Rev. 215.
2. Il ne s'agit pas d'une simple question de réalisme juridique. Il ne s'agit pas pour les juges de faire tout simplement ce qu'ils veulent, sans égard au droit ou à la justice. Au contraire, comme j'en formulerai l'hypothèse plus loin, les droits autochtones (y compris les droits territoriaux) font nécessairement intervenir conjointement une appréciation de l'histoire et la prise en considération des relations entre autochtones et non-autochtones. Voir: Webber, «Rapports de force, rapports de justice: la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et

colonisés», document produit pour le Réseau québécois du programme «Droit et société» de l'Institut canadien des recherches avancées.

3. On trouvera une analyse importante de l'ampleur de la notion d'autodétermination, présentant quelques affinités avec l'argument énoncé ici, dans Avishai Margalit et Joseph Raz, «National Self-Determination» (1990), *J. of Philosophy* 439. Comparer également avec W.Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Oxford University Press, 1989).
4. Les notions de culture et de tradition évoquées ici sont proches, dans des contextes différents, de celles qu'utilisent Clifford Geertz et J.G.A. Pocock. Voir: Geertz, «Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture» in Geertz, *The Interpretation of Cultures* (New York: Basic Books, 1973), 3; Pock, *Politics, Language and Time: Essays on Political Thought and History* (New York: Atheneum, 1973), en particulier le premier et le septième essai (bien que ce dernier se rapporte à un point de vue délibérément «traditionaliste» et pas seulement indirectement inspiré par cette tendance). Le contexte autochtone soulève des thèmes étrangers à ceux de la pensée politique occidentale qui est au centre des travaux de Pocock, bien que ce dernier s'intéresse depuis peu aux questions autochtones: «Law, Sovereignty and History in a Divided Culture: the Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi» (Iredell Memorial Lecture, Lancaster University, 10 octobre 1991) [inédit]. L'analyse qui suit a également été influencée par les ouvrages de Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology* (New York: Basic Books, 1983), Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1988), et enfin Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (New York: Crossroad, 1988).
5. J'admets que la nouvelle conception de la culture décrite dans ces paragraphes peut sembler s'écarter grandement de la façon dont les personnes appartenant à une culture spécifique la perçoivent elles-mêmes. Je ne peux que reprendre l'argument que j'invoquais dans les derniers paragraphes de l'introduction. Je crains fort que, malgré le fait que nous ne parlons habituellement pas des cultures en ces termes, toutes les cultures, y compris celles qui sont relativement stables, supposent jusqu'à un certain point l'ouverture décrite ici. Elles permettent forcément des interprétations successives. Le reste du présent document s'inspire très fortement de cette conception. Il en est tributaire en fait.
6. Je développe davantage cet argument dans *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution* (qui doit paraître en 1993). Comme je l'affirme ici, je ne crois pas que cette vision soit limitée à un pays aussi divisé, en apparence, que le Canada, mais qu'elle vaut aussi pour des pays dont la mythologie nationale souligne expressément l'attachement à un ensemble de valeurs, comme les États-Unis ou la France.
7. Voir la note 17 ci-dessous.
8. Voir, par exemple, Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of Modern Identity* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989), p. 47 et suivantes.
9. Comparer avec Gerald J. Postema, «On the Moral Presence of our Past» (1991) 36 McGill L.J. 1153.
10. Voir par exemple la description du gouvernement chez les Hurons, dans Bruce G. Trigger, *The Children of Aataentsic: A History of the Huron People to 1660* (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1987), p. 54 à 59. Richard White, in *The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), donne de nombreux exemples (p. 37 à 40) d'incompréhension découlant des attentes différentes que les colons et les autochtones avaient à l'égard de leurs chefs.
11. Voir, par exemple, F.J. Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780: Programme, myth, reality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

12. Se reporter par exemple aux rapports de politique agricole du gouvernement suisse (qui ne concerne pas les mesures cantonales mais uniquement les mesures fédérales). Le sixième rapport note en particulier la contribution de la culture à la régulation de l'agriculture de montagne: Conseil fédéral suisse, *Sixième rapport sur l'agriculture* (Berne, 1984) p. 310. La mention relative aux différents points de vue sur la notion de propriété se rapporte en particulier aux différences entre les notions de propriété telles que définies par le droit civil et le droit coutumier. Les spécialistes de la *common law* trouveront une brève analyse de cette question dans F.H. Lawson, *Introduction to the Law of Real Property* (Oxford: Clarendon Press, 1958) en particulier aux pages 79 et suivantes. Voir également: John E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law* (Toronto: Edmond-Montgomery, à paraître en 1993).
13. Voir par exemple: Alain Bissonnette, «Droits autochtones et droit civil: opposition ou complémentarité? Le cas de la propriété foncière» in *Droit civil et droits autochtones: Confrontation ou complémentarité* (Montréal: Association Henri-Capitant (Section québécoise), 1992) 1.
14. S'agissant du but de l'individualité, la conception qui domine dans les sociétés autochtones ne correspond peut-être pas tout à fait à celle de certains économistes (recherche individuelle du profit à des fins personnelles et d'ordre purement matériel), mais chose certaine, nos notions de droits individuels n'exigent pas que chacun de nous soit un individu dans ce sens. Si tel était le cas, je souhaiterais qu'un grand nombre de Canadiens non autochtones ne satisfassent pas à ce critère!
15. On trouvera une analyse intéressante dans Mirjan Damaska, «Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study» (1973) 121 U.Penn.L.R. 506.
16. Voir par exemple le document de James Dumont contenu dans le présent volume, Trigger, *supra*, note 11, p. 59 à 61; White, *supra*, note 11, en entier, mais surtout p. 75 à 93; et Rupert Ross, *Dancing with a Ghost: Exploring Indian Reality* (Markham, Ont: Octopus Publishing Group, 1992), p. 8 à 10.
17. Charles Taylor fait une observation analogue dans *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"* (Princeton: Princeton University Press, 1992).
18. La notion d'impossibilité ne saurait être traitée ici. Voir cependant Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985). Aux fins du présent document, je me contenterai de signaler qu'en droit, aucune tradition pratique ne s'est jamais inspirée uniquement d'un attachement à l'autonomie individuelle.
19. Se reporter au mémoire de James Dumont contenu dans le présent volume, et à Ross, *supra*, note 17, p. 12 à 28.
20. R. Matas, «Native rite ruled subject to law: Band member unwilling subject of four-day spirit dancing ritual» *The [Toronto] Globe and Mail* (8 février 1992) A6.
21. Voir, par exemple, l'article influent de Harry Arthurs, intitulé «Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business» (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 1.
22. Se reporter par exemple aux questions soulevées par Teresa Nahanee dans son mémoire contenu dans le présent volume.
23. [1989], 1 R.S.C. 143 ss. (N. du T. : L'auteur cite (1989), 56 D.L.R. (4th) 1 ss.)
24. *Ibid.*, p. 171 (le juge McIntyre) (N. du T. : L'auteur cite la page 15 de (1989), 56 D.L.R. (4th).)
25. *Ibid.*, p. 183 (le juge McIntyre) et pp. 151-154 (la juge Wilson) (N. du T. : L'auteur cite la page 24 et les pages 32 et 33 de (1989), 56 D.L.R. (4th).)
26. 347 U.S. 483 (1954), p. 495.

27. 163 U.S. 537 (1896), p. 562
28. *Supra*, note 24, p. 18 (par le juge McIntyre) et pp. 151-155 (la juge Wilson) (N. du T. L'auteur cite les pages 18, 24 et 32 à 34 de (1989), 56 D.L.R. (4th).)
29. Par exemple, il s'agit là de la situation envisagée par la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 169, citée plus loin.
30. On trouvera une brève présentation de ce principe auquel de nombreux ouvrages sont actuellement consacrés dans: Dale Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (Toronto: Carswell, 1990), p. 133 à 137.
31. Peter W. Hogg expose les interactions entre les juridictions provinciales et fédérales dans le secteur pénal dans *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> édition (Toronto: Carswell, 1992), p. 467 à 520.
32. Se reporter aux diverses analyses de l'adoption que l'on trouve dans les ouvrages d'ethnographie. On peut en trouver de nombreux exemples dans Trigger, *supra*, note 11 et White, *supra*, note 11.
33. Se reporter en particulier au troisième paragraphe des articles 4 et 8 de la Convention.
34. Merci à Susan Drummond qui a été la première à porter cette idée à mon attention.

## Bibliographie

- Arthurs, Harry, «Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business» (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Bissonnette, Alain, «Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité? Le cas de la propriété foncière» in *Droit civil et droits autochtones - Confrontation ou complémentarité* (Montréal : Association Henri-Capitant (Section québécoise), 1992) 1.
- Brierley, John E.C., et Macdonald, R.A., dir., *Quebec Civil Law*. (Toronto : Emond-Montgomery) [à paraître en 1993].
- Damaska, Mirja, «Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure : A Comparative Study» (1973) 121 *U. Penn. L.R.* 506.
- Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method* (New York : Crossroad, 1988).
- Geertz, Clifford, *The Interpretation of Cultures* (New York : Basic Books, 1973).
- \_\_\_\_\_, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Anthropology* (New York : Basic Books, 1983).
- Gibson, Dale, *The Law of the Charter : Equality Rights* (Toronto : Carswell, 1990).
- Hobsbawm, E.J., *Nations and Nationalism since 1780 - Programme, myth, reality* (Cambridge : Cambridge University Press, 1990).
- Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> édition (Toronto : Carswell, 1992).
- Jackson, Michael, «Locking up Natives in Canada» (1989) 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.
- Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. *Justice on Trial* (Edmonton : Gouvernement de l'Alberta, 1991).
- Kymlicka, W., *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford : Oxford University Press, 1989).
- Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale . égalité, respect et justice* (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1991).
- Lawson, F.H., *Introduction to the Law of Real Property* (Oxford : Clarendon Press, 1958).

- MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Reality?* (Notre Dame, Ind. : University of Notre Dame Press, 1988).
- Margalit, Avishai, et Raz, Joseph, «National Self-Determination» (1990) *J. of Philosophy* 439.
- Pocock, J.G.A., *Politics, Language and Time : Essays on Political Thought and History* (New York : Athencum, 1973).
- \_\_\_\_\_, «Law, Sovereignty and History in a Divided Culture : the Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi» (Iredell Memorial Lecture, Lancaster University, 10 octobre 1991) [inédit].
- Postema, Gerald J., «On the Moral Presence of Our Past» (1991) 36 *McGill L.J.* 1153.
- Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba Report* (Winnipeg : Imprimeur de la Reine, 1991).
- Ross, Rupert, *Dancing with a Ghost : Exploring Indian Reality* (Markham, Ont. : Octopus Publishing Group, 1992).
- Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Commissioners' Report* (Halifax : 1989).
- Taylor, Charles, *Sources of the Self : The Making of Modern Identity* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1989).
- \_\_\_\_\_, *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»* (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1992).
- Trigger, Bruce G., *The Children of Aataentsic : A History of the Huron People to 1660* (Montréal . McGill-Queen's University Press, 1987).
- Turpel, Mary Ellen, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolies, Cultural Differences» (1989-90) 6 *Can. Hum. Rts. Y. B.* 3.
- Webber, Jeremy, «Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés», document destiné au Réseau québécois du programme «Droit et société», de l'Institut canadien des recherches avancées, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Reimagining Canada . Language, Culture, Community and the Canadian Constitution* [à paraître en 1993].
- White, Richard, *The Middle Ground : Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes region, 1650-1815* (Cambridge : Cambridge University Press, 1991).
- Williams, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1985).

# L'adaptation du système canadien de justice pénale aux autochtones : un peu de latitude, s'il vous plaît!

*Mary Ellen Turpel\**

Que la vie soit compliquée est un fait qui importe beaucoup sur le plan de l'analyse. Le droit a trop souvent tendance à passer outre à cette vérité en inventant des axiomes plus étriqués et plus simples, mais d'une puissance hypnotique<sup>1</sup>.

Je passe une partie de ma vie professionnelle à pratiquer le droit dans un cabinet d'avocats populaire en compagnie de cinq avocates. Leur pratique touche aux domaines du droit immobilier, du droit de la famille, du droit pénal, du contentieux des affaires civiles, ainsi qu'à ceux des successions et des droits de la personne. Quant à moi, ma pratique se limite au domaine des droits ancestraux ou issus de traités et, la plupart du temps, je me sens hors de mon élément dans le genre de dossiers que traitent les avocats de la Nouvelle-Écosse. Mes collègues sont des «Blanches»<sup>2</sup> et des féministes engagées<sup>3</sup>. Pour ma part, je suis à moitié blanche<sup>4</sup> (d'origine anglo-saxonne et crie) et probablement à moitié féministe. (Certains jours, j'ai l'impression d'être à moitié en tout, et en particulier, à moitié folle d'enseigner et de pratiquer le droit canadien tout en faisant partie d'un mouvement qui s'y oppose.)

---

\* Professeure, Dalhousie Law School, membre de l'Indigenous Bar Association et associée, Buchan, Derrick & Ring, de Halifax, Nouvelle-Écosse. Je tiens à remercier Leroy Littlebear de m'avoir demandé de faire partie du groupe de professeurs invités à participer à l'atelier sur la conception traditionnelle de la justice, qui s'est tenu en novembre 1991 à la Banff School for Management et qui nous a permis d'échanger des idées sur les différences culturelles et sur la justice pénale. Je tiens également à remercier James Youngblood Henderson qui, tout comme Leroy, est l'un de nos penseurs ou visionnaires tribaux.



Sur le plan culturel, je ne suis pas à l'aise face au «féminisme» étant donné que mon père est autochtone (Cri). J'ai vécu des expériences différentes de celles de mes collègues (blanches), même si les leurs s'écartent sensiblement, j'en suis convaincue, de celles de la plupart des membres (qui sont des Blancs) de la profession<sup>7</sup>. Même si je suis une femme, juriste par surcroît, je ne puis échapper au fait que ma conception du monde tient à mes racines autochtones. En fait, je semble donner souvent préséance aux valeurs prédominantes du mode de vie cri, si le loisir m'en est laissé. Ces expériences ont renforcé en moi l'idée que l'oppression sexuelle est un élément de l'histoire des peuples autochtones : le colonialisme et le rejet des différences culturelles constituent le noeud de l'affaire et ne peuvent être relégués au second plan dans l'analyse des problèmes ou des solutions<sup>8</sup>.

Les autres avocates membres de mon cabinet empruntent des voies assez bien tracées en ce qui a trait aux types reconnus de pratique, quoiqu'elles sachent innover afin de mieux répondre aux attentes des femmes. Elles font preuve de créativité dans la prestation de services juridiques à leurs clients, mais leurs types de pratique sont assez souvent prédéterminés par les formes d'intervention qu'autorise le système légal. Même si cela vaut également pour certains de mes dossiers, je semble passer beaucoup de temps à parcourir des labyrinthes juridiques en quête de documents historiques. Il est rare que mes clients passent à mon bureau; c'est plutôt moi qui vais les voir. Cela m'amène à franchir de grandes distances pour me rendre dans des endroits éloignés. Ma principale forme de pratique consiste à discuter de droits avec des bureaucrates de l'État (lorsque je peux obtenir un rendez-vous). La plupart de mes clients ne peuvent se permettre les frais d'un recours en justice, et ceux qui le peuvent se heurtent à des obstacles considérables.

Mes dossiers m'obligent, la chose est inévitable, à faire des recherches sur la vie des premiers colons européens dans les colonies, ainsi que sur la pensée et l'action des fonctionnaires coloniaux à l'égard des peuples autochtones. Tout comme aujourd'hui, leur façon de penser avait une incidence beaucoup plus profonde que *ce qu'ils* disaient ou écrivaient. La conception courante qu'on se faisait des autochtones dans les colonies, à savoir du «bétail» incapable d'imaginer la notion de propriété, doit être centrale dans l'évaluation des preuves historiques touchant, par exemple, l'extinction de leurs droits territoriaux<sup>9</sup>. Cela fait penser à un cartographe qui croit le monde plat : il faut simplement que ce soit pertinent. Cependant, pour ceux qui sont chargés d'appliquer les lois, il n'est pas facile d'accepter l'hypothèse que l'aspect culturel est, en fait, pertinent à l'évaluation des éléments de preuve propre au processus judiciaire<sup>8</sup>. En fait, les juges disent qu'il s'agit là de culture, et non de droit, et que leur mission est d'appliquer le droit<sup>9</sup>. Même si l'expérience personnelle des femmes est maintenant acceptée comme différente et valide (le syndrome de la femme battue<sup>10</sup>), tout comme celle des enfants (à titre d'exception particulière à la règle du oui-dire<sup>11</sup>), qu'en est-il de l'expérience et des points de vue culturels des autochtones? Et, tout particulièrement, qu'en est-il des opinions qui portent préjudice à leur culture?

Pour revenir à ma pratique juridique, mes collègues semblent obtenir des résultats concluants, régler leurs dossiers (et même célébrer leurs victoires avec leurs clients

parce qu'elles sont des avocates zélées et dévouées), puis passer à autre chose. Quant aux affaires qui me sont confiées, leur règlement s'étale sur plusieurs générations. En fait, lorsqu'on a retenu mes services, il y a quelques années, pour régler une revendication territoriale, mes clients se sont réjouis en apprenant que j'étais relativement jeune, car il se pouvait que leur affaire ne puisse être tranchée avant 30 ans. Pour eux, je n'étais qu'une autre intervenante de plus dans la trame d'un conflit avec l'État canadien, qui perdurait depuis des générations et qui durera encore longtemps après que j'aurai rendu l'âme.

Mon expérience au sein de ce cabinet d'avocats met en lumière certaines différences dans le genre de pratique, la vision du monde et les façons d'opérer les changements sociaux. Je la trouve intéressante, car c'est le «meilleur» cabinet dont je puisse faire partie en raison de l'atmosphère amicale qui y règne, de l'attachement de ses membres à une série de principes et de leur engagement à améliorer la prestation des services juridiques. Néanmoins, en ma qualité d'avocate autochtone représentant des clients de ma race, je me sens quand même hors de mon élément. Cela pourrait signifier quelque chose quant au paradoxe adaptation-réforme en profondeur. Je fais partie des tenants de la libéralisation de «l'accès à la profession» selon lesquels les choses iraient mieux si l'on réussissait à amener un plus grand nombre d'autochtones à embrasser cette carrière.

Un point qui nous est certainement commun, à moi et à mes collègues, est la rédaction constante d'exposés justificatifs. Les miens portent surtout sur les droits ancestraux et issus de traités, et notamment sur les preuves historiques qui sont l'objet de mes recherches. Il y a quelque temps, j'en dictais un (ce qui est l'une des rares concessions faite à la tradition orale par la profession juridique) pour un client. Tout au long de ma dictée revenait l'expression «Aboriginal peoples' rights in section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*». La secrétaire, qui travaille surtout pour les cinq autres avocates, a tapé ce qu'elle comprenait, ou plutôt interprétait suivant son point de vue. En relisant mon projet d'exposé justificatif, j'ai constaté que cette expression était devenue, tout au long du document : «average little peoples' rights in section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*».

Cette anecdote est amusante, à la fois pour les autochtones et pour les non-autochtones en raison de la nature de l'erreur. Cependant, au-delà de son côté comique, elle a un côté plus sombre; le fait d'interchanger «Aboriginal» (autochtones) et «average» (ordinaires) revient exactement à nier toute distinction et à prôner la similitude. À mon avis, tel est le noeud du problème dans le système de justice pénale et dans la manière dont la société canadienne traite les autochtones. Nous reviendrons sur cette question dans la partie portant sur le système de justice pénale.

La Commission royale sur les peuples autochtones m'a invitée, en vue de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires, à rédiger un document sur une question, qualifiée de fondamentale, qu'elle doit cerner dans l'exécution de son mandat, à savoir : «Étant donné que l'actuel système de justice a trompé les attentes des autochtones, peut-on l'adapter en vue d'en combler les lacunes?» Voici plus précisément les deux sous-questions qui m'ont été adressées :

- a) La difficulté d'adapter le système actuel réside-t-elle dans certains de ses éléments fondamentaux, par exemple
  - (i) le caractère contradictoire du processus, y compris la méthode d'évaluation de la crédibilité,
  - (ii) l'accent qui est mis sur le châtiment par opposition à la réinsertion sociale? et les notions de culpabilité et d'innocence? ou
- b) Les difficultés ne résident-elles pas plutôt dans les aspects administratifs du système en place, tels la surveillance policière, le système correctionnel, le cautionnement, l'attitude des personnes oeuvrant au sein du système, etc.?

J'ai scruté certaines de ces questions dans d'autres études<sup>13</sup> et j'ai pris soin de noter les limites de ma propre analyse. Comme Patricia Monture-OKanee et moi-même l'avons expliqué dans un document antérieur sur la justice pénale, rédigé pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada :

«Il nous importe de faire valoir que nous ne prétendons pas détenir «la» solution aux problèmes que pose, du point de vue des autochtones, le système de justice pénale. Il est important de mentionner ici que les peuples autochtones ne forment pas un tout homogène, nos cultures et traditions variant d'une nation et d'un territoire à l'autre. Notre travail s'inspire de notre patrimoine culturel propre et en subit l'influence. Les opinions des auteurs tiennent des ascendances et enseignements cris et mohawks qui sont leurs. Elles tiennent également en partie du Sud et des milieux urbains. Nous avons tenté de respecter ces limites et nous sommes conscientes que de nombreuses autres optiques pourraient et devraient être mises à contribution dans notre travail. Nous ne croyons pas qu'il existe de réponse unique, ni qu'une poignée d'individus puissent infléchir des relations historiques. Nous croyons en la possibilité de la recherche collective de solutions<sup>14</sup>».

[traduction]

Il est important de comprendre que, à la question posée par la Commission royale, mes réponses, *je les propose* sans prétendre que ce sont précisément *les* solutions recherchées. J'aborderai mon propos en délimitant le cadre d'analyse et en énonçant les éléments particuliers du système de justice pénale qui suscitent des problèmes.

## L'adaptation du système : le respect mutuel

La question fondamentale à se poser est celle de savoir si l'actuel système de justice pénale peut être adapté de manière à en combler les lacunes. Elle amène à se demander quelles sont ces lacunes, à savoir les éléments du système de justice pénale qui doivent être adaptés, repensés ou mis au rancart? Ces points ont fait l'objet récemment de vastes études et je n'ai pas l'intention de passer en revue les recherches et les constatations des quatre principales qui ont été menées au cours des trois dernières années dans le domaine de la justice pénale<sup>15</sup>. Chacune de ces quatre études est remarquable à différents égards. Je dois néanmoins reconnaître la profondeur et

l'envergure du rapport de la commission manitobaine intitulé *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (AJI)* et de son programme d'action. À mon avis, on y trouve les jalons de l'analyse future de la réforme du système de justice pénale. Cette commission y conclut que le système de justice a trompé les attentes des autochtones du Manitoba «collectivement» et sur tous les aspects de son administration et de son application aux autochtones et à leurs collectivités<sup>16</sup>.

Une affirmation qui a influencé mon approche et mon évaluation des questions relatives à la justice pénale figure dans le rapport de la Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution où les commissaires s'expriment en ces termes :

À notre avis, les autochtones du Canada ont droit à un système de justice qui mérite leur respect et les respecte eux-mêmes, et qui administre la justice d'une manière conforme et attentive à leur histoire, à leur culture et à leur langue<sup>17</sup>. [traduction]

Le respect mutuel en matière de justice pénale, au moyen d'un (ou de plusieurs) système(s) qui puisse à la fois mériter le respect des autochtones et témoigner de respect à notre égard, est l'objectif que nous devons viser, à mon avis, dans l'examen de la réforme du système de justice pénale. La seule précision<sup>18</sup> que j'aimerais apporter à l'énoncé de la Commission royale est que ce système doit permettre d'administrer la justice d'une manière conforme et attentive aux droits des peuples autochtones, notamment le droit à l'autodétermination.

La notion du respect mutuel est utile dans la recherche d'une réponse à la question posée, car elle correspond bien à un enseignement autochtone fondamental (que m'a fourni mon expérience des cultures autochtones) du respect et de l'acceptation des autres, en dépit des différences. Un objectif visé ici est que le système de justice pénale mérite le respect des peuples autochtones ou permette d'administrer la justice d'une manière conforme à leur histoire, à leur culture et à leur langue. Il ressort très nettement de rapports récents que le système de justice pénale ne réussit pas, de nos jours, à mériter le respect sur ces deux plans.

## **La vision tridimensionnelle : comprendre la différence, la diversité et la destruction**

La notion du respect mutuel est un critère utile dans la recherche d'un critère permettant d'évaluer la réforme de l'actuel système de justice pénale. Nous reviendrons sur ce point à la fin du présent document. Cependant, pour arrêter un programme de changement de nature à respecter ce critère, il faut adopter une méthode globale et ouverte aux différences culturelles dans l'étude des problèmes complexes et enchevêtrés que le système de justice pénale suscite aux autochtones. Les liens qui existent entre ces problèmes et les diverses difficultés d'ordre économique, social, culturel et légal que les peuples autochtones éprouvent au sein de la société canadienne sont trop graves pour qu'on les passe sous silence.

Trop souvent, les expériences des autochtones sont réparties en catégories thématiques pour les besoins de ceux qui font des études et qui élaborent des recommandations. Cette démarche est étrangère à la culture et aux traditions autochtones qui font toutes valoir la nécessité de méthodes holistiques permettant de nous comprendre nous-mêmes ainsi que nos rapports avec l'ensemble de la création (c.-à-d. *tous* nos rapports : les relations humaines et celles que nous entretenons avec la nature, et notamment avec le monde spirituel). C'est tout l'opposé dans le cas de la méthode analytique occidentale, fondée sur les sciences. Il suffit de lire les écrits d'Aristote où il tente de diviser les modes d'expression en dix catégories distinctes pour illustrer cette tendance ancrée dans l'histoire. En particulier, le développement des sciences selon la méthode inductive d'étude (comme celle de Descartes) et l'analyse de problèmes distincts au moyen de processus qui peuvent être vérifiés (ou falsifiés) en eux-mêmes ont façonné l'approche occidentale du savoir et de la recherche.

Pour les peuples autochtones du Canada, cette approche ne correspond pas à l'expérience vécue. L'une des plus graves lacunes des études antérieures sur les peuples autochtones réside dans le fait qu'on a rarement reconnu les divergences entre ces peuples quant à la perception qu'ils ont de leur expérience et leur conception des rapports qu'ils entretiennent avec les phénomènes naturels et surnaturels, en dehors de l'approche scientifique occidentale. Cela suscite un grave problème sur le plan de l'analyse si l'on tend vers un mode de pensée instrumentale et si l'on oublie que les peuples autochtones ne partagent peut-être pas nombre des objectifs, des conceptions ou des modes de vie propres aux chercheurs non initiés qui effectuent l'étude. Le problème est encore plus grave si l'on «étudie» les peuples autochtones et que les solutions proposées à l'égard de leur situation viennent de personnes qui ne comprennent guère la culture ou l'épistémè de ces peuples.

Mes propres études et expériences m'ont permis de voir que ce qui se passe dans un domaine distinct comme la «justice pénale» ne peut être isolé du contexte plus vaste des expériences autochtones auprès de la société canadienne et de ses régimes légal et politique. Ainsi, pour comprendre ce qui s'est produit dans la tragédie de Helen Betty Osborne, on ne peut pas se contenter de rechercher les vices de procédure ou de fond sur les plans légal et professionnel dans l'enquête policière ou le déroulement du procès. Il faut également se demander pourquoi cette jeune fille de 19 ans, qui souhaitait poursuivre ses études, n'avait d'autre choix que de fréquenter l'école secondaire du Pas, et donc de quitter sa propre collectivité, Norway House. Il faut se demander pourquoi sa qualité de femme autochtone a fait d'elle la cible de quatre Blancs qui l'ont enlevée, violée et assassinée. Nous devons également nous demander pourquoi les collectivités autochtone et non autochtone du Pas n'ont pas exercé de pressions en vue de faire arrêter ces meurtriers, dont certains ont été traduits en justice plus de seize années après leur crime<sup>19</sup>. Ces aspects de l'affaire Osborne pourraient difficilement être qualifiés de problèmes en matière de «justice pénale» – ils révèlent l'existence de difficultés dans les rapports entre autochtones et non-autochtones sur divers plans, y compris entre gouvernements et citoyens.

À mon avis, dès que nous décortiquons les expériences et les conceptions autochtones au sujet du système de justice pénale, ou, à cet égard, de tout autre «problème», on aboutit à un enchevêtrement de taille. Les questions intéressant les autochtones, qu'il s'agisse de la «déresponsabilisation» sur les plans économique et social ou des problèmes propres au système de justice pénale, semblent indivisibles – elles se rejoignent toutes et forment une trame presque continue. L'alcoolisme observé dans les collectivités autochtones est lié au chômage. Celui-ci découle du fait que les autochtones sont privés de leur droit de pratiquer la chasse, le piégeage et la cueillette. La perte de ce droit est elle-même une conséquence du fait que les autochtones ont été dépossédés de leurs terres, et des répercussions des grands projets d'aménagement. Cette dépossession est elle-même liée à la perte d'identité culturelle et spirituelle, et témoigne de la maîtrise qu'exercent les bureaucrates sur tous les aspects de la vie. Cet écheveau oppressant peut être perçu comme une «déresponsabilisation» des collectivités et de chaque citoyen autochtone.

Il n'existe, à l'égard de chacun de ces problèmes, aucune solution qui, prise isolément, soit satisfaisante – le dilemme commun fondamental touche la maîtrise et le pouvoir, ainsi que l'incapacité structurelle des peuples autochtones à prendre en mains leurs vies et leurs collectivités. Voici comment je perçois l'expérience de la colonisation : assujettissement et perte de maîtrise fondés sur des conceptions selon lesquelles les peuples autochtones et leurs cultures seraient inférieurs, auraient besoin d'être protégés ou dirigés et devraient être surveillés.

Étant donné l'ampleur de son mandat, la Commission royale sur les peuples autochtones nous fournit officiellement, pour la première fois, l'occasion d'examiner la situation dans le contexte de ces liens et du colonialisme. Il faut reconnaître l'existence de liens entre la nature de la maîtrise étrangère ou du «pouvoir exercé sur» les peuples autochtones et les situations déplorables dans lesquelles se retrouvent les individus et les collectivités. En dépit des traités et de leurs autres obligations, les gouvernements fédéral et provinciaux exercent un droit de regard sur les peuples autochtones depuis la Confédération, et longtemps avant, depuis le début des régimes coloniaux, et il les ont simplement soumis à leur pouvoir de façon unilatérale. De nos jours, les peuples autochtones sont légalement et politiquement enclavés au Canada – ils sont soumis à un régime qu'ils n'ont ni discuté, ni conçu, ni souhaité. Ce n'est qu'après avoir cerné de près le caractère global et restrictif de cette situation qu'il sera possible d'aborder un domaine distinct comme celui de la justice pénale.

Le système de justice pénale doit être considéré comme un jalon de cette vaste expérience qu'est le colonialisme. À mon avis, il faut à cet égard adopter une vision tridimensionnelle dont les trois volets sont les suivants : différence, diversité et destruction. À mon avis, procéder à cet examen dans cette triple perspective permet de comprendre l'ampleur de la situation que subissent les autochtones au Canada, ainsi que les liens qui existent entre les divers éléments de cette situation, qu'il s'agisse du système de justice pénale ou de tout autre aspect de leurs rapports avec la société dominante et ses gouvernements. Ces trois dimensions révèlent en outre à

quel point il est complexe de trouver des solutions puisque les torts causés à la fois sciemment et involontairement sont si graves.

Permettez-moi maintenant de préciser ce que j'entends par ces trois notions, de même que les liens qui existent entre chacune, notamment en ce qui a trait aux problèmes inhérents à la justice pénale.

### *La différence*

Les peuples autochtones sont différents – sur les plans tant culturel que politique, spirituel et linguistique. Cette différence est profonde et n'est pas imaginaire. Il arrive souvent que, lorsqu'elle est mise en présence de cette différence, la société dominante (et les juges canadiens) considère que les peuples autochtones se livrent simplement à des rêves romantiques sur leurs modes de vie, leurs connaissances et leurs approches<sup>20</sup>. Il arrive aussi que cette différence des peuples autochtones soit reléguée au plan génétique ou biologique<sup>21</sup>. Généralement parlant, la société dominante a du mal à la saisir en raison de ses conceptions floues de «l'Indien» et de ses propres notions du savoir et du progrès. Comme James Clifford le laisse entendre dans son analyse de la revendication territoriale de Mashpee, au Massachusetts :

Les Indiens avaient longtemps occupé un espace imaginaire pathétique dans la culture dominante : ils ont toujours été des survivants, nobles ou misérables. Leur culture n'a cessé de s'amenuiser, étant tout au plus cramponnée à des réserves semblables à des musées. Par définition, les sociétés autochtones américaines ne pouvaient être dynamiques, inventives ou expansives. Dans ses sépias, Edward Curtis a dépeint avec amour les Indiens comme des personnes fières, superbes et «en voie de disparition»<sup>22</sup>... [traduction]

La société canadienne partage nombre de ces idées préconçues sur les peuples autochtones. En réalité, le système de justice témoigne d'un bon nombre d'entre elles. Les peuples autochtones sont différents. Dans un autre document, rédigé par James Dumont en vue de la Table ronde sur les questions judiciaires et intitulé *La justice et les peuples autochtones*, la vision ojibway du monde est liée à la justice. Un simple coup d'oeil sur ce document fera ressortir l'importance de ces différences.

Le système légal du Canada, tout comme la société de ce pays, affiche souvent deux réactions distinctes devant la réalité de la différence culturelle. En premier lieu, les peuples et les cultures autochtones sont perçus à travers les préjugés d'une époque antérieure et l'on affirme que la disparition de ces cultures est attribuable au fait que ceux-ci dérogent maintenant aux stéréotypes imaginés par les Européens. C'est ce qui a fait dire au juge en chef McEachern, dans l'arrêt *Delgamuukw*, que les Gitksans et les Wet'suwet'en n'ont plus un mode de vie autochtone parce qu'ils ne se comportent plus exactement comme leurs ancêtres le faisaient avant de subir l'influence de la civilisation européenne. Autrement dit, ils ne s'habillent plus de peaux d'animaux et ne tirent plus leur alimentation exclusivement du piégeage, de la pêche et de la cueillette<sup>23</sup>.

La seconde réaction (qui est souvent contraire à la première) face aux différences culturelles est que la culture et les traditions (si elles sont demeurées inchangées) des peuples autochtones sont trop primitives pour être jugées acceptables. C'est ce qui a amené le juge en chef McEachern à statuer que les peuples gitksan et wet'suwet'en n'avaient pas de notion uniforme ou universelle de la propriété et, en conséquence, n'avaient pas de «droit» de la propriété comme tel<sup>24</sup>. Les affirmations de ce genre m'amuse toujours (et elles abondent dans la bouche de magistrats, d'anthropologues, d'historiens, etc.), parce que le droit anglais lui-même a été décrit comme un simple [traduction] «habit d'arlequin» et un [traduction] «ramassis» d'éléments disparates auquel des théoriciens du droit comme Bentham ont tenté, par des méthodes inouïes, de donner une [traduction] «structure systématique<sup>25</sup>».

L'affaire *Delgamuukw* est importante, à mes yeux, notamment dans le domaine pénal, parce qu'elle regroupe, sur la culture autochtone, les témoignages et les arguments juridiques les plus poussés jusqu'ici. De nombreux témoins, dont des sages et des chefs héréditaires, ont été entendus et les mémoires présentés constituent une masse documentaire imposante. Et pourtant, qu'est-ce que le tribunal a fait de cette multitude d'éléments de preuve et de cet exposé sur la culture des Gitksans et des Wet'suwet'ens? Le juge en chef McEachern a déclaré que, étant donné leur mode de vie qu'il ne pouvait que qualifier de [traduction] «primitif<sup>26</sup>», les Gitksans et les Wet'suwet'ens s'en tirent mieux de nos jours et sont «des peuples plus unis et culturellement plus ouverts au droit autochtone acquis par la naissance qu'ils ne l'étaient lorsque la vie était si pénible et la communication si difficile... De plus, ils jouissent maintenant de multiples avantages qui leur échappaient autrefois<sup>27</sup>». Le juge McEachern a abaissé leur culture en la qualifiant de primitive, et il a glorifié la sienne en lui attribuant un rôle civilisateur, la jugeant par le fait même supérieure.

Le problème que pose donc l'interprétation de la différence par la société dominante est qu'on est, ou trop différent (de petites gens inférieures à la moyenne), ou pas assez (de petites gens ordinaires) – et habituellement les deux à la fois. Cela m'a toujours semblé ridiculement à côté de la question. Les peuples autochtones sont différents et la société dominante (notamment les juges) ne peut avoir le monopole pour ce qui est de décider à quel point ils sont différents ou si cette différence est «acceptable».

La réaction de la magistrature et de la société face au caractère distinctif des peuples autochtones doit être cernée à l'égard du système de justice pénale dans l'analyse de la question de l'adaptation de ce système. Il est impensable que de telles conceptions (erronées) puissent empêcher les autochtones de trouver des solutions aux graves problèmes que pose le système de justice pénale. Comme l'affirmait Archibald Kaiser dans son étude mordante sur le *Code criminel* du Canada et sur les peuples autochtones :

... la survie et le développement des façons de faire des peuples autochtones, en dépit de la charge du colonialisme, témoignent de leur détermination, de leur souplesse et de leurs qualités transcendantes... aucune culture n'est statique et ces peuples laisseront plutôt sur la justice pénale l'empreinte de leur propre système de coutumes, de lois et de procédures au fil de la reconnaissance de leurs droits. L'histoire



montre qu'il y a eu une simple solution de continuité dans la maîtrise que les collectivités autochtones ont par ailleurs exercée sur ce qu'on appelle maintenant le crime<sup>28</sup>. [traduction]

La société dominante doit saisir cette différence, même si elle ne la comprend pas à fond, sans quoi il est impossible de faire une analyse significative des peuples autochtones. De plus, cette différence doit être établie en faisant abstraction des idées d'infériorité et de supériorité. Le juge en chef McEachern y est presque parvenu, dans l'arrêt *Delgamuukw*, lorsqu'il a affirmé ce qui suit : [traduction] «Cela ressemble presque à une situation où les parties témoigneraient dans des poursuites de types différents<sup>29</sup>».

Après avoir renforcé la notion de différence, je ne voudrais pas donner l'impression que les cultures autochtones doivent être perçues comme des «entités» totalement séparées qui s'écartent complètement de la culture politique et populaire dominante du Canada. Il existe des influences qui s'exercent dans les deux sens et ce fait aussi est pertinent dans l'étude de la réforme du système de justice pénale<sup>30</sup>. Cependant, on ne peut prétendre que le recoupement et le chevauchement de la culture dominante et de celle des autochtones vicient simplement les revendications légitimes de ces derniers à l'autodétermination en matière de justice pénale.

### *La diversité*

Les autochtones sont différents des Canadiens, mais il y a également diversité entre leurs multiples cultures, traditions, modes de vie et expériences. Contrairement aux attentes de la société canadienne, les autochtones ne marchent, ne parlent, ni ne rêvent suivant une structure idéologique fixe. Cette affirmation s'est manifestée de façon colorée au cours du débat sur l'Entente de Charlottetown qui a divisé la société canadienne; et pourtant, lorsque les autochtones ont exprimé des points de vue divergents, ceux-ci ont provoqué le scandale et l'étonnement et ont été condamnés. «Vous voulez dire que vous ne pouvez pas tous vous mettre d'accord?» On m'a posé cette question si souvent que je me suis lassée d'attirer l'attention sur les deux poids deux mesures appliqués dans ce cas-là. Le fait même qu'on se surprenne d'entendre des opinions divergentes sur des questions importantes montre que la diversité des peuples est mal comprise. Cependant, cette série de discussions ne nous a heureusement pas valu cette remarque : «Eh bien! Certains Indiens sont vraiment brillants», souvent entendue au cours du débat sur l'Accord du lac Meech.

La diversité des peuples autochtones est difficile à comprendre pour la société canadienne, notamment en ce qui a trait aux questions politiques, car ces peuples n'ont ni partis politiques ni discipline de parti, ce qui est aux antipodes de l'établissement d'un consensus par l'expression d'opinions différentes. C'est ce qui fait qu'ils expriment leurs opinions et en discutent en toute liberté; c'est plutôt lorsqu'ils commencent à sentir des pressions analogues à celles de la discipline de parti que les autochtones ont le plus de chances de se retirer du débat.

La diversité est critique pour la compréhension de l'expérience autochtone face au système de justice pénale, car elle diffère suivant les antécédents culturels, la langue

et la situation géographique. Les conditions des membres des premières nations qui vivent dans des réserves et celles de leurs homologues citadins sont également différentes. Celles d'une collectivité inuit du Nord se distinguent des conditions des établissements métis albertains. Cette diversité signifie que l'analyse doit être à la fois subtile et globale. Elle doit s'étendre aux expériences de l'ensemble des autochtones sans en négliger la diversité. Mais le point le plus critique est que les solutions ou les réactions aux problèmes que pose le système de justice pénale doivent être variées – des changements s'imposent à la fois pour ceux qui font encore partie de leur collectivité et pour ceux qui habitent en milieu urbain.

La diversité correspond souvent à une orientation axée sur le «multiculturalisme» selon laquelle les différences visibles obligent à moduler l'application des lois et des politiques du Canada suivant les besoins de ce qu'il est convenu d'appeler les minorités. La diversité ainsi comprise signifie que vous pouvez jouir de tout ce qui tient à coeur à la société canadienne, que vous soyez de race noire, autochtone, asiatique, etc. Cependant, qu'arrive-t-il si vous ne faites pas partie d'une «minorité» – sauf du point de vue numérique – et que vous n'acceptez pas les valeurs canadiennes qui ont été imposées aux membres de votre peuple? (Des valeurs comme la rétribution, la maximisation de la richesse, la propriété, la compétitivité sur les marchés mondiaux... une énumération exhaustive serait trop longue.) Le multiculturalisme ainsi compris est une autre idée imposée que vous n'avez ni discutée, ni conçue, ni souhaitée.

Dans le même ordre d'idées, il est parfois troublant de discuter de justice globale propre à tenir compte des différences si l'on pose pour prémisses qu'il faut accorder aux autochtones les avantages que procurent les valeurs que la société canadienne s'est donnée, sans se demander si elles leur conviennent. Aussi, lorsque le ministre de la Justice affirme ceci : [traduction] «Ma deuxième préoccupation, en qualité de ministre de la Justice, repose sur le principe qu'un système de justice qui se veut juste et universel doit protéger également l'ensemble de ceux auxquels il s'applique<sup>11</sup>», je me demande si ce cadre est valable pour les autochtones? L'égalité ou l'égalité d'accès à un système de valeurs que ne partagent pas les autochtones résout-elle quoi que ce soit? Est-ce simplement un prolongement de la situation actuelle? Peut-être ce cadre est-il valable pour certains – application uniforme du droit pénal existant sans qu'il soit fait de distinction fondée sur le fait qu'une personne est autochtone. Cependant, ce n'est sûrement pas le cas de tous les autochtones. La majorité des dirigeants des premières nations veulent avoir la maîtrise d'un système de justice qu'ils auront conçu de manière à pouvoir régler les cas d'actions anti-sociales suivant des principes applicables, à leurs yeux, et ainsi pouvoir rétablir l'harmonie et le bien-être au sein de la collectivité. La diversité oblige à examiner tout un éventail de solutions et d'opinions sur la justice pénale et cela ne peut être déterminé à l'avance ni dicté par aucune des parties.

### *La destruction*

Le dernier aspect de cette vision tridimensionnelle est l'élément le plus difficile du cadre d'analyse. Il est impossible de comprendre quoi que ce soit au système de justice pénale ou, à cette fin, quelque aspect des rapports entre les peuples

autochtones et l'État canadien sans prendre conscience que la nature dominatrice de ces rapports a eu des effets dévastateurs. Les peuples autochtones ont été colonisés et l'attitude de l'État canadien conserve les attributs impériaux du paternalisme, de la maîtrise et de la résistance au changement. La perte de maîtrise en matière de bien-être des enfants et de direction des collectivités, et l'attitude condescendante à l'égard de la spiritualité, de la culture et de la langue des autochtones, qui en font des aspects condamnables, ont eu des répercussions néfastes incommensurables. En fait, l'influence subie par certains autochtones a été si profonde qu'ils ont adopté la même façon de se voir, eux-mêmes et les leurs.

Ce n'est que grâce à la force globale de la foi des peuples autochtones en eux-mêmes et à leur engagement envers la terre que leurs cultures, leurs langues et leur spiritualité ont survécu. Néanmoins, dans bien des cas, on peut à peine parler de survie. En ce qui me concerne, c'est là la réalité la plus pénible à envisager. Elle est à la fois pénible et déchirante. En particulier, le suicide chez les jeunes révèle vraiment la violence à laquelle le régime colonial a soumis la vie des autochtones. Le fait qu'un jeune choisisse de mourir plutôt que de vivre nous amène à constater à quel point le système en place est oppressant pour lui<sup>32</sup>. Le taux de suicide chez les autochtones incarcérés révèle à quel point ils ont perdu espoir.

La nature de l'oppression subie par les peuples autochtones est telle que la résistance à la colonisation a été relativement inefficace jusqu'ici. La mentalité bureaucratique, la stratégie consistant à diviser pour régner ainsi que la religion organisée n'ont eu que trop de succès dans l'oppression des autochtones. Ce phénomène aussi est une conséquence du pouvoir exercé sur ces peuples et du régime bureaucratique. Il est difficile de s'opposer à une bureaucratie sans visage qui règle votre vie de loin. La théoricienne politique Hannah Arendt a scruté les conséquences du pouvoir exercé par la bureaucratie sur la vie des gens, mais elle ne l'a pas fait dans le contexte des peuples autochtones. Ses observations peuvent quand même leur être appliquées :

Dans une bureaucratie pleinement évoluée, il n'y a plus personne avec qui discuter, à qui exposer ses doléances et sur qui faire peser les pressions du pouvoir. La bureaucratie est cette forme de gouvernement qui prive tout le monde de liberté politique et du pouvoir d'agir; en effet, l'exercice de l'autorité par Personne n'est pas une absence d'autorité et, là où tous sont également impuissants, on est en présence d'une tyrannie sans tyran<sup>33</sup>. [traduction]

Cette description dépeint fidèlement l'existence soumise à la *Loi sur les Indiens*. Le fait d'être privé du pouvoir de prendre les décisions courantes de sa vie et de le voir confier à une bureaucratie sans visage a eu et conserve un effet de «désresponsabilisation». Il entraîne dans son sillage une perte de maîtrise et une déchirure du tissu social au sein de la collectivité.

Les statistiques sur divers sujets, allant du chômage au suicide, montrent que cette situation horrible est bien réelle et qu'elle ne va pas s'améliorer. Non seulement la colonisation a-t-elle eu pour effet de détruire les cultures, les langues et les peuples

autochtones, mais elle a laissé une empreinte plus complexe et symbiotique. Les peuples autochtones ont été colonisés et, dans bien des cas, sont maintenant dépendants de leurs colonisateurs et privés de tout pouvoir; de nombreuses manifestations de violence montrent que l'oppression dont ont souffert les collectivités autochtones a déteint sur leurs comportements.

Les autochtones se maltraitent maintenant les uns les autres à un point qui est alarmant et qui réclame une attention et des changements immédiats. Comme le met en lumière Patricia Monture-OKanee dans le document sur la situation des femmes autochtones qu'elle a rédigé pour cette table ronde : [traduction] «Nous devons reconnaître que ce ne sont plus, dans certains cas, les descendants des colons européens qui nous oppriment, mais bien les hommes autochtones de nos collectivités qui s'y sont substitués dans ce rôle. Cette réalité est notamment attribuable à la *Loi sur les Indiens*. Mais ce n'est pas en jetant le blâme sur cette loi que nous réglerons le problème<sup>34</sup>.

Teressa Nahanee va plus loin, pour sa part. Elle affirme que ce sont les hommes autochtones qui sont responsables de la situation particulière à leurs collectivités parce qu'ils n'ont pas pris les choses en mains et qu'ils ont refusé de partager de plein gré le pouvoir avec leurs compagnes<sup>35</sup>. À son avis, surtout en ce qui a trait aux infractions sexuelles, «les hommes ne comprennent pas ce que signifie le viol du corps d'une femme et ne peuvent déterminer des peines ou des moyens de dissuasion adéquats<sup>36</sup>». Les problèmes internes avec lesquels ces collectivités sont aux prises ne se limitent pas aux mauvais traitements que les hommes autochtones infligent à leurs compagnes. Les enfants sont également victimes de violence et de sévices sexuels; de plus, on note le problème de l'alcoolisme et des toxicomanies, qui sont des formes de violence que les victimes s'infligent à elles-mêmes. On ne résoudra sûrement pas les problèmes en blâmant la *Loi sur les Indiens*. Cependant, si l'on parvient à comprendre à quel point cette loi et le colonialisme ont eu des effets dévastateurs, se sera une amorce de changement qui permettra de ne pas répéter de telles expériences ou de ne pas les perpétuer sous d'autres formes.

La présence de violence ne surprend pas dans le contexte historique du colonialisme. Elle a eu une incidence dans toutes les colonies – et elle a souvent été au cœur même des efforts de décolonisation. Pour les autochtones, cette présence peut être perçue comme une conséquence de leur perte d'identité et de leur mésestime d'eux-mêmes – notion non autochtone qui a cependant été interprétée récemment dans une optique autochtone<sup>37</sup> :

La vie se comprend souvent en établissant un parallèle avec les aspects et les cycles de la nature. Ces cycles, tout comme la vie, forment un cercle sans commencement ni fin. Bien que chaque personne soit un être unique, si l'on tente de la comprendre indépendamment de ces aspects et de ces cycles, cela revient à la couper d'une bonne partie de ce qu'elle est. Une fois cette intégrité rompue, il devient difficile pour l'individu de vivre en harmonie avec les gens et les choses qui l'entourent. Une bonne partie de ce qu'il est s'est évanouie, d'une

certain manière. Plus les gens deviennent déconnectés du monde environnant, plus ils perdent contact avec eux-mêmes; plus grave est le manque d'harmonie avec ce monde, plus profond est le désaccord avec eux-mêmes. Ils peuvent en venir à détester leur monde, à se détester eux-mêmes et à se comporter en conséquence. L'estime de soi est le reflet du genre d'interactions qu'un être a avec le monde qui l'entoure<sup>18</sup>.  
[traduction]

C'est à la destruction des collectivités autochtones et à l'implosion de la violence et du comportement antisocial qu'il faut attribuer la perte de l'estime de soi dont s'accompagnent le colonialisme et l'anomie qu'entraînent toujours les régimes coloniaux.

La situation destructrice dans laquelle se retrouvent maintenant les autochtones signifie que les solutions aux problèmes comme ceux que pose le système de justice pénale doivent permettre de les rétablir en modifiant les rapports d'assujettissement et de domination que comporte l'exercice du pouvoir. Cela signifie également que les éléments d'autodestruction qui se manifestent dans leur vie ne peuvent être dissociés de la situation plus vaste ni interprétés comme une invitation à perpétuer le paternalisme. Autrement dit, la violence ne signifie pas qu'il faille renforcer la maîtrise exercée par le gouvernement (p. ex., au moyen du système de justice pénale), mais bien l'abolir (en prévoyant des mesures pour assurer la sécurité des femmes et de tous les autochtones) pour que le processus de rétablissement puisse s'amorcer. Naturellement, à titre d'autochtones, nous devons reconnaître à quel point cette situation nous est imputable et réaliser qu'il ne nous suffira pas de prendre les choses en mains. Nous devons être prêts à examiner jusqu'à quel point nos conceptions sont celles d'un peuple colonisé et dans quelle mesure nous nous faisons violence les uns aux autres contrairement à nos enseignements et responsabilités traditionnels.

## Les éléments fondamentaux du système de justice pénale envisagés dans une perspective tridimensionnelle

Dans cette perspective tridimensionnelle, peut-on adapter le système de justice pénale afin d'en combler les lacunes? Étant donné l'argumentation qui précède, vous devez avoir l'impression que je ne puis accepter un simple rafistolage de ce système d'après le modèle «global» (de manière à assurer l'égalité pour tous) ou d'après l'idée de certains intervenants au sein de ce système qui préconisent d'y apporter des changements mineurs. Une telle façon de faire pourrait constituer une partie de la solution dans certains contextes (p. ex., en milieu urbain), mais non dans tous les cas. On m'a demandé expressément d'examiner si l'adaptation du système en place serait trop limitée en raison des difficultés que certains de ces éléments fondamentaux peuvent susciter pour les autochtones. Le caractère contradictoire du système et l'accent mis sur le châtement et sur la culpabilité sont quelques-uns des éléments fondamentaux à examiner.

Pour ce qui est des éléments (ou notions) fondamentaux qu'il vaudrait la peine de scruter à la lumière de la question de l'adaptation, j'en ai dénombré sept. Le rapport

de l'Aboriginal Justice Inquiry fournit une excellente analyse sur nombre des points qui seront abordés dans les pages suivantes. Je me suis hasardée à choisir ces sept éléments, mais je reconnais volontiers qu'on est loin de s'entendre sur ce qui est fondamental et sur ce qui ne l'est pas dans le système de justice pénale. Il suffit de lire la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thobson Newspapers c. Dir. des enq. & rech.*<sup>39</sup>, dans laquelle cinq juges ont énoncé cinq opinions différentes sur ce qu'ils considèrent être les principes fondamentaux du système de justice, pour se rendre compte que la quête de choses fondamentales est assez incertaine dans le droit canadien<sup>40</sup>. J'aimerais formuler une observation particulière concernant mon manque de compréhension. Je ne suis pas tellement renseignée sur les traditions et coutumes des Inuit et sur leurs expériences touchant le système de justice pénale. Pour certains des parallèles établis plus loin, je dois m'en remettre à eux pour qu'ils expriment leur opinion sur ces questions.

### ***Crime contre l'État***

Un acte ou «crime» antisocial est considéré, dans le système de justice pénale canadien, comme une infraction contre la société s'il vise une personne ou des biens. En conséquence, on fait appel à l'appareil de l'État canadien pour l'examiner et en punir l'auteur. Pour les peuples autochtones, un tel acte visant une personne ou des biens est considéré, selon toute vraisemblance, comme une atteinte aux droits de cette personne par une autre. Cela ne signifie pas que la collectivité ne prend aucun intérêt ni ne participe pas à la répression de cet acte, mais que celui-ci est considéré dans le contexte des personnes, des familles ou des complices de l'auteur. Lorsque les infractions consistent en ce que l'on pourrait appeler des manquements à ses responsabilités ou à la confiance envers les autres (par ceux qui occupent une charge politique) ou envers le territoire, on estime qu'elles touchent tous les membres de la collectivité. Cela a une incidence sur l'exigence plus vaste de la réparation lorsque se commet un tel acte qui constitue un manquement aux responsabilités à l'égard des autres ou du territoire.

### ***Système contradictoire***

La Cour suprême du Canada a statué que «[l]es principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines<sup>41</sup>». Le système contradictoire est l'un des éléments les plus troublants du système de justice pénale, car les peuples autochtones et la majorité de leurs membres diraient qu'il ne dénote guère de respect de leur autonomie et de leur dignité de personnes humaines. La notion de préservation de la vérité (honnêteté) par l'opposition, qui empreint les règles de procédure dont est assorti le système contradictoire, se distingue nettement des principes éthiques et des méthodes autochtones. Plus précisément, elle entre en conflit avec le principe de l'éthique autochtone qui incite les gens à dominer leur émotivité et à maîtriser leurs actions réciproques et leurs réactions, ainsi qu'à éviter toute confrontation. Ce principe est gravement compromis par le processus de poursuites pénales qui repose sur des attitudes d'indignation, d'hostilité et de réfutation

vibrante de colère. L'ensemble des témoignages est soumis à des règles officielles détaillées et à des objections qui rendent le processus vraiment incompréhensible.

Un autochtone consent à révéler ouvertement les renseignements qui permettent de comprendre un acte criminel, sans peser ce qui est admissible ou non, pertinent ou non, favorable ou défavorable. Cependant, lorsque ces renseignements sont transposés dans la présentation de la preuve et dans la plaidoirie d'un avocat, un accusé ou un témoin autochtone est extrêmement mal à l'aise et s'y sent même perdu. Il peut également être profondément humilié qu'on l'accuse de ne pas avoir été tout à fait honnête dans l'exposé qu'il a fait devant la cour, même s'il s'agit simplement d'une méthode propre aux avocats pour vérifier la véracité des témoignages. Si on cherche à forcer le témoin autochtone à défendre vigoureusement sa moralité et sa crédibilité, il peut simplement se retirer et refuser de se prêter à un tel exercice dit d'appréciation des faits. Il cherche ainsi à éviter la confrontation. Cette méthode s'inscrit en réaction à un système qui est menaçant et contrariant, et qui met la crédibilité en cause afin de dépister les faux témoignages.

Enfin, le principe éthique de la domination des émotions incite souvent à atténuer les critiques publiques à l'égard d'autres personnes. Selon la structure du processus des poursuites criminelles, cela est important, tant pour l'accusé que pour le témoin. Cependant, le tribunal interpréterait vraisemblablement toute réticence à critiquer la conduite d'un autre pendant un témoignage comme un signe que le témoin n'est pas certain de la culpabilité de cette personne. La réticence à critiquer les autres est grandement accentuée par le processus des poursuites qui est très intimidant et qui se fonde sur un bagage culturel étranger. Les témoins autochtones ont tendance à parler à voix basse et sont souvent invités à parler plus fort, ou encore à mieux se comporter en présence du tribunal. Dans son compte rendu sur le procès de Mashpee, Clifford affirme que le juge Skinner a dit à un témoin autochtone, en pointant le jury : «Imaginez que vous êtes dans un champ et que vous criez pour vous faire entendre de ces gens<sup>4</sup>». Le témoin n'en continua pas moins de parler à voix basse, ce qui provoqua sans doute chez le juge et les jurés colère et frustration.

### *Infractions et moyens de défense*

Le système de justice pénale canadien repose sur des définitions formelles et abstraites énoncées dans le *Code criminel* et sur des moyens de défense précis (qui peuvent être arrêtés par voie législative ou établis suivant la *common law*). Les définitions des différentes infractions comportent des éléments moraux et matériels particuliers (*mens rea* et *actus reus*). Dans nombre de langues autochtones, il n'est fait aucune distinction entre ces deux types d'éléments et, en fait, il n'existe pas de notion équivalente. Cela pose de graves problèmes sur le plan de la traduction et donne sans aucun doute lieu à de nombreux plaidoyers de culpabilité fourmillant d'inexactitudes. Durant l'enquête menée à l'occasion de la poursuite intentée contre Donald Marshall fils, Bernie Francis, interprète micmac, s'est vu demander comment le mot coupable se rendait en micmac. Il répondit qu'il n'y avait pas d'équivalent dans cette langue, si ce n'est la notion de responsabilité. Ainsi, la question «Êtes-vous coupable?» se traduirait par «Êtes-vous responsable?».

Outre le problème linguistique, l'idée de la culpabilité est troublante parce qu'elle dénote une intention. L'intention et la culpabilité ne se retrouvent pas nécessairement dans les cultures autochtones parce que les notions de honte et d'aveu de responsabilité dans des situations données sont mises en relief. De plus, dans son compte rendu sur les gestes posés à l'occasion d'un prétendu crime, une personne autochtone ne fournira peut-être pas les détails correspondant aux notions européennes de temps et d'espace.

### *Catégorie professionnelle*

La majorité des systèmes autochtones de justice (mis à part celui des Cherokees) ne recouraient pas à des spécialistes, comme les avocats et les juges, pour trancher les litiges. Les membres des professions libérales suscitent une profonde méfiance dans les cultures autochtones en raison des mauvaises expériences vécues avec divers experts, en éducation, en protection de l'enfance, etc. Ils sont respectés dans la société dominante parce qu'ils ont fait de longues études dans des établissements d'enseignement postsecondaire. C'est tout à fait l'opposé dans les collectivités autochtones où le degré de respect ne tient pas nécessairement à l'instruction reçue au sein du système officiel. Dans ces collectivités, il se fonde le plus souvent sur l'ampleur de l'expérience de vie, sur la loyauté envers la culture et les traditions autochtones, sur la compétence dans sa langue et sur l'engagement à l'égard de la communauté. La connaissance des traditions sacrées et spirituelles, des usages et des pratiques commande également un respect particulier, et parfois même une crainte.

L'idée de retenir les services d'une personne qu'on ne connaissait pas auparavant, à titre de représentant, nous est tout à fait étrangère. Les autochtones préfèrent plutôt qu'un membre de leur famille ou du clan parle en leur nom, au lieu d'un étranger dont c'est le «métier». De plus, on estime important d'avoir l'occasion d'exposer des questions importantes, sans être interrompu, et de pouvoir le faire publiquement. La grande tradition autochtone de l'art oratoire découle de cette responsabilité de reconnaître son devoir de rendre compte à la population et de trouver le meilleur moyen d'expression pour tout le monde, et non pas seulement pour soi.

La notion de jugement est également étrangère. Un juge rend une décision qui fait un gagnant et un perdant. Il est invité à se prononcer en se fondant sur des règles connues, ce qui lui vaut le respect de la profession juridique. Les seuls citoyens des collectivités autochtones qui peuvent se comparer aux juges sont les sages. Cependant, l'analogie est faible. Les sages sont respectés à cause de leur savoir, de leur engagement et de leur sagesse. Ils ne sont pas simplement instruits, mais leur sagesse est éprouvée. Ils ne «jugent» pas. Ils considèrent la personne globalement et trouvent des moyens (histoires, méditations, prières et cérémonies) de l'aider à comprendre ses faiblesses ou les problèmes qui l'ont amenée à adopter des comportements antisociaux. Ils mettent l'accent sur l'harmonie, la réhabilitation et la réinsertion d'un contrevenant dans sa famille, son clan et sa collectivité, et non sur la culpabilité. Ils ne se soucient pas beaucoup de savoir si un accusé était à un certain endroit à un moment donné. Ils veulent connaître le reste de sa vie et la manière dont il s'acquitte de ses responsabilités personnelles envers les autres.



Je me souviens d'un entretien que j'ai eu avec une sage au sujet de mes difficultés à comprendre la manière dont je percevais mes responsabilités d'avocate et la nature des fonctions auxquelles m'obligeait mon travail. Elle m'écouta, puis garda le silence pendant un bon moment. Elle me dit ensuite de «parler à la Terre qui m'aiderait à comprendre». Cette directive était importante à bien des égards. Elle m'incitait à voir au-delà des relations interpersonnelles et à puiser des connaissances dans la nature, dont mon travail m'éloigne souvent même si la terre est l'objet du litige. Elle mettait en outre l'accent sur le rôle personnel à jouer dans la compréhension. Cette anecdote montre la valeur profonde que certaines cultures autochtones attachent à la compréhension de soi, à l'exploration et à la sensibilisation. Les sages ne sont pas là pour vous juger, mais pour vous guider dans votre propre façon de comprendre et de prendre en mains vos responsabilités. Pour les autochtones, le rôle du juge est celui d'une personne de l'extérieur qui ne sait rien d'eux, sauf l'incident particulier qui lui est soumis, et qui est appelée à les juger. C'est là une notion étrangère qui est terrifiante.

### *La participation d'étrangers, les jurés*

La participation d'autres étrangers, en l'occurrence les jurés, au système de justice pénale est également source de problèmes pour les autochtones, quoique de façon différente. Dans ce système, le jury composé de pairs ne comprend aucun autochtone. En réalité, les obstacles à l'exercice des fonctions de juré sont considérables pour les autochtones. De plus, ceux-ci n'ont pas le droit d'avoir des personnes de leur race au sein du jury pour examiner leur cause. La notion de juré peut comporter certains aspects qui soient compatibles avec les cultures autochtones. Cependant, dans le modèle autochtone, les pairs ne sont pas des étrangers; c'est précisément parce qu'ils connaissent une personne qu'ils sont en mesure de rétablir l'harmonie après que celle-ci a commis un acte antisocial ou manqué à ses responsabilités personnelles. Ainsi, si votre délit a lésé une personne d'un autre clan, ce pourrait être un jury composé de membres de ce clan qui décide de la réparation à accorder à la victime et à la collectivité. Il pourrait délibérer à cet égard avec d'autres membres de votre clan.

### *Impartialité*

La notion d'impartialité au sein du système de justice pénale, de la part du juge, des jurés et des représentants de ce système (p. ex., la police), est contraire à la nature de l'expérience autochtone au sein des collectivités fondées sur la parenté. La participation d'une personne au règlement de vos problèmes est importante à vos yeux non pas parce qu'elle est étrangère mais parce qu'elle vous connaît, vous et votre famille, votre clan et votre histoire. De toute évidence, l'impartialité joue un rôle dans une société pluraliste impersonnelle, mais au sein des collectivités autochtones, ceux qui peuvent aider sont souvent des sages qui connaissent votre histoire familiale.

## *Châtiment*

L'une des difficultés majeures que les autochtones éprouvent face au système de justice pénale est le fait que celui-ci est axé sur le châtiment du contrevenant, pour le bien de la société, en lui imposant une période d'emprisonnement, une amende, et moins souvent, certaines formes de restitution et de services à la collectivité. Les deux pierres angulaires du châtiment, l'emprisonnement et les amendes, sont toutes deux étrangères aux peuples autochtones. Le système canadien se fonde sur une théorie de la justice punitive qui vise à faire correspondre une certaine privation à un acte illicite. La dissuasion y occupe également une place de choix. Enfin, la réadaptation des contrevenants est l'un des objectifs de ce système. En pratique, elle consiste principalement à veiller à ce que la sévérité du châtiment dissuade l'intéressé de poser d'autres actes illicites.

L'objectif que visent les collectivités autochtones après qu'il y a eu préjudice à l'égard d'une personne ou de biens consiste à régler le différend immédiat en opérant la réconciliation, en rétablissant l'harmonie sociale et en maintenant l'équilibre entre tous les membres de la collectivité. On ne peut atteindre l'objectif d'harmonie, d'équilibre et de bien-être de la collectivité en emprisonnant l'individu et en le mettant à l'écart de celle-ci. Il est peut-être arrivé en de très rares occasions que des autochtones soient bannis de leur collectivité; cependant, dans le système canadien, l'emprisonnement est une forme sévère de bannissement qui prive le contrevenant du moyen qui serait peut-être pour lui la seule façon de se réconcilier et de restituer. De plus, lorsque le contrevenant est mis à l'écart, il peut être impossible de dédommager la victime, sa famille ou le clan afin de redresser les torts. Si le contrevenant s'acquitte de sa «dette envers la société» en purgeant une peine d'emprisonnement, qu'advient-il de celle qu'il a contractée à l'endroit de la victime et des autres membres de la collectivité?

Il arrive trop souvent que, dans le système de justice pénale, la victime et sa famille soient simplement oubliées. Le cas de Justine, la mère de Helen Betty Osborne, en est un bon exemple. Non seulement ne l'a-t-on pas tenue au courant de la marche de l'enquête sur l'assassinat de sa fille, mais on n'a rien fait pour apaiser sa douleur, et les membres de la collectivité n'ont pas été invités à l'appuyer à l'occasion de la perte de cet être cher. Les agresseurs de sa fille n'ont été tenus à aucune réparation auprès d'elle et de sa famille.

L'expérience des autochtones dans les prisons canadiennes s'écarte tout à fait des concepts autochtones de justice, et de la culture, des traditions et des valeurs autochtones. Elle est entièrement surimposée et ne contribue que très peu, sinon pas du tout, à réadapter le contrevenant et à le réconcilier avec sa collectivité. L'imposition d'amendes est également une notion étrangère. Verser une somme d'argent à l'État pour un préjudice porté à un individu est étranger aux collectivités autochtones au sein desquelles la restitution et la réparation exigent une bonne conduite, l'échange de cadeaux et le dédommagement de la victime. Le fait que ces collectivités n'ont pas la même structure que les économies monétaires signifie que le versement d'une somme d'argent est particulièrement cruel et difficile à exécuter.

L'emprisonnement pour défaut de paiement d'une amende, qui découle de ce contexte, est un problème qu'on a souvent décrié. Ces notions de châtement ne sont pas partagées par les peuples autochtones, même si le système de justice pénale canadien les y soumet la plupart du temps.

Il est impossible d'é luder la conclusion que le système de justice pénale canadien est étranger aux peuples autochtones. Ce système n'est pas conforme aux enseignements et aux traditions fondamentales de leur culture et les autochtones n'y ont jamais donné explicitement leur assentiment. Même dans les traités numérotés, comme les traités 6, 7 et 8, les signataires sont convenus de maintenir la paix et l'ordre entre eux et les autres sujets de Sa Majesté. Cette disposition témoigne de la responsabilité des premières nations de maintenir la paix et l'ordre dans leurs collectivités et elle les oblige à faire respecter les conditions de leurs traités par leurs citoyens.

Ces sept éléments fondamentaux ou notions propres au système de justice pénale canadien suscitent tous des problèmes pour les peuples autochtones. Les approches de ces peuples, qui se fondent sur leur culture et leurs traditions, ne concordent pas avec le système canadien. Si les peuples autochtones choisissent d'abandonner leurs approches traditionnelles et de suivre la voie du système de justice pénale canadien, c'est à eux qu'il appartient de faire ce choix. Cependant, je n'en connais encore aucun qui ait choisi de le faire. Tout au long de l'histoire, on voit que ce système leur a été imposé indépendamment du fait qu'ils n'en partageaient pas nombre de ses éléments, prémisses ou notions.

À la question de savoir si les difficultés résident dans les éléments fondamentaux du système de justice pénale canadien, je répondrai *très certainement* par l'affirmative. C'est là la source du problème et l'on ne peut espérer l'éliminer simplement en désignant des autochtones à titre d'administrateurs d'un système qui n'est pas fondé sur leur culture et sur leurs approches.

## **Autres problèmes observés dans l'administration de la justice**

Le second volet de la question posée par la Commission royale consistait à examiner si les problèmes d'adaptation du système de justice pénale étaient causés par les aspects administratifs du système, comme la surveillance policière, les services correctionnels, le cautionnement et l'attitude de ceux qui oeuvrent en ce domaine. La réponse est affirmative. Il existe également des problèmes à ce niveau-là. Cependant, les principaux se situent au niveau des éléments du système de justice pénale. Les difficultés d'ordre administratif sont graves et doivent être corrigées; cependant, on ne peut les mesurer pleinement que si l'on connaît les diverses approches des autochtones à l'égard de la justice pénale et du comportement antisocial. Les quelque 400 travaux actuellement en cours de réalisation un peu partout au Canada, dans le domaine de la justice, se situent pour la plupart à l'arrière-plan et portent sur la restructuration du volet administratif du système de justice. Aux yeux des dirigeants autochtones, c'est là une amorce de changement, mais seulement une amorce car on ne s'est pas encore attaqué aux différences de valeurs fondamentales,

ni aux questions centrales touchant la maîtrise de leur destinée. Encore une fois, une vision tridimensionnelle s'impose si l'on veut comprendre qu'il ne suffit pas d'apporter des changements de forme au *statu quo*.

## Conclusion : Un peu de latitude, s'il vous plaît!

Il ne suffit pas d'adapter les aspects administratifs du système de justice pénale pour respecter l'expérience ou la situation des autochtones. Il faut prévoir la possibilité d'établir des institutions distinctes de justice, faire place aux coutumes, aux traditions et aux approches autochtones en ce qui a trait au comportement antisocial et amener les intervenants du domaine de la justice pénale à écouter attentivement de façon que le processus de compréhension de la différence, de la diversité et de la destruction puisse s'amorcer.

Cela veut-il dire qu'il faille des systèmes «distincts» de justice? À mon avis, il faut probablement s'attendre à avoir des systèmes distincts qui ne soient cependant pas entièrement séparés du système de justice pénale ou du système juridique. Le noeud de l'affaire est que les éléments intimement liés doivent être discutés, définis et acceptés. Le système canadien de justice peut être considéré comme un système parmi tant d'autres. Je ne voudrais pas que l'on écarte la possibilité d'avoir des systèmes distincts car, comme Patricia Monture-O'Kanee et moi-même le faisons observer dans un autre document :

Si l'on rejette la différence d'entrée de jeu en affirmant que l'examen de la possibilité d'établir des institutions judiciaires distinctes pour les collectivités autochtones est impossible, on renonce au respect de la différence. C'est une manifestation d'hégémonie, de supériorité culturelle et de défense aveugle d'une conception particulière de cette supériorité et de la règle de droit, aux dépens de l'existence de collectivités culturelles distinctes. La règle de droit ne peut se concevoir au Canada que si elle épouse diverses formes : c'est une règle des droits – *common law*, droit civil, droit législatif et droit autochtone. Car, dans une société libre et démocratique, il serait offensant au plus haut point que l'un des pouvoirs de l'État impose unilatéralement à un autre sa conception du droit ou de la justice pénale sans qu'il y ait discussion et acceptation<sup>43</sup>... [traduction]

Le Canada est un État qui préconise le principe de droit, et les lois, les coutumes, les traditions et les cultures des peuples autochtones y sont négligées ou étouffées depuis beaucoup trop longtemps. Les expériences des peuples autochtones sont diverses et tout un éventail de possibilités fondées sur la culture et sur l'histoire doivent être envisagées, y compris celles que souhaitent les peuples autochtones eux-mêmes. Il ne suffirait pas d'examiner les notions et les assises existantes du système de justice pénale canadien : la marge de manoeuvre serait ainsi trop réduite – un peu de latitude, s'il vous plaît!

## Notes

1. Traduction d'un passage tiré de Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (Harvard University Press, 1991), p. 10.
2. C'est le qualificatif le plus juste qui me vient à l'esprit pour l'instant, mais nous reviendrons plus loin sur les incidences de cette catégorisation.
3. Pour ce qui est de leur idéologie féministe à laquelle on prête un pouvoir unificateur, elle est, à mon sens, un engagement à améliorer la condition des femmes par souci d'égalité. Il ne s'agit pas d'un féminisme abstrait ou théorique, mais bien d'une recherche de l'égalité au moyen des connaissances et de l'expérience acquises par la pratique du droit. J'estime ce féminisme fondé sur l'expérience, par opposition à un féminisme spéculatif, car il possède un contexte et un sens que je peux comprendre. Au sein de ce cabinet règne une atmosphère heureuse d'acceptation de l'apprentissage fondé sur l'expérience et le partage, ce qui fait pâlir les allégeances parfois doctrinaires qu'adoptent certaines féministes (p. ex., «je professe le féminisme d'Andrea Dworkin»..., de s'exclamer l'une d'elles).
4. Je sais qu'il est absurde de se dire «à moitié» quoi que ce soit – la chose est beaucoup plus complexe; cependant, veuillez patienter un peu, nous y reviendrons.
5. Un fait qui importe au plus haut point, c'est que, contrairement à la plupart des membres de la profession, ce sont des femmes. Elles ont des origines diverses. Certaines viennent de la classe ouvrière et d'autres, de la classe moyenne; l'une d'elles a été admise au Barreau après avoir embrassé une autre carrière, tandis que pour les autres, la pratique du droit a été leur orientation initiale. Leur lien commun est un engagement profond à l'égard de la justice pour les femmes. Elles s'emploient en outre à pratiquer le droit en tenant compte des besoins propres aux femmes de la Nouvelle-Écosse et du Canada.
6. Même les conditions socio-économiques dans lesquelles j'ai été élevée, soit celles d'une famille pauvre de la classe ouvrière (ou sans travail), n'ont une portée utile que si elles sont examinées à travers le prisme de la «déresponsabilisation» de ma famille. Pour mieux comprendre les aspects complexes de cette expérience, notamment celui du sexe, voir Patricia Monture-Okanee, «Rétablir la justice . les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 90», document rédigé pour la Commission royale en vue de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires et contenu dans le présent volume.
7. Cette mention est tirée du témoignage de Cornwall que le juge en chef McEachern cite et sur lequel il se fonde dans *Delgamuukw et al. v. R. in Right of B.C. and A.G. Canada* [1991] 5 C.N.L.R., p. 153.
8. La décision du juge en chef McEachern dans l'affaire *Delgamuukw* est probablement ce qui illustre le mieux ce problème. Il a examiné des témoignages comme celui de Cornwall, mentionné ci-dessus, et statué en ces termes : [traduction] «peu importe comment... [un fonctionnaire] ou ceux avec qui il avait une action réciproque ont choisi de qualifier les intérêts autochtones, si ce n'est simplement de fournir un cadre chronologique à son enquête historique...» *Ibid.*, p. 153. M.Duncan avait affirmé ce qui suit, en 1875 : [traduction] «Traiter les Indiens en pauvres perpétue leur petite enfance et leurs conditions de vie écrasantes. Les traiter en sauvages que nous craignons et qu'il faut apprivoiser et amadouer par des cadeaux perpétuera leur barbarie et intensifiera leur insolence...» *Ibid.*, p. 135.
9. Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef McEachern a statué en ces termes :

Lorsque j'en viens à considérer des événements lointains, je suis forcé de conclure, devant l'ensemble de la preuve, qu'une bonne partie de la preuve historique des demandeurs n'est pas littéralement exacte. Ainsi, je n'accepte pas l'affirmation que ces peuples occupent ce territoire depuis le début des temps. De graves questions se posent sur nombre de points au sujet desquels les témoins ont été entendus et je dois peser l'ensemble des

preuves d'après des *principes juridiques, et non pas culturels* (*ibid.*, p. 41, le soulignement est de moi). [traduction]

10. R. c. *Lavallée* [1990] 1 R.C.S. 852, p. 853.
11. R. c. *Khan* [1990] 2 R.C.S. 531.
12. Cette erreur de transcription, j'en conviens, tient sans doute au fait que la secrétaire n'avait jamais eu l'occasion, dans sa vie personnelle ou dans son travail, de connaître des autochtones, ni de prendre connaissance de questions les concernant.
13. Voir M.E. Turpel, «The Judged and the Judging : Law or Marshall? Locating the Innocent in a Fallen Legal World,» (1991) *U.N.B. Law Journal* 281; M.E. Turpel, «Further Travails of Canada's Human Rights Record : The Marshall Case,» (1991) 3 *Revue internationale d'études canadiennes* 27, reproduit dans J. Manette, dir., *Elusive Justice : Beyond the Marshall Inquiry* (Halifax : Fernwood Publishing, 1992), p. 79; et P. Monture-OKanee and M.E. Turpel, «Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law . Rethinking Justice», (1992) *UBC Law Review* 239.
14. «Rethinking Justice», p. 242.
15. Commission de réforme du droit du Canada (1991), the Report of Manitoba's Aboriginal Justice Inquiry (1991), the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta (1991), and the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr. Prosecution. Outre ces quatre grandes études et enquêtes, il en existe plusieurs autres qui sont d'un intérêt plus local ou qui portent sur des volets particuliers du système de justice (p. ex., les services correctionnels).
16. Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (appelée ci-après AJI), p. 1.
17. Digest of Findings, p. II.
18. Si j'emploie le mot «précision», c'est que, à mon avis, la Commission a étendu la notion de respect mutuel au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, puisque cette notion entre dans la compréhension de l'histoire des peuples autochtones – ceux-ci se gouvernaient eux-mêmes et ils ont subi, à cet égard, l'oppression de la *Loi sur les Indiens* et des autres politiques et instruments des colonies.
19. Voir le rapport AJI, volume II.
20. Le juge en chef McEachern a affirmé cela clairement dans l'arrêt *Dolgamuukw* lorsqu'il a déclaré que [traduction] «les demandeurs ont une conception romantique de leur histoire» (p. 40).
21. J'ai été troublée de lire, dans le document récent d'Olive Dickason intitulé *Native Peoples of Canada*, la taxonomie des diverses particularités raciales, des types sanguins, etc., des différents peuples autochtones du Canada. Je l'ai trouvée tout aussi effrayante que la théorie raciale énoncée au XIX<sup>e</sup> siècle. Elle montre en outre que cette auteure n'avait rien compris. Les différences ne se situent pas simplement au niveau des caractéristiques raciales visibles (quelles qu'elles soient), mais aussi sur le plan des conceptions, des croyances et de la façon de comprendre le monde.
22. J. Clifford, «Identity in Mashpee», in *The Predicament of Culture : Twentieth-Century Ethnography, Literature and Art* (Harvard University Press, 1988), p. 284.
23. Page 214.
24. P. 199.
25. John Stuart Mill, *On Bentham and Coleridge* (New York, Harper : 1962), p. 78.
26. p. 235.

27. p. 235-236.
28. A. Kaiser, «The Criminal Code of Canada . A Review Based on the Minister's Reference», *UBC Law Review* 41 (1992), p. 90.
29. *Ibid.*, p. 158.
30. Le document sur la culture, rédigé par Jeremy Webber en vue de cette table ronde, est très éclairant à cet égard. L'auteur y présente la culture comme une conversation qui transcende le temporel et il traite de la conception erronée du changement que l'on qualifie à tort de mutation et qui n'est en réalité qu'une perte de culture.
31. Kim Campbell, allocution prononcée devant l'Association du Barreau canadien à l'occasion de son assemblée annuelle tenue le 24 août 1992 à Halifax, Nouvelle-Écosse.
32. L'enquête du coroner, qui s'est ouverte en décembre 1992 dans la réserve de Big Cove, au Nouveau-Brunswick, témoigne de cette pénible situation des jeunes qui se suicident parce qu'ils n'ont plus aucune raison de vivre dans de telles conditions.
33. H. Arendt, *On Violence* (Harvest, 1970), p. 81.
34. p. 25.
35. Voir T. Nahanec, «Danse avec un gorille» : *Les femmes autochtones, la justice et la Charte*, rédigé pour la Commission royale sur les peuples autochtones (Ottawa : 1992).
36. p. 10.
37. F. Pepper and S. Henry, «An Indian Perspective on Self-Esteem», *Canadian Journal of Native Education* 18, p. 145.
38. *Ibid.*, p. 145.
39. *Thomson Newspapers c. Dir. des enq. & rech.* (1990) 1 R.C.S. 425.
40. Comme l'affirme Peter Hogg dans son analyse de cet arrêt, [traduction] «il est évident que cette façon d'interpréter rend très incertains tous les droits légaux, même ceux qui sont formulés dans un langage très précis...» *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> édition) (Carswell, 1992), p. 1037.
41. *R. c. Swain* (1991) 1 R.C.S. 933, p. 936.
42. Clifford, *ibid.*, p. 301.
43. «Rethinking Justice», p. 257.

# Répondre aux préoccupations des peuples autochtones au sein du système judiciaire existant

*John Giokas\**

## **Introduction : La naissance d'une nouvelle relation**

Il est manifeste en 1992 que les rapports entre les Canadiens autochtones et non autochtones ont changé irrévocablement. La nature généralisée de la mobilisation politique des autochtones depuis 1945, à la suite de laquelle les peuples autochtones ont cessé de constituer le sujet du débat au Canada et ont commencé à y participer, en est la preuve. On ne peut pas ne pas se souvenir que lorsque les Indiens inscrits du Canada émirent pour la première fois l'idée d'une participation directe aux négociations dans le cadre du processus de renouvellement de la Constitution, soit dans les années 1970, ils furent considérés par le gouvernement fédéral comme des acteurs de second plan. En fait, les organismes autochtones entrèrent dans le débat constitutionnel dans les années 1970 en tant que groupes de citoyens de type spécial pour en sortir à la réunion de Charlottetown de 1992 comme participants à part entière à l'égard des gouvernements fédéral et provinciaux à bien des égards.

Il ne s'agit pas là d'un phénomène particulier au Canada. Dans le monde entier, on observe des mouvements politiques de plus en plus marqués chez les peuples autochtones désireux de convenir d'un nouveau partage des pouvoirs au sein de leurs États respectifs. Ensemble, ces mouvements possèdent une telle force que les Nations Unies ont proclamé l'année 1993 Année internationale des populations autochtones. Depuis 1945, ces mouvements sont renforcés par la prise de conscience accrue sur la scène internationale à l'égard des droits de la personne au cours des

---

\* Avocat d'Ottawa



dernières décennies, laquelle fait écho à une tendance intellectuelle observée dans le monde entier convergeant vers «le pluralisme ethnique et une mondialisation de l'idéologie en matière d'égalité raciale et culturelle»<sup>1</sup>. L'importance accrue des droits à l'échelle internationale s'est traduite au Canada par l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>2</sup> (en vertu de laquelle les lois canadiennes sur les Indiens ont été remises en cause pour la première fois à l'époque moderne au nom des droits de la personne<sup>3</sup>), de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que de divers codes et lois sur les droits de la personne élaborés par les gouvernements fédéral et provinciaux.

Toutefois, le mouvement international ne vise plus uniquement à protéger les droits individuels mais aussi le droit des «peuples» de disposer d'eux-mêmes, par l'intermédiaire des Nations Unies en grande partie<sup>4</sup>; c'est dans cette foulée que s'inscrivent les revendications des peuples autochtones désireux de disposer d'eux-mêmes sur la scène nationale, qui ont donné lieu aux diverses conférences des premiers ministres sur l'autonomie gouvernementale et qui domineront le débat national autour de questions intéressant les autochtones pour encore un bout de temps.

Le présent document a été rédigé avec comme toile de fond cet effort national et international des peuples autochtones pour prendre davantage leurs affaires en main. Son thème peut être résumé en un mot : émergence. Un nouvel ordre apparaît au Canada, qui touchera les dimensions les plus importantes de la nouvelle relation entre les Canadiens autochtones et non autochtones. Sa forme n'est pas encore totalement visible. Les autochtones détiennent cependant une longueur d'avance sur la plupart des autres Canadiens, car ils peuvent percevoir les contours de la nouvelle relation et font pression dans quelques secteurs pour que celle-ci puisse être étoffée d'une manière ordonnée. L'administration de la justice compte parmi ces secteurs.

Beaucoup de voix se font maintenant entendre, prônant des solutions particulières au problème de la justice autochtone, tel un appareil judiciaire autochtone parallèle ou distinct. Cependant, compte tenu de la thèse exposée ici, la forme finale que prendra la nouvelle relation dans le domaine de la justice n'a qu'une importance secondaire. Dans cette optique, le point, en réalité, est de savoir si le gouvernement peut jouer un rôle utile pour faciliter le changement dans le cadre constitutionnel actuel. Au cours de la période de transition à la nouvelle relation, il importera de jeter les bases des changements à venir en ce qui concerne les rapports entre les autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux au chapitre du partage des pouvoirs.

Cependant, il importera tout autant de jeter ces bases de manière à permettre le maintien de la relation entre les Canadiens autochtones et non autochtones face aux défis qui mettront fatalement celle-ci à l'épreuve. L'élément indispensable à l'accomplissement de l'une et l'autre de ces tâches consistera en un nouvel engagement à l'égard d'un partenariat égal entre les autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux. L'approche exposée dans le présent document est une tentative pour favoriser pareil engagement. Toutefois, comme on l'a vu dans tellement d'autres sphères de la vie nationale ces derniers temps, c'est à l'usage que l'on pourra juger de la qualité de cette approche.

## Le débat actuel sur la justice autochtone au Canada

L'un des aspects les plus saisissants du débat actuel entourant les questions de justice autochtone, c'est qu'un si grand désaccord puisse coexister avec un niveau si élevé de consensus. Les divers rapports d'enquête provinciaux, les études universitaires, les rapports de recherche, les documents gouvernementaux et même l'opinion publique se rallient à quatre conclusions largement répandues<sup>5</sup> :

- Le système judiciaire actuel est un échec en regard des peuples autochtones.
- La réponse réside dans l'accroissement de la responsabilité des autochtones en matière de définition et de résolution des problèmes judiciaires qui les concernent.
- Compte tenu de la diversité des peuples et des collectivités autochtones, les définitions et les solutions ainsi obtenues ne seront pas identiques dans l'ensemble du pays.
- Ces définitions et ces solutions autochtones ne pourront pas être indépendantes du système judiciaire actuel, du moins au début.

Le désaccord apparaît dans la définition précise du problème et la nature des solutions proposées. Par exemple, l'échec [du système judiciaire] se fait-il surtout sentir par rapport aux peuples autochtones plus traditionnels, basés dans des réserves, ou se manifeste-t-il également en ce qui a trait aux habitants des grandes villes? [Cet échec] est-il imputable à des causes socio-économiques, aux différences culturelles ou à une combinaison de ces facteurs? Devons-nous prendre comme point de départ de notre analyse et de nos efforts le système judiciaire actuel, ou lui substituer l'hypothèse d'un droit plus étendu à un système parallèle ou distinct?

À bien des égards, ces divergences reflètent, d'une part, les désaccords quant à la nature et aux causes de la criminalité en général, pour lesquelles il n'existe pas de définition simple et, d'autre part, l'émergence des questions de justice autochtone de concert avec le débat politique plus large sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Par conséquent, il est peut-être excessif d'espérer atteindre une plus grande unanimité, en ce qui concerne la criminalité autochtone, que celle à laquelle a pu parvenir la collectivité scientifique en matière de criminologie générale. De même, il est sans doute naïf de s'attendre à pouvoir isoler sans difficulté les questions juridiques dans le cadre du débat plus vaste sur l'autonomie gouvernementale<sup>6</sup>.

Néanmoins, si imprécis que puissent être les quatre points d'entente, ils offrent quand même un cadre de travail pour aborder le problème, pendant que les divers facteurs de mésentente sont étudiés et débattus un à un dans les assemblées scientifiques, voire sur les tribunes politiques et constitutionnelles. Quelle que soit l'explication que l'on puisse donner de ces problèmes en dernière analyse, les auteurs de tous les rapports consultés s'entendent pour affirmer qu'un trop grand nombre d'autochtones sont traduits en justice et incarcérés en vertu du système actuel. À cette étape, après avoir épluché près de 25 rapports et études sur la question, il serait difficile de ne pas tomber d'accord avec l'observation mordante de Patricia Monture-OKanee et Mary Ellen Turpel, selon laquelle «l'ère de la collecte des données sur la surreprésentation des autochtones dans le système pénal actuel doit prendre fin. Il est temps à présent de commencer à se concentrer sur des changements significatifs»<sup>7</sup>.

### *L'échec du système judiciaire*

Trois thèmes se dégagent constamment des diverses enquêtes et études provinciales sur la justice autochtone réalisées au cours des dernières décennies<sup>8</sup>. En premier lieu, tous les rapports font état de la surreprésentation des autochtones et documentent les fréquents démêlés des autochtones avec la police ainsi que les taux anormalement élevés d'arrestation, de mise en accusation et d'emprisonnement parmi ces derniers. La surreprésentation des autochtones dans le système carcéral est maintenant un fait établi et tout indique que ce problème ira en s'aggravant, étant donné que le taux de croissance de la population carcérale autochtone est plus du double de la moyenne nationale. En 1991, les autochtones composaient généralement aux environs de 11 % et de 15 % respectivement, de la population des centres de détention fédéraux et provinciaux. Les pourcentages sont encore plus élevés pour les femmes autochtones. De plus, les détenus autochtones ont moins de chances d'obtenir une libération conditionnelle au début de leur peine. La représentation des jeunes autochtones dans les établissements de détention pour mineurs est aussi disproportionnée. La surreprésentation globale des autochtones est particulièrement criante dans les Prairies<sup>9</sup>.

Le second thème qui revient dans tous les documents consultés est celui de la discrimination pratiquée contre les autochtones à tous les échelons du système judiciaire actuel. Les rapports et les études pertinents en viennent à la conclusion que ce problème est en grande partie systémique<sup>10</sup>, et offrent de nombreuses recommandations en vue d'y remédier. Les autochtones ont signalé, lorsqu'ils ont témoigné devant les diverses commissions d'enquête concernées, qu'ils croyaient être traités plus durement que les autres par le système judiciaire. En cour, il arrive souvent qu'ils ne comprennent pas la procédure judiciaire, l'énoncé du jugement ou la peine proprement dite. Beaucoup d'entre eux affirment que les policiers et les membres du personnel correctionnel entretiennent des préjugés raciaux à leur endroit. Les divers rapports d'enquête et études consultés évitent soigneusement d'accuser ouvertement quiconque de racisme, mais leurs conclusions tendent à corroborer l'existence d'une certaine forme de discrimination non déguisée à l'intérieur du système.

Ces facteurs ont contribué à nourrir un troisième problème, mis en lumière par tous les documents consultés : le fait que les peuples autochtones perçoivent «la justice pénale [comme] un système étranger à leur mode de vie, qui leur est imposé par la société blanche dominante»<sup>11</sup>. Bref, ils ne se sentent pas tenus de respecter un système qui n'est pas le «leur» et qu'ils en sont venus à considérer comme leur ennemi, point de vue qui s'appuie trop souvent sur des expériences personnelles auprès des systèmes de protection de l'enfance, de tribunaux de la jeunesse, de tribunaux de la famille et de justice pénale. Tout indique que cette désaffection des autochtones est courante et continue à s'étendre. Les milieux scientifiques alimentent de plus en plus cette tendance, en mettant constamment en relief les différences culturelles entre l'approche autochtone et non autochtone des questions judiciaires<sup>12</sup>.

Cette thèse est aussi justifiée sur le plan politique par les déclarations des chefs autochtones concernant des injustices passées et présentes dans toutes les facettes des rapports entre la société canadienne et les autochtones ainsi que par les propos des Églises et des hommes et femmes politiques du Canada, qui reconnaissent l'existence

de ces injustices et s'en excusent. Ce sentiment de désaffection apparemment profond constitue peut-être l'aspect le plus important du problème global des autochtones en matière de justice pénale, car il est intimement lié à la lutte politique que livrent ces derniers à l'heure actuelle pour convenir d'un nouveau partage des pouvoirs au Canada et à l'étranger.

La mésentente qui règne quant aux causes de ces problèmes ne favorise pas une convergence vers un changement profond. Depuis la publication en 1967 du document intitulé *Les Indiens et la loi*<sup>14</sup>, les rapports d'enquête et d'étude font écho au lien entre, d'une part, les problèmes des autochtones en matière de justice et, d'autre part, les problèmes sociaux et économiques sous-jacents. Par ailleurs, on peut trouver d'autres façons très différentes d'expliquer le lien entre la situation socio-économique des autochtones et leurs problèmes en matière de justice pénale. Dans un article publié récemment, Michael Jackson fait mention du «contexte global de désorganisation sociale et de pauvreté qui caractérise de nombreuses collectivités autochtones<sup>15</sup>». Il examine ensuite les divers éléments soutenus pour expliquer la proportion particulièrement élevée d'autochtones aux prises avec la justice ainsi que les perturbations sociales et économiques caractéristiques des autochtones. Dans son analyse, il divise en trois camps les partisans des diverses explications.

Selon le premier camp, les différences culturelles entre les Canadiens autochtones et non autochtones sont si importantes que les sociétés autochtones n'ont pu s'adapter aux valeurs et aux conceptions non autochtones, ce qui a entraîné leur marginalisation par rapport à la culture majoritaire et de l'économie canadienne moderne<sup>15</sup>. Selon les tenants de la deuxième explication, les problèmes des autochtones en matière de justice pénale découlent, sur le plan structurel, d'inégalités économiques et sociales qui ne sont pas forcément liées à des éléments culturels. Dans cette optique, par exemple, l'âge et la situation socio-économique constituent des indices plus sûrs que la culture lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi on trouve une si forte proportion d'autochtones au sein de la population carcérale<sup>16</sup>. Un troisième point de vue combine ces deux explications. Celui-ci est axé sur le processus de colonisation, «qui a entraîné une pauvreté extrême chez les autochtones<sup>17</sup>» et fait écho à l'expérience d'autres peuples autochtones du monde entier.

Ces trois explications ont chacune leurs mérites et il convient de les examiner d'une manière plus approfondie. Toutefois, on n'est pas pour autant contraint à l'inaction. En effet, il semble possible d'élaborer à partir de ces explications des hypothèses de travail afin de déterminer certaines mesures à prendre pendant que se déroule cet examen :

- Les antécédents uniques des peuples et des collectivités autochtones ainsi que leur situation socio-économique actuelle exercent sur eux des pressions tout aussi uniques; les comportements dits criminels ne sont qu'un symptôme d'inégalités plus profondes.
- L'appareil judiciaire a toujours pratiqué une certaine discrimination à l'endroit des autochtones, et continue à divers degrés de le faire, qu'il s'agisse de préjugés raciaux, d'attitudes désobligeantes ou d'ignorance ou encore d'une combinaison de ces éléments.

- Le processus même de détermination du crime et d'établissement des priorités en matière de justice reflète une idéologie euro-canadienne qui continue de dominer dans des pratiques qui excluent, voire même, menacent la culture autochtone.

### *Attribution aux autochtones d'une responsabilité accrue en matière de justice*

En 1992, il semble à peu près impossible de contester le fait qu'il convient d'accroître la responsabilité des autochtones pour résoudre leurs problèmes en matière de justice. Ce thème se dégage de la grande majorité des rapports publiés par les administrations provinciales au sujet de l'application de la justice aux autochtones et du seul document publié par l'administration fédérale où on aborde cette question dans un cadre théorique<sup>18</sup>

L'attribution aux autochtones d'une responsabilité accrue dans la détermination et la résolution de leurs problèmes a aussi fait l'objet d'un engagement politique. En effet, c'est sur ce thème que repose la politique concernant les autochtones élaborée par le gouvernement fédéral. Le premier ministre a présenté les quatre volets de cette politique dans l'allocution qu'il a prononcée à la Chambre des communes le 25 septembre 1990<sup>19</sup>, au cours de laquelle il a affirmé que «le gouvernement veut trouver des moyens pratiques par lesquels les collectivités autochtones pourront exercer effectivement un plus grand contrôle sur l'administration de la justice». Il a réitéré cette affirmation dans son discours du 23 avril 1991 devant le First Nations Congress, qui s'est tenu à Victoria, en Colombie-Britannique. À cette occasion, le premier ministre a précisé que «les dirigeants autochtones souhaitent une réforme de l'appareil judiciaire, car ils y voient une étape nécessaire à la réalisation de leurs plus vastes aspirations».

Comme nous l'avons déjà mentionné, une révolution des droits de la personne est en cours dans le monde entier, qui a aidé les autochtones désireux de convenir d'un nouveau partage des pouvoirs au sein de leurs États respectifs. Compte tenu de 1982 et de l'importance nouvelle accordée aux droits en vertu de la Constitution, l'avènement prochain d'une nouvelle relation fondée sur les nouvelles règles constitutionnelles et politiques qui reconnaîtront le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale paraît inévitable. Il importe de noter que la révolution des droits a changé non seulement les règles du jeu<sup>20</sup>, mais aussi la terminologie employée pour débattre ces règles. Il y a près de vingt-cinq ans, Maxwell Cohen a mis en lumière l'émergence d'un certain intérêt au Canada pour les droits de la personne; cet auteur a alors déclaré que ces droits étaient devenus «un élément important du vocabulaire propre aux débats» et «un élément du dialogue politique, des débats menés dans toutes les parties du monde, même au sein des sociétés riches<sup>21</sup>». Cet état de choses permet d'expliquer en partie la prédominance étonnante des avocats dans ce débat et l'accroissement du rôle que joue en règle générale la Cour suprême dans l'élaboration des décisions à l'échelle nationale.

Outre ces grandes tendances, on observe dans le domaine judiciaire que la société canadienne délaisse d'ordinaire la répression policière et l'administration stricte de la justice pénale au profit de la prévention des crimes. La documentation et les

présentations adressées aux divers groupes de travail font mention à maintes reprises de l'importance d'habiliter les collectivités à cerner et à résoudre elles-mêmes leurs problèmes en matière pénale. Compte tenu de ce qui précède, du mouvement observé à la fois sur le plan international et sur le plan national vers l'habilitation des peuples et des collectivités autochtones ainsi que de l'engagement politique pris à l'égard de ce principe, qu'est-ce qui empêche ces peuples et ces collectivités d'assumer une responsabilité accrue en ce qui a trait à l'administration de la justice et à leurs problèmes en la matière?

La combinaison de la rhétorique abstraite des droits de la personne entourant les questions d'autonomie gouvernementale avec les problèmes concrets et quotidiens que posent le crime et l'application de la justice à l'échelle de la collectivité constitue un obstacle à cet égard. En effet, l'essor des droits de la personne sur le double plan international et national ainsi que la mobilisation politique des autochtones qui en a découlé ont créé un nouveau processus ou une nouvelle «avenue» pour résoudre les questions concernant les autochtones. Cette avenue tend vers des solutions globales; elle commande un plus grand degré d'abstraction et fait appel à la terminologie propre aux droits reconnus par la loi. C'est l'avenue qu'on appelle souvent «programme politique» des autochtones<sup>22</sup>.

Il existe maintenant deux façons d'aborder les questions concernant les autochtones : la démarche pragmatique et empirique à l'échelle de la collectivité ainsi que la démarche globale axée sur les droits de la personne et le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. Dans le débat portant sur l'autonomie gouvernementale, ces deux voies sont représentées, d'une part, par le programme d'autonomie gouvernementale des collectivités dirigé par le ministère des Affaires indiennes et par la plus récente démarche mettant en jeu diverses options, fondée sur la *Loi sur les Indiens*, et d'autre part, par l'inscription dans la Constitution du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Dans le domaine judiciaire, ce sont la démarche pragmatique orientée vers la collaboration avec les collectivités autochtones et le remaniement de l'appareil judiciaire existant qui s'opposent à la démarche axée sur les droits, notamment le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, visant à établir un appareil judiciaire autochtone parallèle ou distinct.

La teneur du débat a engendré en quelque sorte une fausse dichotomie entre ces deux avenues, comme si elles s'excluaient mutuellement. Or, le processus tout entier semble avoir été perturbé par cette dichotomie : on ne fait rien tandis que se poursuit le débat. Ce dernier, pourrait-on dire, se résume à la question suivante : Devons-nous d'abord accorder aux autochtones le droit de se doter d'un appareil judiciaire et ensuite prévoir les recours appropriés, en l'occurrence le processus judiciaire et les institutions autochtones, ou devons-nous au contraire prévoir les recours avant d'accorder ce droit aux autochtones?

Dans cette optique, il semble que la véritable question qui se pose est moins de savoir s'il faut choisir entre une adaptation plus rapide du système existant et le droit global de créer des systèmes parallèles ou séparés, que de savoir s'il existe un plan d'action en vue de traiter les problèmes de la justice appliquée aux autochtones. La tendance a parfois été de considérer le droit à un système séparé ou parallèle comme

la base du plan d'action. Ce ne peut être le cas, étant donné qu'il s'agit tout au plus de droits fondamentaux pouvant conduire les autochtones à prendre en main leur propre système judiciaire. De bien des manières, les questions touchant la justice, comme les questions constitutionnelles, sont devenues un duel d'avocats qui ne tient pas compte du fait que, quelle que soit l'avenue choisie, l'hypothèse actuelle d'une plus grande prise en charge part du même point – celui de la collectivité et de ses besoins et attentes.

Bien sûr, la revendication des droits a l'avantage d'établir un cadre de relative égalité dès le commencement. C'est là la meilleure manière de procéder. Mais qu'il y ait ou non revendication de droits, les mesures devront toujours partir du même point de départ : elles devront se fonder sur la collectivité, sur les conditions qui délimitent sa volonté et sa capacité d'assumer ses responsabilités à l'égard d'un système judiciaire qui lui serait propre, et sur la volonté politique du gouvernement à l'aider à se prendre en charge. La revendication des droits assure tout au plus la possibilité de brandir la menace de la poursuite en justice lorsque la volonté politique du gouvernement fait défaut.

On a eu tendance à exclure mutuellement ces questions: soit on envisage la revendication des droits, soit on se penche exclusivement sur des questions pragmatiques touchant la collectivité. Rares sont ceux qui font valoir que les deux avenues peuvent aller de pair. Mais au niveau des collectivités, cette question est bien souvent sans intérêt. Bon nombre de collectivités ont choisi de ne pas attendre, pour passer à l'action, que leurs leaders nationaux trouvent un terrain d'entente sur la question avec les dirigeants non autochtones. Elles vont simplement de l'avant avec des moyens pratiques, adaptés à leurs besoins, afin de s'occuper des questions locales, y compris les problèmes de nature judiciaire. Selon le ministère fédéral de la Justice, il existerait bien au-delà de cent projets pour lesquels on aurait demandé le concours financier du gouvernement fédéral. Il est plus que probable que le nombre d'initiatives locales faisant appel ou non à un financement provincial soit plus important encore.

Deux choses ressortent clairement à ce stade du débat. En premier lieu, nous ne pouvons attendre l'issue du débat plus vaste sur les droits et l'autodétermination des peuples autochtones pour agir. Le système judiciaire n'ayant pas répondu aux besoins des peuples autochtones, il serait dangereux d'attendre plus longtemps. En remettant les choses à plus tard, on risque de mettre un terme au partenariat entre les peuples autochtones et le gouvernement, lequel partenariat est à la base des mesures à prendre en matière de questions judiciaires<sup>21</sup>. Comme nous le verrons plus tard, les peuples autochtones et le gouvernement devront poursuivre, selon toute vraisemblance, leur collaboration pendant longtemps encore, qu'il y ait ou non, dans le futur, consécration des droits à l'autodétermination ou à des systèmes séparés dans la Constitution.

En second lieu, on ne peut pas ne pas tenir compte du débat sur les revendications des droits et sur les aspirations politiques plus vastes des peuples autochtones. Cet extrait de Patricia Monture-OKanee et de Mary Ellen Turpel résume bien cette idée :

La reconnaissance des objectifs politiques des autochtones et la sensibilité à leur égard sont d'autres facteurs, liés aux précédents, qu'il faut

prendre en considération dans la réforme [...] seul le respect non seulement du pouvoir des politiciens non autochtones, mais aussi de celui des autorités politiques autochtones peut nous aider à définir une sorte de système pénal acceptable pour les peuples autochtones. Ce n'est qu'en consultant et en étudiant de manière approfondie la littérature des autochtones que l'on pourra comprendre leurs objectifs politiques<sup>51</sup>.

D'autres spécialistes de la question autochtone, comme Sally Weaver, semblent être d'avis que le temps est révolu où il était possible de formuler des politiques dans d'autres domaines sans tenir compte des aspirations politiques des autochtones. Elle soutient que le Canada vit à l'heure actuelle un «changement de tendance»<sup>52</sup> sur le plan de l'élaboration des politiques indiennes (et par conséquent autochtones), alors que nous passons d'une tendance ou d'une perspective axée sur le formalisme juridique et le contrôle de l'État à un paradigme qui s'articule autour de la notion de justice comprise dans un sens plus large et qui met en relief l'idée d'adaptation réciproque et de relations interculturelles suivies. Ce changement de tendance correspondrait au changement du rôle des autochtones au Canada – de simples sujets qu'ils étaient dans les années 1940, ils sont devenus en 1992 participants à part entière au débat.

Alors que les milieux gouvernementaux, dans bien des cas, n'ont pas encore saisi le changement irréversible qui a transformé l'organisation politique au pays, d'autres milieux l'ont anticipé. On peut penser que c'est cette situation, notamment, qui explique la frustration de toutes les parties concernées par ces questions complexes. Selon Sally Weaver, le passage de l'ancien au nouveau paradigme «s'accompagnera de choix politiques inconsistants, d'initiatives dépourvues d'objectifs précis et de faux départs jusqu'à ce que la nouvelle façon de penser soit définitivement adoptée»<sup>53</sup>. Dans cette optique, on peut considérer l'actuelle ronde d'enquêtes et d'études comme, en quelque sorte, des expériences inconsistantes menées par des avocats sur le plan du raisonnement politique, qu'il reste à canaliser. La présente Table ronde nationale sur les questions judiciaires de la Commission royale constitue un moyen de définir une orientation afin d'éviter les faux départs.

Il est important de noter que la continuité et la souplesse dans les rapports entre les peuples autochtones et l'État sont les caractéristiques essentielles de cette nouvelle tendance :

L'idée première et peut-être maîtresse de cette nouvelle tendance est la notion suivant laquelle la relation entre les premières nations et l'État (le Canada) est une relation *organique permanente* qui prévaudra jusque dans un avenir lointain. Il ne s'agit pas d'une relation convergente qui suppose la fusion de ces deux entités politiques en un corps unifié, mais bien d'une relation suivie qui évolue. Il faut la voir en termes de forces politiques parallèles en évolution, qui, et c'est là leur principale caractéristique, peuvent s'adapter l'une à l'autre et au milieu dans lequel elles évoluent. Par conséquent, l'idée de la suppression des relations entre les premières nations et l'État n'est pas à envisager [...] Somme toute, la nouvelle pensée suppose qu'une cessation des relations n'est ni réalisable empiriquement, ni souhaitable sur le plan politique<sup>54</sup>.



La nouvelle pensée contient deux éléments importants, à savoir, l'élaboration commune des politiques et le changement de vocation de certains ministères dont le rôle sera d'assurer des services aux peuples autochtones plutôt que de leur imposer des directives. La continuité des rapports est tout aussi importante que le sont l'ouverture et le partenariat que suppose cette tendance.

### *À peuples divers, solutions diverses*

On ne peut envisager un seul plan d'action global, en raison notamment de la très grande diversité des peuples autochtones du Canada. Patricia Monture-OKanee et Mary Ellen Turpel semblent penser non seulement que le défi de la justice appliquée aux autochtones doit être relevé conjointement, mais aussi qu'il n'existe pas de réponse unique aux besoins de peuples diversifiés :

Il est important de garder à l'esprit, tandis que nous abordons ensemble ce nouveau défi, qu'il n'existe pas de réponse ou de solution unique qui soient capables de répondre à la diversité historique, géographique et culturelle des peuples autochtones et de leurs collectivités. Pour ne citer qu'un exemple, mentionnons que les problèmes et les solutions des peuples autochtones vivant dans des réserves ou dans les collectivités inuit ou métisses sont différents de ceux des habitants autochtones de centres urbains. Une réponse ne peut être raisonnée que dans la mesure où elle est adaptée aux dimensions internes des problèmes de justice pénale (par exemple, adaptée aux collectivités autochtones) et à leurs dimensions externes (par exemple, les autochtones vivant en dehors de leur collectivité)<sup>8</sup>

Les prévisions faites à partir des données de recensement<sup>9</sup> disponibles traduisent en partie cette diversité. La population du Canada compte 958 500 autochtones : 490 178 Indiens inscrits, 33 000 Inuit et 435 322 Indiens non inscrits ou Métis. La plupart des spécialistes s'entendraient sans doute pour dire que les chiffres concernant les Indiens non inscrits et les Métis sont très approximatifs étant donné que l'on se fie essentiellement aux déclarations des répondants pour identifier ces groupes. Le Conseil national des autochtones du Canada a toujours soutenu qu'il représente 750 000 personnes (Indiens inscrits hors des réserves, Indiens non inscrits et Métis). Les Métis du Manitoba affirment être 111 000<sup>10</sup>.

Des Indiens inscrits, seuls 60 % (moins de 300 000) vivent dans des réserves. De ce nombre, 40 % habitent dans des centres urbains plus importants ou à proximité. Le reste, soit près de 180 000 Indiens inscrits, vit dans des régions rurales ou isolées. Des 603 bandes et des 617 groupes inscrits (groupes distincts compris à l'intérieur d'une seule bande inscrite), 40 comprennent moins de 100 personnes, 265 comprennent entre 100 et 499 personnes, 259 comptent entre 500 et 1 999 personnes et 53 ont une population supérieure à 2 000 personnes. On ne connaît pas encore les effets du projet de loi C-31 sur la population globale d'Indiens inscrits. Des projections pour 1991 indiquent que les Indiens inscrits représenteraient tout juste un peu plus de 521 000 personnes.

Les autochtones vivent dans toutes les régions du Canada, 84 % d'entre eux étant établis à l'ouest du Québec. Les cultures autochtones sont aussi diversifiées sinon davantage que celles des pays d'Europe. Il existe plus de 50 langues autochtones au Canada, appartenant à 11 groupes linguistiques différents. En outre, les contacts avec les colons ont été différents d'un peuple autochtone à l'autre, tout comme l'est la nature de leurs rapports juridiques et constitutionnels avec les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, qui dépendent de la qualité des relations entretenues au cours de l'histoire ainsi que de leur statut en vertu de la loi canadienne.

En résumé, la notion même de «peuple» autochtone semble n'être qu'une vue de l'esprit, tout comme l'idée d'une solution «autochtone» unique et globale aux problèmes que pose un aussi vaste domaine que celui de l'administration de la justice. De très nombreux autochtones vivent actuellement dans des centres urbains. Parmi les autochtones qui continuent de vivre dans leurs collectivités, un grand nombre élisent également domicile, durant certaines périodes de l'année, dans les centres urbains<sup>31</sup>. Les habitants de nombreuses collectivités exclusivement autochtones, elles-mêmes situées à proximité de centres non autochtones, adoptent, par la force des choses, un mode de vie issu d'un brassage des valeurs culturelles. De nombreuses traditions autochtones n'ont plus cours ou ont été érodées de sorte que certaines collectivités s'engagent maintenant, non sans difficulté, dans la reconstruction des modes de vie ancestraux et leur adaptation à la réalité moderne du Canada<sup>32</sup>. Aussi l'Indigenous Bar Association apporte-t-elle la nuance qui suit, souvent négligée par les commentateurs qui discutent des peuples autochtones et de leur culture comme s'il s'agissait d'un tout :

Bien entendu, dans tout ce qui précède, il faut tenir compte du fait que les autochtones qui ont été élevés selon les coutumes ancestrales sont plus susceptibles de véhiculer les valeurs traditionnelles que ceux qui ont été exposés à la vie urbaine ou au système de justice pénale contemporain. En outre, il faut également savoir que le comportement varie énormément d'une personne à l'autre. Quoi qu'il en soit, les valeurs traditionnelles existent et ont fait couler beaucoup d'encre<sup>33</sup>.

Il ne faut cependant pas conclure que les peuples autochtones, bien que très différents, ne partagent pas pour autant des valeurs ou des conceptions communes. Le rapport du groupe de travail de l'Alberta décrit dans leurs grandes lignes les différences culturelles à la base des sociétés autochtones et non autochtones<sup>34</sup> et emprunte, pour ce faire, des termes qui apparaissent souvent dans les témoignages d'enquête des peuples autochtones à travers le Canada. Malgré leur diversité, les autochtones possèdent, au sens large, une identité culturelle réelle et indéniable<sup>35</sup>.

Ils partagent également des aspirations communes, au sens large, qui constituent le programme politique des autochtones<sup>36</sup> et s'expriment par la revendication de droits. Ces aspirations s'articulent autour de la question de l'autonomie gouvernementale et représentent, comme on en a discuté précédemment, l'une des deux avenues de règlement des problèmes autochtones. Ainsi, sur la scène internationale et dans le cadre du débat constitutionnel au Canada, les peuples autochtones ont tendance à

parler au nom d'une seule entité, comme si leurs aspirations étaient identiques ou presque. Cette démarche est naturelle compte tenu du caractère hautement abstrait des concepts rattachés aux droits de la personne et à l'autodétermination. Elle est également normale si l'on prend en considération les impératifs politiques qui exigent des peuples autochtones qu'ils collaborent étroitement pour faire avancer ces questions. Mais même dans cette avenue, les formes particulières que prendra le droit refléteront tant la diversité culturelle et politique que la similitude des aspirations à cet égard.

En bref, on peut, selon l'orientation qu'on adopte, voir dans l'une ou l'autre des avenues, soit une exagération des similitudes, soit une exagération des différences. La vérité se trouve quelque part entre les deux et il reviendra à chaque collectivité de la découvrir par ses propres actions et selon ses propres désirs. Cependant, il est de moins en moins probable que l'on pourra arriver à un schéma consensuel en matière de justice autochtone, même pour résoudre des problèmes pourtant reconnus par tous les groupes autochtones.

### ***Les options judiciaires proposées par les autochtones et le système judiciaire existant***

Ainsi, même si le programme politique des autochtones sur la question des droits débouchait sur des formes d'autonomie gouvernementale protégées par la Constitution qui satisfassent les peuples autochtones, les relations avec le Canada se poursuivraient. De là vient l'exigence, dans l'entente constitutionnelle conclue à Charlottetown, que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale soit exercé dans le cadre de la fédération canadienne, que les lois des gouvernements fédéral et provinciaux continuent de s'appliquer jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par des lois autochtones et que les lois fédérales et provinciales «essentielles au maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement» prévalent sur les lois des gouvernements autochtones.

De la même façon à l'égard de la justice autochtone, on ne peut prétendre que des systèmes parallèles ou séparés n'auraient aucun lien avec le système existant, même dans leur forme la plus avancée. Ces systèmes judiciaires seront établis à partir du système existant et, par nécessité, suivront son évolution et conserveront, vraisemblablement, des liens importants avec lui puisqu'ils seront mis en oeuvre, eux aussi, au sein de la fédération canadienne. Dans tous les cas, même si l'on établissait demain un système judiciaire à part, il est peu probable que les collectivités autochtones souhaitent administrer l'ensemble des questions du *Code criminel*, même si le gouvernement envisageait cette possibilité.

L'établissement de systèmes parallèles ou séparés modifiera les modalités de la relation, mais pas son existence. En d'autres termes, des systèmes parallèles ou séparés de justice autochtone ne pourraient surgir du vide et ne pourraient exister dans ce vide, même dans leur forme la plus développée. D'ailleurs, les auteurs de l'enquête menée au Manitoba insistent sur la nécessité de procéder par étapes. Ils proposent un processus de négociations trilatérales comme moyen pour les autochtones d'acquérir une compétence judiciaire progressive dans différentes sphères :

Il nous semble évident que l'un des problèmes que les peuples autochtones devront régler en particulier sera celui du retrait progressif du système judiciaire provincial de certains domaines de compétence au fur et à mesure qu'ils seront pris en charge par les systèmes de justice autochtones'.

Le chef national de l'Assemblée des premières nations partagerait, semble-t-il, cette conception. Au cours d'une longue entrevue, Ovide Mercredi a décrit comment il envisageait le système judiciaire autochtone dans des termes qui indiquent une démarche progressive similaire, rejettent le modèle imposé et approuvent un lien continu avec le système existant pour des raisons d'ordre pratique :

Nous désirons privilégier, dans l'établissement de nos propres systèmes de justice, une démarche fondamentalement axée sur la flexibilité et permettant leur évolution plutôt que de reprendre un modèle national imposé. Par exemple, si une collectivité souhaite uniquement mettre sur pied un tribunal pour la jeunesse sans plus, elle doit s'en tenir à ce seul projet jusqu'à ce qu'elle sente le besoin d'élargir son système. Si certaines premières nations veulent se regrouper pour établir un tribunal de la famille ou une cour de protection de l'enfance, il faut leur donner carte blanche en la matière. Si c'est le seul domaine de justice qu'elles désirent administrer, qu'il en soit ainsi. Si elles veulent que l'autre système continue d'administrer le *Code criminel*, c'est à elles que revient ce choix. C'est ce que j'entends par l'importance de la flexibilité.

Le consensus dans l'élaboration du système revêt autant d'importance. Si, par exemple, un groupe autochtone désire utiliser certains aspects du système judiciaire de la société blanche et en concevoir d'autres qui s'inspirent d'un système judiciaire autochtone, de sorte qu'ils soient appliqués ensemble, cela le regarde. Tout cela est question de réflexion. C'est à chaque première nation qu'il revient de définir ses besoins. Le rapport du Manitoba présente un modèle de fonctionnement. Les auteurs du rapport ont étudié la situation au Manitoba et le modèle qu'ils proposent pourrait probablement fonctionner dans cette région. L'idée des cours tribales indiennes est une option tout à fait réalisable, à la condition que la population soit d'accord. Ce qui importe avant tout c'est le consentement de la population.

Pour le moment, nous avons le sentiment que le système de justice des non-autochtones ne sert pas les intérêts de notre peuple et c'est pourquoi nous étudions d'autres options. Mais il nous revient de trouver des formules de rechange qui, bien entendu, devront être acceptées par la collectivité si l'on veut être sûrs de leur succès. Il ne faut pas que des gens comme moi ou les chefs imposent leurs points de vue, répétant ainsi les actions passées. Si la population accepte le système judiciaire proposé, elle le respectera et s'y conformera. Le système de justice autochtone ne doit pas nécessairement être à l'image des institutions judiciaires existantes.

Les cours de justice ne sont pas essentielles, car nous pouvons les remplacer par des procédures de griefs ou des conseils de médiation. Il importe avant tout de restaurer l'harmonie dans la collectivité et de favoriser une certaine forme de récupération ou de réparation<sup>38</sup>.

Outre ce débat théorique sur les liens entre le système de justice canadien dans son ensemble et les différents modèles que les collectivités autochtones pourraient adopter, il existe également des raisons d'ordre pratique, par exemple les économies d'échelle, les ressources humaines et financières ainsi que les besoins et les aspirations de la population, qui expliquent pourquoi les définitions et les solutions exclusivement autochtones apportées aux problèmes judiciaires auxquels sont confrontés les autochtones ne peuvent exister en dehors du système actuel. Bref, il serait illusoire de croire que les systèmes judiciaires autochtones, que ce soit dans le cadre ou à l'extérieur de la structure établie du système de justice actuel, n'auront pas de liens avec ce dernier. Dans cette perspective, la question n'est plus tant de savoir si les systèmes devraient être séparés, mais plutôt comment il faut passer à la prise en charge, par les autochtones, des pouvoirs et des responsabilités judiciaires dans les conditions actuelles de manière à assurer leur évolution continue, si les progrès réalisés par rapport aux revendications politiques des autochtones devaient donner lieu à une forme quelconque de système parallèle ou séparé.

## Administration de la justice et gestion publique

L'état actuel de la gestion publique déterminera la mesure dans laquelle on peut adapter le système existant afin d'atténuer, du même coup, les appréhensions des autochtones et de répondre à leurs aspirations politiques plus vastes. Sur le plan de l'administration de la justice, les thèmes qui retiennent le plus l'attention sont : les compétences partagées entre le gouvernement fédéral et les provinces en matière constitutionnelle; la nécessité du partage des coûts de tout changement ou de tout programme; et la nature changeante et politiquement instable du système fédéral canadien où, à la suite de l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de plusieurs tentatives avortées de poursuivre le processus de modification, les rôles des élites politiques, des groupes de citoyens et des peuples autochtones restent toujours à définir.

De plus, le remaniement judiciaire des rapports spéciaux entre l'État et les peuples autochtones à titre d'obligation fiduciaire, sans toutefois que sa nature et sa portée ne soient précisées, n'a fait que contribuer à l'incertitude qui règne dans un contexte déjà tendu et difficile<sup>39</sup>. De même, l'intérêt accru que manifestent les organismes internationaux de droits de la personne à l'endroit des problèmes intérieurs du Canada, bien qu'il ne représente pas encore un facteur déterminant dans les questions autochtones, ajoute de nouvelles contraintes qui feront plus loin l'objet de notre propos.

Les divers rapports et études sur la question de la justice autochtone contiennent une série de suggestions détaillées à propos de changements importants à apporter au système judiciaire actuel. Toutefois, la portée de la plupart de ces rapports a été

assez restreinte, les auteurs s'étant limités géographiquement à une province en particulier ou encore à un aspect précis du problème (par exemple, le service correctionnel). Le mandat de ces commissions d'enquête ou des chercheurs universitaires n'était pas d'étudier l'ensemble du système d'administration de la justice, et ils ne l'ont pas fait.

La question, vue d'une perspective gouvernementale, et particulièrement du point de vue du gouvernement fédéral, est qu'il est impossible d'agir dans des secteurs isolés, tout aussi important ou pressant qu'il soit de le faire, sans tenir compte des répercussions plus globales des mesures qui sont prises. Ces répercussions plus globales sont d'abord et avant tout d'ordre constitutionnel, financier et politique.

### Sur le plan constitutionnel

La division des compétences constitutionnelles en matière d'administration de la justice commande une approche prudente, de la part des deux ordres de gouvernement, à l'égard de la réforme du droit. En raison des pouvoirs absolus du gouvernement fédéral en matière de justice pénale et de procédure, et de la responsabilité reconnue des gouvernements provinciaux quant à l'administration de la justice, il est très difficile d'établir les limites respectives des compétences des deux ordres de gouvernement. Puisque aucun des deux ordres ne peut aisément procéder de façon unilatérale, il faut un degré élevé de coopération pour que le système fonctionne<sup>40</sup>. Et, jusqu'à tout récemment dans l'histoire de notre pays, la coopération était de mise. En partie à cause du processus de renouvellement de la Constitution, amorcé au cours des années 1970, des tensions sont apparues dans un certain nombre de domaines<sup>41</sup>. De l'avis de John Whyte, «des ententes de vieille date que l'on avait cru adéquates sur les plans fonctionnel et constitutionnel, ont été remises en question et «l'administration de la justice a été reléguée avec la réglementation du commerce, la gestion des ressources et l'imposition des peines parmi les pommes de discorde constitutionnelles»<sup>42</sup>.

Le domaine de l'administration de la justice a constitué un champ de bataille des objectifs stratégiques des gouvernements fédéral et provinciaux. Comme le soulignait de façon presque narquoise le Groupe de travail Neilsen, «il est inévitable que des tensions surgissent dans le cadre d'une entente en vertu de laquelle le gouvernement fédéral légifère, comme c'est le cas pour la justice pénale, et les gouvernements provinciaux le défraient du coût d'administration<sup>43</sup>». À cet égard, nul exemple n'est plus éloquent que celui de la *Loi sur les jeunes contrevenants* où, dans bien des cas, les gouvernements provinciaux ont retardé ou mis un frein à la réalisation des objectifs stratégiques du palier fédéral<sup>44</sup>. Même dans le cas où le *Code criminel* a été modifié par le gouvernement fédéral, conformément à une compétence exclusive reconnue par la Constitution, comme c'est le cas pour l'indemnisation des victimes, les gouvernements provinciaux ont fait échouer la mise en oeuvre d'ensemble du plan en invoquant principalement le fardeau administratif et financier que les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes et à l'application des dispositions nouvelles leur imposaient<sup>45</sup>.

Le gouvernement fédéral pourrait sans doute exclure les gouvernements provinciaux de l'administration de lois fédérales, voire même du *Code criminel*<sup>46</sup>. Il existe en outre l'argument séduisant selon lequel on devrait remettre en entier au gouvernement fédéral la compétence de tout ce qui a trait aux «Indiens et aux terres réservées aux Indiens» en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet argument a été retenu par les auteurs du rapport Penner en 1983 et sa force n'a pas diminué depuis<sup>47</sup>. Il est toutefois fort peu probable qu'un gouvernement fédéral, quel qu'il soit, voudra s'engager dans un processus de réforme du droit, quel que soit le secteur visé, sans avoir l'aval des gouvernements provinciaux.

### Sur le plan financier

La question des programmes à frais partagés entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux constitue la seconde donnée de l'équation. Depuis le dépôt du rapport du Groupe de travail Neilsen sur la justice, en 1985, le gouvernement fédéral a mis l'accent sur l'affectation stratégique des crédits fédéraux disponibles. Le Groupe d'étude Neilsen concluait que les services nationaux en matière de justice devaient être partagés entre les paliers fédéral et provincial, et que tout nouveau projet en ce domaine devait être fondé sur la coopération. On disait alors que la façon idéale de procéder était d'établir conjointement les données sur les coûts des programmes et de mettre sur pied conjointement des projets pilotes<sup>48</sup>.

Depuis lors, il est intervenu une série de décisions dans des domaines comme l'aide juridique où, par exemple, les contributions fédérales ont été gelées aux niveaux de financement de 1989-1990. D'autres programmes, comme le Programme d'assistance parajudiciaire aux autochtones, font l'objet d'un examen alors que, si l'on en croit la teneur des consultations internes en cours au gouvernement fédéral, d'autres seront éliminés. Bref, nous constatons une pénurie de fonds fédéraux et l'utilisation des fonds disponibles est de plus en plus ciblée. La diminution des fonds fédéraux signifie une diminution des crédits affectés au partage des frais avec les provinces, et ces dernières sont donc moins portées à coopérer avec le gouvernement fédéral à la mise en oeuvre d'une nouvelle politique nationale en matière de justice, quels qu'en soient les objectifs.

Les compressions budgétaires ne sont pas que le fruit de la présente récession et se maintiendront même s'il y a reprise, et quel que soit le gouvernement en place après les prochaines élections générales. Alors que le présent document était en cours de rédaction, le gouvernement fédéral poursuivait l'étude de la rationalisation, voire de l'élimination, de certains ministères et services. Cette situation est porteuse de nouvelles tensions alors que les gouvernements provinciaux réclament une plus grande prise en charge financière des autochtones par le gouvernement fédéral. Bien qu'il n'y ait rien de nouveau dans ces demandes, ce qui est nouveau est le très haut degré d'incertitude qui plane sur le domaine de la justice. Depuis vingt ans, le gouvernement fédéral encourage ses homologues provinciaux à participer à des ententes relatives à des programmes à frais partagés dans le domaine de la justice, mais les provinces sont maintenant, on le comprend bien, appréhensives quant au degré de fiabilité de l'engagement du gouvernement fédéral à des ententes de longue durée comme celles

auxquelles elles ont été habituées. Jusqu'à ce que le gouvernement fédéral précise ses intentions à long terme à l'égard des programmes en cette matière, il est peu probable que ces tensions se dissipent.

### Sur le plan politique

On reconnaît maintenant l'effet de la lutte politique globale des autochtones sur les questions juridiques et constitutionnelles du pays, effet que certains diront légitimé par le plus haut tribunal du pays<sup>49</sup>. Mais c'est précisément cette dimension politique qui dérouté l'élaboration des politiques du gouvernement.

Premièrement, depuis 1982, tous les gouvernements sont aux prises avec les changements de lois et de politiques intérieures qui ont suivi le processus de rapatriement de la Constitution. De nouveaux clivages sont apparus avec l'entrée de nouveaux acteurs sur la scène politique<sup>50</sup>. Non seulement la nouvelle panoplie de droits individuels et collectifs se heurte-t-elle à des privilèges exclusifs de l'État, mais ces droits entrent en conflit les uns avec les autres. La lutte qui oppose l'Association des femmes autochtones à l'Assemblée des premières nations sur la question des limites de l'autonomie gouvernementale illustre de manière frappante un problème en gestation : la difficulté de faire cadrer la conception traditionnelle qu'ont les autochtones de la gestion publique et le régime de droits individuels prévus dans la *Charte*<sup>51</sup>. Dans un affrontement entre les droits individuels et collectifs de cette nature, on ne peut exclure la possibilité d'un ressac de l'opinion publique contre le concept d'autonomie gouvernementale, et ce au nom de l'égalité des droits<sup>52</sup>.

Deuxièmement, le gouvernement doit maintenant être à l'écoute des grandes tendances sur le plan international. Alain Cairns souligne que «l'importance de la race comme catégorie dans le discours politique international confère au traitement qu'on lui réserve ici des dimensions internationales absentes de bien d'autres domaines politiques, d'où la tendance des autochtones canadiens à observer la scène politique internationale, à l'affût de ressources politiques qu'ils peuvent mettre à profit à des fins canadiennes»<sup>53</sup>. Les écrits de commentateurs universitaires comme Mary Ellen Turpel<sup>54</sup> de même que les déclarations publiques des leaders autochtones nationaux font écho à la tendance vers le pluralisme ethnique et l'égalité raciale et culturelle que l'on constate sur le plan international. L'utilisation par Ovide Mercredi d'expressions comme «impérialisme culturel» dans le contexte canadien de réforme du droit<sup>55</sup> fait chorus avec le débat international sur la décolonisation et touche une corde sensible du gouvernement qui, par voie de conséquence, accorde une plus grande attention aux questions indigènes sur la scène internationale.

Le débat qui a cours sur la scène internationale porte à croire qu'à l'avenir les pressions internationales s'accroîtront<sup>56</sup>. Par exemple, en 1985, on modifiait la *Loi sur les Indiens* afin de la rendre plus conforme aux normes internationales<sup>57</sup>. D'autres plaintes formulées par les autochtones envers le Canada et qui pourraient avoir des répercussions semblables sont devant les instances internationales des droits de la personne<sup>58</sup>. Au cours des dernières années, un des événements les plus marquants a été la présence d'observateurs des droits de la personne du Parlement européen lors de la crise d'Oka. Les Canadiens, pas plus que leur gouvernement, ne sont habitués



à une image internationale autre que celle de participants aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Le but avoué du chef national de l'Assemblée des premières nations d'amener la question de l'autonomie gouvernementale des autochtones devant les Nations Unies ne sert qu'à faire monter d'un cran encore la pression.

Troisièmement, et ce malgré les dernières années de discussions constitutionnelles, les gouvernements demeurent flous sur les objectifs politiques précis des autochtones. La signification réelle de l'autonomie gouvernementale a toujours fait problème, d'où l'accent mis sur la définition. L'exemple du concept américain de «nations dépendantes à l'intérieur du pays» est souvent mis en avant par les groupes autochtones canadiens<sup>59</sup>. Mais aux États-Unis, les mots ne cadrent pas avec la réalité, et depuis plusieurs décennies les tribunaux américains ont été forcés de préciser davantage la définition moderne de la souveraineté inhérente des tribus (et ce faisant, de limiter sa portée dans bien des cas). Cet exercice a été rendu nécessaire par le grand nombre de droits des tiers réclamés dans des réserves durant toutes les années pendant lesquelles l'autonomie gouvernementale tribale n'était pas encore reconnue. Sur le plan judiciaire, la recherche d'un équilibre entre ces intérêts et ceux de l'autonomie gouvernementale tribale<sup>60</sup> a pour ainsi dire laissé d'énormes zones grises dans la loi, engendré l'incertitude dans des domaines importants comme la fiscalité et l'administration de la justice, et envenimé des relations déjà tendues entre les tribus et les États. Une complication supplémentaire a été le contrecoup dans l'opinion publique au sujet des gouvernements tribaux<sup>61</sup>.

De plus, le gouvernement est souvent perplexe face à la politique interne des organismes autochtones nationaux. Un bon exemple est l'Assemblée des premières nations, qui compte dans ses rangs des groupes importants (comme les nations des Prairies assujetties à des traités) dont les intérêts et les objectifs ne concordent pas toujours avec ceux de l'organisme national. Certaines des premières nations se disent prêtes à travailler de concert avec le gouvernement sur des questions hors du champ constitutionnel, comme les solutions de remplacement à la *Loi sur les Indiens* ou l'autonomie administrative des collectivités, alors que d'autres ne le sont pas. Par exemple, il y a des nations disposées à travailler avec les gouvernements provinciaux dans des domaines comme la réglementation des activités de jeux et paris dans les réserves, et d'autres qui s'y objectent. On pourrait citer d'autres exemples.

En résumé, malgré la longue liste de recommandations faites par des commissions chargées d'étudier la justice autochtone, le gouvernement se trouve au milieu de ce que Sally Weaver a appelé un changement de tendance, c'est-à-dire qu'il ne possède pas une compréhension claire du problème ou de ses causes précises, qu'il est accablé par des demandes contradictoires issues d'une classe politique de plus en plus tendue, et qu'il ne dispose pas d'un cadre stratégique clair, consensuel et explicite pouvant assurer une approche cohérente et coordonnée qui pourrait jeter les bases de l'engagement du gouvernement fédéral à l'égard de programmes ou projets à frais partagés avec les provinces.

## Une nouvelle approche : deux projets simultanés

Une des difficultés d'agir résulte de l'absence d'un cadre stratégique explicite. Vient se greffer à cette constatation l'idée que le système judiciaire ne peut à lui seul corriger les inéquités historiques sur le plan social, économique et culturel. Le système judiciaire, en fait n'importe quelle compétence unique agissant unilatéralement, ne dispose pas des moyens voulus pour enrayer les causes profondes des problèmes liés à la criminalité et à la justice. Si l'on accepte qu'il ne puisse y avoir une seule réponse ou un seul plan d'action, le gouvernement se trouve confronté à une kyrielle de recommandations portant sur la justice issues de rapports qui remontent jusqu'à 1967. Elles se classent à peu près en deux catégories: soit l'adaptation passive dont un exemple est le service de police de la bande indienne de Blood et les rapports du groupe de travail de l'Alberta; soit la transformation radicale par la création d'un système judiciaire séparé conformément aux recommandations des rapports du Manitoba et de la Commission de réforme du droit.

La simple adaptation passive, que ce soit par la formation interculturelle, l'embauche d'un plus grand nombre d'employés autochtones (l'«indigénisation»), la formation d'un plus grand nombre d'avocats autochtones ou la mise sur pied de mécanismes de liaison et de groupes consultatifs autochtones, respectera les responsabilités fédérales-provinciales (bien que pouvant imposer un fardeau sur les ressources) et sensibilisera davantage les intervenants du milieu de la justice aux préoccupations autochtones. Une adaptation de ce genre pourrait ne pas dissiper le sentiment d'aliénation des autochtones et, à coup sûr, échouera dans sa tentative de trouver réponse à leurs aspirations d'autonomie gouvernementale.

La transformation radicale répondra aux aspirations des autochtones mais pourrait s'avérer trop radicale aux yeux des institutions politiques et administratives canadiennes encore sous le coup des changements constitutionnels et financiers survenus au cours de la dernière décennie. Elle pourrait aussi se heurter à une population mobilisée (y compris un groupe de femmes autochtones dont le poids politique n'est pas à négliger) qui tente de démêler l'écheveau des droits individuels et collectifs, et exacerber des secteurs moins libéraux de l'électorat canadien qui ont le pouvoir d'influencer le résultat des élections au Canada. Une transformation radicale exigera l'affectation de ressources décroissantes et il est presque certain qu'elle nécessitera des modifications constitutionnelles<sup>62</sup>. Elle ne changera rien à l'équation de base dont le principe est que tout changement s'amorce à l'intérieur du système en place, se nourrit du système en place et demeure lié à celui-ci dans une relation organique permanente.

L'approche gouvernementale doit pouvoir concilier l'adaptation passive et la transformation radicale de manière à ne frustrer ni l'une ni l'autre. Elle doit consolider le système existant conformément aux nombreuses recommandations faites dans ce sens par les commissions d'enquête et jeter les bases du type d'institutions dont les collectivités autochtones auront besoin si le cadre constitutionnel actuel est modifié en vue de répondre aux demandes d'enclassement dans la Constitution du principe d'autonomie gouvernementale. De plus, l'approche doit s'harmoniser avec les autres efforts visant à résoudre les problèmes sociaux et économiques de fond auxquels sont

confrontés les autochtones : pauvreté, éclatement des familles, violence familiale, consommation abusive d'alcool et de drogue, criminalité et délinquance juvénile en général.

Ces problèmes généralisés que connaissent les collectivités autochtones contribuent à la désintégration des collectivités, l'accroissent et mettent un frein au développement socio-économique. Une importante cause de cette désintégration des collectivités est l'éclatement de la cellule familiale et le fossé croissant des rapports culturels entre autochtones des deux sexes<sup>14</sup>. L'approche convenable se doit donc d'être globale. Elle doit s'intégrer dans un processus de réconciliation des collectivités, car c'est de cette façon que les autochtones abordent leurs propres problèmes.

De nombreux exemples pourraient être cités, mais celui de la nation Lheit-Lit'en du Conseil tribal Carrier du nord de la Colombie-Britannique illustre particulièrement bien la nature holistique du processus de guérison, dont fait partie l'administration de la justice :

[...] les anciens, les chefs et le Conseil ont décidé en 1990 que la collectivité devait préparer elle-même sa guérison. Ses problèmes étaient nombreux. Nous avons commencé le processus d'éducation communautaire par une enquête en vue de déterminer les problèmes et les solutions possibles. Il a été question de problèmes familiaux, de chômage, de pauvreté, de racisme, de discrimination, de toxicomanie, de négligence et de mauvais traitement des enfants, de violence sexuelle et de jalousie. Une fois ces questions délimitées, une série de réunions communautaires portant sur chacun des problèmes soulevés ont été organisées en vue d'obtenir des commentaires et des réactions; ce processus a aussi permis de rendre publiques de nombreuses questions et des sentiments qui n'avaient jamais été dévoilés. La violence dans la famille n'était plus une question privée, mais une question concernant toute la collectivité [...]

[...] Au début de 1991, les anciens ont convoqué une réunion communautaire afin d'aborder ces questions. Toute la collectivité s'est réunie, y compris les deux principales factions familiales, et tous ont convenu d'agir en un seul bloc. Il a été décidé d'adopter les coutumes de la bande et, entre autres, d'éliminer l'élection du chef de bande. Le Conseil des anciens tente maintenant de définir clairement ce que signifie la «justice Lheit-Lit'en» relativement à ces questions. Nous ne parlons pas de justice comme un élément à part, mais comme une partie intégrante de toutes ces questions, qu'il s'agisse de jeunes enfants ou de personnes âgées, de développement économique ou de la terre, des relations avec la nature ou avec les autres<sup>15</sup>.

L'approche convenable doit aller au-delà des conflits de compétences qui divisent les gouvernements et leurs ministères afin de se pencher sur les incidences réciproques entre la prévention du crime, la réappropriation de la culture et le développement socio-économique, tout en évitant l'approche strictement énumérative chère aux esprits juridiques et bureaucratiques. Bref, l'approche retenue doit s'inscrire dans les

plans d'action des autochtones et de leurs collectivités autant que faire se peut dans le cadre constitutionnel actuel. Les autochtones doivent en assumer la responsabilité et l'intégrer à leur renouveau culturel et à leur mobilisation politique, au niveau des collectivités et au niveau national, et suivre ainsi en parallèle l'avenue des droits et celle du pragmatisme appliqué par les collectivités.

Là encore, Monture-OKanee et Turpel semblent bien cerner l'essence de progrès tangibles :

Les solutions les plus souvent évoquées sont un système judiciaire séparé, des systèmes parallèles ou une refonte en profondeur du système judiciaire en place. Tout comme les autochtones ne constituent pas un groupe homogène, il serait faux d'envisager une solution qui soit un choix exclusif. Même si dans bien des domaines l'articulation du contrôle autochtone sur la vie communautaire est d'abord négociée puis instituée, il sera nécessaire à court terme d'améliorer les conditions des contrevenants autochtones en effectuant une refonte du système existant. Nous croyons donc que ce serait une erreur de conclure qu'un mouvement dans une direction exclut une action dans d'autres domaines. Il est clair que pour éliminer la discrimination systémique au sein du système judiciaire, il faut travailler simultanément sur deux plans :

- (i) la mise sur pied de structures communautaires internes de justice pénale autochtone;
- (ii) les améliorations qu'il faut apporter au système non autochtone ou au système auquel les autochtones doivent faire face à l'extérieur de leurs collectivités<sup>65</sup>.

Il faut donc travailler à ces deux projets simultanément : la mise sur pied de structures communautaires internes de justice et l'amélioration du système global. Ce dernier projet peut procéder des nombreuses recommandations formulées dans les divers rapports de commissions d'enquête à cet égard et peut être mis en branle de façon unilatérale par le gouvernement<sup>66</sup>. Les deux paliers de gouvernement ont déjà entamé cette démarche, quoique de façon hésitante, et feront sans doute part de l'évolution de leurs travaux devant cette Commission à une autre occasion.

Toutefois, la mise sur pied de structures communautaires internes de justice nécessite une approche différente. Dans le contexte constitutionnel, financier et politique fédéral actuel dont nous avons déjà parlé, une approche tripartite (gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et collectivités autochtones ou autres groupes comme les conseils de tribus, les associations urbaines, etc.) et concertée semble être la seule convenable. Cela signifie que les ententes de financement devraient être à l'image des compétences législatives, et que le partage des coûts dans des domaines de compétence partagée devrait se baser sur une formule acceptée par toutes les parties. À défaut de s'entendre dès le départ sur des responsabilités de financement, on risque de faire intervenir dans le débat les attitudes actuelles, jugées insatisfaisantes, dans d'autres domaines du partage des coûts de la justice entre le fédéral et les provinces où querelles et impasses semblent être à l'ordre du jour.

Il est clair que cette approche ne réussira que si les collectivités autochtones perçoivent qu'elle s'intègre dans leurs propres programmes de renouveau, que si la mise en oeuvre de ces programmes est marquée par une ouverture d'esprit des fonctionnaires face aux capacités des collectivités à les élaborer et à les gérer, et que si leur élaboration se fait sur la base d'une compréhension mutuelle des limites imposées par le cadre stratégique juridique et constitutionnel de l'administration de la justice que nous connaissons. Autrement dit, de telles actions doivent suivre la voie dans laquelle se sont déjà engagés les autochtones<sup>67</sup>.

Michael Jackson<sup>68</sup> a récemment décrit ce que pourraient être certaines des étapes initiales sous le thème général d'options au règlement des différends. Il entend par là différents mécanismes qui ont pour traits communs de se fonder sur la collectivité, de mettre à profit les ressources communautaires autochtones et les approches traditionnelles, de tirer avantage de la souplesse inhérente au système judiciaire actuel et d'assurer, dans l'esprit de la régénération des collectivités, une prestation de services par les autochtones aux autochtones. Dans une étude antérieure, effectuée pour le compte de l'Association du Barreau canadien, il a aussi décrit un certain nombre d'approches semblables qui tirent avantage de la souplesse du système judiciaire à l'étape de l'imposition de la peine<sup>69</sup>. Il existe d'autres domaines, comme celui des libérations conditionnelles, dans lesquels les collectivités autochtones pourraient profiter de cette souplesse de même manière.

Il importe de souligner qu'il s'agit d'innovations auxquelles les gouvernements peuvent participer sans pour autant porter atteinte au cadre constitutionnel actuel. Si ce cadre change par suite de modifications constitutionnelles ou autrement, c'est exactement le type de mécanismes que les autochtones utiliseront pour mettre en place leur propre système judiciaire imbriqué dans les pouvoirs que leur confèrera l'autonomie gouvernementale. Cette approche coïncide aussi avec la vision pragmatique d'Ovide Mercredi qui déclarait, en parlant de justice :

Nous désirons privilégier, dans l'établissement de nos propres systèmes de justice, une démarche fondamentalement axée sur la flexibilité et permettant leur évolution plutôt que de reprendre un modèle national imposé [...]

Les cours de justice ne sont pas essentielles, car nous pouvons les remplacer par des procédures de griefs ou des conseils de médiation. Il importe avant tout de restaurer l'harmonie dans la collectivité et de favoriser une certaine forme de récupération ou de réparation<sup>70</sup>.

Il existe aussi des approches qui ne se limitent pas aux collectivités autochtones rurales ou isolées, aux Indiens inscrits ou aux Métis. On pourrait adapter aux conditions des autochtones des zones urbaines de nouveaux mécanismes de règlement des différends. Le Vancouver Storefront Liaison Project<sup>71</sup> en est un exemple. Le projet, qui offre une solution de remplacement au service de police de Vancouver, permet aux autochtones vivant en milieu urbain de signaler des crimes dont ils sont victimes et de fournir des renseignements. En outre, le projet offre des services de consultation et de présentation, fait la promotion de la prévention du crime et assure une liaison avec les autres organismes. Il s'agit du genre de projet qui pourrait se transformer en

centre de services communautaires aux autochtones en milieu urbain pour traiter de la déjudiciarisation, de l'imposition des peines, des libérations conditionnelles et d'autres domaines, à condition qu'il puisse évoluer dans le contexte de la mobilisation politique des autochtones en milieu urbain.

Dans son étude antérieure pour le compte de l'Association du Barreau canadien, Michael Jackson proposait de retenir l'approche du projet pilote pour la mise sur pied de systèmes judiciaires autochtones de remplacement<sup>72</sup>. La même approche pourrait être retenue pour apporter des solutions de remplacement au système judiciaire en place car ce sont ces mêmes solutions qui orienteront la mise sur pied éventuelle de systèmes judiciaires autochtones. L'approche dite du projet pilote comporte en outre l'avantage d'aller dans le sens des recommandations du rapport du Groupe d'étude Neilsen à cet égard comme étant la façon idéale de s'assurer des crédits de plus en plus rares. Plus important encore, l'approche du projet pilote semble être cohérente avec la façon de procéder actuelle des collectivités autochtones<sup>73</sup>.

Les collectivités autochtones étudient diverses formes hybrides de solutions traditionnelles et modernes de remplacement du système de cours de justice et tentent de trouver des façons de marier leurs approches au système en place. Le projet de nouvelle forme de règlement de différends Gitksan Wet'suwet'en est un bon exemple. Il propose de «mettre en oeuvre dans la région nord-ouest de la Colombie-Britannique une solution de remplacement en vertu de laquelle les lois et les méthodes relatives au règlement de différends des peuples Gitksan et Wet'suwet'en pourront interagir avec le système provincial de façon à préserver l'intégrité des deux systèmes»<sup>74</sup>. On devrait permettre aux collectivités autochtones d'expérimenter cette forme de collaboration avec le gouvernement sans qu'elles ne soient liées, aux yeux du gouvernement, à l'une ou l'autre des approches de façon irrévocable.

Un problème pratique qu'il faudra surmonter est la structure actuelle de financement gouvernemental de tels projets<sup>75</sup>. Michael Jackson décrit ce problème et envisage une solution en ces termes :

Un autre problème auquel se sont heurtés les responsables de projets de justice autochtone dans leurs démarches pour obtenir les niveaux de financement nécessaires est que les engagements gouvernementaux sont souvent structurés de sorte qu'il est difficile pour une collectivité ou une tribu d'avoir suffisamment confiance que le financement se poursuivra au-delà du premier cycle du projet. Les programmes ne sont donc pas assurés d'une continuité d'année en année. De plus, la collectivité autochtone se voit dans l'obligation de devoir prouver à des fonctionnaires non autochtones que le projet mérite d'être poursuivi.

Il serait possible d'éviter ces problèmes si le gouvernement fédéral mettait sur pied une commission de la justice autochtone dotée de crédits qu'elle pourrait affecter à des projets de justice autochtone à travers le pays. Une telle commission serait composée de membres autochtones possédant des connaissances dans le domaine et il est à espérer que son mode de financement éviterait les pièges que comportent

les programmes gouvernementaux de décentralisation. Le niveau de financement serait substantiel (sic) et serait établi en fonction des coûts énormes engendrés par la surreprésentation des autochtones au sein de la population carcérale canadienne<sup>26</sup>.

Cette suggestion est fort valable, décrivant un organisme pouvant accomplir une fonction indépendante de cette nature. Subsiste cependant le risque de simplement créer une autre bureaucratie qui ajouterait une troisième voix dans la querelle fédérale-provinciale sur le financement des programmes de justice. Une autre solution possible serait la création d'un comité national autochtone de direction et l'embauche d'un plus grand nombre d'autochtones dans les structures gouvernementales existantes afin d'influencer le processus décisionnel. Il s'agit peut-être ici du domaine dans lequel cette Commission royale pourrait exercer le plus d'influence car c'est sur l'épineuse question de l'affectation des ressources que tous les projets, y compris la mise sur pied de systèmes judiciaires séparés, risquent d'achopper.

Bref, le choix de solutions aux problèmes des autochtones doit comporter deux volets : l'action gouvernementale unilatérale décrite ici comme adaptation passive pour sensibiliser le système en place; et l'élaboration de solutions de remplacement qui tirent avantage de la souplesse inhérente au système en place. Le gouvernement peut apporter son concours, mais il ne doit pas diriger ou tenter de prendre le contrôle de ce qui, selon toute apparence, constitue une évolution naturelle et une tentative spontanée des collectivités à trouver des solutions à leurs problèmes, selon leurs propres conditions.

Ce deuxième projet d'action issu de la collectivité ne peut se dérouler en fonction de listes ou de priorités établies par des intervenants de l'extérieur. Il doit évoluer selon ses propres termes et à son rythme. Les modifications au système actuel qui en découleront seront l'oeuvre des autochtones afin de refléter leurs points de vue uniques sur leurs problèmes et les remèdes. C'est sur cette base que devront s'édifier les changements futurs. On ne peut prévoir à l'avance leur effet sur le système canadien d'administration de la justice. Là encore, Monture-OKanee et Turpel ont bien saisi l'essence des préalables :

Bien que nous n'essayons pas de dresser une liste de recommandations [...] nous avons tenté de mettre en lumière la compréhension théorique des différences culturelles en ce domaine. C'est le travail de base que nous devons abattre pour en arriver à une nouvelle conception de la justice pénale. Ce n'est qu'un premier pas, un petit pas. Il est clair que ce qui est requis est un changement important et systématique qui tienne compte à la fois des points de vue et des expériences des autochtones et fasse preuve d'une ouverture à l'égard des systèmes autochtones et de leurs répercussions sur la justice pénale canadienne<sup>27</sup>.

## Dispositions dans des domaines particuliers

Dans un bref passage de son rapport intitulé *Autochtones et justice pénale*, la Commission de réforme du droit résume l'impression qu'elle a des problèmes de

base auxquels ont à faire face les autochtones dans certains domaines précis du système en place, et se penche sur le rôle qu'un avocat pourrait jouer pour redresser les torts apparents :

Les autochtones aux prises avec le système de justice pénale font face à des difficultés particulières : un malentendu d'ordre culturel peut inciter un policier ou un poursuivant à porter des accusations ou à exercer des poursuites; des conditions de cautionnement normales pour tout autre Canadien peuvent se révéler singulièrement difficiles pour un autochtone; un autochtone peut avoir beaucoup de mal à comprendre le déroulement d'un procès; les arguments que l'accusé a à faire valoir pour sa défense peuvent être propres à la culture autochtone; le juge des faits peut ne pas être à même d'apprécier la crédibilité des témoins s'il ne connaît pas la culture autochtone; une peine donnée peut avoir des répercussions particulièrement pénibles pour un accusé autochtone. Dans chacun des cas précités, les policiers, poursuivants, juges, jurés et agents de probation doivent tous faire preuve de sensibilité, sans quoi les conséquences risquent d'être désastreuses. Mais c'est souvent l'avocat de la défense qui est en mesure de remédier aux lacunes des autres intervenants.

Étant donné le caractère protecteur de sa fonction, l'avocat d'un autochtone est la personne la mieux placée pour s'assurer que son client sera traité non seulement sur le même pied que les autres, mais aussi avec équité et respect. Les avocats qui représentent les autochtones doivent donc être bien au fait des problèmes de justice particuliers à cette partie de la population et doivent être à même de les soulever de manière opportune<sup>78</sup>.

Dans son rapport, la Commission de réforme du droit propose un certain nombre de recommandations, dont la plupart ne traitent pas spécifiquement des autochtones, visant à résoudre les problèmes issus de malentendus culturels et de préjugés économiques. Il semble que la commission ait été sensible au fait que le système, dans son entité, devait conserver son caractère universel afin de pouvoir être acceptable pour l'ensemble des Canadiens. Dans les cas où la commission a jugé bon de s'écarter de cette voie, elle a surtout recommandé la création de «systèmes judiciaires autochtones»<sup>79</sup>.

À cet égard, la position de la commission est aussi la mienne. La différence majeure est que, dans le présent document, le raisonnement justifiant l'approche du projet pilote pour la création de processus de justice gérés par les autochtones est décrit en termes évolutifs, admettant de fait qu'ils peuvent ou non se développer en «systèmes judiciaires autochtones» complets, séparés ou parallèles.

Il y a donc, de ce point de vue, un travail à faire sur deux plans. Le premier consiste à modifier le système de justice en place afin de redresser certains éléments qui conduisent à des iniquités envers les autochtones. Ces éléments portent souvent atteinte à d'autres personnes; donc des correctifs s'imposent à la grandeur du système. Le deuxième plan consiste à favoriser l'élaboration de solutions de remplacement par



les collectivités, en tirant avantage de la souplesse inhérente du système en place. De ce point de vue, le mot *collectivité* doit aussi englober les autochtones en milieu urbain qui souhaitent créer une «collectivité d'intérêt» qui prendrait la forme d'un projet de liaison, de services d'aide juridique ou d'autres activités de même nature.

Ainsi, des règlements spéciaux ou des modifications au *Code criminel* portant, par exemple, sur les dépositions d'autochtones selon la méthode «Anunga<sup>81</sup>» ou des lignes directrices relatives aux fouilles ou aux saisies<sup>81</sup> qui soient propres aux autochtones ne sont pas souhaitables, car ils posent un problème de taille. Aux fins d'application de ces règlements, qui sera considéré autochtone? En bout de ligne, les tribunaux devront statuer sur le degré d'identité autochtone exigé: un Indien inscrit habitant dans une réserve pourrait être admissible, mais non un Indien inscrit en milieu urbain. L'article 15 de la *Charte* constituerait en outre un obstacle incontournable.

Selon l'auteur de ces lignes, la meilleure solution consiste à donner une formation solide aux juges et aux avocats de la défense en ces questions de sorte qu'ils tiennent davantage compte de la perspective autochtone dans tous les domaines. Les modalités normales de la mise en liberté sous caution sont clairement inéquitables pour certains groupes, notamment les autochtones. Les déclarations faites par des autochtones à la police n'ont pas forcément le caractère «spontané» qu'elles devraient avoir en raison de différences culturelles. Les plaidoyers de culpabilité peuvent fort bien, pour la même raison, ne pas être faits librement ou en toute connaissance de cause. De nombreuses infractions au *Code criminel* peuvent faire l'objet de justifications, de défenses et de circonstances atténuantes défendables en fonction de facteurs culturels et autres qui s'appliquent particulièrement à certains autochtones, voire également à d'autres minorités culturelles. Il faudra examiner plus minutieusement la question de l'intention ou du caractère raisonnable dans les circonstances à la lumière des faits, chaque fois qu'un autochtone ou qu'un non-autochtone est impliqué. Les observations avant la peine devront porter sur d'autres éléments que la stricte énumération de renseignements comme l'âge, l'adresse, le lieu d'emploi, etc., et incorporer la dimension culturelle susceptible d'influencer la décision.

Ces questions présentent de nouveaux défis que devront relever la magistrature et les avocats avant d'envisager de changer un appareil judiciaire complexe, interdépendant et déjà passablement surchargé. Si l'initiation aux différences culturelles, la nomination d'un plus grand nombre de juges autochtones, l'indigénisation du système, le retrait des autochtones du système par des mesures de rechange comme des projets de déjudiciarisation et autres, ne réussissent pas à corriger les problèmes, il faudra alors peut-être considérer d'autres options. Mais d'ici là, du moins, les mesures prises et les projets pilotes entrepris dans les collectivités autochtones et dans les centres urbains permettront de recueillir des données factuelles plus solides en vue de changements législatifs ou autres de nature plus stricte.

## Le maintien de l'ordre

Ce sujet a été largement critiqué dans les rapports d'enquête et les études : de l'avis général, les policiers non autochtones ne connaissent pas bien les collectivités

autochtones et ne leur rendent pas de comptes, alors que dans les centres urbains, on les décrit comme des personnes insensibles, si ce n'est carrément discriminatoires. Les services de police assurés par les autochtones dans les réserves disposent d'un nombre insuffisant d'agents pour répondre aux demandes ou pour se consacrer à d'autres activités que le rétablissement de l'ordre, sans compter qu'ils ne disposent pas de pouvoirs suffisants ou uniformes à l'égard des divers régimes législatifs ou administratifs en place (allant des agents non autochtones de la GRC aux policiers des bandes locales).

La solution aux problèmes urbains semble évidente : il faut étudier et mettre en application les recommandations proposées par le camp prônant l'adaptation passive. Bref, il faut changer la culture «institutionnelle» des forces policières urbaines en élargissant leur obligation de rendre compte à la population en général, en les sensibilisant aux disparités culturelles et en favorisant une indigénisation représentative. On observe déjà des progrès en ce sens avec la prolifération des agences publiques de surveillance des activités policières à travers le Canada, un plus grand recrutement parmi les minorités ethniques et un intérêt naissant à l'initiation aux disparités culturelles autochtones.

Outre ces moyens, il est difficile d'envisager d'autres changements en réponse aux problèmes spécifiques des autochtones qui puissent être introduits sans que soient prises des mesures spéciales à l'intention de ce groupe, ce qui poserait inévitablement le problème des critères de différenciation des «autochtones» et du degré d'appartenance au groupe. De toute manière, les autochtones ne sont pas les seuls à se plaindre de mauvais traitements de la part des policiers à leur endroit. L'adoption de mesures spéciales à l'intention des autochtones serait difficilement défendable face à d'autres minorités vivant en centre urbain, particulièrement les populations noires de Halifax, de Dartmouth, de Montréal et de Toronto.

Dans la mesure où les autochtones sont moins aptes à s'adapter à la culture urbaine, des initiatives telles que le Vancouver Storefront Liaison Project<sup>82</sup> offrent une solution de rechange de type communautaire au contact direct avec le système judiciaire existant, procurant aux citoyens autochtones des moyens de dénoncer les crimes qui tiennent compte de leur culture et leur assurent des services d'orientation, de prévention de la criminalité et d'aiguillage, de même que de l'aide pour traiter avec d'autres organismes municipaux. Il serait souhaitable de subventionner ce type de service qui agit, en réalité, comme une «collectivité» subrogée pour les autochtones dans un environnement non autochtone.

C'est dans les réserves et dans d'autres collectivités autochtones distinctes que la formule tripartite en matière de surveillance policière peut préparer le terrain en vue d'un plus grand contrôle du processus judiciaire par les autochtones. Les négociations tripartites serviraient à définir des modalités de surveillance davantage adaptées aux besoins de chaque collectivité et à corriger les programmes de police autochtone qui sont incohérents et mal subventionnés et dont le champ de compétence n'est pas bien délimité. Cet exercice aurait pour but d'établir des services de police communautaires locaux relevant de la compétence provinciale dont les coûts seraient partagés entre le gouvernement fédéral et l'administration provinciale. Cette formule

permettrait l'établissement de forces policières assujetties à un meilleur contrôle de la collectivité, c'est-à-dire entre autres que les agences publiques de surveillance seraient situées à l'intérieur même des collectivités.

Outre qu'ils soient nécessaires en vertu de la Constitution actuelle, les secteurs de compétence provinciaux permettront d'assurer le partage des frais ainsi que l'uniformité avec les autres collectivités de la province quant aux normes en matière de formation et de maintien de l'ordre. Autrement dit, les policiers autochtones seraient assimilés au service de police provincial pour ce qui est de la formation et des pouvoirs, mais aux services de police communautaires pour ce qui est de l'obligation de rendre compte au premier niveau. Dans cette optique, on souhaite aussi accroître le nombre de policiers autochtones dûment qualifiés et habilités au sein des collectivités autochtones et ainsi jeter les bases de l'évolution prévue selon le programme politique de nombreuses collectivités.

### L'accès aux services juridiques

Cette question a aussi fait l'objet de critiques, dans une large mesure parce que les services offerts aux autochtones sont peu adéquats sur le plan de la quantité ou sur le plan culturel, et que les autochtones ne peuvent donc pas en bénéficier. De nombreux autochtones sont réticents à s'adresser, pour obtenir une aide juridique, à des intervenants qu'ils considèrent trop souvent distants, étrangers et antipathiques. Cet état de choses est attribuable au nombre insuffisant de juristes autochtones; au manque de réceptivité des juristes non autochtones; aux modèles actuels en matière d'aide juridique peu appropriés aux besoins et aux préoccupations des autochtones; ainsi qu'à l'éloignement géographique des services juridiques pour les collectivités rurales et isolées.

Il ne fait aucun doute qu'on doit améliorer les programmes fédéraux et provinciaux actuels en conformité avec les nombreuses recommandations formulées à cet égard concernant les autochtones qui travaillent auprès des tribunaux, les programmes fédéraux d'aide financière et d'orientation à l'intention des autochtones désireux de poursuivre des études en droit; la vulgarisation juridique; et l'initiation aux différences culturelles. De plus, même si on convient d'accroître considérablement les services d'aide juridique offerts, il est fort peu probable que la situation économique actuelle permette de le faire.

On a quelque peu négligé les avocats de la défense du secteur privé jusqu'à présent. Or, il faut inciter le Barreau à favoriser parmi ces avocats l'initiation aux différences culturelles et la sensibilisation aux questions concernant les autochtones. C'est en sensibilisant les avocats de la défense qu'on peut le mieux modifier les attitudes dans l'ensemble de l'appareil judiciaire. Grâce aux efforts qu'ils ont déployés, la *Charte* est devenue un véritable instrument de changement au sein des tribunaux et des milieux juridiques en général. Une sensibilisation accrue aux questions concernant les autochtones et une volonté de faire progresser ces dossiers pourraient produire le même effet et inciter davantage les services provinciaux d'aide juridique à se montrer plus réceptifs face à la nécessité d'offrir de meilleurs services aux autochtones. À tout le moins, chaque accusé autochtone pourrait ainsi être mieux représenté par un avocat.

Au niveau des collectivités, la solution consiste à habiliter les autochtones à concevoir et à fournir des services juridiques intégrés en conformité avec leurs propres besoins et capacités tels qu'ils les perçoivent. Ce genre de démarche jetterait des bases précieuses dans l'éventualité d'une expansion dans d'autres domaines de l'administration de la justice. À cet égard, la Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation, société de services juridiques établie dans le nord de l'Ontario, constitue un modèle intéressant<sup>81</sup>. Il s'agit d'un guichet unique où les travailleurs juridiques de la collectivité font de la vulgarisation juridique, prêtent assistance aux avocats de la défense (interrogation de témoins, collecte d'information auprès de la police) et jouent un rôle actif aux diverses étapes du processus judiciaire (coordination de l'itinéraire des tribunaux, assermentation, représentation des clients devant les tribunaux, etc.).

La nation nishnawbe-aski regroupe 44 bandes, soit environ 26 000 personnes, disséminées dans le Grand Nord. Sauf quelques exceptions, ces 44 collectivités sont accessibles uniquement par voie des airs. En 1985, cette nation a proposé la mise sur pied d'une société de services juridiques en vue d'améliorer les services offerts en la matière aux collectivités difficilement accessibles. Après avoir mené une étude de faisabilité, on a créé la Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation en conformité avec les dispositions établies dans le cadre des négociations menées par la nation nishnawbe-aski, le gouvernement de l'Ontario et celui du Canada. Tous les membres du conseil d'administration de cette société font partie des collectivités de la nation nishnawbe-aski.

Il incombe au conseil d'administration de fournir une orientation générale aux fins de l'administration de la société de manière à garantir que les services offerts répondent aux besoins des premières nations. À la conférence annuelle de Keewayin, le conseil présente aux premières nations nishnawbe-aski un rapport concernant la société. Le mandat de cette dernière comporte trois volets : aide juridique, vulgarisation juridique et réforme du droit. La Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation est destinée à déployer des efforts particuliers au titre de la vulgarisation juridique, de l'initiation aux différences culturelles, des services juridiques et des services d'interprétation ainsi que dans le domaine de la réforme du droit, où elle interviendra surtout au début d'un projet de recherche<sup>82</sup>.

Le siège social de la Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation est situé à Thunder Bay, dans la réserve indienne de Fort William, et une succursale a été établie à Sioux Lookout. Le directeur administratif, qui supervise les activités quotidiennes de la société, est chargé de la prestation des services juridiques, car il est aussi directeur régional du régime d'aide juridique de l'Ontario. Pour sa part, le coordonnateur de la vulgarisation juridique veille non seulement à la vulgarisation juridique mais aussi à l'élaboration d'un programme de formation à l'intention des travailleurs juridiques au sein des collectivités. En outre, il participe à l'élaboration d'un programme de formation juridique permanente à l'intention des membres de l'appareil judiciaire, de l'administration et du public non autochtone.

Enfin, la société compte plusieurs travailleurs juridiques au sein des collectivités, tous des membres de la nation nishnawbe-aski qui parlent l'anglais et la langue des collectivités où ils exercent leurs activités. Ces travailleurs fournissent des avis

juridiques sommaires sous la gouverne du directeur administratif, reçoivent les demandes d'aide juridique et exécutent la plupart des fonctions liées à la vulgarisation juridique et à la réforme du droit.

Les frais afférents aux services offerts en matière criminelle sont admissibles au partage des frais en vertu de l'entente fédérale-provinciale relative à l'aide juridique. Toutefois, c'est à titre expérimental que l'administration fédérale a décidé de financer ce projet, afin d'évaluer les frais en jeu et de déterminer si on peut le réaliser dans d'autres régions du pays. Tout comme le Vancouver Storefront Liaison Project, ce modèle pourrait être appliqué dans un milieu urbain où les autochtones sont assez nombreux pour former une collectivité à laquelle s'adresseraient bon nombre de services.

### **La mise en liberté sous caution**

Le seul changement qu'il convient d'apporter à ce chapitre consiste à éliminer les excès relatifs aux conditions d'ordre financier et autres conditions de libération habituelles. C'est aussi un domaine où les sociétés offrant des services juridiques en milieu rural ou urbain et les bureaux de liaison avec les autochtones en milieu urbain pourraient fournir une aide précieuse en trouvant les montants nécessaires lorsque la libération repose sur des conditions d'ordre financier. Dans certains cas, on peut même concevoir que ces organismes jouent un rôle direct en prêtant assistance au tribunal de sorte que l'accusé soit dispensé de verser une caution ou de satisfaire à des conditions d'ordre financier, sur la foi d'un lien avec la collectivité autochtone urbaine représentée par la société de services juridiques ou le bureau de liaison.

### **La procédure judiciaire**

Voilà un autre secteur qui prête le flanc à la critique en raison de l'inaptitude culturelle des procédures euro-canadiennes, qui mettent l'accent sur le formalisme juridique et sur l'accusation, et qui sont exécutées par des professionnels dont le jargon dérouté le commun des mortels. Ces préoccupations sont souvent aggravées par des problèmes plus concrets, comme les lacunes en matière d'interprétation et de traduction, la mauvaise compréhension des problèmes locaux par le personnel juridique, surtout dans les collectivités qui n'ont pas de cour permanente, et la désaffection d'un grand nombre d'autochtones à l'égard d'un système judiciaire qu'ils ne comprennent pas. De plus en plus, les autochtones considèrent que le système judiciaire leur est imposé et n'appartient pas à leurs collectivités, que les procureurs engagent des poursuites au nom de la police ou du système plutôt que de la collectivité, et que les juges prennent leurs décisions sans vraiment comprendre ni consulter les populations autochtones, autant de facteurs qui contribuent à cette désaffection.

Là encore, il semble que les recommandations de la Commission de réforme du droit offrent un équilibre acceptable<sup>85</sup> entre le maintien de l'intégrité globale du système et la résolution de problèmes évidents. Mais, une fois de plus, en termes concrets, les problèmes se ramènent à l'insensibilité des pouvoirs publics à l'égard des us et coutumes autochtones; il serait possible de pallier cette lacune, de façon générale, en

misant sur la formation interculturelle et sur l'«indigénisation» du système actuel, en nommant davantage de juges autochtones, en engageant un plus grand nombre d'interprètes, etc.

Une solution plus directe au problème de la désaffection des autochtones à l'égard du système consiste à modifier les procédures dans la mesure du possible. Par exemple, dans certains cas<sup>86</sup>, les cours de justice ont mis à l'essai une nouvelle disposition circulaire de la salle d'audience permettant à un plus grand nombre de personnes, et non uniquement aux professionnels, de participer aux débats. Cet aménagement circulaire, dans lequel tous les participants se font face, oblige les professionnels à employer un langage plus simple, les personnes présentes dans la salle n'étant plus contraintes de regarder le dos des professionnels en exercice. De telles initiatives méritent d'être poursuivies, car elles pourront mener à d'autres innovations qui garantiront de même l'intégrité du processus judiciaire tout en lui permettant de s'adapter. Il serait probablement impossible d'appliquer une telle mesure en milieu urbain, où les contraintes de temps et d'espace sont déjà hors de contrôle, mais il est peut-être trop tôt pour tirer des conclusions, même dans ce cas.

La meilleure solution, bien entendu, consiste tout simplement à éviter les tribunaux en développant des approches novatrices, du type de celles que décrit Michael Jackson<sup>87</sup>, permettant aux collectivités autochtones de détourner leurs membres de l'ensemble de la procédure judiciaire pour les orienter vers des formules plus appropriées, qui mettent l'accent entre autres sur les méthodes de réparation et de compensation de la collectivité. C'est le secteur qui offre les plus grandes possibilités en vue d'échapper au système des tribunaux, et qui est le plus prometteur pour ce qui est de créer un système judiciaire autochtone, distinct ou non, dans les années à venir. Toutefois, comme l'a démontré l'initiative de Sandy Lake en Ontario, la collectivité a parfois tout avantage à pouvoir se tourner vers l'autorité extérieure du système existant pour se décharger d'un cas qu'elle ne peut résoudre dans le cadre de ses propres procédures<sup>88</sup>.

## La détermination de la peine

C'est dans ce secteur que le conflit entre les modes de pensée autochtones et les attitudes inhérentes au système judiciaire actuel est le plus criant. L'Indigenous Bar Association, par exemple, a relevé la principale différence ainsi que les similitudes entre les conceptions autochtone et allogène de la justice :

La conception autochtone traditionnelle de la justice, qui prévaut encore aujourd'hui, met l'accent sur l'engagement et le rôle de la collectivité dans le système judiciaire, plutôt que sur les lois prescrites et les règles et procédures officielles. Néanmoins, les objectifs fonctionnels de la société autochtone en matière de justice sont très semblables à ceux du système pénal canadien : dissuader ses membres de mal se conduire, condamner publiquement les contrevenants, réintégrer les délinquants au sein de la société et sévir au besoin<sup>89</sup>.

Un éventail d'études gouvernementales et de recommandations législatives, actuellement en voie de réalisation, touchent ces aspects des deux types de processus

judiciaire, et les représentants du gouvernement mettront ces initiatives en lumière lors d'un prochain forum. Mais là encore, un effort de sensibilisation des professionnels du système judiciaire, comme les travailleurs sociaux qui établissent les rapports présentenciels et les avocats qui présentent leurs arguments, pourrait contribuer largement à réduire le problème. L'élaboration de formules comme celles de la société des services juridiques et du *Vancouver Storefront Liaison Project*, en leur qualité d'organismes autochtones qui offrent des services étendus et qui sont à même d'assister les autochtones et les tribunaux en milieu urbain, pourraient apporter une réponse aux plaintes formulées à l'endroit des programmes de travaux compensatoires et des ordonnances de services communautaires qui existent actuellement<sup>90</sup>. Une solution plus directe consiste simplement à tirer parti des processus déjà utilisés dans les collectivités autochtones, où leurs membres sont consultés pour la détermination de la peine et où l'on s'efforce d'appliquer efficacement les sanctions et les approches autochtones traditionnelles en matière de réparation, en remplacement des pratiques actuelles de détermination de la peine. Michael Jackson a déjà décrit le fonctionnement de certains de ces processus<sup>91</sup>.

### **Le système correctionnel**

La réforme du système correctionnel doit bénéficier d'une cote de priorité élevée étant donné que la surreprésentation compte parmi les éléments du problème qui font l'objet d'un consensus. Le système correctionnel est miné par les conséquences des autres problèmes déjà décrits, d'ordre social, économique, culturel et de justice, et devrait bénéficier des améliorations apportées ailleurs. Le système correctionnel a déjà fait l'objet d'un grand nombre de changements<sup>92</sup>. Ainsi, l'établissement à sécurité minimale de Hobbema sera construit en Alberta en collaboration avec les Cris de Samson sur les terres de ces derniers. On a commencé à travailler au plan opérationnel de cet établissement. Les études suivront bientôt et on espère que la construction débutera en 1993.

Le personnel de cet établissement sera constitué principalement d'autochtones, qui s'occuperont des détenus autochtones. Les objectifs du programme tiennent compte de la guérison spirituelle et de la sensibilisation à la culture autochtone comme base des services d'orientation en matière d'alcoolisme et de toxicomanie, des cours de perfectionnement et de la formation professionnelle. Les programmes aussi bien que l'établissement lui-même mettront l'accent sur la réintégration communautaire et reposeront sur une participation généralisée de la collectivité. L'administration du programme revêtira un caractère holistique, intégrant le contenu du programme à la vie quotidienne et privilégiant le développement personnel, l'apprentissage cognitif et les aptitudes sociales.

Par ailleurs, on est censé construire un centre de guérison destiné spécialement aux femmes autochtones détenues dans un établissement fédéral près de l'agglomération de Maple Creek-Nankeet en Saskatchewan. L'aménagement physique du pavillon témoignera de la culture autochtone. On s'attachera à répondre aux besoins particuliers des détenus autochtones au moyen de cours et de cérémonies autochtones, de contacts avec les aînés et les enfants, d'interactions avec la nature. Le programme

s'inspirera d'une approche holistique et sera appuyé par des interactions avec la collectivité, mettant l'accent sur la préparation à la libération.

Le Service correctionnel du Canada travaille depuis plusieurs années en collaboration avec un conseil des aînés dans chacune des régions, sauf au Québec. En outre, des aînés de toutes les régions se rendent dans les établissements correctionnels afin de travailler directement avec les détenus autochtones. Pour bon nombre de ces derniers, c'est souvent le premier contact réel avec les traditions et les valeurs spirituelles autochtones.

Au cours des dernières années, le gouvernement fédéral a également parrainé un certain nombre de projets de développement et de projets pilotes dans les collectivités autochtones. Ces projets visent à réunir de l'information sur les stratégies innovatrices à mettre en oeuvre dans le domaine des services correctionnels communautaires. L'expérience acquise est ensuite communiquée aux autres collectivités autochtones du Canada. À titre d'exemple, le gouvernement fédéral fournit des fonds au Service de probation des Dakotas-Ojibwas<sup>93</sup> du Manitoba, qui étudie les méthodes possibles d'adapter, sur le plan culturel, les services de probation aux autochtones grâce à l'accroissement de la participation communautaire et au contrôle de ces services.

Une option qu'il reste à explorer est celle de la privatisation des services correctionnels, comme on est en train de le faire dans certains États américains. Afin de répondre aux préoccupations des autochtones, il serait peut-être possible de confier à des collectivités, à des organismes ou à des entrepreneurs autochtones le mandat de mettre au point une solution de ce genre exclusivement à l'intention des détenus autochtones, au moyen de fonds empruntés au gouvernement, dans un premier temps.

### **Les libérations conditionnelles**

Ces libérations relèvent de la Commission nationale des libérations conditionnelles, qui occupe une place de transition au sein du système de justice pénale. La commission intervient en bout de ligne d'un processus déjà fortement critiqué, qui commence avec les services de police, continue avec les poursuites judiciaires et le procès et culmine avec le prononcé de la peine et l'emprisonnement. Simultanément, la commission intervient au début du processus de réintégration sociale du détenu.

La Commission des libérations conditionnelles a commencé à ouvrir des voies de communication avec les organismes autochtones dans toutes les régions. Elle a institué des programmes de formation transculturelle, s'attache à engager un plus grand nombre d'autochtones dans son personnel et comme membres et a participé à des réunions régionales avec les conseils des aînés établis par le Service correctionnel du Canada dans certaines régions. On est en train de préparer des vidéos sur la préparation à la libération conditionnelle à l'intention des détenus autochtones, que l'on traduit dans les langues autochtones afin de leur permettre d'en tirer pleinement profit. En outre, des interprètes sont disponibles pour les audiences comme telles. Un comité directeur formé d'autochtones et de non-autochtones, présidé par un membre



supérieur de la Commission des libérations conditionnelles provenant de la bande indienne de Samson, a reçu le mandat de veiller à ce qu'il soit tenu compte des préoccupations des autochtones.

Dans le cadre d'un projet pilote innovateur, on a apporté des ajustements fondamentaux aux audiences de libération conditionnelle tenues dans la région des Prairies. Les candidats autochtones sont instruits par une commission comprenant des membres autochtones. On compte en outre sur la présence d'un aîné, qui aide la commission et qui peut y aller de ses observations pendant l'audience. La séance peut commencer par des prières traditionnelles, si le candidat le souhaite, et l'audience se déroule en cercle de façon à favoriser les interrogatoires non agressifs.

Il reste encore à étudier la possibilité de créer une commission des libérations conditionnelles pour autochtones dans les diverses collectivités (soit, par exemple, les agglomérations métisses, les réserves indiennes, les collectivités inuit), de la même manière que les commissions provinciales ont été formées sous le régime de la loi actuelle. Ces commissions seraient sans doute mieux placées pour évaluer le degré de risque, entre autres choses, découlant de la libération d'un détenu dans sa collectivité d'attache.

### **Les attitudes du personnel**

Il importe de changer les attitudes du personnel du système. Ce thème revient constamment dans notre document ainsi que dans les nombreux rapports et études. C'est que l'administration de la justice et la prestation des services ne peuvent être efficaces que si elles sont confiées à des personnes qui comprennent et respectent la culture et le point de vue de la collectivité qu'elles servent. À cette fin, il convient d'engager un plus grand nombre d'autochtones dans le système et d'assurer une formation transculturelle axée spécifiquement sur les questions autochtones, mettant en évidence la prise de position particulière de ces derniers dans les domaines juridique et constitutionnel et tenant compte des différences culturelles et autres.

Il importe également de reconnaître que la formation transculturelle a des limites dans ce qu'elle peut accomplir. Ainsi, elle n'enseigne pas forcément aux gens le point de vue de l'autre. Elle ne peut guère que les sensibiliser à l'existence d'un autre point de vue et à la difficulté de le comprendre. Autrement dit, la formation transculturelle ne peut remplacer la présence d'un autochtone pour qui ce point de vue est tout à fait naturel. De la même façon, la formation transculturelle ne peut se substituer au contrôle par la collectivité autochtone des processus de justice importants pour elle. Ce qui est de la portée de la formation transculturelle, et que favorisent encore l'accroissement des connaissances et la sensibilisation en général, c'est le transfert du contrôle des processus à la collectivité, comme l'ont démontré les nombreuses expériences menées çà et là au Canada par des procureurs et des juges particulièrement sensibles, le plus souvent dans des endroits éloignés. Les écrits sur le sujet ne font pas forcément état de toutes ces expériences. Il se peut bien que la majorité des modifications novatrices apportées au système ne soient tout simplement pas signalées.

L'importance de la formation transculturelle et de la sensibilisation vient du fait que ces activités permettent de réduire l'écart qui sépare les cultures et les peuples. Or, tout progrès dépend de cette réduction de l'écart. En définitive, aucun système de justice, qu'il soit unitaire, parallèle ou distinct, ne peut fonctionner sans la présence de personnes capables de comprendre que les règles et les procédures établies ne sont pas synonymes de justice. Seule la sagesse humaine fondamentale qui transcende les procédures et les cultures est susceptible de concilier le système de justice et la justice elle-même. Ovide Mercredi a compris la nature de la passerelle qu'il convient de construire si l'on veut vraiment modifier les choses :

Si vous voulez que les gens travaillent pour vous, il vous faut trouver un terrain d'entente qui favorise la compréhension du besoin de changement. C'est alors que commence le véritable travail, car une fois qu'on a compris que le changement s'imposait, il reste encore à répondre aux questions suivantes: «Quelle sorte de changement?» et «Comment s'y prendre?». Au bout d'un certain temps, grâce à la sensibilisation et à la compréhension, on s'aperçoit qu'on est sur la bonne voie. Puis, les choses se mettent à arriver.

[...]

Il nous faut donc nous faire des alliés au sein du système, qui deviennent alors les défenseurs de notre cause. Mais comment y arriver? Faut-il forcer les choses ou adopter une politique de respect? À mon avis, il est préférable de suivre une politique de respect car, autrement, on risque de s'aliéner les gens. Les gens résisteront alors au changement. Or, si les gens résistent au changement, vous ne serez pas en mesure d'atteindre vos objectifs<sup>41</sup>.

Toute tentative pour modifier le système judiciaire au Canada ne réussira que si on trouve un terrain d'entente en suscitant la compréhension du changement. Il en sera ainsi, que la tentative vise à apporter des changements généralisés par la création d'un système distinct ou parallèle ou qu'elle consiste à adapter le système existant de la façon indiquée dans notre document. La formation transculturelle peut fournir l'occasion de se faire des alliés au sein du système, mais en soi elle ne peut modifier celui-ci sans les efforts des premiers intéressés, à savoir les autochtones eux-mêmes. La formation transculturelle visant à modifier les attitudes du personnel du système peut aider aux efforts déployés par les collectivités autochtones urbaines et rurales pour apporter des changements qui répondent à leurs besoins et aspirations. C'est pour cette raison qu'elle revêt une importance capitale et qu'elle doit se poursuivre. Mais ceux qui oeuvrent au sein du système doivent toujours se souvenir qu'ils ne sont qu'au service du changement. Il faut que les architectes de ce changement demeurent les collectivités elles-mêmes qui prennent en main leur destinée à des conditions qui leur soient acceptables à partir de la compréhension commune du changement dont parle Ovide Mercredi.

## Résumé

Le présent document s'ouvre sur le paradoxe qui caractérise la réforme de la justice autochtone en 1992. Il est assez étonnant de constater la coexistence d'un désaccord et d'un consensus autour de quatre conclusions fondamentales : le système judiciaire est un échec au regard des autochtones; la responsabilité des autochtones en matière de définition et de résolution des problèmes judiciaires qui les concernent doit être accrue; il faut reconnaître que compte tenu de la diversité des peuples autochtones, les définitions et les solutions ne seront pas identiques dans l'ensemble du pays; et ces définitions et ces solutions autochtones ne pourront pas être indépendantes du système judiciaire actuel.

Le document aborde aussi les facteurs à l'origine de la majeure partie du désaccord. Nous en sommes encore aux premiers stades de la recherche, empirique ou scientifique, des causes des problèmes. Cette recherche compte divers points de départ entrelacés pour bon nombre avec un passé mal compris et des politiques gouvernementales contradictoires dont nous avons hérité. La réapparition récente de l'activisme politique et juridique autochtone et l'avènement de normes internationales des droits de la personne à l'égard des peuples et populations autochtones ont fondu en un le débat sur la justice et le programme politique autochtone plus général. Parmi les éléments non négligeables de ce processus, on compte la nouvelle terminologie des droits internationaux, juridiques et constitutionnels dont nous nous servons à présent pour discuter de ces points et des questions connexes intéressant les autochtones.

Les gouvernements hésitent à aborder les questions relatives à la justice sous le seul angle de la nouvelle terminologie des droits, et constatent qu'ils sont freinés par l'évolution rapide du milieu de l'administration de la justice, marqué par les querelles fédérales-provinciales dans un champ où la Constitution dicte le partage des compétences, l'incertitude financière grandissante, l'évolution politique du pays à la suite de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'entrée en scène de nombreux nouveaux acteurs dans le débat constitutionnel.

L'approche exposée ici constitue une tentative pour régler ces différends et conflits, d'une manière qui concorde avec les efforts des collectivités autochtones, tant urbaines que rurales, pour s'occuper de leurs propres processus judiciaires dans le contexte de leur régénération globale. Cette approche doit aussi cadrer avec les efforts politiques et constitutionnels plus larges des autochtones au niveau national, qu'on a appelés la «voie des droits de la personne». Elle doit par conséquent être souple et capable de faire apparaître les procédés, voire les institutions du genre de ceux dont les collectivités autochtones auront besoin si la tendance actuelle vers l'accroissement de l'autonomie politique des autochtones au sein de la fédération canadienne se poursuit. Cette démarche ne doit donc pas s'empêtrer dans la «fausse dichotomie» entre la voie de l'action communautaire locale et celle du débat général sur les droits qui a lieu avant tout au niveau constitutionnel et qui est axé sur les institutions autochtones distinctes de toutes sortes.

Une démarche tripartite sous forme de projet pilote qui tire avantage de la souplesse inhérente au système judiciaire est recommandée. Mais pareille démarche ne réussira que si elle est adoptée par les trois parties alliées, à savoir les gouvernements fédéral et provinciaux et les autochtones. Elle pourra contribuer à créer des liens, en partant de là où nous sommes, et sans attendre l'issue du débat constitutionnel plus large. À la vérité, le processus amenant les collectivités à prendre en main leur propre destinée dans les domaines qui revêtent de l'importance à leurs yeux est en cours depuis déjà un certain temps. De notre point de vue, ce processus s'impose, quel que soit le niveau d'entente ou d'appui gouvernemental. D'où l'hypothèse tacite sur laquelle repose notre document, soit l'émergence inévitable d'un nouvel ordre au Canada.

De nouvelles normes apparaissent actuellement au Canada qui ouvrent la voie à des institutions sociales et politiques innovatrices fondées sur un nouveau partage des pouvoirs au sein de la fédération. Ces normes apparaissent alors même que nous discutons des particularités de ce nouveau partage, telle la forme que prendront les procédés judiciaires dans le futur. Ces nouvelles ententes visent probablement tous les aspects importants des rapports entre les autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux. Si les traités existants et une part grandissante de la jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités donnent quelques indications de ces nouvelles ententes, leurs contours sont encore flous, dans l'ensemble.

Mais les peuples autochtones peuvent les percevoir. À cet égard, ils détiennent une bonne longueur d'avance sur les autres Canadiens et Canadiennes et acceptent de plus en plus difficilement l'hésitation ou l'impuissance des hommes politiques, des juges et des responsables de l'administration de la justice non autochtones à reconnaître le caractère inévitable de ces changements. Pour employer l'expression dont nous nous servons dans notre document, un « changement de tendance » est en cours, qui commande une optique nouvelle et commune au fur et à mesure de l'évolution des rapports entre les autochtones et les deux ordres de gouvernement existants.

La véritable question pour le gouvernement, de ce point de vue, est de savoir comment il peut prendre part à ce processus de réforme inévitable. Quel rôle utile peut-il jouer dans un processus qui est déjà en marche. Il ne pourra répondre à cette question qu'en passant à l'action, c'est-à-dire en participant à ce processus sur la base d'un véritable partenariat entre gouvernements et peuples autochtones. Cela nécessitera une compréhension commune et une certaine confiance entre les trois parties, combinées à une volonté réelle d'agir fondée sur l'égalité.

Il ne s'agit pas là d'un programme irréalisable. L'in vraisemblable, c'est de se croiser les bras. C'est la raison pour laquelle notre document s'ouvre sur un paradoxe pour se terminer par une question. Après une trentaine d'enquêtes et de rapports sur la justice autochtone, les Canadiens, autochtones ou pas, sont-ils enfin décidés en 1992 à arrêter de parler du problème et à manifester le courage nécessaire pour commencer, comme partenaires, à faire quelque chose à ce sujet?

## Notes

1. Ces termes sont employés tout au long du plus récent ouvrage d'Alan Cairns, *Charter versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992. Dans un ouvrage précédent, M. Cairns décrit comme suit le mouvement international en faveur des droits de la personne :

L'effondrement des plus grands empires européens a rendu illégitimes les principes de hiérarchie raciale sur lesquels reposaient ces empires et favorisé une prise de conscience par les ethnies ainsi que le nationalisme de certains groupes au sein d'États du monde occidental. La Seconde Guerre mondiale a eu des effets sur le plan intellectuel. Par exemple, elle a donné lieu à un renouvellement de la recherche de mécanismes visant à protéger les droits des citoyens; en outre, grâce au soutien considérable des Nations Unies, elle a favorisé non seulement une prise de conscience à l'égard des droits au-delà des frontières nationales, mais aussi un appui quant à l'adoption de chartes immuables et appliquées par voie judiciaire en vue de protéger ces droits. [traduction]

Alan Cairns, *Disruptions: Constitutional Struggles from the Charter to Meech Lake*, Toronto, McClelland and Stewart Inc., 1991, p. 177.

2. L.R.C. 1985, Annexe III.
3. *R. c. Drybones* [1970] R.C.S. 282 et *Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1439.
4. Depuis leur création en 1945, les Nations Unies mettent au premier plan les droits de la personne. À cet égard, l'article 55 de la *Charte* donne le ton: les Nations Unies favoriseront «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous...». Ce principe a abouti à des dizaines de déclarations sur les droits de la personne et à plus d'une vingtaine de traités, conventions et pactes portant sur ce sujet, en commençant par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Dans «The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States», *The American University Law Review*, 32:1, 1982, p.1, Louis B. Sohn fait un tour d'horizon du droit international à cet égard.

La Charte des Nations Unies donne aussi le ton à l'application de la protection des droits de la personne aux collectivités. Ainsi, l'article 1 stipule qu'un des buts des Nations Unies est de «développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes». Il s'agit là d'une étape importante pour la collectivité internationale, car on avait pratiquement toujours considéré jusqu'alors que le droit international relevait des États. Par ailleurs, aucune définition du terme «peuples» n'est énoncée dans la Charte. Néanmoins, on a observé depuis 1945 une montée en flèche du nombre d'États membres des Nations Unies au fur et à mesure que d'anciennes colonies, d'anciens protectorats ainsi que d'anciens peuples et autres «territoires non autonomes» se sont constitués en États de leur propre chef.

C'est en élaborant des instruments qui font état de normes en matière de droits de la personne que les Nations Unies créent le droit international dans ce domaine. Toutefois, même lorsque les États membres ne conviennent pas qu'ils sont liés par un tel instrument, l'existence de normes internationales fournit des critères aux fins de l'évaluation du comportement de tous les États. Parmi les instruments qui portent sur les droits de la personne ratifiés par les États membres, mentionnons le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Adoptées par l'Assemblée générale en 1966, ces ententes sont entrées en vigueur en 1976 après avoir été ratifiées comme il se devait par 35 États membres. À l'heure actuelle, chacun de ces pactes porte la signature d'environ 90 États, dont le Canada. Fait important, l'article premier, qui est identique dans ces documents, donne un nouvel élan au mouvement international en faveur des droits des autochtones:

Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

De nombreux États membres des Nations Unies craignent que des groupes au sein de leur territoire soient reconnus sur la scène internationale à titre de «peuples» autochtones possédant le droit de «disposer d'eux-mêmes». En présence de telles affirmations, ils avancent deux arguments distincts. Tout d'abord, ils soutiennent que leurs habitants autochtones forment des «populations», c'est-à-dire des groupes qui, tout en conservant certaines caractéristiques culturelles, sont déjà assimilés au corps politique de l'État. En leur qualité de populations minoritaires (et non pas de «peuples»), ces groupes autochtones peuvent bénéficier de la protection des droits de la personne accordée aux minorités. Or, aucun instrument des Nations Unies n'attribue aux populations minoritaires le droit de disposer d'elles-mêmes.

Par ailleurs, si des groupes autochtones sont reconnus comme «peuples», les États visés soutiennent que le droit de disposer d'eux-mêmes s'applique uniquement aux peuples vivant à l'extérieur du territoire des États existants, c'est-à-dire outre-mer, dans les colonies situées à distance de la société dominante. Autrement dit, on ne peut trouver aucun «peuple» à l'intérieur des limites des États existants.

On peut établir un parallèle entre, d'une part, le statut privilégié dont jouissent les «peuples» en comparaison des «populations» en vertu du droit international et, d'autre part, la protection qu'offre l'État aux Indiens inscrits vivant dans les réserves et aux Inuit en comparaison du peu de protection qu'il accorde aux Indiens non inscrits et aux Métis du Canada.

5. Le cadre d'analyse décrit dans le présent document m'a été suggéré par mon ami et professeur Alex Himelarb. Je le remercie de sa suggestion, de même que des autres commentaires et conseils judicieux qu'il m'a donnés pendant la préparation de ce document. Toute erreur ou omission est cependant la mienne.
6. Les auteurs du *Report of the Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee* (Ontario, juillet 1990) notent à ce propos, à la page 5, que «bien que le système judiciaire fasse l'objet de ce rapport, ce n'est que le point de rupture où les deux cultures s'engagent dans un conflit passionné». [traduction]

La situation est similaire aux États-Unis, où la lutte essentiellement politique est masquée par la légalisation du débat:

[...] la collectivité juridique autochtone se préoccupe beaucoup des disputes actuelles ou éventuelles concernant le partage des pouvoirs. Lorsque de telles disputes sont soulevées dans des énoncés juridiques, elles apparaissent comme des problèmes de compétences. Il n'est pas étonnant, par conséquent, que les controverses en matière de droit des autochtones découlent si souvent d'une contestation de compétences.

William C. Canby, *American Indian Law in a Nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 2.

7. P.A. Monture-OKanee et M.E. Turpel, «Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law: Rethinking Justice», *U.B.C. Law Review*, 1992, p. 239 à 250.
8. Michael Jackson en reconnaît deux, la surreprésentation et la discrimination, dans son récent article «In Search of Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities», *U.B.C. Law Review*, 1992, p. 147 à 150. Le troisième thème, la désaffection des autochtones à l'égard du système judiciaire, découle des prises de position très fermes exprimées par les représentants autochtones eux-mêmes, dans leurs témoignages devant les diverses commissions d'enquête provinciales.

Le gouvernement fédéral reconnaît ces trois aspects du problème de la justice autochtone dans le seul effort qu'il ait engagé à ce jour pour aborder la réforme du système judiciaire autochtone d'un

point de vue théorique : CANADA, ministère de la Justice, *Les autochtones et l'administration de la justice*, 1991, [ci-après le Document de travail sur la justice pénale], p. 7 à 11.

9. Le gouvernement fédéral reconnaît ce fait et étudie le problème plus ou moins en profondeur dans un rapport de 1988: Canada, ministère du Solliciteur général, *Rapport du groupe d'étude sur les autochtones au sein du régime correctionnel fédéral*, 1988. Les statistiques et les conclusions citées sont extraites en grande partie de ce rapport. Un grand nombre de statistiques et de constatations comparables sont citées dans Jackson, *op. cit.*, note 8.

Cependant, les intervenants dans ce secteur ne sont pas tous d'avis que la surreprésentation des autochtones est aussi sérieuse qu'il y paraît à première vue. Carol LaPrairie, par exemple, en appelle à une analyse plus rigoureuse, dans les termes structuraux conventionnels, en vue d'établir si le système pénal n'incarcère pas tout simplement des personnes d'un certain niveau d'âge ou d'une certaine classe sociale, ou celles qui commettent un certain type d'infractions, sans tenir compte de leur origine ethnique ou culturelle. Elle réclame aussi une étude plus poussée du phénomène des récidivistes, afin de déterminer si le système compte le même contrevenant autochtone plus d'une fois dans ses statistiques lorsque celui-ci est condamné à plusieurs peines d'emprisonnement relativement courtes pendant la période de collecte des données. En se penchant sur de tels facteurs, on découvrira peut-être que les autochtones ne sont pas si exagérément surreprésentés comparativement aux autres délinquants qui se retrouvent dans une situation similaire. Elle résume son approche comme suit, dans son article intitulé «Aboriginal crime and justice: Explaining the present, exploring the future», *Revue canadienne de criminologie*, 34:3-4, juillet-octobre 1992, p. 281 à 283:

À ce jour, l'on n'a guère cherché à différencier, d'une part, les ambitions politiques des autochtones qui visent à prendre en main les questions de justice autochtone et, d'autre part, les besoins spécifiques des collectivités. On tient souvent pour acquis que ces deux problèmes sont étroitement liés, à tel point que l'on considérera avoir résolu le second en trouvant une solution au premier. À notre avis, cette question mérite un examen plus approfondi [...]

L'une des façons d'amorcer un examen des questions de justice autochtone consiste à situer le débat dans un contexte plus large, moins nettement orienté vers une perspective judiciaire autochtone, et davantage tourné vers les problèmes liés à la pratique et à l'administration de la justice en général. Cette approche est utile, car elle peut contribuer à cerner les problèmes typiquement autochtones en matière de justice, par contraste avec les contraintes et les difficultés auxquelles sont maintenant confrontés un grand nombre de groupes sociaux, quelles que soient leur condition sociale ou culturelle et leur province d'origine.

10. Le rapport du groupe de travail de l'Alberta propose la définition suivante de la discrimination systémique :

La notion de discrimination systémique présuppose que l'application de normes, de règles communes et de procédures uniformes à des personnes différentes les unes des autres constitue une forme de discrimination. Cela signifie que l'on risque, en traitant sur le même pied des personnes qui ne sont pas toutes les mêmes, de leur faire subir des conséquences néfastes, des épreuves ou des injustices [...] Les raisons peuvent être géographiques, économiques ou culturelles. [traduction]

Groupe de travail sur le système de justice pénale et ses effets sur les populations indiennes et métisses de l'Alberta, *Procès de la justice*, ch. 2-46.

11. Commission de réforme du droit du Canada, *Les peuples autochtones et la justice pénale*, rapport 34, 1991, p. 5. Plus loin, les commissaires soulignent que les autochtones «considèrent que le système est fondamentalement insensible à leurs traditions et à leurs valeurs : beaucoup le perçoivent comme irrémédiablement raciste».

12. Même dans ce domaine, cependant, on peut soutenir que les autochtones ne sont pas les seuls à se sentir de plus en plus éloignés du système judiciaire. Depuis plus d'une décennie, le système judiciaire canadien a été considéré comme trop formaliste et distant de toutes les collectivités qu'il sert, et cette perception ne cesse de gagner des partisans. En réaction, chacune des entités qui composent le système judiciaire a mis à l'essai diverses approches novatrices, afin d'encourager les collectivités à participer davantage et à assumer une plus grande responsabilité en matière de prévention du crime, d'aide aux victimes et d'administration de la justice. Néanmoins, il est évident que le fossé qui sépare les personnes et les collectivités autochtones du système judiciaire s'est creusé de façon telle qu'elles en ont subi les plus sérieuses conséquences, en raison d'autres facteurs comme la pauvreté, la déculturation et un héritage de revendications historiques non résolues.
13. Association canadienne de justice pénale, *Les Indiens et la loi*, 1967. Cette enquête générale a été menée pour le compte du ministère des Affaires indiennes.
14. Jackson, *op. cit.*, note 8, p. 151.
15. Dans «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences», *Annuaire canadien des droits de la personne*, 6, 1989-1990, p. 3, M.E. Turpel explique ce point de vue d'une manière fort convaincante dans le contexte des valeurs constitutionnelles canadiennes en général et de la *Charte* en particulier.

Au risque de simplifier à outrance cette question, son argument repose sur la thèse selon laquelle les différences culturelles ne constituent pas, à l'origine, de simples différences liées aux caractéristiques raciales, mais bien des différences liées aux modèles ou à la façon d'envisager l'univers. On ne peut saisir la perspective des autochtones qu'en l'adoptant. En règle générale, le modèle non autochtone qui se dégage de la *Charte* et des valeurs libérales peut intégrer la perspective autochtone uniquement si elle prend la forme d'une variante de ce modèle, c'est-à-dire un cadre de référence axé sur les droits individuels. Autrement dit, la perspective autochtone ne peut être perçue par une personne qui a été formée dans ce contexte. Elle devient perceptible uniquement lorsqu'elle donne lieu à la revendication de droits.

Toutefois, la revendication de droits en considération de valeurs autochtones constitue en soi l'abandon d'un cadre de référence autochtone et l'acceptation d'un système étranger. Un juge, dont la formation s'inscrit dans le modèle des droits individuels, invoquera les valeurs libérales non autochtones qui lui sont propres pour rendre un jugement à l'égard de la revendication de droits opposés à ces valeurs. Ainsi, chaque fois qu'un tribunal canadien est appelé à rendre un jugement dans une cause mettant en jeu les autochtones et les valeurs qu'ils préconisent, une occasion s'offre à lui d'étendre le régime des droits individuels dans des domaines qui ne conviennent pas à une telle démarche.

Un passage en particulier (p. 42) met en évidence l'élément central de l'argument selon lequel non seulement les tribunaux canadiens sont-ils incapables de rapprocher ces deux cultures, mais aussi favorisent-ils la destruction des sociétés autochtones sur le plan culturel en s'appuyant sur leurs propres valeurs pour rendre un jugement :

Si les différends internes sont portés devant les tribunaux canadiens, on compromettra grandement les modes de résolution des différends propres aux autochtones, lesquels sont axés, par exemple, sur l'enseignement de la responsabilité et on imposera un système axé sur les droits individuels. En outre, on incitera certaines personnes à quitter la collectivité et à rompre avec les coutumes établies, à faire appel aux tribunaux officiels pour régler leurs différends, au lieu de se pencher sur leurs problèmes au sein de la collectivité. Cette situation est particulièrement menaçante, c'est peut-être même un génocide, pour les peuples autochtones dont la culture est en voie de disparaître à cause du colonialisme et du paternalisme qui leur ont été imposés en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

16. Voir, par exemple, LaPrairie, *op. cit.*, note 9.



17. Jackson, *op. cit.*, note 8, p. 154. Les auteurs d'une enquête menée au Manitoba sur l'administration de la justice en milieu autochtone ont examiné plusieurs théories visant à expliquer le taux de criminalité élevé chez les autochtones et en sont arrivés à une conclusion conforme à ce troisième point de vue :

Les attaques contre l'autonomie gouvernementale et la culture des autochtones dont nous avons donné un aperçu dans le chapitre précédent se sont traduites par l'appauvrissement et la dépendance de la population autochtone. La vue d'ensemble de la situation socio-économique des autochtones que nous présentons ici témoigne de l'incidence néfaste de la civilisation européenne de l'Amérique du Nord. [traduction]

Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, 1991 [ci-après le Rapport du Manitoba], p. 92.

18. Document de travail sur la justice pénale, *op. cit.*, note 8.
19. Le premier volet est axé sur les revendications territoriales. Nous voulons accélérer le règlement des revendications particulières et des revendications relatives aux droits fonciers issus de traités ainsi que la négociation des ententes sur les revendications territoriales globales et améliorer le processus en vigueur à cet égard. Le deuxième volet a pour objet d'améliorer les conditions de vie dans les réserves indiennes partout au Canada et le gouvernement fédéral est prêt à coopérer à cette fin avec les gouvernements provinciaux et les dirigeants des collectivités indiennes. Le troisième volet commande une modification des rapports entre les autochtones et les gouvernements et, dans cette optique, il vise à étendre la capacité des autochtones d'assumer leur autonomie. Enfin, le quatrième volet, qui est consacré aux plus vastes aspirations des autochtones, donnera lieu à une étude approfondie sur la place fondamentale et le rôle des peuples autochtones dans la société canadienne d'aujourd'hui.
20. Comme les règles du jeu ont été changées, des questions qu'on considérait autrefois d'ordre politique sont désormais affaires de droits reconnus par la loi et la Constitution. Dans *La Reine c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour suprême affirme (p. 1105) que la modification des droits découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente «l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance des droits ancestraux». Ensuite (p. 1106), la Cour cite le professeur Lyon, selon lequel l'article 35 «écarter les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute ses revendications souveraines».

Aux États-Unis, en revanche, les rapports entre les tribus et l'État ne se sont pas transformés en une bataille portant sur des droits et s'inscrivant dans le cadre de la Constitution, comme celle qu'on observe au Canada. En effet, aux États-Unis, les droits autochtones et les droits issus de traités sont tributaires des «pleins» pouvoirs qu'a le Congrès de les modifier ou de les abolir (sous réserve d'une juste indemnisation dans certaines circonstances). Bref, sur la scène américaine, ces droits demeurent des questions politiques qui n'ont pas encore été formulées dans l'optique des droits de la personne. Dans «Federal Power over Indians: Its Sources, Scope, and Limitations», *University of Pennsylvania Law Review*, 132:2, 1984, p. 195, Nell Jessup Newton fait un examen complet des origines et de la nature de la compétence attribuée au Congrès dans ce domaine.

21. Maxwell Cohen, «Human Rights: Programme or Catchall? A Canadian Rationale», *Canadian Bar Review (La revue du Barreau canadien)*, 46, décembre 1968, p. 554 à 557.
22. Nous reconnaissons que la volonté d'établir des systèmes de justice entièrement séparés s'inscrit dans le cadre de revendications politiques liées principalement à l'autodétermination, et nous ne voyons pas l'utilité d'entrer ici dans ce débat. L'établissement de systèmes de justice autochtone présente des avantages en soi, indépendamment de toute considération d'ordre politique.

Commission de réforme du droit, *op. cit.*, note 11, p. 14.

23. Ce «partenariat» se fonde sur la confiance et la patience des peuples autochtones dans le contexte d'une situation qui est depuis trop longtemps intolérable. Les autochtones risquent de perdre patience, ce qui entraînerait une perte de confiance totale. Cette déclaration d'Elijah Harper résume clairement cette capacité exceptionnelle des peuples autochtones pour la patience :

Vu toute la discrimination qui existe contre notre peuple, il est souvent étonnant de voir à quel point nous acceptons notre situation. Nous savons qu'il ne peut y avoir de justice sans tolérance, sans compréhension et sans égalité, et que la justice est le point de départ à toute compréhension mutuelle, qu'elle nous permet de travailler et de vivre ensemble, que l'amour et la confiance mutuelle passent par elle. Les peuples autochtones veulent un système judiciaire qui reconnaisse leur mode de vie, leurs valeurs et leurs croyances, et non ceux des Blancs. [traduction]

Rapport du Manitoba, *op. cit.*, note 17, p. 251.

24. Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 253. D'après une compilation réalisée par l'*Alberta Task Force Report* sur les recommandations des 22 derniers rapports importants (de 1967 à 1990) touchant la justice pour les autochtones, l'autodétermination est arrivée chaque fois dans les «dix premières» recommandations, *op. cit.*, note 10, dans vol. III, *Working Papers and Bibliography*, p. 4-7.
25. Par tendance, j'entends un ensemble d'idées raisonnablement cohérentes qui orientent les décideurs dans la définition du «problème» et dans la recherche d'information en vue de formuler une «solution» politique. [traduction]
- Sally M. Weaver, «A New Paradigm in Canadian Indian Policy for the 1990s», *Études ethniques du Canada*, vol. XXII, n° 3, p. 8-10.
26. *Ibid.*, p. 10.
27. *Ibid.*, p. 11. Ce nouveau raisonnement suppose aussi que les rapports entre les premières nations et l'État seront régis à un échelon supérieur par des droits consacrés qui pourront évoluer; la coexistence culturelle présuppose que les cultures autochtones sont elles aussi en mutation; l'honneur de la Couronne commandera le respect d'une éthique politique dans ces relations; la formulation des politiques se fera conjointement; l'autonomie autochtone correspondra véritablement à l'octroi de pleins pouvoirs; il existera des systèmes de gestion conjoints dans de nombreux domaines; le savoir et les sensibilités autochtones seront pris en considération dans les rapports entre les premières nations et l'État; dans l'avenir, le rôle du ministère des Affaires indiennes consistera à fournir des services en vue de promouvoir le développement autochtone.
28. Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 253.
29. Ces chiffres sont tirés d'un document fédéral récent : CANADA, Ministère de la Justice, *Répertoire national des programmes, projets et travaux de recherche portant sur la justice appliquée aux autochtones*, 1992. Les données de ce document publié par le ministère de la Justice sont elles-mêmes tirées de sources diverses.
30. On doit cette assertion à Lawrence Barkwell et à David Chartrand, «The Struggle for Recognition: Canadian Justice and the Métis Nation», dans *Northern Justice Society, Self-Sufficiency in Northern Justice Issues*, Winnipeg, Kromar Printing Ltd., 1991, p. 111. [ci-après Northern Justice Society]
31. John Young, policier et agent de liaison avec les autochtones au service de la police de Calgary, donne un exemple de ce phénomène bien connu dans «Current Issues and Future Challenges in Aboriginal Policing», *Northern Justice Society, ibid.*, p. 152 :

La municipalité de Calgary compte environ 700 000 personnes [...] dont approximativement 15 000 autochtones et Métis. Ce nombre fluctue selon la saison et peut parfois atteindre entre 30 000 et 40 000 en période estivale. Nombreux sont ceux qui demeurent à Calgary pendant une courte période, soit pour travailler ou pour poursuivre des études. [traduction]

En fait, Young désire faire valoir que pour assurer une liaison plus efficace avec la collectivité autochtone à Calgary, il a dû étendre ses activités jusqu'aux réserves mêmes de ces autochtones en transit, au-delà des limites de Calgary.

32. Les Dénés du lac La Martre, dans les Territoires du Nord-Ouest, sont au nombre de ceux qui ont entrepris des recherches visant à reconstituer les méthodes traditionnelles en matière de justice et à déterminer l'ampleur de leur pratique actuelle. La réserve de Sandy Lake dans le nord de l'Ontario utilise le concept du conseil des anciens, dans une tentative d'harmoniser les coutumes autochtones et les pratiques judiciaires canadiennes dominantes. Leurs projets sont brièvement décrits dans «Dene Traditional Justice» et «Current Initiatives on Sandy Lake Reserve» dans *Northern Justice Society, op. cit.*, note 30 aux pages 91 et 95 respectivement.
33. Leonard Mandamin, Dennis Callihoo, Albert Angus et Marion Buller, «The Criminal Code and Aboriginal People», *U.B.C. Law Review*, 1992, p. 5-21.
34. Document de travail de l'Alberta, *op. cit.*, note 10, chap. 9-1.
35. Voir p. ex. M.E. Turpel, *op. cit.*, note 15.
36. Commission de réforme du droit, *op. cit.*, note 11.
37. Rapport du Manitoba, *op. cit.*, note 17, p. 313. La Commission de réforme du droit est moins explicite, mais ses recommandations à l'effet que les pouvoirs soient transférés aux collectivités autochtones au moyen de négociations impliquent aussi une démarche progressive. Commission de réforme du droit, *op. cit.*, note 11, p. 16-23.
38. «The First Nations and the Future», entrevue réalisée par M.A. Gaudet pour la publication officielle de l'Association du Barreau canadien, *Le national*, vol. 19, n° 1, février 1992, p. 11.
39. Patricia Monture-OKanee et Mary Ellen Turpel signalent que les incidences possibles de l'obligation fiduciaire sur la question de la justice pénale exigent qu'on fasse «au minimum, une étude des compétences autochtones inhérentes que les peuples autochtones ont conservées». Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 255. Bien qu'à ce jour les gouvernements n'aient pas tenu compte de cet aspect potentiel de l'obligation fiduciaire, nous soutenons que l'approche proposée dans le présent exposé, à savoir d'étudier, de concert avec les collectivités autochtones, le moyen pour ces dernières de reprendre le contrôle de leur processus judiciaire dans le cadre du régime constitutionnel et du système judiciaire actuels, est conciliable avec le programme proposé par Monture-OKanee et Turpel.
40. Dans John Whyte, «Federal-Provincial Tensions in the Administration of Justice», *The State of the Federation 1985*, Peter M. Leslie (dir.), Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1985, p. 174, le système global est brièvement décrit comme suit :

La complexité et l'imprécision sont les principales caractéristiques du cadre juridique de ces litiges. L'attribution aux provinces des pouvoirs sur «l'administration de la justice dans les provinces» sous la rubrique 24 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est insérée dans le texte dans un contexte rendu compliqué par un certain nombre d'autres délégations de pouvoirs qui se rapportent à cette question. Par exemple, le gouvernement fédéral a un pouvoir de contrôle sur l'administration de la justice d'un certain nombre de points de vue. Premièrement, il a le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de comté et de district. Deuxièmement, sa compétence législative en matière de droit pénal, y compris la procédure pénale, lui donne un certain contrôle sur l'application des lois. Troisièmement et dernièrement, le gouvernement fédéral jouit de pouvoirs administratifs découlant de sa compétence principale dans des domaines importants comme le commerce. Les choses se compliquent davantage du fait que le pouvoir des provinces sur

l'administration de la justice est conditionné par les contraintes sur les dispositions administratives créées en vertu de la Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* : «Juridiction judiciaire». Cette partie réserve aux tribunaux une catégorie de fonctions judiciaires et empêche ainsi les provinces (et, vraisemblablement, le gouvernement fédéral) de créer librement des mécanismes pour l'administration des lois et des régimes réglementaires provinciaux. Il y a donc un ensemble de dispositions constitutionnelles qui manquent de clarté quant à la signification de certaines dispositions précises et aux rapports entre les diverses articles. [traduction]

41. *Ibid.*, p. 174-175, Whyte constate des conflits dans les domaines suivants :

[...] la nomination des juges à la cour supérieure; le chevauchement de compétences entre les tribunaux provinciaux et la Cour fédérale; la suppression des limitations prévues dans la Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur l'élaboration de dispositions administratives non judiciaires; la question à savoir qui a juridiction sur les poursuites criminelles; et, en dernier lieu, les politiques portant sur les activités criminelles des mineurs. [traduction]

42. *Ibid.*, p. 173, Whyte concède que les tensions ont diminué apparemment sous le gouvernement conservateur actuel, mais il avertit toutefois (p. 174) que «cette situation peut être tout autant le résultat d'avoir négligé de poursuivre les discussions que l'aboutissement d'un processus actif en vue de concilier les opinions et les politiques divergentes». Certains faits subséquents, comme la question difficile des jeunes contrevenants et l'impasse entourant la question de l'indemnisation des victimes et les mécanismes d'exécution, semblent confirmer cette analyse.
43. Canada, Rapport du Groupe de travail chargé de l'examen des programmes, *Services au public - système judiciaire*, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 15 (dénommé ci-après Groupe de travail Neilsen). Il n'y a rien d'étonnant, étant donné le souci du gouvernement fédéral de réduire le déficit, que le groupe de travail recommande le transfert de certaines fonctions d'exécution des programmes correctionnels aux provinces et une privatisation accrue des services correctionnels et de libération conditionnelle.
44. La *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.R.C. (1985), ch. Y-1, prévoit un système judiciaire séparé à l'intention des adolescents obligeant les provinces à établir des tribunaux pour adolescents, des programmes de mesures de rechange, des services post-audience et des établissements de détention spéciaux, ouverts et sûrs, à tenir des dossiers séparés et à assurer les services d'avocats. Toutes ces mesures constituent un fardeau financier et administratif additionnel pour le système judiciaire administré par la province, charge qui n'a pas été compensée par les ententes de partage des frais. Le gouvernement fédéral a gelé son financement aux niveaux de 1988-1989. Dans de nombreux cas, la *Loi sur les jeunes contrevenants* est entrée en conflit avec les priorités provinciales; elle est considérée comme une diminution injustifiée de l'étendue du système de protection de la jeunesse et n'est pas perçue par toutes les provinces comme marquant un progrès sur le régime précédent.
45. Le projet de loi C-89 sur les mesures d'indemnisation des victimes a été partiellement promulgué en octobre 1988 et en juillet 1989. Il reste à promulguer les dispositions portant sur les mécanismes d'indemnisation et d'exécution. Les incidences de ces nouvelles mesures sur les coûts que devront supporter les provinces ont constitué la principale pierre d'achoppement. Les provinces estiment que les frais administratifs pourraient atteindre annuellement jusqu'à 50 millions de dollars. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont convenu officieusement de tenir compte des incidences sur les coûts que pourrait avoir toute modification additionnelle du système judiciaire existant avant de s'engager dans des projets semblables. Pendant ce temps, étant donné que les amendes et les travaux compensatoires constituent le fondement du régime d'indemnisation, la question et son application ont été confiées à l'équipe fédérale chargée d'examiner le sujet plus vaste de la détermination des peines.
46. On trouve un commentaire particulièrement utile et limpide sur cette question dans le jugement de la cour d'appel de l'Alberta, R. c. *Whiskeyjack et Whiskeyjack* (1985) 2 W.W.R. 481.

47. Parlement du Canada, Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens, «L'autonomie politique des Indiens au Canada», Approvisionnement et Services Canada, 1983, p. 64. Les auteurs reprennent en partie l'argument que leur avait présenté l'Association des avocats indiens et concluent que le gouvernement fédéral pourrait juste exercer sa compétence pour tout ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» à l'exclusion des provinces, pour ensuite céder ces domaines de compétence aux gouvernements indiens.

48. En dernier lieu, considérant les rapports déjà cités avec les provinces dans ce secteur de compétences partagées, le groupe de travail est d'avis qu'il faut accorder plus d'importance à la coopération et à l'établissement des faits. Dans la mesure du possible, la responsabilité des services devrait être partagée, et il faudrait faire tout son possible pour que l'élaboration des nouvelles lois pénales, la détermination de critères comme les coûts à partir de données recueillies conjointement et la conception de projets pilotes se fassent en collaboration.

Groupe de travail Neilsen, *op. cit.*, note 43, p. 22.

49. *Sparrow*, *op. cit.*, note 20.

50. Dans *Charter versus Federalism*, *op. cit.*, note 1, Alan Cairns fait la remarque suivante à cet égard (p. 3,4) :

À cause des clivages traditionnels issus du fédéralisme, la Constitution devait déterminer des modes de coexistence harmonieuse entre nos identités fédérale et provinciales, qui ne représentent plus tout à fait ce que nous sommes en tant que collectivité politique. De nouveaux clivages sont apparus et d'anciens ont été remis en évidence sur des questions comme, entre autres, l'égalité des sexes, les groupes ethniques, les collectivités autochtones et les personnes handicapées.

Ces clauses [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] et les autres droits et libertés prévus dans la *Charte* donnent aux Canadiens un lien direct avec la Constitution, qu'ils n'avaient pas auparavant. La *Charte* établit les identités constitutionnelles et constitue une base légitime pour la formulation de revendications constitutionnelles par ceux qu'elle reconnaît de façon générale et spécifique. Les Canadiens ne sont plus des étrangers devant leur Constitution. [traduction]

Les résultats du référendum du 26 octobre font la preuve, comme s'il était nécessaire de la faire, des problèmes qui résultent inmanquablement lorsqu'il y a trop d'intervenants. Trop de cuisiniers gâtent la sauce.

51. Aux États-Unis, cette question n'a pas encore été résolue de manière satisfaisante. La réapparition par voie judiciaire de l'autonomie gouvernementale des autochtones et la fin de la politique officielle fédérale de détermination tribale dans les années 1960 ont suscité un nouvel intérêt pour la question des droits civils des membres individuels des tribus. Par la voie d'une série d'audiences qui se sont déroulées sur plusieurs années, le Congrès des États-Unis en est arrivé à la conclusion que les autochtones devaient être protégés sur une base individuelle contre les abus potentiels des gouvernements autochtones. Résultat : l'adoption du *Indian Civil Rights Act* 25 U.S.C. art. 1301-41 (1988) de 1968. Cette loi a repris de nombreuses dispositions du *U.S. Bill of Rights* comme les clauses sur la protection équitable et sur l'application régulière de la loi.

De nombreuses tribus, en particulier les Pueblos plus traditionnels du Sud-Ouest, ont protesté énergiquement. La question atteint son point critique dans l'affaire *Santa Clara Pueblo c. Martinez* 436 U.S. (1978) quelques années plus tard. La cour devait déterminer si une ordonnance tribale, déclarant que les enfants des femmes dont les conjoints ne sont pas membres de la tribu, ne sont pas considérés comme membres, alors que ceux des hommes le sont, violait la disposition sur la protection équitable de la Loi. La Cour suprême a décidé que c'est devant les tribunaux tribaux qu'il fallait demander redressement dans de tels cas et non devant les tribunaux fédéraux.

Bref, les tribunaux fédéraux se sont plus ou moins lavé les mains de toute la question du conflit entre la protection des droits individuels et les valeurs et pratiques traditionnelles qui sont le fondement d'un gouvernement tribal moderne. De nombreuses femmes autochtones estiment être lésées dès le début par le fait de devoir contester de telles questions devant les tribunaux tribaux. Après plus d'une décennie, la question est toujours brûlante et pourrait encore donner lieu à de nouveaux amendements de l'*Indian Civil Rights Act* ou se retrouver devant les tribunaux fédéraux.

Dans «Tribal Courts' Failure to Protect Native American Women: A Reevaluation of the Indian Civil Rights Act», 101, *Yale Law Journal*, (1991), p. 169, Carla Cristofferson donne un aperçu des faits nouveaux et des mesures proposées.

52. Ce n'est pas un hasard si on a nommé l'organisme cadre, créé aux États-Unis dans les années 1970 pour contrer le mouvement de ressac anti-tribal, «Interstate Congress for Equal Rights and Responsibilities». Un rapport de la *Commission on Civil Rights* des États-Unis intitulé *Indian Tribes: A Continuing Quest for Survival* (juin 1981) décrit ce mouvement de ressac. Les commissaires constatent, à la première page, que l'on invoque souvent la théorie de l'égalité des droits pour soutenir que le contrôle politique par les autochtones sur leur destinée est contraire au principe américain d'égalité et que les intérêts des autochtones doivent céder la place aux intérêts de la société tout entière.
53. Alan Cairns, *Charter versus Federalism*, *op. cit.*, note 1, p. 25.
54. Voir p. ex. Turpel, *op. cit.*, note 15.
55. Voir, par exemple, l'extrait du mémoire présenté par Ovide Mercredi à la Commission de réforme du droit, *op. cit.*, note 11, p. 13, dans lequel il déclare que la véritable question porte sur ce que certaines personnes appellent «l'impérialisme culturel» et invite l'appareil judiciaire «à renoncer à sa couronne impériale».
56. Dans *Charter versus Federalism*, *op. cit.*, note 1, Alan Cairns fait l'éloge des avocats (p. 5) qui se sont montrés «beaucoup plus sensibles à la question de l'interaction entre les normes et les actes juridiques nationaux et internationaux». Il ne se limite pas au retentissement donné aux questions autochtones.

Le citoyen d'aujourd'hui est exposé à un flot ininterrompu de valeurs, d'idées et de produits culturels internationaux qui ignorent les frontières des États modernes. La lutte menée par les peuples autochtones, la prise de conscience accrue des femmes, la politisation de la question ethnique, la lutte soutenue contre la théorie et les pratiques de discrimination raciale, la sensibilisation à la question des droits de la personne menée par les Nations Unies, la prolifération de nouvelles structures familiales et de nouveaux styles de vie et les revendications parallèles des gais et des lesbiennes pour la reconnaissance et le respect de leurs différences – tous ces changements sont liés à des mouvements internationaux. [traduction]

57. Le Canada a été critiqué par le Comité des droits de la personne (établi en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dont le Canada est signataire) concernant l'affaire *Lovelace c. Canada* (1981) 2 H.R.L.J. 158, 68 I.L.R. 17. (Le Protocole facultatif se rapportant au Pacte reconnaît que le comité a compétence pour recevoir des plaintes émanant de particuliers.) Le comité a jugé que la perte automatique de son statut d'Indien en application de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* revenait à priver Sandra Lovelace des avantages culturels de vivre au sein d'une collectivité autochtone. Le comité n'a pas jugé que la privation de ce droit était soit raisonnable ou nécessaire pour préserver l'identité de la tribu.

Le Comité des droits de la personne n'a pas de pouvoir légal et sa décision, à savoir qu'un État a violé le Protocole, n'est pas exécutoire. Toutefois, le fait de rendre la décision publique contribue grandement à assurer son exécution par l'État en question. Le Canada en a tenu compte dans le présent cas et s'est engagé à modifier la *Loi sur les Indiens* en conséquence, d'où le projet

de loi C-31 de 1985. Il reste à savoir si le problème a été réglé ou simplement reporté le temps de une ou deux générations.

58. Voici un exemple d'une plainte en instance. La Micmac Tribal Society a présenté une communication au Comité des droits de la personne en 1986 prétendant être victime d'une violation de son droit à l'autodétermination en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Cette communication a été jugée recevable en 1990. CCPR/C/39/D/205/1986.
59. Par exemple, Georges Erasmus, l'ancien chef national de l'Assemblée des premières nations, voit d'un oeil favorable l'exemple des États-Unis, dans *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country*, Boyce Richardson (dir.), Toronto, Summerhill Press, 1989, p. 3,4.
60. Certains commentateurs soutiennent que, dans l'ensemble, les tribunaux ont fait un travail louable en vue d'assurer l'équilibre entre les intérêts en cause. On trouve un bon exposé de ce point de vue dans Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law*, New Haven, Yale University Press, 1987. Dans *The Road: Indian Tribes and Political Liberty*, Berkeley, University of California Press, 1980, Russell Barsh et James Youngblood en arrivent à la conclusion contraire.
61. La Commission on Civil Rights des États-Unis décrit, dans un rapport, *op. cit.*, note 52, p. 1-14, ce mouvement de ressac qui a commencé durant les années 1970 au même moment où l'appareil judiciaire décidait en faveur de la réapparition de l'autonomie gouvernementale autochtone. Un bon nombre de personnes pourraient prétendre que le récent changement d'attitude au sein de la Cour suprême des États-Unis en faveur de la restriction de l'étendue de l'autonomie gouvernementale des autochtones est une réaction à ce mouvement de ressac populaire.
62. En contraste, le Rapport du Manitoba, *op. cit.*, note 17, et le Rapport Osnaburgh-Windigo, *op. cit.*, note 6, tiennent tous les deux pour acquis que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* admet l'autonomie gouvernementale (et le pouvoir d'établir un système judiciaire) et que des modifications additionnelles ne sont pas nécessaires.
63. On ne peut minimiser l'éclatement de la cellule familiale car les rapports familiaux font partie intégrante de la capacité d'une collectivité à intervenir en matière de justice pénale. Les progrès réalisés dans le domaine de la justice pénale doivent être accompagnés de progrès dans d'autres domaines comme le développement socio-économique, les droits territoriaux et les services de santé et de sécurité sociale des familles et des enfants [...] Il existe un lien causal plus profond entre la dégradation des rapports culturels entre les sexes et la vulnérabilité aux peines imposées par le système de justice pénale [...] Il ne faudrait, ni ne pourrions-nous, diminuer l'importance qu'il faut accorder aux rapports entre les femmes autochtones et la poursuite des idéaux de justice dans nos collectivités, où qu'elles se trouvent. [traduction]
- Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 266.
64. «Justice and Nation Building: A Comparison of the Lheit-Lit'en Process and Tribal Government in Alaska» dans *Northern Justice Society*, *op. cit.*, note 30, p. 99, 100.
65. Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 267.
66. Dans le rapport du groupe de travail de l'Alberta, *op. cit.*, note 10, on a dressé une liste (dans vol. III, p. 4-7) de plus de 700 recommandations tirées de rapports antérieurs sur la justice autochtone. Ces recommandations ont été regroupées dans dix catégories prioritaires :
- formation transculturelle à l'intention du personnel non autochtone;
  - augmentation du personnel autochtone;
  - augmentation des programmes correctionnels à l'échelon de la collectivité;
  - augmentation des solutions de remplacement au sein de la collectivité dans la détermination des peines;

- assistance accrue aux contrevenants autochtones;
- participation accrue des autochtones dans la planification, la prise de décisions et la prestation de services;
- augmentation du nombre de groupes consultatifs autochtones à tous les niveaux;
- reconnaissance accrue de la culture et du droit autochtones dans la prestation de services dans le cadre du système de justice pénale;
- intensification des programmes de prévention du crime;
- prise en considération de la question de l'autodétermination dans la planification et le fonctionnement du système de justice pénale.

On trouve des recommandations semblables dans les rapports ultérieurs. Les gouvernements pourraient appliquer unilatéralement beaucoup de ces recommandations en modifiant tout simplement les politiques d'embauche et de formation dans la fonction publique et en mettant l'accent à nouveau sur la prévention du crime et la participation communautaire plutôt que sur le maintien de l'ordre et l'application des lois. Pour stimuler la participation des collectivités autochtones, l'envoi de fonctionnaires chargés d'établir des programmes ne sera, de toute évidence, pas suffisant. Les gouvernements devront tenir compte des aspirations politiques des autochtones et du processus naturel de rétablissement communautaire, harmoniser leurs efforts avec ceux des collectivités et attendre l'invitation de participer, à des conditions acceptables aux collectivités.

67. Une anecdote racontée par Tony Mahon dans «Current Issues and Future Challenges in Aboriginal Policing», *Northern Justice Society, op. cit.*, note 30, p. 157, illustre bien l'importance de se mettre au diapason des priorités de la collectivité autochtone. Il répondait à une question sur la façon d'établir un climat de confiance entre la collectivité et le corps de police :

[...] Dans le cadre d'une étude sur les services policiers en Alberta, j'ai assisté à une réunion d'un conseil tribal dans le nord de la province où j'ai annoncé que nous étions disposés à établir un poste dans leur collectivité et que nous souhaitions créer un comité consultatif en vue de l'établissement de programmes scolaires. Un ancien a répondu : «Depuis plusieurs années maintenant, les vôtres viennent ici uniquement pour arrêter les nôtres et les emmener. Vous ne vous êtes jamais arrêtés pour nous parler. Vous n'avez jamais appris à nous connaître. Et maintenant, vous arrivez ici et vous nous dites que vous êtes prêts à lancer ce programme». Il a précisé que si nous prenions le temps d'établir un climat de confiance et de gagner leur respect, ils accepteraient l'établissement d'un poste. Cependant, il a ajouté : «Ne venez pas ici pour nous dire que, parce que vous êtes prêts, nous devrions l'être aussi». [traduction]

68. Michael Jackson, *op. cit.*, note 8.
69. Michael Jackson, *Locking up Natives in Canada: A Report of the Canadian Bar Association, Special Committee on Imprisonment and Release*, juin 1988.
70. *Le national, op. cit.*, note 38. Le chef de l'Assemblée des premières nations aurait préféré un autre point de départ que cette approche étape à l'intérieur du système judiciaire actuel – il considère que l'établissement d'un système séparé est inhérent au droit à l'autonomie gouvernementale – mais le processus décrit ici semble concorder avec sa vision pratique de la façon d'entreprendre l'établissement d'un système judiciaire autochtone fonctionnel.
71. Projet décrit brièvement dans le Répertoire du ministère de la Justice, *op. cit.*, note 29, p. 3-1-1. Ce projet est subventionné par le ministère de la Justice et le solliciteur général du Canada.
72. Michael Jackson, *op. cit.*, note 69, p. 105, 106 :

Dans un bon nombre des régions dont nous avons parlé, les projets proposés par les collectivités autochtones pourraient être mis sur pied dans le cadre des lois existantes. Le programme de déjudiciarisation proposé par les premières nations du South Island Tribal Council et la prise en considération des valeurs communautaires dans la détermination



des peines par les conseils communautaires comme le font les Inumarit à Arctic Bay sont des exemples. Étant donné que ces propositions et d'autres semblables reflètent le consensus des collectivités autochtones concernées sur la façon d'adapter le système judiciaire pénal à leurs valeurs, et contribuent à renforcer le sentiment d'appartenance communautaire du système et la prise en charge collective de la responsabilité de réintégrer les contrevenants autochtones, nous conseillons vivement aux gouvernements fédéral et provinciaux, ainsi qu'à l'appareil judiciaire dont la coopération est essentielle à la mise en oeuvre de ces projets, de les encourager et de les appuyer.

En ce qui concerne les systèmes judiciaires autochtones de remplacement, nous souscrivons à l'importance du pluralisme juridique à l'intérieur de la confédération canadienne et nous sommes d'avis que les gouvernements devraient accorder les fonds de recherche en justice pénale, prioritairement en vue d'encourager l'élaboration de projets pilotes visant à établir des modèles opérationnels de systèmes judiciaires autochtones contemporains. Bien que nous soyons dans l'opinion que la création de systèmes judiciaires autochtones a un solide fondement constitutionnel, nous avons pris soin de ne pas cautionner un modèle en particulier. Le modèle que choisira une nation ou une collectivité autochtone sera déterminé par sa façon d'envisager l'autodétermination et c'est à elle que revient la décision finale. [traduction]

Bien que sa recommandation porte sur le genre de «systèmes judiciaires autochtones de remplacement» cautionnés dans les rapports du Manitoba et de la Commission de réforme du droit, l'approche demeure valide malgré l'objectif politique qu'elle vise et s'applique à tous les projets, y compris ceux établis dans le cadre des lois existantes. Ainsi, l'établissement de projets pilotes est une approche que le gouvernement pourrait mettre en oeuvre dans le cadre du système judiciaire actuel sans pour autant influencer sur l'objectif ultime d'établir un système parallèle ou séparé si la Constitution est amendée à cette fin. Les institutions qui en résulteraient serviraient de toute façon de fondement aux autres institutions à venir.

73. Les projets comme ceux mis sur pied au lac La Martre et à Sandy Lake, de même que celui des Lheit-Lit'en, décrits dans *Northern Justice Society, op. cit.*, note 30, sont manifestement de nature expérimentale et orientés vers la recherche, plutôt que des mesures visant à établir des institutions permanentes. Ces projets sont d'excellents candidats pour l'octroi de subventions fédérales et provinciales puisqu'ils sont conformes au système judiciaire et au régime constitutionnel actuels.
74. «Unlocking Aboriginal Justice: Alternative Dispute Resolution for the Gitksan and Wet'suwet'en People» dans *Northern Justice Society, op. cit.*, note 30, p. 213,214. À la page 228, la proposition est liée aux efforts soutenus des Gitksan et des Wet'suwet'en en vue de l'obtention de l'autonomie gouvernementale :

Les chefs ont déclaré qu'ils ont l'intention de se gouverner eux-mêmes conformément aux principes et aux lois des Gitksan ou des Wet'suwet'en. Dans de nombreux domaines, il est impossible de passer tout simplement d'un système étatique imposé à l'autonomie gouvernementale autochtone. Les groupes concernés traversent une période de crise et les circonstances externes ont beaucoup changé depuis qu'ils ont exercé leurs pleins pouvoirs. Cette situation exige que les moyens de réparation sociale et de contrôle des comportements antisociaux soient considérés dans tous leurs détails. Cet examen a déjà commencé. [traduction]

À la page 234, un projet de trois ans est proposé afin de permettre une évaluation des domaines d'interaction entre les systèmes judiciaires provinciaux et autochtones en vue de déterminer la faisabilité de cette approche conjointe par rapport à la question de justice autochtone. Il y a trois objectifs secondaires annuels devant servir à évaluer les progrès du programme.

75. Dans son rapport, le Groupe de travail de l'Alberta a suggéré, sur un ton quelque peu acerbe, que «les ministères doivent chercher des raisons pour dire oui aux projets autochtones plutôt que des motifs pour dire non». Groupe de travail de l'Alberta, *op. cit.*, note 10, p. 2-27.

76. Michael Jackson, *op. cit.*, note 8, p. 220.
77. Monture-OKanee et Turpel, *op. cit.*, note 7, p. 267,268.
78. Commission de réforme du droit, *op. cit.*, note 11, p. 52,53.
79. *Ibid.*, p.95.
80. Méthode décrite par Mandamin *et al.*, *op. cit.*, note 33, p. 13,14.
81. Recommandations de H. Archibald Kaiser dans *The Criminal Code of Canada: A Review Based on the Minister's Reference*, *UBC Law Review*, 41, 1992, p. 110.
82. Répertoire du ministère de la Justice, *op. cit.*, note 29, p. 3-1-1.
83. Ce modèle est présenté dans l'article intitulé «The Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation: Its Origin, Mandate, and Research Program», qui a été publié dans *Northern Justice Society*, *op. cit.*, note 30, p. 373.
84. Ce projet de recherche est en bonne voie de réalisation. D'ailleurs, on a déjà publié une partie des résultats de la recherche dans un article intitulé «Crime and Control in Three Nishnawbe-Aski Nation Communities: An Exploratory Investigation», paru dans *Revue canadienne de criminologie*, *op. cit.*, note 9, p. 317.
85. *Op. cit.*, note 11, p. 99,100.
86. Voir par exemple, «Current Initiatives on the Sandy Lake Reserve, Ontario», dans *Northern Justice Society*, *op. cit.*, note 30, p. 95, pour une description des expériences tentées par une collectivité dans l'utilisation de telles procédures. Des initiatives semblables ont été prises au Yukon et ailleurs.
87. *Op. cit.*, note 8.
88. *Op. cit.*, note 30, p. 95.
89. Mandamin *et al.*, *op. cit.*, note 33, p. 9.
90. Susan Zimmerman donne une étude exhaustive des problèmes liés aux divers aspects de la détermination de la peine dans «The Revolving Door of Despair: Aboriginal Involvement in the Criminal Justice System», 1992, *U.B.C. Law Review*, p. 376.
91. Michael Jackson, *op. cit.*, note 8.
92. Le Groupe d'étude sur les autochtones au sein du régime correctionnel fédéral du Solliciteur général (voir la note 9) a présenté dans son rapport de 1990 des recommandations qui sont devenues le plan à long terme des services correctionnels. Elles préconisent une plus grande participation des autochtones aux services correctionnels ainsi qu'à la prestation des programmes et des services, la diffusion d'une meilleure information aux collectivités autochtones, de meilleurs mécanismes de liaison entre les collectivités autochtones et le système correctionnel, et le renforcement de la responsabilité des autochtones à l'égard des services correctionnels en général.

Comme la réintégration des détenus autochtones dépend dans une large mesure, pour réussir, de l'appui reçu des collectivités autochtones avant et après la libération, le groupe de travail a observé que les autochtones, tant des particuliers que des organismes, étaient de plus en plus nombreux à aider les détenus pendant et après leur incarcération, au moyen de programmes officiels, d'activités de liaison, ainsi que de visites et de services d'aide informels. Les modifications envisagées à la loi autoriseraient le Service correctionnel du Canada à conclure des accords avec les collectivités autochtones en plus de leur permettre d'assumer une plus grande responsabilité à l'égard du contrôle et de la garde des délinquants autochtones.

Le Service correctionnel du Canada a publié récemment un rapport sur les femmes : CANADA, ministère du Solliciteur général, *La création de choix : Rapport du groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale*, Service correctionnel du Canada, 1990. Le groupe de travail avait pour mandat d'examiner la gestion des services correctionnels destinés aux détenues sous responsabilité fédérale, à partir du début de l'incarcération jusqu'à la date d'expiration du mandat, en vue d'élaborer un plan susceptible de répondre aux besoins particuliers des femmes. Même si le groupe de travail a insisté sur la nécessité d'améliorer le traitement réservé aux femmes détenues par la création d'un milieu institutionnel plus favorable, il a aussi mis en évidence la nécessité d'accroître la participation de la famille et de la collectivité des détenues afin d'améliorer leurs chances de réintégration réussie aux étapes antérieures et postérieures à la peine purgée, ou aussi longtemps que le besoin s'en fait sentir.

Par leur acceptation de la recommandation du groupe de travail visant la création d'un nouvel établissement régional destiné à remplacer la prison des femmes de Kingston, le solliciteur général et le ministre chargé de la Condition féminine ont convenu d'établir un centre de guérison pour les autochtones, comme solution de remplacement à l'incarcération pour les femmes autochtones. La planification et la création de cette installation ont été réalisées avec la participation directe des femmes autochtones et le gouvernement fédéral travaille en collaboration avec les collectivités autochtones à l'élaboration des programmes institutionnels et de l'assistance postpénale.

93. Expérience décrite dans le Répertoire du ministère de la Justice; voir *op. cit.*, note 29, p. 3-5-1.
94. Il s'agit de la suite d'une entrevue intitulée «First Nations and the Future», parue dans la publication officielle de l'Association du Barreau canadien, *Le national*, vol. 19, n° 2, mars 1992, p. 30.

# La reconnaissance et la légitimation de la justice autochtone : répercussions sur la reconstruction des systèmes juridiques non autochtones au Canada

*Roderick A. Macdonald\**

Dans le présent essai, j'examine les avantages qui pourraient découler pour la société canadienne et pour ses composantes d'une reconnaissance explicite et d'une légitimation des divers systèmes de droit autochtones et des différentes façons dont les autochtones interprètent la justice, ainsi que d'une adaptation du système de justice actuel du Canada visant à tenir compte de ces systèmes et de ces interprétations. Plus précisément, je tente de répondre à la question de savoir «dans quelle mesure le processus d'adaptation du système actuel... [de droit canadien]... entraînerait des réformes bénéfiques a) à la société dans son ensemble, par exemple, en faisant une plus large place à la réparation, à la conciliation et à la réhabilitation et b) à certains segments de la société, par exemple, les pauvres, les femmes et les minorités culturelles».

Mon but n'est pas de faire ici des observations précises quant aux résultats sur le plan de la forme ou du fond qu'impliquent réellement ces conceptions autochtones de la justice ou de suggérer des modalités permettant de mettre en pratique ces conceptions. D'autres sont beaucoup plus qualifiés pour entreprendre cette tâche. À vrai dire, je ne sais pas vraiment si les attributs souvent prêtés aux différents systèmes de justice et au droit autochtones sont véritablement des qualités qu'ils possèdent.

---

\* De la Faculté de droit et de l'Institut du droit comparé, de l'Université McGill; directeur du Law in Society Programme (programme Le droit et la société) de l'Institut canadien des recherches avancées. Le présent essai constitue une version largement remaniée d'un texte rédigé en date du 2 novembre 1992 à l'intention de la Table ronde sur les questions judiciaires. Je remercie vivement mes collègues Jeremy Webber, Richard Janda et Nicholas Kasirer pour leurs observations sur les versions précédentes de cet essai. J'exprime aussi ma reconnaissance aux participants à la table ronde qui m'ont aidé à clarifier les thèmes que j'essaie d'expliquer ici.

Cependant, j'essaierai de montrer comment il est théoriquement possible d'en arriver, dans le contexte des traditions juridiques canadiennes, à la pluralité des conceptions de la justice et du droit qui découlerait de la reconnaissance et de la légitimation des systèmes de justice autochtones. Je m'efforcerai en outre de montrer dans quelle mesure la multiplicité de systèmes existe déjà en droit canadien. L'argument central du présent document c'est que le fait de nous interroger sur la façon de redéfinir notre système de justice actuel et de l'adapter pour répondre aux préoccupations des populations autochtones nous amènera à mieux comprendre ce système et les causes des carences que lui prêtent de nombreux Canadiens<sup>1</sup>.

Pour développer convenablement les thèmes énoncés ci-dessus, il m'apparaît important de clarifier les deux termes fondamentaux sur lesquels porte la présente étude : la justice et le droit. Dans la première partie de l'essai, j'examinerai l'incidence que certaines conceptions populaires (mais douteuses, du moins dans les sociétés occidentales polyethniques et multiculturelles) du droit ont eu sur le point de vue des juristes quant à la mesure dans laquelle le système judiciaire actuel répond aux besoins des Canadiens non autochtones. Cependant, j'aimerais pour le moment analyser sommairement l'autre terme fondamental : la justice. À la différence de certains critiques, je tiens pour acquis que la justice n'est pas une idée irrationnelle; et à la différence de ces critiques encore, je tiens aussi pour acquis que les systèmes institutionnalisés tels que le système judiciaire peuvent être soit conçus expressément ou développés tacitement pour nous aider à exercer cette justice<sup>2</sup>. Même si la plupart des Canadiens ne font pas directement l'expérience de la justice dispensée directement par le système judiciaire « officiel » de l'État d'une manière habituelle, dans les centaines d'interactions quotidiennes qu'ils ont avec leur famille, leurs amis et leurs collègues, ils ont une connaissance concrète de l'idée de justice et des exigences que cela comporte pour eux. En effet, la justice est avant tout un ensemble de symboles sociaux. À ce titre, son contenu fondamental peut être infini<sup>3</sup>. Mais la justice est également, dans un registre légèrement différent, un des principes de base de la prévisibilité, la permanence et la réciprocité dans les relations interpersonnelles. C'est une notion qu'appliquent les sociétés afin de renforcer leurs institutions et de mettre en oeuvre leurs desseins<sup>4</sup>.

Cette perspective trouve peu de crédit auprès des juristes qui ont comme credo que l'idée de justice peut être logiquement dégagée de la notion d'intervention humaine et qu'on peut rationnellement défendre la thèse de l'existence d'une série distincte de principes de justice originelle<sup>5</sup>. Néanmoins, si valable que puisse être la déduction de certains principes universels de conduite juste, cet exercice philosophique ne tient pas compte des multiples relations et phénomènes d'interaction entre les citoyens ordinaires qui font très souvent ressortir la nécessité d'une notion comme celle de la justice. À mon avis, les théoriciens et les réformateurs du droit doivent se préoccuper au premier chef de la compréhension de ces relations et phénomènes – à savoir les instruments et les méthodes permettant la réalisation de la justice dans les collectivités et les sociétés grandement diversifiées qui constituent l'État politique moderne.

Les trois dernières décennies ont été témoins d'une prise de conscience de plus en plus vive dans de nombreux pays européens et nord-américains du fait que, quel que puisse être (dans l'abstrait) l'avantage de formuler et de consacrer dans des règles de

droit des principes universels de justice tels que ceux qui sont établis dans la *Charte des droits et libertés*, et quelles que puissent être les aspirations à la justice sociale de notre ordre juridique «officiel», il arrive souvent sur le plan pratique que ces principes soient absents et que ces aspirations ne se concrétisent pas. En général, cette lacune se manifeste par des plaintes portant non pas sur la teneur non appropriée de règles de droit précises, mais plutôt sur l'inaccessibilité de la justice : la justice est considérée trop coûteuse, trop lente et trop complexe. Dans les années 70, l'accès à la justice est devenu une revendication globale qui a permis de diagnostiquer et de guérir plusieurs de ces maux<sup>6</sup>. Toutefois, à mesure que les juristes ont élaboré un programme d'accès à la justice, on a observé un déplacement du centre d'attention. Rares sont ceux qui ont remarqué que les réformateurs du droit se préoccupaient de moins en moins de l'accès à la justice sociale proprement dite – ils exploraient les moyens d'améliorer l'accès au droit et aux institutions juridiques «officiels»; rares aussi sont ceux qui ont remarqué que les réformateurs du droit parlaient de moins en moins des carences ou des défauts du contenu ou de la substance de la justice – ils exploraient uniquement les techniques pour rendre la justice accessible quel que soit son contenu. Dans le contexte de la réforme, on peut parler d'une double substitution : au chapitre du contenu, on est passé de la justice au droit, et au chapitre de la forme, on est passé du résultat à l'accès<sup>7</sup>.

Malgré ce déplacement d'énergie et d'attention, je crois que la façon la plus efficace d'aborder les questions auxquelles nous tentons ici de fournir un commencement de réponse consiste à examiner la façon dont les juristes en sont arrivés à comprendre le problème de l'accès à la justice. Cependant, je souhaite adopter une perspective critique à l'égard de cette notion centrale. Selon moi, ceux qui croient que les carences du système de justice sont simplement des défauts dans l'accès à la justice font une erreur de diagnostic qui découle de trois hypothèses concernant le droit et le rapport entre le droit et la justice. De plus, il m'apparaît que l'attention accordée par les chercheurs au droit pénal (ainsi qu'aux conséquences de la *Charte des droits et libertés* sur la procédure pénale) ont empêché les juristes de voir les véritables causes de notre malaise concernant l'accès à la justice. D'une part, le droit pénal est sans doute la branche du droit qui correspond le moins à l'expérience quotidienne qu'ont les Canadiens du droit et qui les conduit le moins à réfléchir sur leur propre conception de la justice interpersonnelle. D'autre part, c'est aussi la branche du droit qui est la plus institutionnalisée et la plus «officielle». C'est pourquoi le regard porté sur le droit pénal indique que les juristes considèrent généralement les problèmes liés à la justice uniquement sur le plan institutionnel.

Je soutiens en outre qu'un examen attentif de l'inaccessibilité à la justice civile touche en particulier ceux qui, pour toutes sortes de motifs, sont «marginalisés» par notre société et ses institutions juridiques. Comprendre la nature et les causes de cette inaccessibilité supplémentaire nous amène à découvrir les caractéristiques de notre système actuel qui ont le plus besoin de réforme (ou notre perception de ces caractéristiques). Enfin, je soutiens que cet examen nous contraint à reconnaître que les questions touchant apparemment la procédure d'accès à la justice ne peuvent être dissociées des questions de fond concernant le droit canadien. Si on reconnaît la diversité des institutions et des procédures qui permettent aux Canadiens d'exprimer

leurs conflits interpersonnels, de faire valoir leur point de vue dans ce contexte et de résoudre ces conflits, il faut admettre que leurs conceptions sous-jacentes de la justice naturelle peuvent être tout aussi diversifiées.

## **Le modèle du centralisme juridique et la théorie de l'accès à la justice**

La première étape de la formulation d'une théorie de la justice sociale qui serait adaptée à la société canadienne contemporaine et de l'évaluation de l'unité du système juridique pour sa mise en pratique consiste à examiner les idées reçues sur l'exercice du droit «officiel». Dans cette partie, nous formulons d'abord les postulats sur la justice et le droit qui sous-tendent la plupart des comptes rendus contemporains qui en sont faits. Plus tard, ces postulats seront soumis à une évaluation critique en regard d'un modèle juridique concurrent dans les sociétés modernes multiculturelles et polyethniques. Pour le moment, il est toutefois important d'être clair quant à la notion de droit qui est en jeu lorsqu'on soutient que le système «officiel» a trahi de nombreuses personnes. Dans la deuxième section de cette partie, nous présentons les descriptions usuelles des défauts du système juridique «officiel», en vue de mettre à jour les postulats sur le droit dont découle le programme actuel d'accès à la justice. Enfin, on se penchera sur l'utilité d'examiner les défauts du système juridique «officiel».

### *Perspective centraliste du système juridique canadien*

On n'entend pas souvent dire que les idées reçues concernant le système judiciaire du Canada reposent sur un ensemble de présuppositions et de définitions plutôt que sur des faits empiriques. Toutefois, l'on ne saurait déterminer les avantages éventuels de la modification de ce système sans émettre l'hypothèse que le système est en soi une construction, et non un élément qui nous est légué d'une manière absolue par la nature ou par l'histoire. En tant que phénomène social, le système juridique canadien a de toute évidence ses propres postulats, sa logique et ses objectifs; et ce sont ces postulats, cette logique et ces objectifs (beaucoup plus que les règles particulières du système) qu'on devra adapter pour corriger les carences qu'on perçoit. Afin de déterminer les éléments à corriger, on peut regrouper les postulats de base en cinq grandes croyances partagées par la plupart des juristes<sup>6</sup>. On désigne souvent ces croyances, si répandues qu'on perd souvent de vue qu'il s'agit d'un système de croyances, par les expressions «centralisme juridique» ou «monisme juridique»<sup>7</sup>.

Premièrement, la plupart des juristes croient que la justice est un concept indissociable du droit et impossible à réaliser sans lui; non seulement vise-t-on à atteindre la «justice selon le droit», mais aussi on considère qu'en l'absence du droit, il ne peut y avoir de justice possible.

Deuxièmement, la plupart des juristes croient que le droit est un concept indissociable de celui de l'État politique; le seul ordre juridique qui peut garantir la réalisation de la justice sociale est l'ordre juridique «officiel».

Troisièmement, la plupart des juristes croient que la loyauté à l'égard de règles imposées par les institutions du système « officiel » est la vertu suprême; l'observation des règles et le culte des rôles sont les meilleures garanties d'une justice impartiale.

Quatrièmement, la plupart des juristes croient que la procédure judiciaire équitable et rigoureuse constitue la meilleure procédure pour garantir une justice positive; l'égalité d'accès aux institutions juridiques qui conduisent à la justice commutative induit la réalisation de la justice positive et même se substitue à elle.

Cinquièmement, la plupart des juristes croient que l'accès aux services de membres de la profession juridique est indispensable pour assurer l'accès à la justice; les avocats sont nécessaires dans un système juridique conçu pour traduire des conflits en différends distincts et ensuite résoudre les différends ainsi formulés et façonnés.

L'appariement des concepts de justice et de droit a deux grandes conséquences sur la façon dont nous comprenons le système juridique canadien. Fait très important, il présente la justice comme un simple problème d'autorité séculière « légitime ». Le détachement du concept de justice de l'ordre « éternel », « traditionnel » ou « naturel » (quelle que soit notre compréhension de l'éternité, de la tradition ou de la nature) requiert son enracinement dans un autre ordre consciemment édifié par les êtres humains. Compte tenu de la bureaucratisation généralisée de la vie moderne, il n'est guère étonnant que le concept de justice ait été également « bureaucratisé » au contact du concept du droit. La logique du droit occidental établit une notion webérienne de « rationalité formelle » qui constitue la norme en regard de laquelle tout exercice juridique de l'autorité doit être jugé. La possibilité que la justice puisse être individualisée (c'est-à-dire non systémique ou « irrationnelle » dans le sens particulier que Weber donne à ce terme) et que des préoccupations éthiques plus vastes, par exemple, les mérites personnels des parties, influent sur les différends (c'est-à-dire que la justice rendue par le système judiciaire puisse être mue par une structure de justification à la fois « positive » et « formelle ou légaliste ») est par conséquent exclue de l'administration de la justice coercitive dans les cultures juridiques occidentales.

La seconde conséquence qui découle de l'appariement du droit et de la justice peut être dégagée sur le plan de l'organisation sociale. Si le concept global de justice consiste à attribuer aux personnes ce à quoi elles ont droit en fonction de règles générales objectives et préexistantes, alors les personnes – même en tant qu'êtres sociaux – en viendront à être définies par les critères prescrits par le droit officiel. Qui plus est, tous les types d'interactions humaines en viendront à être caractérisés et évalués uniquement en référence à ces catégories juridiques abstraites. Dans l'optique du droit, il ne peut plus y avoir de personnes justes; il n'y a place que pour des actes ou des lois justes. Fait plus important encore, il ne peut plus y avoir de situations injustes; il ne peut y avoir que des transactions entre individus injustes. Comme il ne peut y avoir de justice entre les personnes en dehors de celle qu'appliquent les tribunaux à des cas particuliers, l'objectif du droit consiste avant tout à garantir que les ententes négociées entre des étrangers amicaux auront la plus grande portée possible. Paradoxalement, le droit contemporain n'est pas axé sur le maintien de la solidarité sociale, soit le véritable objet que, dans une perspective anthropologique, la notion de justice est censée servir.



De cette conception de la justice comme un agent ou une transaction qui fait partie intégrante de la notion de droit «formellement rationnel» découle l'assimilation de tout droit à l'État politique. Dès que des règles de droits et obligations deviennent le modèle en matière juridique, il n'y a qu'un pas à franchir pour faire valoir l'intérêt d'institutionnaliser les processus permettant de promulguer et d'interpréter ces règles. La justice, en tant que corps de règles, suppose que l'application de la raison humaine à l'activité sociale peut produire une série exhaustive de règles universellement justes. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'institution produisant ces règles soit l'État, dans la pratique quotidienne des avocats, c'est l'État politique national – où la nation est considérée d'après son caractère territorial plutôt que d'après sa composition socio-culturelle – qui assume ce rôle. Aucune des institutions concurrentes, qui exercent une autorisée légitimée autrement que par une démarche bureaucratique, n'est considérée comme une institution juridique.

Une autre conséquence de cet appariement du droit et de l'État est que la justice «officielle» ne peut tolérer une pluralité de domaines normatifs, qui se feraient concurrence pour attirer la loyauté des citoyens. Comme l'État est conçu pour produire des règles de justice de portée générale, ces dernières ne sont pas fondées sur les principes et les pratiques des sous-groupes sociaux et des collectivités qui sont appelés à résoudre les conflits particuliers, ni même élaborées en fonction de ces principes et de ces pratiques. Au contraire, le processus politique «officiel» vise précisément à supprimer ces détails et cette spécificité de la logique législative. Le droit est par conséquent redéfini comme l'expression la plus générale et abstraite de la normativité produite par l'État politique. Il y a un seul ordre juridique, qui ne reflète plus qu'une seule conception de la justice. Cet ordre juridique est le droit «officiel» de l'État et les autres pratiques au sein de divers sous-groupes sociaux ou culturels et collectivités sont considérés simplement comme un proto-droit.

Dès lors que le concept de justice sociale a été détaché des collectivités où il a germé et qu'il a été replacé dans le contexte de la négociation politique entre ces groupes selon les processus «officiels» de l'État, il ne faut guère s'étonner de voir les règles qui systématisent ces négociations revêtir une forme à la fois explicite et élaborée. De toute évidence, cette explicitation et cette élaboration se font en même temps que les négociations portant sur la constitution de l'État lui-même (voir, par exemple, l'importance de la formulation du droit pour l'autonomie gouvernementale des autochtones dans les négociations constitutionnelles actuelles). Elle se fait aussi sur le plan des règles courantes de comportement interpersonnel. Afin de garantir la traduction de la «justice» plurale en «légalisme» singulier (que l'on définit comme une règle uniforme applicable à une grande variété de contextes socio-culturels divergents), il faut que les règles qui en résultent soient consciemment élaborées dans un langage relativement précis. Il convient en outre que chaque règle juridique soit produite par un organe spécialisé, qui fait seul tous les choix politiques concernant les exigences de la justice positive.

L'acceptation des règles et l'engagement à les suivre font en sorte que la responsabilité pour la réalisation de la justice véritable peut être attribuée en parts individuelles aux personnes qui exercent des fonctions définies à l'échelon institutionnel. Les avocats,

les jurés et les juges ont tous un rôle à jouer pour assurer la fidélité aux règles «officielles». Cependant, si l'on fait exception de certains types d'examen constitutionnels effectués par les tribunaux, personne n'a la responsabilité de veiller à ce que règne la justice positive. La réalisation de la justice se réduit à une sorte de jeu de rôle fétiche – c'est-à-dire à des recettes suivies par des intervenants à qui on a délégué des rôles bien précis dans l'ordre juridique «officiel». Lorsqu'on considère que les règles juridiques découlent de la législation et qu'elles sont appliquées à la manière d'un guide par les tribunaux, on voit que la justice consiste simplement à faire en sorte que chaque intervenant «officiel» puisse jouer le rôle qui lui est désigné.

Si on considère que la notion de justice selon le droit ressortit à la répartition des fonctions sociales entre les responsables de la production des règles de droit et les responsables de l'application de ces règles, on en arrivera presque inévitablement à l'idée qu'il est possible de déterminer ces deux fonctions en définissant un législateur et, en particulier, une magistrature. La justice consiste à faire en sorte qu'un tiers passif et objectif écoute fidèlement les preuves présentées au sujet d'événements passés ainsi que des plaidoiries concernant des règles préétablies qui font autorité. En conséquence, on considère que la justice suppose avant tout l'incorruptibilité des processus judiciaires. La justice n'est pas directement le produit de formules qui ont un contenu positif, mais elle découle de la fidélité à des formules intéressant le processus. Ce qui semble souvent des pièges non nécessaires (ou indument techniques) du système judiciaire – par exemple, les règles se rapportant à la qualité pour agir ou au fardeau de la preuve – est en fait essentiel à la transformation de requêtes complexes et fondées en procédures reconnaissables.

Il est indispensable de disposer de procédures pour protéger le droit des individus de faire appel aux tribunaux, si l'on veut obtenir les résultats prescrits par les règles. Les règles fondamentales du droit ne sont ni évidentes ni directement applicables. L'orientation procéduraliste de notre droit actuel a un corollaire important. Seul un jugement «officiel» devant un tribunal peut assurer le degré de conformité aux règles qu'exige la règle de droit. Autrement dit, même si on tolère à l'occasion, dans la prise de décisions réglementaires, l'arbitrage commercial ou la médiation familiale, des conceptions différentes de la procédure équitable, le modèle de procédure dominant du système actuel est celui d'un jugement rendu dans une procédure contradictoire. Par conséquent, les normes de procédure équitables ne visent ni principalement ni directement à déterminer la justice positive et à en favoriser la réalisation, mais elles ont avant tout pour but de permettre au système judiciaire de fonctionner selon sa logique interne fondamentale.

La croyance que la justice ne peut être que le résultat de processus de règlement des conflits gérés par l'État (en particulier, les tribunaux) mène directement à la thèse selon laquelle l'accès efficace à ces institutions et processus est la condition nécessaire et suffisante pour que règne un ordre juridique équitable. Pourtant, la complexité et le caractère éminemment formaliste de ces institutions «officielles» signifient que l'accès à ces derniers est efficace uniquement si on possède une connaissance intime de leur mode de fonctionnement pratique. À l'heure actuelle, seuls les juristes possèdent

cette connaissance. Par un phénomène de régression apparemment inévitable, le concept de justice reprend le sens d'accès aux services juridiques et la justice positive est devenue un sous-produit de cette assimilation (même si, aux yeux de ceux qui ont cette conception du droit, la justice positive n'est pas disparue, mais elle est simplement prise en charge par un moyen efficace sur le plan de la procédure).

Cette professionnalisation de la justice a une autre conséquence importante : la fonction symbolique du concept de justice a été dissociée de sa fonction pratique. L'image de la déesse aux yeux bandés qui tient la balance de la justice évoque la méthode plutôt que la matière. La conciliation impartiale des différends de manière à obtenir une issue équilibrée (une moyenne aristotélicienne) était autrefois l'idée première. De nos jours, l'image est celle de l'examen impartial des différends, si déséquilibrés que puissent être les résultats. Présentée comme une réalisation professionnelle, la justice devient simplement le moyen par lequel les réclamations et les différends sont le produit systématique des conflits entre les hommes, plutôt que le processus réel de médiation et de règlement de ces conflits. C'est pourquoi nous pouvons parler de «système judiciaire» ou de «justice selon la loi» : la justice devient alors la production efficiente par des juristes d'affaires à instruire et à trancher par les tribunaux.

Pour résumer cette section, on peut dire qu'à chaque étape de la construction intellectuelle des éléments d'un système juridique «officiel» consacré à la réalisation de la justice, le juriste doit faire des choix quant à la façon de concevoir cette tâche. Ce qui est présenté comme une description purement théorique du système juridique canadien est en réalité un ensemble complexe de prescriptions émanant des penseurs juridiques de la majorité canadienne quant à la façon dont il faut construire et comprendre un tel système. En règle générale, ces prescriptions sont celles d'un système «officiel» qui aspire à l'idéal wébérien de rationalité formelle. Toutefois, elles ne sont imposées ni par la notion abstraite de justice ni par la notion générale de droit : la justice peut avoir un référent structurel ou systémique autre que les règles individuelles de devoirs et de droits; l'autorité du droit peut être légitimée autrement que par les processus «officiels» de l'État politique; la règle de droit ne doit pas nécessairement être produite par des institutions officielles ou selon des règles canoniques. Il n'est pas essentiel, pour être équitable, que l'application des règles repose sur la consécration de droits devant les tribunaux, et l'utilisation du système de règles ainsi créé ne doit pas forcément être réservée aux membres de la profession. La question clé, mais d'ordinaire négligée, est bien sûr : «Pourquoi les juristes ont-ils l'habitude d'opter pour de telles définitions stipulatoires?» Plus précisément, il convient de se demander s'il existe un lien entre ces définitions professionnelles du droit «officiel» et la structure bureaucratifiée de la société moderne<sup>10</sup>.

Cet examen révèle les nombreux contextes dans lesquels on peut faire des choix quant à la vision de ce qui constitue un système juridique. Toutefois, il convient aussi de signaler que le modèle de droit «officiel» construit par les penseurs juridiques de la majorité puisse ne pas même être exact sur le plan descriptif. De récentes études sociologiques et anthropologiques montrent que le modèle ne serait pas si compatible avec la pratique actuelle de la justice et du droit dans la société canadienne contemporaine<sup>11</sup>. De ce fait, si l'interprétation de la justice et du droit

que reflètent les conceptions populaires actuelles relève davantage de l'idéologie juridique que de données empiriques, toute proposition visant à adapter le système de justice canadien pour répondre aux préoccupations des autochtones, tout comme les avantages susceptibles de découler de cette adaptation pour la société dans son ensemble, devra être motivée avant sur le plan de l'idéologie juridique. Ainsi, il s'agit avant tout de déterminer la ou les conceptions du droit qui sont les plus appropriées pour les sociétés occidentales contemporaines multiculturelles et polyethniques.

### *Conceptions actuelles de l'accès (ou du non-accès) à la justice*

Prenons pour hypothèse, aux fins de l'analyse, qu'il est possible de confirmer l'existence des rapports entre le droit et la justice et des caractéristiques essentielles d'un système juridique examinés ci-dessus. On peut concentrer son attention sur le degré d'efficacité de ce système juridique dans l'exécution des fonctions définies par la théorie. C'est là la question à laquelle cherchent à répondre ceux qui reconnaissent les carences du système « officiel » et veulent promouvoir le programme d'accès à la justice. Pourtant, vraisemblablement à cause de l'habitude qu'ont les juristes de se préoccuper de la procédure et des recours (règlement des conflits) plutôt que du fond et de la planification (évitement des conflits), la méthode habituelle qu'adoptent les commentateurs pour aborder l'accès à la justice consiste à mettre en évidence et à combattre les obstacles qui empêchent de prendre un avocat et d'aller devant les tribunaux<sup>12</sup>. La justification principale de l'accès à la justice s'exprime par cette métaphore des obstacles – comme si la justice était un quelconque produit de consommation préemballé offert par le système juridique « officiel » après l'élimination de certains obstacles extérieurs. Bien que cette métaphore ne permette de toute évidence pas de comprendre tous les problèmes de l'accès à la justice, elle est utile pour faire ressortir du moins certains éléments essentiels qui expliquent pourquoi le système juridique canadien ne répond souvent pas aux attentes qu'il suscite<sup>13</sup>.

Les obstacles à l'accès à la justice sont d'ordinaire caractérisés comme objectifs ou subjectifs<sup>14</sup>. Les obstacles objectifs témoignent de contraintes formelles qui limitent l'aptitude des citoyens qui ignorent qu'ils ont un problème reconnu juridiquement et qui ne veulent prendre aucune mesure pour le régler, c'est-à-dire solliciter l'aide des institutions régulières du système « officiel » de justice selon le droit. Les obstacles subjectifs se rapportent aux connaissances que peuvent avoir de la loi les citoyens et à leurs croyances quant à l'utilité de prendre un avocat ou d'aller devant les tribunaux c'est-à-dire leur perception de l'efficacité et de l'équité du droit « officiel ». Bien sûr, ces deux types d'obstacles constituent des entraves à l'utilisation du droit « officiel » et de ses institutions en vue de réaliser la justice<sup>15</sup>.

Les analystes de l'accès à la justice mettent d'ordinaire l'accent presque exclusivement sur les obstacles objectifs, car ils sont les plus faciles à mesurer statistiquement et à comptabiliser et qu'ils se prêtent le plus facilement à des études de l'efficacité de suivi. En règle générale, les obstacles objectifs sont assimilés aux difficultés d'accès aux services et aux institutions juridiques<sup>16</sup>, à des éléments financiers<sup>17</sup>, à des délais excessifs dans les procédures judiciaires<sup>18</sup> et, chez certains commentateurs, à la complexité structurelle du système juridique, notamment de son langage et de ses procédures.

Il est révélateur que la complexité du droit « officiel » soit classée dans les obstacles à l'accès, car cet état de fait a comme conséquence que ni les notions de droit « officiel » ou institutionnel lui-même, ni la rationalité formelle en tant que conception des relations interpersonnelles, ni même une norme abstraite et universelle de justice ne sont à l'origine du problème. Selon la perspective classique, la réforme doit viser l'élimination de tous les obstacles structurels qu'érige la complexité excessive du système – la diversité des cours et des tribunaux, la multiplicité des régimes de procédures, chacun comportant ses délais et ses échéances de dépôt particuliers, ainsi que le jargon employé pour les procédures judiciaires. On voit par là comment, en transformant la justice en une justice selon le droit, la métaphore des obstacles transforme aussi des éléments qui sont essentiellement des obstacles psychologiques à la réalisation de la justice au moyen du droit « officiel » en problèmes techniques de langage juridique et de structure de système. Pourtant, assimiler ce qui est souvent le rejet par les citoyens ordinaires du droit « officiel » à un obstacle à l'accès découlant de la complexité du système, c'est négliger un point évident. Ce rejet est attribuable à la perception qu'il n'y a aucune justice dans l'institution à laquelle les réformateurs cherchent à accroître l'accès d'une façon objective ou que la justice peut être mieux réalisée sur une autre tribune.

Cette observation nous amène à examiner les obstacles appelés « obstacles subjectifs » à l'accès. Ces obstacles sont à la fois les plus grandes entraves au fonctionnement équitable du système juridique et les plus difficiles à évaluer, car ils touchent principalement les attitudes : Comment le droit « officiel » et ses institutions sont-ils perçus par les citoyens et quel genre d'engagement suscitent-ils de leur part? En tant que système rationnel formel, le système juridique « officiel » vise en théorie à répondre aux besoins des citoyens sans tenir compte des caractéristiques qui les individualisent. Néanmoins, ce système semble dans les faits particulièrement modelé sur les aptitudes et les préoccupations de l'homme blanc moyen, instruit, de classe moyenne et d'âge moyen. Les femmes, les jeunes, les vieux, les pauvres, les immigrants, les minorités visibles, les autochtones, les handicapés intellectuels ou physiques sont tous perçus par le système juridique comme des déviants par rapport à la norme, dont les difficultés d'accès à la justice peuvent (dans certains cas ou pour certaines fins) exiger une attention particulière. Toutefois, ces personnes, avec leurs préoccupations particulières en matière d'accès à la justice ne sont pas perçues comme faisant partie de la normalité<sup>19</sup>. Il s'ensuit que les réticences psychologiques et les désaffections qu'elles ressentent sont généralement passées sous silence lorsqu'on évalue à quel point l'accès à la justice est vraiment égal. Autrement dit, parce que ces « obstacles » psychologiques et intellectuels touchent souvent à l'essence même de ce que nous entendons par justice (et non pas uniquement à ses procédures et à ses institutions), la métaphore purement pratique des « obstacles » les décrit mal.

Tout comme les carences au titre de l'accès attribuables à la complexité du système, la plupart de ces « obstacles subjectifs » ont été redéfinis par certains spécialistes de la majorité comme des problèmes techniques, qui découleraient d'un manque de connaissances. Si seulement les citoyens avaient des renseignements complets sur le fonctionnement du système de justice, ils l'adopteraient avec enthousiasme. D'après ce point de vue, la solution optimale à l'inaccessibilité engendrée par des éléments

psychologiques consiste simplement à mieux informer ceux qui semblent exclus à l'heure actuelle. Il ne fait aucun doute que le manque de connaissances, tout comme le manque d'argent, constitue un obstacle important qui est à la source même de nombreux dénis de justice : même le meilleur système d'aide juridique du monde, la structure optimale de garantie d'une procédure pénale équitable, le mécanisme de mise en liberté provisoire par voie judiciaire le plus libéral, la cour des petites créances la plus souple, la procédure de recours collectif la plus démocratique ou le régime d'indemnisation des accidents du travail le plus efficace ne contribueront guère à la résolution des problèmes d'accès à la justice si un vaste pourcentage des personnes auxquelles s'adressent ces mécanismes n'en connaissent pas l'existence ou ne savent pas comment en tirer parti. Si savoir c'est pouvoir, l'aptitude à reconnaître les dimensions juridiques formelles de tout problème qui se pose est, du point de vue pratique, un élément clé de l'accès au système juridique. Mais une fois de plus, concevoir le manque de connaissances comme un obstacle, c'est présumer que si les citoyens avaient les connaissances nécessaires, non seulement reconnaîtraient-ils avoir un problème qui peut être traité par l'intermédiaire du système «officiel» mais aussi ils seraient heureux de faire appel à ce système<sup>20</sup>. Et cette hypothèse concernant le désir ardent des citoyens de faire appel au droit porte à la fois sur les citoyens ordinaires et sur ceux qu'on pourrait dire «marginalisés».

Tels sont donc les principales injustices et les défauts du système de droit «officiel» qui ont été représentés comme des obstacles à l'accès à la justice. À la lumière de cette logique des obstacles, il n'est pas étonnant que la plupart des recommandations visant à accroître l'accès à la justice soient axées sur la prestation de services juridiques traditionnels. Pour ceux qui croient vraiment à la primauté et à l'exclusivité du droit «officiel», le principe de l'égalité devant la loi ne peut vraiment fonctionner que si tous les citoyens ont également accès aux institutions «officielles» de l'État chargées d'appliquer la loi et ses sanctions (les cours) et aux serveurs de ces institutions (les avocats). Par ailleurs, l'égalité devant la loi suppose que tous les citoyens aient exactement les mêmes recours et qu'il ne puisse y avoir aucun mécanisme particularisé pour régler les différends de certains segments de la société. Dans ce cas, l'assimilation de la notion d'accès à la justice aux carences du système, et la logique des obstacles qui la sous-tend, sont tout à fait conformes au modèle populaire du système juridique «officiel» : l'accès à la justice signifie réellement l'accès au droit.

Toutefois, il existe en outre deux types de carences qu'on peut aussi considérer comme un défaut d'accès ou un défaut de justice. Ces deux thèmes sont peu présents dans les études portant sur l'accès à la justice, car ils ne correspondent pas très bien à la conception selon laquelle l'inaccessibilité prend la forme d'obstacles. Néanmoins, ils convergent tous deux vers le rapport entre le droit et la justice. Tout d'abord, l'accès véritable à la justice suppose plus que l'accès à des organes «officiels» de règlement des conflits (les cours de «justice»). Il suppose aussi l'accès aux institutions «officielles» chargées de la production et de l'application des lois. Je pense ici au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Prenons le pouvoir exécutif et ses organes – la police, les organismes chargés d'accorder des licences ou de procéder à des inspections, ainsi que la fonction publique. Les auteurs de presque toutes les études notent que c'est dans cet aspect de l'administration du droit «officiel» que le

principe de l'égalité d'accès est le plus souvent mis à l'épreuve. En effet, c'est dans les contacts avec la police dans la rue que les diverses injustices de la loi sautent le plus aux yeux des citoyens ordinaires. Même ces organismes de première ligne ne sont pas bien intégrés à leurs milieux et l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire n'est pas particulièrement adapté aux besoins et aux attentes de ces derniers. Dans cette perspective plus large, on doit aussi se demander si les conceptions actuelles de l'émancipation démocratique suffisent à assurer un véritable accès aux institutions législatives chargées de transformer les notions de justice en prescriptions du droit «officiel». Envisagée par rapport à l'élaboration de règles de droit, l'égalité d'accès exigerait l'attribution de ressources égales à l'ensemble des citoyens pour qu'ils puissent influencer sur la politique au moyen du lobbying, de groupes de pression ou de la présentation de mémoires à des groupes de travail, à des comités consultatifs ainsi qu'à des commissions parlementaires. D'une manière plus générale, l'accès à l'égalité pourrait donner à penser qu'il faut se doter de systèmes de suffrage qui ne reposent pas sur des divisions territoriales ou même conférer une autorité accrue en matière d'élaboration de règles de droit dans les domaines du droit particulièrement sensibles aux écarts locaux ou socioculturels.

La logique des obstacles tronque aussi la notion d'accès à la justice, car l'accès est conçu largement de façon individualisée et pratique. La notion d'accès est individualisée parce que le droit «officiel» en cette fin du XX<sup>e</sup> siècle est dominé par le concept de droits. Ces droits sont conférés à des personnes et la justice formelle est envisagée presque exclusivement comme la consécration formelle dans une procédure judiciaire contradictoire de droits conférés dans une logique de «justice commutative». La justice sociale, ou l'idée d'une «justice distributive» comme objectif d'ententes à caractère juridique pour régler les rapports interpersonnels, est dévaluée en raison de son orientation collective non judiciaire. Ainsi, même des concepts touchant essentiellement à la procédure, comme l'assouplissement des règles relatives à la qualité pour agir, les recours collectifs et la possibilité de mettre en cause des «défendeurs industriels» indéterminés, et en particulier la notion de mécanismes différents de règlement des conflits, ne sont pas habituellement favorisés en tant que projets de réforme du droit visant à accroître l'accès à la justice, car ils s'inscrivent mal dans le cadre de la judiciarisation des droits. De la même manière, parvenir à la justice distributive dans le cadre des dispositions institutionnelles existantes en accroissant la représentativité de la police, du barreau, des tribunaux et des facultés de droit n'est pas perçu comme un élément important de la notion traditionnelle d'accès à la justice. Puisque le droit «officiel» est le produit d'un processus démocratique qui en assure la représentativité, on croit que c'est la neutralité des intervenants clés dans le système, et non pas la représentativité collective, qui constitue la meilleure garantie de son efficacité et de l'accès à ce droit. L'impartialité et la justice, affirme-t-on, dérivent de l'objectivité formelle du système et non de son équilibre dynamique et subjectif.

Nous présentons dans la présente section un compte rendu de la façon dont les juristes qui se préoccupent des questions liées à l'«accès à la justice» perçoivent en règle générale les carences du système juridique canadien (en particulier pour les non-autochtones). Cependant, elle révèle aussi qu'on se méprend sur une grande partie du problème et qu'on conçoit et expose ce problème incorrectement quand on

emploie l'image de l'accès et la métaphore des «obstacles à l'accès» qui l'accompagne. Certaines carences importantes que comporte le système «officiel» proviennent des «obstacles subjectifs», et non pas des «obstacles objectifs» tels que les coûts, les délais et les entraves physiques à l'accès. Ces éléments relatifs aux attitudes et à la psychologie résultent, plus souvent qu'autrement, d'une perception qu'ont les citoyens selon laquelle le système de justice «officiel» est injuste ou fondé simplement sur des hypothèses étrangères à l'idée qu'ils se font de la justice interpersonnelle. Autrement dit, le fait d'améliorer «sur le plan objectif» l'accès au droit «officiel» et à ses institutions ne remédie pas aux carences du système, car le système «officiel» lui-même (et en particulier l'idéologie du système proposé par les juristes de la majorité) est, du moins dans une certaine mesure, à l'origine de ces carences.

Le désintéressement des citoyens ordinaires se révèle principalement de quatre façons. Premièrement, sur le plan institutionnel : de nombreux Canadiens ne veulent pas constater qu'ils ont un problème que le système «officiel» définit comme un problème de droit, mais il préfèrent comprendre leur difficulté et y faire face dans leur propre cadre socioculturel. Deuxièmement, sur le plan de la procédure : bon nombre de Canadiens qui admettent avoir un problème juridique remettent en question un système «officiel» qui les oblige à adopter un point de vue très étroit sur les faits pertinents à un différend, à formuler leur plainte en fonction d'un droit à revendiquer et à s'engager dans une procédure qui détermine un gagnant et un perdant, et ce, devant un tiers qui n'a pas les mêmes origines qu'eux et qui ne comprend pas leur situation. Troisièmement, sur le plan de la substance : nombre de Canadiens sont découragés par le système «officiel» qui, par sa conception, leur semble éloigné de leurs valeurs. De plus, ils n'ont aucun moyen de faire entendre leur point de vue sur la manière de remédier à ses carences fondamentales. Enfin, sur le plan structurel : peu importe qu'il ait été redéfini en toute neutralité ou non, le système «officiel» semble privilégier une certaine classe de citoyens. Les femmes, les communautés culturelles, les personnes handicapées, les jeunes, les vieux et les personnes défavorisées sur le plan financier trouvent tous que le système n'est pas sensible à leurs conditions particulières (que ce soit en raison de ses structures institutionnelles, de ses procédures, de ses règles de fond et des recours ou de sa conception unitaire et universaliste de la justice). Bref, si le système de justice «officiel» ne répond pas aux besoins de nombreux Canadiens, c'est en raison du désenchantement, de l'asservissement et de l'absence de pouvoir, beaucoup plus que de l'inaccessibilité au sens où on l'entend traditionnellement.

## **Une nouvelle perception du droit, à travers le prisme du pluralisme juridique**

L'échec du droit «officiel» au sein de l'État contemporain n'est pas simplement une perception d'un petit nombre de citoyens ordinaires. Cet échec est aussi reconnu et signalé par les juristes eux-mêmes. Par exemple, de nombreux critiques professionnels du droit en Amérique qui se sont appliqués très soigneusement à en souligner les problèmes partagent l'opinion selon laquelle la surabondance du droit constitue la cause fondamentale de cet échec. Le droit imprègne trop profondément la vie



sociale et empêche les gens de mener leur vie selon la conception qu'ils ont acquise d'une conduite juste. À la différence des spécialistes qui se préoccupent de l'accès à la justice dans une optique largement axée sur la procédure, ces critiques estiment que la solution aux crises du droit «officiel» consiste à faire «moins de droit» plutôt qu'à «accroître l'accès». Néanmoins, ceux qui adoptent ce point de vue ont exactement la même perspective sur ce qui constitue le droit que les spécialistes de l'accès à la justice avec lesquels ils semblent en désaccord. Ces deux groupes supposent qu'il n'y a et qu'il ne peut y avoir qu'un seul système juridique «officiel» en place dans un espace géographique donné à un moment donné; donc, pour un groupe, la déréglementation suppose nécessairement moins de droit et, pour l'autre, la justice est plus accessible uniquement lorsque les institutions «officielles», par exemple, les tribunaux, sont plus accessibles. Les principales tendances de la philosophie professionnelle du droit (le positivisme, le droit naturel, la jurisprudence sociologique, les études critiques du droit, le marxisme, et la plupart des théories féministes) partagent en règle générale cette hypothèse «juridique centraliste»<sup>21</sup>.

Dans la première section de la présente partie, je m'attacherai à clarifier les principes de base et les présuppositions d'une autre vision du droit contemporain élaborée principalement par les sociologues juridiques et les anthropologues juridiques – le pluralisme juridique. À cet égard, mon principal propos est de montrer comment cette perspective permet aux juristes de constater qu'on assiste aujourd'hui à une disparition des préconceptions autrefois classiques concernant le droit «officiel» et donc à mieux comprendre ce phénomène et à en reconnaître la légitimité. La deuxième section de cette partie fait état de certaines conséquences de cette perspective pluraliste juridique sur l'élimination des carences du système «officiel» – à la fois pour ce qui est de l'accès à la justice comme on l'entend traditionnellement et de l'émancipation. Je mentionnerai aussi les avantages, tant pour les peuples autochtones que pour la société en général, de l'utilisation du pluralisme juridique comme modèle dans la redéfinition, le remodelage et l'adaptation du présent système de justice «officiel» canadien.

### *Les traits distinctifs du pluralisme juridique*

En Amérique du Nord, l'expression «pluralisme juridique» est d'usage assez récent, puisqu'elle a été exprimée clairement pour la première fois dans les travaux de Leopold Pospisil et de Sally Falk Moore au début des années 70<sup>22</sup>. Cependant, on peut retracer l'idée elle-même et sa formulation beaucoup plus tôt, dans les études des sociologues et des anthropologues des années 30 et 40<sup>23</sup>, ainsi que dans ceux du spécialiste italien des institutions Santi Romano, juste après le début du siècle<sup>24</sup>. Depuis le milieu des années 80, on a vu naître un nouveau «pluralisme juridique critique» qui donne lieu à une analyse des divers ordres juridiques non pathologiques dans les sociétés modernes occidentales multiculturelles et polyethniques<sup>25</sup>. Les principes essentiels de ce nouveau pluralisme juridique qui le distinguent des modèles de droit «officiel» mis de l'avant par les «centralistes juridiques» comportent quatre volets.

Premièrement, les pluralistes juridiques posent en principe qu'il existe une multiplicité d'ordres juridiques dans chaque société et rejettent le rôle central de l'État ou de l'ordre

juridique «officiel» en tant que pivot ou expression de la normativité juridique<sup>29</sup>. Ils affirment que différents milieux sociaux créent leurs propres normes afin de façonner le comportement social et leurs propres institutions afin d'appuyer ou d'appliquer ces normes : le droit n'est pas fait uniquement par certains organismes «officiels» de l'État dont la légitimité découle d'un système unique établi par la Constitution<sup>30</sup>.

Deuxièmement, comme les régimes juridiques sont constitués d'une pluralité d'institutions chargées de prendre des décisions, de critères distributifs et de traditions culturelles, chacun de ces éléments entrant en interaction de façon complexe avec les normes préconisées par l'État, le droit ne peut être considéré simplement sur le plan pratique : il ne constitue pas une variable exogène qui agit sur une société passive et modifie le comportement d'une manière directe en attribuant des récompenses ou des sanctions à l'égard d'une certaine conduite<sup>31</sup>.

Troisièmement, les partisans du pluralisme juridique présument que tous ces ordres juridiques différents sont en interaction constante et qu'ils exercent leur influence respective sur l'apparition de règles. Ils supposent également que les structures et les trajectoires de l'internormativité sont variées et imprévisibles, comme le sont les structures et trajectoires entre ces multiples ordres juridiques<sup>32</sup>.

Quatrièmement, les adeptes du pluralisme juridique formulent l'hypothèse que pour comprendre le rôle joué par le droit «officiel» dans un champ social donné, il faut d'abord comprendre les structures du «droit non officiel» qui agissent dans ce champ social; on n'observe donc aucune démarcation nette entre les normes juridiques et les autres normes sociales, y compris les normes de justice<sup>33</sup>.

Il existe évidemment des affinités entre les théories de pluralisme juridique et l'idéologie générale du postmodernisme. Toutefois, ce sont des perspectives distinctes et il est important d'observer les éléments qui les différencient. Une conception postmoderne du droit exclut toute notion d'ordre naturel. Pour les postmodernistes en matière de droit, l'univers social n'est d'aucune façon une donnée scientifique; au contraire, il est entièrement construit à partir de nos croyances et de l'idéologie. Rien dans la vie n'est déterminé sous une forme fixe et définitive. Tout est en changement perpétuel. Les partisans du postmodernisme juridique rejettent aussi la possibilité qu'il existe des concepts et des valeurs transcendants : les différences de classe ou les différences de sexe, de religion, d'origine ethnique, d'âge physique et de capacité intellectuelle sont présentées comme une preuve que les idéaux universels entretenus auparavant (par exemple, la justice) sont vraiment particuliers et subordonnés à la structure politique d'un ordre socio-économique donné. Enfin, les adeptes du postmodernisme juridique s'attaquent à la croyance des juristes dans l'objectivité de la langue et affirment que toute interprétation est radicalement indéterminée. Ils considèrent que les mots n'ont pas de signification en dehors de celle que leur prêtent les usagers<sup>34</sup>. Fondamentalement, comme le réalisme juridique avant lui et comme le mouvement des spécialistes de l'économie du droit qui lui est contemporain, le mouvement juridique postmoderne repose sur une théorie juridique à la fois nominaliste (sinon nihiliste) et étatique<sup>35</sup>.

Au contraire, le pluralisme juridique met en jeu deux hypothèses très différentes : il s'appuie sur une conception sociologique de la normativité juridique – le droit n'est

pas uniquement l'exercice d'un pouvoir épisodique; et il n'est de toute évidence pas une théorie étatique— le caractère indéterminé du langage juridique ne semble pas poser un problème trop grave puisque les interprètes «officiels» n'occupent pas une position clé dans les relations normatives essentielles au sein de la société. Comme il ne se compose pas d'un ensemble de règles indépendantes et directement exécutoires, le système juridique «officiel» de l'État dépend d'une interprétation pour son élaboration et son application. Cette interprétation est conditionnée par le contexte culturel plus large et fait appel à des conceptions de la valeur, de la justice et du droit dans la société en général; or, aucune de ces conceptions ne fait l'objet de «valeurs communes» ou de «pratiques standard» universelles qui ne prêtent pas à controverse, et toutes sont hautement sensibles aux variations locales. Pour les adeptes du pluralisme juridique, les problèmes juridiques fondamentaux, compte tenu de l'existence de ces différenciations, deviennent donc : a) Quand et comment un système étatique permet-il lui-même l'expression de valeurs différentes dans différents contextes?, b) Quel est le processus herméneutique approprié pour réaliser un cadre commun entre eux-ci? et c) Quand et dans quels domaines est-il nécessaire d'établir ce cadre commun? Toutes ces questions présupposent que l'on tolère une conception hétérogène de la justice au sein d'un État politique, ainsi qu'une conception beaucoup plus ouverte du droit dans la société contemporaine<sup>33</sup>.

Quelles sont les conséquences de l'adoption d'une conception pluraliste du droit sur la façon dont le droit «officiel» est considéré de l'extérieur de son propre système? Tout, d'abord, puisque les adeptes du pluralisme juridique considèrent les familles, les communautés culturelles, les milieux de travail, les quartiers, les organismes bureaucratiques, les entreprises commerciales ainsi qu'une variété presque infinie d'autres champs sociaux comme d'importants lieux de réglementation juridique qui complètent l'ordre juridique «officiel» tout en le concurrençant, la conception première de l'interaction systémique se rapproche davantage de celle du conflit des droits que de la détermination officielle de l'aire de compétence des cours et des tribunaux administratifs<sup>34</sup>. Ils considèrent aussi que les règles juridiques établies explicitement (par quelque type d'institution politique ou sociale qui puisse exister dans une société donnée) ne sont pas les seuls véhicules de la normativité, mais qu'elles aussi sont en concurrence avec une variété de règles coutumières, de même qu'avec une variété de règles purement implicites<sup>35</sup>. Encore là, non seulement les adeptes du pluralisme juridique refusent-ils d'assimiler la normativité à l'organisation institutionnelle, mais ils soutiennent aussi que les conceptions de la justice distributive sont infiniment nombreuses, même dans des cadres institutionnels relativement bien définis<sup>36</sup>. Enfin, les partisans du pluralisme juridique supposent que les processus juridiques qui structurent l'interaction humaine sont infiniment plus divers que les processus suggérés par le modèle donnant priorité à l'inscription dans la loi de la revendication de droits et à la consécration de ces droits par les tribunaux<sup>37</sup>. On peut donc appliquer la perspective pluraliste à toutes les facettes de la structure juridique (règles, institutions, procédures, conceptions de la légitimité) pour faire ressortir la façon dont s'exerce l'interaction entre des ordres juridiques concurrents ou complémentaires<sup>38</sup>.

Chacune de ces implications du pluralisme juridique laisse entrevoir des conséquences pratiques sur la façon dont on comprend l'échec du droit «officiel» auprès de

segments de la société canadienne tenus à l'écart du pouvoir et auprès des peuples autochtones<sup>39</sup>. En postulant l'existence d'une pluralité d'ordres normatifs pour régler la même conduite sociale dans le même champ socio-géographique, le pluralisme juridique se concentre sur l'interaction entre la normativité «officielle» et «non officielle». Autrement dit, les adeptes du pluralisme juridique ne voient pas la relation droit-société simplement comme l'imposition d'un ordre normatif (le Droit) dans un milieu désordonné (la Société). En outre, parce que la relation entre deux ensembles de normes juridiques a un caractère dynamique qui suppose la participation de deux organismes, les contenus respectifs de ces ensembles sont souvent incompatibles. Une conception pluraliste du droit permet pourtant aux citoyens et aux juristes d'aborder ce conflit sans être obligés de choisir un ensemble ou l'autre lorsqu'ils cherchent à les concilier. Telle qu'elle est appliquée aux divers ordres juridiques dans la société non autochtone, une conception pluraliste du droit permet de soulever des questions quant à un traitement différentiel en faveur des segments désavantagés de la société, d'une manière qui menace l'idéologie de l'«égalité devant la loi»<sup>40</sup>.

Pourtant, une autre implication encore de l'approche juridique pluraliste est qu'elle offre un moyen pour évaluer la relation qu'entretient l'autorité (ou la légitimité) avec la norme. Chaque champ normatif crée (ou présuppose) sa propre abstraction dans un modèle de ce champ, mais chacun de ces modèles crée (ou présuppose) aussi un champ implicite qui n'a aucune limite bien définie. Le contexte normatif global dans lequel vit chacun de nous est fait de la totalité des champs normatifs au sein desquels nous vivons. Il n'existe pas de hiérarchie permanente dans les ordres normatifs de la vie de l'individu. Chacun d'entre nous décide constamment (et refuse de décider) de l'ordre normatif (le système juridique «officiel» ou un autre système) qui aura la suprématie. D'un point de vue juridique pluraliste, la relation qui existe entre l'interprète et l'interprétation implique également la reconstruction de relations entre la structure institutionnelle et les normes institutionnelles. De la même manière, toute société harmonise constamment ses divers ordres normatifs et décide des nouvelles relations devant exister entre eux<sup>41</sup>.

L'approche juridique pluraliste permet aussi de reformuler les questions posées par les défenseurs de l'accès à la justice. Les questions systémiques «Comment et pourquoi la réglementation juridique «officielle» est-elle un échec?» et «Existe-t-il une forme particulière d'intervention juridique «officielle» qui soit efficace?» sont reformulées en d'autres questions : «Dans quels contextes certaines formes de réglementation normative telles que le droit «officiel» semblent-elles fonctionner?», «Quelles sont les variables qui permettent de conclure que tel ou tel ordre normatif sera vraisemblablement efficace par opposition à tous les autres?» ou même «La réglementation juridique formelle et le droit «officiel» sont-ils nécessaires dans un domaine particulier de comportement social?». L'accès à la justice devient alors une question de liberté d'action locale, et non une question d'adjonction des segments de la société canadienne privés de pouvoir à un système «officiel» qui, de toute manière, ne répond pas de façon satisfaisante à la conception locale de la justice<sup>42</sup>.

Pour résumer la présente section, on peut conclure que trois voies de recherche ouvertes par l'approche juridique pluraliste sont particulièrement utiles pour évaluer

les mérites relatifs des stratégies d'adaptation et de séparation pour la conception d'un modèle de réglementation juridique capable de palier les lacunes du droit «officiel» dans les sociétés occidentales multiculturelles et polyethniques. Il s'agit, tout d'abord, du choix d'un point de référence. Notre perception de l'efficacité et de la pertinence relatives du droit «officiel» serait-elle différente si l'on prenait appui sur la famille, plutôt que sur l'État, comme point de repère de la légalité? Plus important encore, notre perception de l'autorité et de la légitimation du droit serait-elle moins liée aux notions wébériennes de rationalité formelle et nos idées sur la prééminence du «droit officiel» survivraient-elles à la transformation de notre point de repère pour la légalité?

Deuxièmement, le pluralisme juridique met à l'épreuve notre capacité de tolérer la discordance entre les systèmes normatifs qui se font concurrence dans le même espace social afin d'attirer l'attention et la loyauté. Dans quelle mesure certains concepts fondamentaux de l'ordre juridique «officiel» – aire de compétence et droits – nous amènent-ils à croire qu'il doit exister un classement hiérarchique naturel de ces ordres juridiques multiples, propre à dégager les autorités juridiques de leur responsabilité de choisir les résultats légitimés par l'un ou l'autre des systèmes normatifs? Dans quelle mesure le refus de reconnaître tout classement hiérarchique nous amènerait-il à mieux comprendre les principes de la reconnaissance et du respect mutuels, par exemple, qui permettraient à chaque régime normatif d'agir dans son propre domaine.

En troisième lieu, le pluralisme juridique remet en question notre compréhension de la cohérence dans le système de justice. Notre perception des contradictions dans les régimes autochtones, familiaux ou communautaires serait-elle différente si nous reconnaissons les contradictions et les incohérences du droit «officiel»? Serions-nous aussi disposés à favoriser un système centralisé de sociologie appliquée mis en oeuvre au moyen du droit «officiel» si nous comprenions les difficultés que pose l'instrumentalisme (c'est-à-dire la prévision des conséquences des initiatives législatives individuelles) dans les domaines normatifs complexes?

Chacune de ces remises en question des compréhensions traditionnelles du droit «officiel» a des conséquences importantes sur notre façon d'envisager les carences du droit canadien et sur les solutions que nous sommes prêts à sanctionner pour y remédier. Dans la prochaine section, nous nous efforçons de traiter directement les implications d'une conception pluraliste du droit sur l'«accès à la justice».

### *Au-delà de l'accès à la justice*

Avant de se demander si l'adaptation du système «officiel» afin de répondre aux préoccupations des peuples autochtones peut améliorer l'accès à la justice pour les non-autochtones, il n'est pas inutile de rappeler les défauts fondamentaux du système qui s'applique aux autochtones. Dans plusieurs études récentes, on a signalé les carences du droit pénal; les statistiques sur le nombre d'autochtones en prison, sur le nombre de suicides chez les adolescents, sur la violence familiale, sur l'alcoolisme et la toxicomanie semblent faire ressortir son incapacité de répondre aux besoins et aux

attentes des autochtones. Cependant, bon nombre de ces mêmes études montrent également que le droit canadien en général présente des failles à cet égard. Le paternalisme de la *Loi sur les Indiens* est notoire : l'hypothèse sur laquelle repose cette loi, à savoir que les autochtones ne demandent pas mieux que de troquer leurs ressources (leurs terres) contre de l'argent est démentie par les faits et la thèse sous-jacente – selon laquelle la société autochtone est assimilable à la société canadienne, les valeurs autochtones sont assimilables aux valeurs canadiennes et les autochtones réagissent au droit national « officiel » de la même manière que les Canadiens en général – n'est pas fondée sur le plan empirique. En outre, ces diverses études ont mis en évidence non seulement l'ampleur des différences qui séparent les valeurs et les pratiques autochtones de celles que l'on dit appartenir à la majorité, mais elles ont montré également, dans ce cadre différentiel général, les écarts importants dans les valeurs des diverses collectivités autochtones elles-mêmes.

Tout essai d'évaluation des possibilités découlant d'une conception différente des relations existant entre le système de justice canadien « officiel » et les systèmes de justice autochtones devrait donc prendre pour point de départ les problèmes qui pèsent sur le droit canadien, tels qu'ils sont interprétés par les autochtones, et non pas les problèmes des autochtones tels qu'ils sont interprétés selon le droit canadien. On doit alors se demander : Quels sont les liens, le cas échéant, qui rattachent les diverses conceptions des relations entre l'individu et la famille, le groupe, les étrangers?; Comment les autochtones comprennent-ils le concept de soi et le concept de société? Quels sont les liens, s'il y en a, entre les diverses conceptions des relations entre la population et les biens-fonds (quelle que soit la définition donnée à ce terme)? Comment les autochtones comprennent-ils les notions de propriété et d'usage, d'affectation et de conservation? Quels sont les liens, le cas échéant, entre les diverses conceptions du passé et de l'avenir, entre l'agent et l'acte ainsi qu'entre la responsabilité et la culpabilité? Dans quelle mesure l'échec du droit « officiel » est-il issu de la conception occidentale dominante de l'universalité du rationnel et de la possibilité qu'au moins une partie de la conception de la vérité et de la valeur, se rapprochant de l'absolu, soit partagée par les autochtones?

Pour illustrer toutes les façons dont les échecs mentionnés ci-dessus et l'existence de systèmes de justice autochtones bien élaborés peuvent contribuer à améliorer le système « officiel » pour les non-autochtones, permettez-moi de décrire brièvement comment les possibilités seraient caractérisées selon un point de vue pluraliste en droit<sup>41</sup>. Imaginons deux axes. Sur un axe, on place des modifications structurelles touchant les systèmes de justice civile et pénale applicables à tous les membres de la société. Mentionnons notamment, par ordre d'importance progressif, des changements mineurs au système d'opposition des tribunaux, la mise en place de structures de médiation et des mécanismes différents de règlement des conflits reposant sur d'autres prémisses que celles que sous-tend le règlement de la revendication de droits, l'information et l'éducation juridiques du public de façon à permettre aux citoyens d'empêcher que leurs conflits interpersonnels ne deviennent des différends d'ordre juridique et, au bout du compte, la réorientation des règles du droit positif de façon à ce que le droit officiel favorise l'égalité fondamentale dans la résolution des conflits, même si cela entraîne l'institutionnalisation de l'inégalité procédurale.

Sur l'autre axe, on placerait des solutions qui reconnaissent ouvertement la diversité de la société canadienne et qui viseraient à améliorer la situation des divers segments identifiables qui la composent. Dans ce cas, les options seraient les suivantes : l'option institutionnelle (renforcement de la représentativité de ces groupes au sein du système formel; sensibilisation des administrateurs du système aux préoccupations particulières de ces groupes; création d'institutions chargées de donner priorité aux besoins juridiques de ces groupes); l'option procédurale (redéfinition de certaines règles du système de manière à trouver un nouvel équilibre qui ne soit pas discriminatoire pour les segments de la société privés de pouvoir); l'option de fond (modification effective des règles du droit positif ainsi que des processus politiques par lesquels on fait le droit «officiel»).

Examinons d'abord les modifications visant le système «officiel» qui ne sont pas centrées sur des groupes précis. La préoccupation la plus évidente que l'on associe au système actuel vient de la reconnaissance du fait que les mesures officielles destinées à garantir aux citoyens l'égalité d'accès aux tribunaux pour qu'ils puissent faire valoir ces droits donne rarement lieu à une justice positive. De nombreuses études américaines montrent que dans tous les procès, ce sont les «habités» qui ont le plus de chances de gagner<sup>44</sup>. Ce n'est là qu'une illustration du principe plus général selon lequel chaque fois que l'on crée une nouvelle institution ou une nouvelle procédure, certaines parties sont favorisées au détriment des autres<sup>45</sup>. Même le système contentieux le plus objectif et simple favorise les clients qui sont les mieux placés pour invoquer sa compétence. À la lumière de cette observation, la principale question à laquelle il faut répondre si l'on veut réévaluer le système d'instances civiles contentieuses doit être la suivante : «Qui profite maintenant d'une manière disproportionnée d'une structure qui exige que les demandeurs se soumettent à la consécration de «droits» par voie judiciaire, et qui en profiterait si on mettait sur pied des mécanismes de rechange?» Parce qu'ils sont moins induits par les règles de procédure et la fidélité à la forme plutôt qu'au fond, les mécanismes de règlement des conflits qui ne dépendent pas de la consécration de droits par voie judiciaire – par exemple, des mécanismes différents de règlement des conflits comme la médiation, l'arbitrage et simplement le pile ou face – permettront, tout bien considéré, d'améliorer l'accès à la justice des groupes privés de pouvoir, plus que la refonte des systèmes d'opposition en vue de les rendre «plus objectifs» ou «plus accessibles»<sup>46</sup>.

La compréhension des avantages des mécanismes traditionnels de règlement des conflits, c'est-à-dire les procédés qui permettent de régler les conflits ayant dégénéré en litiges, laisse entrevoir une réforme encore plus radicale de la procédure judiciaire. Compte tenu du fait que les litiges sont eux-mêmes fondés sur des définitions juridiques découlant de perturbations beaucoup plus complexes de l'interaction entre les êtres humains, ne devrait-on pas adopter des mécanismes visant à régler les conflits dans le cadre socioculturel où ils se produisent, avant qu'ils dégénèrent en poursuites? Cette stratégie est plus difficile à appliquer en droit pénal, mais le fait pour la police d'exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas porter d'accusation ainsi que d'autres mesures telles que la déjudiciarisation, la réparation ou l'intervention de la victime ou de la collectivité touchée par le présumé contrevenant dans le prononcé de la peine sont des exemples réels d'une telle approche<sup>47</sup>.

En droit civil, si aucun organisme de l'État (abstraction faite d'intervenants secondaires d'ordre systémique, comme les régies des loyers, les commissions des droits de la personne, les protecteurs des citoyens et les bureaux de protection des consommateurs), n'a le mandat de préciser l'aire de compétence du système « officiel » et d'invoquer ce dernier, ces mécanismes de rechange doivent prédominer. En effet, peu de gens savent qu'ils sont partie à un litige particulier avant qu'un avocat le leur dise et accroche une étiquette au différend. La judiciarisation de la vie quotidienne est un sous-produit du monopole de la profession juridique, issu en particulier des dernières décennies d'exubérants « discours sur les droits »<sup>48</sup>. La déjudiciarisation ne peut se faire que si l'on aide les citoyens à élaborer des moyens de traiter les conflits autres que ceux que favorise le système « officiel » et les avocats qui y participent et si on légitime le processus de règlement des conflits et les institutions « non officiels ».

Naturellement, il importe de savoir qu'il existe en droit civil, depuis plusieurs années déjà, un certain nombre de mécanismes différents de règlement des conflits qui n'ont pas encore dégénéré en litiges. Ces solutions vont de la démarche très informelle qui consiste à demander conseil à ses aînés ou à solliciter l'avis de son confesseur ou d'un ministre du culte, jusqu'à celle qui consiste à confier son affaire à un ami ou à un voisin désintéressé. Dans tous ces cas, personne n'oserait prétendre que les conseils prodigués représentent une opinion simplement fondée sur l'application du Code civil ou sur la jurisprudence de la commonlaw au problème humain envisagé. Les avis formulés s'inspirent simplement de l'esprit de prudence, de courtoisie et de conciliation entre ceux qui ont déjà des interactions normatives bien établies. Sur un plan légèrement plus officiel, on trouve une panoplie d'institutions de médiation soit administrées par des tiers soit parrainées en partie par des organisations industrielles : journaux offrant des recours aux consommateurs ou des rubriques à l'intention des locataires, bureaux d'éthique commerciale, mécanismes de dépôt de plaintes concernant certains types d'entreprises de services (nettoyeurs à sec, concessionnaires d'automobiles, agences de voyage, etc.). Pratiquement toutes ces entreprises dépendent dans une large mesure de l'existence d'une collectivité d'affinités – que celle-ci soit déterminée par l'origine ethnique, le secteur géographique, la situation socio-économique, le sexe, les rapports entre les membres d'un ménage ou le cycle vital – ou d'une relation d'affaires permanente – que celle-ci soit déterminée par un produit de consommation, le logement ou l'emploi. Il faut reconnaître et appuyer les systèmes juridiques « non officiels » engendrés par ces collectivités d'affinités et ces relations d'affaires si l'on veut rendre plus juste le système de justice actuel du Canada<sup>49</sup>.

Cette observation nous amène à examiner un autre élément de réforme qui s'impose au chapitre de l'amélioration de l'accès à la justice pour tous les citoyens. Si l'on prend pour hypothèse que cet accès est fondé sur l'aptitude à comprendre ses problèmes, l'éducation et l'information juridiques du public prennent une grande importance. Toutefois, l'information juridique ne doit pas être de nature à coloniser le public non initié. Elle doit être conçue de telle sorte que les gens soient en mesure de reconnaître la nature des conflits auxquels ils font face, les diverses manières d'aborder ces conflits et l'opportunité, le cas échéant, d'avoir recours à une aide professionnelle pour les régler. Trop souvent, l'information et l'éducation du public n'atteignent pas leur but en raison du jargon abondant dans le droit « officiel » et du fait que l'information



fournie porte principalement sur les droits et obligations tels qu'ils sont établis par ce droit «officiel». À quoi sert-il de savoir qu'un assureur, un prêteur, un vendeur, un bailleur ou un autre entrepreneur cause des difficultés si le contrat dont il est question est incompréhensible? Comme les lois de protection des consommateurs l'ont montré, il ne suffit pas de rédiger les clauses des contrats en plus gros caractères pour aider les consommateurs à comprendre et à régler leurs difficultés. Dans ces conditions, loin de garantir leur liberté d'action, l'initiation des consommateurs au jargon juridique ne fait en règle générale que les convaincre qu'il leur faut avoir recours à un avocat pour résoudre leurs problèmes et, de ce fait, accroît leur dépendance à l'égard du droit «officiel».

Il s'ensuit que le principal élément à inclure dans un programme d'information et d'éducation juridiques est de fournir aux gens les ressources nécessaires pour leur permettre de constater et de régler leurs propres problèmes, que ce soit en recourant au droit «officiel» ou à un système de droit «non officiel» auquel ils souscrivent. Pensons-nous souvent à l'éducation juridique en tant qu'instrument destiné à favoriser les règlements, les compromis et la négociation? L'éducation juridique évoque-t-elle la possibilité pour les consommateurs de se plaindre d'un mauvais service ou de marchandises défectueuses? Pour nous, l'éducation juridique signifie-t-elle de donner aux gens les outils nécessaires pour comprendre la caractérisation des conflits et la variété des techniques d'ordre collectif par lesquelles on peut les régler? Ce genre d'éducation juridique mène à la liberté d'action; en effet, elle agit directement sur les personnes, non pas en tant que porteurs individuels de droits et obligations «officiels» mais dans le cadre du rôle qu'elles jouent à titre de membres de diverses collectivités normatives. Ainsi, elle leur donne les ressources dont elles ont besoin pour s'appuyer sur leurs propres expériences et connaissances afin de trouver des solutions et la confiance nécessaire pour mettre ces solutions en oeuvre dans une situation de conflit.

Ces diverses stratégies d'amélioration de l'accès à la justice trouvent leur source dans l'idée qu'on pourrait combler dans une certaine mesure les lacunes structurelles les plus troublantes du système actuel (qu'il importe de considérer comme un système de dernier recours et non de premier recours) grâce à une réorientation générale de notre façon de percevoir les conflits, les droits, les décisions judiciaires et les recours judiciaires au sens large. Bien sûr, l'élimination de ces carences structurelles de la manière suggérée entraîne inévitablement la reconnaissance d'une pluralité de conceptions de la justice. Toutefois, il est important de ne pas voir ces possibilités et ces stratégies comme des mécanismes pour miner le droit «officiel»; dans une perspective pluraliste en droit, il s'agit plutôt de techniques permettant de légitimer le droit «officiel» en légitimant dans des contextes appropriés ses divers compléments «non officiels».

L'adaptation du système «officiel» comporte un deuxième élément important, qui découle de la prise de conscience du fait que malgré toutes ces tentatives générales pour améliorer l'accès à ce système «officiel», d'importants segments de la population demeureront passablement asservis. Est-il possible d'adapter le système «officiel» de telle sorte qu'il soit aussi plus réceptif face à l'absence de pouvoir de ces segments importants de la société? Le modèle pluraliste en droit donne à penser qu'il existe de nombreuses voies à cette fin, en dehors de la stratégie ultime du séparatisme juridique.

La prise de conscience de l'hétérogénéité de la société canadienne (sur les plans culturel, linguistique et racial) et du fait que cette diversité et les autres différenciations (sexe, âge, handicap physique, classe socio-économique) influent directement sur les questions de l'accès à la justice et de l'émancipation, mène à la conclusion que même l'ordre juridique «officiel» proprement dit doit dans une certaine mesure reconnaître cette pluralité. Non seulement faudrait-il à cette fin créer différentes institutions «officielles» dotées de diverses règles de procédure et règles de fond, mais on devrait aussi reconnaître la pluralité des concepts qu'ont à l'égard de la justice différents groupes de la société canadienne. Autrement dit, dans le cadre de la politique juridique, nous ne devons pas favoriser la pénétration du droit «officiel» dans un nombre toujours croissant de secteurs de la vie sociale, mais plutôt ouvrir la porte aux institutions et aux procédures judiciaires créées par les divers groupes. De nos jours, le droit «officiel» doit non seulement reconnaître mais aussi favoriser la concurrence entre les institutions normatives «non officielles», un peu de la même manière que les cours de comtés, les cours de *common law*, les tribunaux ecclésiastiques, les tribunaux commerciaux et les cours d'équité se sont concurrencés les uns les autres à l'époque où s'est formée la tradition de la *common law*.

À cette stratégie pour légitimer les institutions judiciaires et administratives «non officielles» qui sont particulièrement appropriées à certains segments de la société doit s'ajouter une stratégie pour diversifier le personnel au sein des «institutions officielles» existantes. De nombreuses études témoignent de la sous-représentation de divers groupes dans la police, les professions juridiques, la magistrature et les milieux politiques. Une empathie et une compréhension croissantes chez ces intervenants clés du système «officiel» sont certes des conditions préalables importantes, d'une part, pour accroître l'accès au système pour les femmes, les groupes minoritaires et les autres segments de la société qui sont privés de pouvoir et, d'autre part, pour améliorer sa réceptivité face à ces groupes. Toutefois, seule une meilleure représentation au sein des institutions «officielles» existantes permettra d'exprimer les écarts entre leurs points de vue, leurs conceptions de ce qui est juste et leurs sentiments de participation. Afin d'améliorer véritablement l'accès à la justice, il est donc nécessaire d'offrir des séminaires spécialisés sur l'aide juridique, des programmes d'éducation et des structures de redressement permettant de formuler et de corriger ces différences<sup>50</sup>

Lorsqu'on prend conscience des répercussions de la diversité sur les aspects de la justice liés à la procédure et au recours, il est facile de voir comment l'amélioration de la diversité au sein des institutions qui font le droit influencerait sur les questions de fond. Aujourd'hui, les règles fondamentales du droit «officiel» favorisent souvent des catégories de demandeurs déjà privilégiés. Par exemple, pourquoi les créances garanties devaient-elles avoir la priorité sur la plupart des créances salariales dans les cas de faillite? Après tout, les perturbations causées par le chômage, par le manque à gagner et par d'autres éléments analogues surpassent nettement celles que subissent directement les institutions de crédit et indirectement les créanciers de ces institutions. En outre, pourquoi doit-on permettre à certains détenteurs réguliers d'effets de commerce (ou aux cessionnaires de créances relatives à des cartes de crédit) d'exercer leur droit contre les débiteurs, même si les biens ou les services visés présentent des failles?

Comme, dans un système de procédure tout à fait équilibré, c'est nécessairement la personne qui n'a pas le fardeau de la preuve qui est favorisée, et comme il incombe presque toujours au consommateur de prendre les mesures qui s'imposent en cas de défectuosité d'un produit, il serait logique de remanier le système de manière à mettre les recours d'initiative personnelle à la portée du consommateur et les mécanismes de redressement judiciaire ultérieurs dans les mains du marchand. La situation est similaire en ce qui a trait à la conception des biens familiaux ou des locations à bail résidentiels. On peut avancer globalement que la généralisation des recours d'initiative personnelle, par exemple, la rétention du paiement d'un loyer, est un mécanisme important pour permettre au sens communautaire de la justice et de l'injustice de jouer un plus grand rôle dans l'administration de la justice «officielle» dans son ensemble.

Les suggestions formulées dans les deux paragraphes précédents reposent sur l'idée selon laquelle le droit «officiel» doit parfois établir expressément des différences entre les diverses classes de plaideurs de manière à éliminer un déséquilibre dans le pouvoir social ou économique. Ces différenciations sur le plan de la procédure sont déjà présentes dans de nombreux domaines. Au Québec, par exemple, seules les personnes physiques peuvent invoquer la compétence de la Cour des petites créances. De récents types d'indemnisation pour les victimes d'accidents d'automobiles font la distinction entre les dommages aux personnes et les dommages à la propriété. Les lois relatives aux locations à bail résidentiels sont à présent notablement différentes de celles qui s'appliquent aux locations à bail commerciales. Admettre que les différents segments de la société ne peuvent réellement avoir un accès égal aux institutions et ne peuvent recourir au droit «officiel» que s'ils sont traités selon leur statut différencié est un élément clé pour comprendre une grande partie de la réglementation juridique contemporaine<sup>61</sup>. L'enjeu auquel font face ceux qui cherchent à adapter le système juridique «officiel» pour améliorer l'accès à la justice grâce à une meilleure émancipation de ces segments est donc de trouver un critère sur lequel peut s'appuyer cette émancipation. L'adoption d'une perspective pluraliste en droit à l'égard des systèmes de justice «officiels» et «non officiels» permet de trouver ce fondement<sup>62</sup>.

Les paragraphes ci-dessus ont laissé entrevoir les éléments à l'origine de nombreuses carences du système juridique «officiel» canadien sur le plan de l'accès à la justice. Alors que presque toutes les études portant sur ces carences ont mené à la conclusion que la prise en charge des questions touchant la procédure d'accès au droit et aux institutions juridiques peut représenter un substitut adéquat aux questions portant sur la liberté d'action dans le cadre de l'établissement d'une justice positive et que la logique des obstacles à l'accès est un moyen satisfaisant d'organiser les recherches portant sur les carences du système, nous avons affirmé dans la présente section que ces deux hypothèses de départ sont inadéquates. Si l'on réexamine les carences du droit «officiel» à travers le prisme du pluralisme juridique, on peut penser qu'il existe des traits communs fondamentaux dans les raisons à l'origine des carences du système actuel, à la fois en ce qui concerne les autochtones et les Canadiens non autochtones. Ces traits communs conduisent au seul raisonnement essentiel au sujet du droit, à savoir qu'une perspective «juridique centraliste» dissimule certains aspects et qu'une perspective «juridique pluraliste» les met en évidence. Les

carences les plus importantes du système actuel de justice sont des lacunes qui touchent la reconnaissance et non pas l'accès<sup>33</sup>

Le nombre des dimensions différentes qui s'appliquent aux peuples autochtones et met en évidence leur spécificité rend ce manque de reconnaissance plus flagrant à la fois aux yeux des autochtones et des non autochtones qui examinent de l'extérieur la situation des autochtones. Cependant, si l'on arrive à comprendre les raisons de cette carence dans le cas plus facile à discerner des autochtones et à reconstruire l'idéologie du droit «officiel» au Canada de façon à permettre d'éliminer les carences, il s'ensuivra une meilleure compréhension des carences parallèles du droit «officiel» qui touchent les non-autochtones et des recours nécessaires. La réorientation des approches visant l'accès à la justice vers les questions de l'émancipation et de la liberté d'action qu'implique une perspective juridique pluraliste apportera des avantages de taille à la société canadienne dans son ensemble ainsi qu'aux segments particulièrement désavantagés de cette société.

## Conclusion

Dans ses grandes lignes, le présent document a traité une question relativement simple soulevée dans le contexte de la Table ronde sur la justice, à savoir «dans quelle mesure le processus d'adaptation du système actuel... [de droit canadien]... entraînerait des réformes bénéfiques a) à la société dans son ensemble, par exemple, en faisant une plus large place à la réparation, à la conciliation et au redressement, et b) à certains groupes de la société, par exemple, les pauvres, les femmes et les minorités culturelles»<sup>34</sup>. Toutefois, ainsi que j'ai tenté de le montrer, il faut pour répondre à cette question en soulever plusieurs autres qui vont au coeur des interprétations modernes de ce que devrait réellement être un système juridique. C'est pourquoi il est indiqué de récapituler brièvement la discussion faisant l'objet de cet essai dans une réponse à la question «Quelles sont les perspectives et les possibilités découlant d'une reconnaissance et d'une légitimation des multiples systèmes juridiques autochtones en place à l'heure actuelle pour remédier aux carences du système de justice «officiel» actuel au Canada pour les non-autochtones?»

Alors que la conception populaire du droit canadien veut qu'il existe au Canada un système juridique centralement organisé, si l'on se fonde sur une base empirique, il faut admettre que cette idéologie est suspecte. Nous avons dans le Canada moderne de multiples ordres juridiques, qui rivalisent les uns avec les autres, sont souvent en conflit et s'interpénètrent sans cesse. Ce qui manque, c'est uniquement la reconnaissance, par les institutions officielles du système juridique mis en place par l'État politique, que ces autres systèmes existent.

Ces autres systèmes sont caractérisés par une grande diversité de structures institutionnelles, méthodologiques, formelles et matérielles. Ils ne reposent pas tous sur une séparation entre des instances de «type législatif» et des instances de «type judiciaire» ni sur la définition de relations inter-subjectives établies par l'attribution de droits. Ils ne reposent pas tous non plus sur la décision d'une troisième partie (quand ce n'est pas une décision rendue par un tiers dans une procédure contradictoire)

en tant que procédure pour faire valoir ces droits; enfin, ils n'adoptent pas tous la logique de justice corrective pour le règlement des conflits interpersonnels.

Le centralisme juridique donne à penser que tous les conflits sociaux peuvent être autoritairement réglés par un processus politique dont découlent des règles générales établies par un parlement et que les tribunaux peuvent appliquer ces prescriptions législatives de façon objective. La réalisation de la justice dans cette conception centraliste du droit repose sur les deux hypothèses suivantes : tous les citoyens ont un accès égal aux processus par lesquels on arrive à concilier ces conflits sociaux et politiques (c'est-à-dire que la neutralité formelle du processus électoral aboutit à l'égalité réelle de toutes les voix dans le processus législatif) et tous les citoyens ont un accès égal aux processus par lesquels on peut résoudre les litiges que suscite l'application de ces normes (c'est-à-dire que la neutralité formelle de l'accès au processus judiciaire aboutit à une égalité réelle d'accès pour tous les citoyens).

L'échelle d'organisation et d'hétérogénéité de la société moderne est telle que ni l'une ni l'autre de ces hypothèses n'est en fait vérifiée : l'accès et la participation au processus politique sont largement différenciés selon des continuums relatifs, notamment, à l'origine ethnique, au sexe, à l'âge, à la situation géographique, au degré de capacité ou d'incapacité intellectuelle ou physique, à la classe socio-économique; et, fait tout aussi important, l'accès au processus de règlement des conflits et à ses résultats est largement différencié en fonction des mêmes critères.

La reconnaissance et la légitimation de la pluralité des ordres juridiques qui existent en parallèle au système de justice « officiel » au Canada sont les meilleurs moyens de surmonter les différenciations quant à l'accès et aux résultats. Les avantages qu'on peut en retirer s'appliquent à la fois au droit civil et au droit pénal. En matière de droit pénal, nous savons déjà qu'il existe dans la définition concrète de la conduite criminelle de grandes variations qui découlent de l'application normale du pouvoir discrétionnaire de la police et du pouvoir discrétionnaire de poursuivre; la reconnaissance du fait que ces variations sont normales et les efforts déployés au sein des collectivités autochtones pour établir des normes précises ne sont que l'application de cette façon de penser. De même, lorsqu'il s'agit de sanctionner la conduite, nous savons que de grandes variétés de traitement sont possibles : réparation, conciliation, réhabilitation, à la fois de la manière dont la culpabilité est appréciée et de la manière dont le châtement est administré; cette fois encore, la reconnaissance du fait que ces variations sont normales et les efforts déployés par les collectivités autochtones pour établir des normes précises au moyen de procédures telles que les processus mis en oeuvre par les groupes qui déterminent les peines ne sont que l'application de cette façon de penser.

Des observations identiques s'appliquent aux questions de droit civil, à la fois en ce qui touche la substance et le processus. Dans le contexte de la société en général, l'élaboration de règles juridiques visant à différencier les parties fait écho à cette approche. Le fait de placer des recours d'initiative personnelle dans les mains de ceux qui ont le moins de pouvoir économique et d'exiger que ceux qui bénéficient du plus grand pouvoir économique prennent l'initiative pour invoquer le système « officiel » en sont des corollaires. La promotion et la légitimation du règlement des

conflits dans des collectivités d'affinités plus restreintes traduisent aussi cette approche. Il s'agit simplement du pendant au sein des systèmes «non officiels» de l'accroissement de la représentativité des institutions «officielles» de règlement des conflits.

Il découle de ces observations que la question clé que pose le problème traité par le présent document n'est pas de se demander si de tels processus différenciés existent. En effet, la preuve de cette existence est manifeste sur les plans anthropologique et sociologique, à la fois dans les sociétés autochtones et dans diverses sociétés non autochtones du Canada. La question clé, c'est de savoir comment on doit tenir compte de ces variations soit dans le cadre de l'ordre juridique «officiel» soit en dehors de ce dernier. Si on reconnaît les conséquences d'une approche juridique pluraliste dans le cas particulier des autochtones, il faut constater que les mêmes critères de justice locale s'appliquent aux non-autochtones. Il s'ensuivrait donc une reconnaissance et une légitimation des divers systèmes juridiques «non officiels» et des multiples conceptions de la justice sur lesquelles ils reposent, dont on ne tient pas compte (ou pas suffisamment compte) dans la société canadienne en général.

## Notes

1. Pour être franc, j'ai déjà eu l'occasion de me pencher sur nombre de ces questions en détail, même si c'était d'un point de vue différent. De juin 1989 à septembre 1991, j'ai présidé le *Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice* du ministère de la Justice du Québec. Ce groupe de travail a produit un rapport intitulé *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice* (Québec, ministère de la Justice, 1991), où j'ai abordé quelques-uns des thèmes que je développe ici. Voir en particulier les parties VIII (Besoins particuliers de certains groupes cibles) et IX (Autochtones) du rapport.

Je me suis également déjà exprimé à plusieurs reprises depuis lors sur le problème général d'accès à la justice, et ce, d'une manière conforme aux observations que je fais ici. Voir R.A. Macdonald, «Access to Justice and Law Reform» (1991), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 10, p. 287; R.A. Macdonald, «Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?» (1992), *Les Cahiers de droit*, 33, p. 457; R.A. Macdonald, «Whose Access? Which Justice?», *Access to Civil Justice*, sous la direction de A.C. Hutchinson (1992), *Canadian Journal of Law and Society*, 7, p. 175; R.A. Macdonald, «Problèmes de participation aux services collectifs : la protection juridique», sous la direction de S. Langlois et Y. Martin, *Traité de pathologie sociale* (Québec, Institut de recherche sur la culture, 1993) et R.A. Macdonald, «Theses on Access to Justice» (1992), *Canadian Journal of Law and Society*, 7 (à paraître). Divers aspects des points développés ici sont analysés plus en détail dans l'un ou l'autre de ces textes. Aucun, cependant, ne traite directement de la relation entre la reconnaissance et la légitimation des systèmes de justice autochtones, d'une part, et l'amélioration de l'accès des Canadiens à la justice de façon générale, d'autre part.

2. Je n'adopte pas pour ma part la position attribuée à Kelsen voulant que la justice soit irrationnelle et que seul le «droit» puisse avoir un contenu normatif (voir H. Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley, University of California Press, 1957); je ne partage pas non plus la position sceptique contemporaine selon laquelle le droit est irrationnel en ce sens qu'il est indéterminé et ne sert qu'à masquer les relations du pouvoir pur et dur. (Voir A. Freeman, «Truth and Mystification in Legal Scholarship» (1980), *Yale Law Journal*, 90, p. 1229), où l'on trouvera une expression particulièrement rigoureuse de ce point de vue.)

3. On trouvera un examen approfondi de l'idée selon laquelle le contenu de la justice peut présenter une grande diversité fondée sur une expérience particulière dans M. Walzer, *Spheres of Justice* (New York, Basic Books, 1983), dans Alisdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1988) et dans Jon Elster, *Local Justice* (New York, Russel Sage Foundation, 1992).
4. Cette perspective des fonctions sociales de la justice est développée en détail par Mary Douglas, *How Institutions Think* (Syracuse, Syracuse University Press, 1986), particulièrement aux pages 111 à 128.
5. On trouvera deux exemples nord-américains bien connus de cette approche dans J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Bellknop, 1973) et B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (New Haven, Yale University Press, 1980).
6. Pour une perspective critique de l'évolution du mouvement d'accès à la justice aux États-Unis, voir D.M. Trubek, «Critical Moments in Access to Justice Theory», *Access to Civil Justice*, sous la direction de A.C. Hutchinson (Toronto, Carswell, 1990), p. 107.
7. On trouvera un examen détaillé de la manifestation de ces déplacements du centre d'attention dans R.A. Samck, *The Meta-Phenomenon* (New York, The Philosophical Library, 1981).
8. Un grand nombre de points soulevés brièvement dans les prochains paragraphes de la présente section sont examinés en détail dans R.A. Macdonald, «Access to Justice and Law Reform» (1991), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 10, p. 287. On trouvera un examen similaire portant sur la réforme du droit en général dans R.Samek, «A Case for Social Law Reform» (1977), *Canadian Bar Review*, 55, p. 409. Permettez-moi de souligner le caractère stylisé des quelques paragraphes qui suivent. Ces croyances ne sont pas partagées également par tous les juristes; elles ne seraient pas forcément exprimées de cette manière par ceux qui les renient. Les cinq points sont présentés sous la forme adoptée ici principalement pour montrer de quelle façon les perceptions traditionnelles du droit et de la justice conduisent à une conception particulière des défauts du système et du programme correctif d'«accès à la justice».
9. On trouvera une des premières études portant sur les principes du «centralisme juridique» et ses solutions de rechange ainsi qu'une vaste bibliographie sur le sujet dans M. Galanter, «Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering and Indigenous Law» (1981), *Journal of Legal Pluralism*, 19, p. 1.
10. L'exploration de cette question dépasse de toute évidence la portée du présent document. On trouvera une évaluation provocatrice dans R. Unger, *Law and Modern Society* (New York, The Free Press, 1976). Voir, d'une manière plus générale, le recueil de textes dans J.C. Smith et D. Weisstub, *The Western Idea of Law* (Toronto, Butterworths, 1983), en particulier le chapitre 4. «Law and State», p. 395 à 651.
11. Dans le domaine de la sociologie, la documentation sur le multiculturalisme au Canada est bien entendu abondante. Toutefois, on s'est penché sur le cas du Canada dans d'autres disciplines, par exemple, en histoire et en philosophie. On trouvera un examen éclairant de la notion de polyethnicité dans l'histoire moderne et une démystification des États ethniques nationaux et de leurs infrastructures juridiques dans W. McNeill, *Polyethnicity and National Unity in World History* (Toronto, University of Toronto Press, 1986) et dans C. Taylor, *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"* (Princeton, Princeton University Press, 1992).
12. Sur ce thème, voir l'excellente collection de documents dirigée par A.C.Hutchinson, *Access to Civil Justice* (Toronto, Carswell, 1990). Voir aussi *Actes du colloque sur l'accès à la justice* (Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1987), colloque tenu les 6 et 7 mars 1987; et «Tenth Anniversary Symposium— Access to Justice : Law, Society and Scholarship» (1990), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 10, p. 281 à 541.

13. J'ai déjà examiné en détail les lacunes de la métaphore des obstacles et d'autres conceptions plus larges de l'accès à la justice. Les prochains paragraphes résument le raisonnement exposé dans R.A. Macdonald, «Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?» (1992), *Les Cahiers de droit*, 23, p. 457.
14. On trouvera une élaboration détaillée de cette distinction dans M. Giard et M. Proulx, *Pour comprendre l'appareil judiciaire québécois* (Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1985), p. 244 et suivantes.
15. On trouvera une longue analyse de ces différents obstacles et des divers types de modifications qu'on pourrait apporter au système de justice civile «officiel» pour les supprimer dans *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice, supra*, note 1.
16. Parmi les obstacles purement physiques, mentionnons l'absence de cours, de tribunaux, de bureaux d'enregistrement, de bureaux d'inspection, de préposés aux sinistres et, tout particulièrement, d'avocats et de personnel parajuridique à une distance raisonnable de tous les citoyens; la non-disponibilité des services à des heures pratiques; l'impossibilité d'obtenir des renseignements juridiques de première ligne par téléphone à frais virés, par message enregistré, etc.; l'inaccessibilité en fauteuil roulant ainsi que l'absence de services audiovisuels analogiques pour les personnes atteintes d'un handicap physique. Pour un examen analytique de ces obstacles, voir J. Frémont, «L'accès à la justice à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle au Québec : commentaires sur le rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice (rapport Macdonald)» (1992), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 11, p. 143.
17. Les divers obstacles financiers tiennent d'ordinaire le haut du pavé dans les études sur l'accès à la justice. Ces obstacles comprennent les frais institutionnels, par exemple, les droits de dépôt, les frais judiciaires, les honoraires des témoins experts et les autres frais de justice. Ils englobent aussi les honoraires des avocats – soit l'obstacle économique le plus important – de même que des coûts indirects comme les pertes salariales, le manque à gagner et, dans le cas des personnes vivant dans une région éloignée, les frais de transport et de subsistance. Pour un inventaire utile, mais qui date, voir M. Cappelletti, «Vers une justice égalitaire : une étude comparative de l'aide judiciaire dans les sociétés contemporaines» dans M. Cappelletti et al., *Toward Equal Justice : A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies* (Dobbs Ferry, Oceana, 1975). On trouvera une vaste étude statistique des régimes d'aide juridique dans l'Association du barreau canadien, *Legal Aid Delivery Models : A Discussion Paper* (novembre 1987).
18. Parmi les graves empêchements à l'obtention d'une réparation judiciaire découlant d'un délai excessif, mentionnons la dévalorisation de l'indemnité en raison de l'inflation; l'incertitude ou l'opprobre que font peser les accusations au criminel en attendant le procès; les pressions exercées sur les parties dont la santé financière est précaire pour les inciter à conclure un règlement; les frais supplémentaires liés au manque à gagner occasionnés aux parties; les perturbations de la vie personnelle et familiale attribuables aux aléas des procès. Pour un examen général de cette question, voir S. Shetreet, «The Limits of Expeditious Justice», *Expeditious Justice* (Toronto, Carswell, 1979), p. 1.
19. Il n'est pas facile de déterminer comment le droit doit répondre aux préoccupations en matière d'accès à la justice de ces personnes «non normales». On trouvera un examen détaillé des paradoxes qu'il y a à ne pas reconnaître la spécificité (ou l'anormalité) de ces groupes, mais à tenter de les redéfinir comme des aspects de la normalité dans M. Minow, «Foreword : Justice Engendered» (1987), *Harvard Law Review*, 101, p. 10.
20. Ce point est plus évident dans le contexte du droit civil. Si les citoyens connaissaient le droit et ses institutions, on présume qu'ils seraient moins réticents à prendre un avocat et à s'engager dans un litige pour faire valoir leurs droits. En droit pénal, puisque la mise en oeuvre de la poursuite repose d'ordinaire sur le procureur de la Couronne, les victimes appelleraient la police et insisteraient pour qu'une poursuite soit intentée (par exemple, dans les cas de violence



- conjugale ou familiale), tandis que les accusés tiraient parti des recours touchant la procédure qu'offre le droit pour optimiser leur défense (par exemple, les prétendus droits conférés en vertu de la *Charte*).
21. On trouvera un vaste compte rendu de la façon dont ces diverses approches théoriques reposent toutes sur l'hypothèse «centraliste» dans C. Sampford, *The Disorder of Law*, (Oxford, Blackwell, 1989).
  22. Voir S.F. Moore, «The Semi-Autonomous Social Field, an Appropriate Subject of Legal Study» (1973), *Law and Society Review*, 7, p. 719; L. Pospisil, «The Structure of a Society and its Multiple Legal Systems» (1978), *Cross Examinations, Essays in Memory of Max Gluckman*, p. 78.
  23. Voir, par exemple, la première édition en langue anglaise de G. Gurvitch, *Sociology of Law* (Londres, Routledge and Kegan Paul, 1947) et l'étude d'avant-garde de K. Llewellyn et d'E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*, 1941.
  24. Santi Romano, *L'ordre juridique* (1915), traduit par L.François et P. Gothot, (Paris, Dalloz, 1975). Il s'agit d'une traduction de la deuxième édition de *Ordinamento giuridico* (1947), publié à l'origine en 1917-1918 dans *Annali delle Università toscane*.
  25. Les premières études menées en Amérique du Nord sur le pluralisme juridique étaient axées soit sur l'aspect exotique soit sur l'aspect pathologique. Donc, le conflit entre le droit européen et le droit indigène dans les colonies constituait une préoccupation de premier plan – pour un examen de cette question, voir S.F. Merry, «Law and Colonialism» (1991), *Law and Society Review*, 25, p. 889. De même, les ordres juridiques des milieux criminels de divers centres urbains sont devenus un important sujet d'étude – voir J. Auerbach, *Justice Without Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1983). Pour un énoncé des éléments sur lesquels repose la nouvelle approche en matière de pluralisme juridique et des objectifs de son examen, voir J. Griffiths, «What is Legal Pluralism?» (1986), *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24, p. 1. Voir aussi G. Teubner, «Rethinking Legal Pluralism» (1992) *Cardozo Law Review*, 13, p. 1443.
  26. Voir S. Merry, «Legal Pluralism» (1988), *Law and Society Review*, 22, p. 869; N. Rouland, «Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique», *Droit national et droit mixte* (Aix, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1989), p. 41.
  27. On trouvera une explication vigoureuse de ce point dans P. Fitzpatrick, «Law and Societies» (1984), *Osgoode Hall Law Journal*, 22, p. 115.
  28. Voir, par exemple, B. de Sousa Santos, «On Modes of Production of Law and Social Power» (1985), *International Journal of the Sociology of Law*, 13, p. 299.
  29. Voir J. Carbonnier, «Les phénomènes de l'internormativité» (1977), *European Yearbook of Law and Sociology* p. 42. Voir aussi H.W. Arthurs, «Understanding Labour Law : The Debate over "Industrial Pluralism"» (1985), *Current Legal Problems*, p. 83.
  30. Voir W. Pue, «Wrestling With Law : (Geographical) Specificity vs. (Legal) Abstraction» (1990), *Urban Geography*, 11, p. 566. Pour une étude particulièrement nuancée de ce phénomène au Québec, voir R. Cliche et M. Ferron, *Quand le peuple fait la loi* (Montréal, Hurtubise, 1972).
  31. Pour un examen général du postmodernisme juridique, voir B.de Sousa Santos, «Law : A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law» (1987), *Journal of Law and Society*, 14, p. 279; voir aussi A. Hunt, «The Big Fear : Law Confronts Postmodernism» (1990), *McGill Law Journal* 35, p. 507. En Amérique du Nord, le mouvement d'études critiques du droit a largement fait sienne la conception postmoderne du droit; celle-ci se fait d'ailleurs sentir dans les remises en questions fondamentales de la structure existante de la procédure judiciaire et du droit positif. Voir, pour un bref examen, R. Unger, *Critical Legal Studies* (Cambridge, Harvard University Press, 1986) et comparer avec A. Altman, *Critical Legal Studie : A Liberal Critique* (Princeton, Princeton University Press, 1990).

32. Les questions que soulèvent un point de vue postmoderne à l'égard des thèmes qu'englobe traditionnellement l'«accès à la justice» sont examinées dans J. Handler, «Dependent People, the State, and the Modern-Post-modern Search for the Dialogic Community» (1988), *U.C.L.A. Law Review*, 35, p. 999.
33. Pour un examen détaillé de ces points, voir P. Amselek, «Le droit dans les esprits» (1989), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczak; C. Geertz, «Local Knowledge : Fact and Law in Comparative Perspective» (1983), *Local Knowledge . Further Essays in Interpretive Anthropology*, p. 167; C. Taylor, «Interpretation and the Sciences of Man» (1985), *Philosophy and the Human Sciences : Philosophical Papers*, 2 (Cambridge, 1985), p. 15.
34. On trouvera diverses élaborations de ces thèmes dans *Informal justice?*, sous la direction de R. Matthews (London, Sage Publications, 1988). Pour une étude historique approfondie de ce phénomène, dont l'expression ne fait toutefois pas appel aux termes employés dans le présent essai, voir H.W. Arthurs, *Without the Law* (Toronto, University of Toronto Press, 1985).
35. Voir p. Ellickson, *Order Without Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1991). Pour une étude plus théorique, voir R.A. Macdonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle» (1986), *Sociologie et Sociétés*, 18, p. 47.
36. La pluralité des conceptions de la justice dans la société contemporaine a récemment été traitée dans J. Coleman, *Foundations of Social Theory* (Cambridge, Harvard University Press, 1990) et dans J. Elster, *Local Justice* (New York, Russell Sage, 1992).
37. On trouvera une conception bien élaborée du pluralisme en matière de procédure dans L. Fuller, *The Principles of Social Order* (Durham, Duke University Press, 1983).
38. Pour une série d'hypothèses préliminaires sur ces interactions, voir R.A. Macdonald, «Des vieilles gardes : hypothèses sur le pluralisme, l'internormativité et le désordre juridique» (à paraître en 1993).
39. Pour une analyse plus approfondie des trois points soulevés dans ce paragraphe et les deux suivants dans la mesure où ils s'appliquent particulièrement aux systèmes de justice autochtones, voir le mémoire présenté en annexe au présent document.
40. Examinons l'exemple suivant. Dans le passé, les systèmes juridiques autochtones ont été présentés comme des éléments non officiels» en opposition avec le droit canadien «officiel». Une conception pluraliste du droit permet de percevoir les quartiers, les milieux de travail ou les structures coordonnées sur le plan culturel comme des ordres normatifs en concurrence, chacun répondant à sa logique interne, l'un et l'autre s'informant mutuellement. Pour une étude détaillée, voir S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even : Legal Consciousness Among Working-Class Americans* (Chicago, University of Chicago Press, 1990).
41. Examinons l'exemple suivant. Dans le passé, les comptes rendus des raisons pour lesquelles une partie à un contrat n'invoquait pas le droit «officiel» pour obtenir un recours pour bris de contrat ou pour quelque autre problème de non-exécution mettaient l'accent sur des dispositions inhérentes au système «officiel» : l'efficacité des règlements, les aléas des procès, les risques de faillite et ainsi de suite. Selon une conception pluraliste du droit, on s'efforceraient de définir le système juridique «non officiel» dans lequel le contrat est négocié et exécuté et de comprendre dans quelles conditions l'une ou l'autre partie considère que le droit «officiel» ou «non officiel» est déterminant. Pour un examen détaillé de certains de ces éléments dans un contexte contractuel particulier, voir J.-G. Belley, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991), *Les Cahiers du droit*, 32, p. 253; «Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique» (1992), *Les Cahiers de droit*, 33, p. 21; «Compatriotes, partenaires ou amis? La normativité contractuelle des échanges entre l'entreprise Alcan et ses fournisseurs du

- Saguenay-Lac-Saint-Jean», à paraître en 1993. Comparer avec le compte rendu structuraliste de ces types d'activité de médiation dans N. Luhmann, «Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System» (1992), *Cardozo Law Review*, 13, p. 1419.
42. Examinons l'exemple suivant. Selon les comptes rendus traditionnels de l'inaccessibilité à la justice, par exemple, une stratégie importante pour contrer l'exploitation des consommateurs et des locataires dans un milieu défavorisé serait d'établir un service d'aide juridique local ou communautaire de sorte que les consommateurs et les locataires puissent faire appliquer leurs droits. Conformément à une approche juridique pluraliste, on se demanderait si les meilleurs solutions seraient d'avoir recours à ce service, d'une part, pour organiser une importante grève des locataires et créer des coopératives d'habitation et, d'autre part, pour boycotter les vendeurs exploités et mettre sur pied des coopératives alimentaires et autres. La liberté d'action à l'échelle locale se limite-t-elle à soumettre le conflit au système «officiel» ou entraîne-t-elle la création et le maintien d'ordres normatifs «non officiels»? Pour une élaboration de ces thèmes, voir J. Conley et W. O'Barr, *Rules Versus Relationships: the Ethnography of Legal Discourse* (Chicago, University of Chicago Press, 1990); S. Silbey et A. Sarat, «Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to Reconstruction of the Juridical Subject» (1989), *Denver University Law Review*, 66, p. 437.
  43. Pour un examen plus complet de plusieurs des thèmes soulevés dans les prochains paragraphes, voir R.A. Macdonald, «Theses on Access to Justice» (1992), *Canadian Journal of Law and Society*, 7 (à paraître).
  44. Voir, par exemple, M. Galanter, «Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change» (1974), *Law and Society Review*, 9, p. 95.
  45. L'expérience américaine est confirmée par une récente étude des litiges à la Cour des petites créances de Montréal. Près des deux tiers des demandeurs à cette cour – tribunal dont la mission est de favoriser les citoyens ordinaires par l'exclusion des sociétés à titre de parties demanderesse et par l'interdiction de la représentation par avocat – correspondent au profil suivant : hommes blancs, de classe moyenne, d'âge moyen (entre 30 et 50 ans), francophones, exerçant une profession et intentant une poursuite afin de recouvrer une créance auprès d'un client. Les avocats ne sont peut-être pas autorisés à représenter d'autres parties à la Cour des petites créances, mais ils sont très présents à titre de demandeurs pour leur propre compte. Voir R.A. Macdonald, «Are All Small Claims Identical? A Preliminary Inquiry Into the Use of the Montreal Small Claims Court», 1992, inédit.
  46. Cela ne signifie pas, bien sûr, qu'on peut se passer des mécanismes de règlement des conflits reposant sur une décision coercitive d'une tierce partie. En effet, même des mécanismes de règlement des conflits différents de la procédure judiciaire peuvent aboutir à des inégalités systémiques et même si certains «habitués» qui exigent un règlement judiciaire n'en retirent plus d'avantages a priori, il reste qu'en raison de caractéristiques particulières chez certains – obstination, mauvaise volonté, jalousie – on doit parfois en arriver à une solution imposée. Il s'agit dans ce cas de se demander si l'accès à une décision rendue par un tiers doit être accru ou si on doit élaborer davantage d'autres mécanismes. Même au sein de la structure du droit «officiel», nous avons le choix de définir ou non les relations humaines de telle sorte que les conflits interpersonnels soient plus ou moins facilement judiciarisés.
  47. Pour un examen de cette dernière technique dans le contexte autochtone, voir le jugement du juge Stuart, dans *la Reine c. Moses*, 1992, 71, C.C.C. (3e), p. 347 (Yukon Territory Court). Voir aussi H. Lilles et B. Stuart, «The Role of the Community in Sentencing», *Justice Report*, vol. 8, n° 4, printemps 1992, p. 3.
  48. On trouvera une critique soutenue de la judiciarisation dans Mary Ann Glendon, *Rights Talk* (Cambridge, Harvard University Press, 1991).

49. Cela ne signifie pas que les ordres normatifs de ces collectivités et de ces marchés existent en toute abstraction du droit «officiel» et que leurs valeurs doivent toujours avoir préséance sur celles du système «officiel». Cette hypothèse a plus de poids lorsque les autochtones sont touchés (voir M.F. Turpel, «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolies, Cultural Differences», 1989-1990, *Canadian Human Rights Yearbook*, 6, p. 3), mais il peut même dans ce cas y avoir des raisons convaincantes de promouvoir au moins certaines valeurs essentielles du système «officiel» (voir A. Cairns, «Reflections on the Political Purposes of the Charter», sous la direction de G. Beaudoin, *The Charter : Ten Years Later* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992), 161, p. 188 à 190). Un des avantages du point de vue pluraliste en droit est précisément qu'il fournit un cadre théorique à l'intérieur duquel on peut traiter ces questions de discordance normative d'une manière nuancée.
50. Dans une étude récente de la Cour des petites créances de Montréal, on a pu discerner des comportements discriminatoires chez certains membres du personnel et de la magistrature de la Cour : les femmes, les immigrants, les personnes ayant de la difficulté à parler le français, les personnes appartenant manifestement aux classes socio-économiques inférieures et les jeunes avaient droit à moins de sympathie et de compréhension pendant l'instruction. Voir R.A. Macdonald, «Are All Small Claims Identical? APreliminary Inquiry Into the Use of the Montreal Small Claims Court» (1992, inédit). L'établissement de structures de représentation est la première étape essentielle pour surmonter ce genre d'inaccessibilité.
51. Il existe des liens évidents entre cette perspective de la différenciation de l'accès à la justice axée sur la procédure et les efforts considérables consentis pour établir des distinctions entre les parties par les programmes d'action positive. Néanmoins, du fait qu'elles représentent une question de justice, les stratégies telles que le renversement du fardeau de la preuve, le relâchement des règles de preuve et l'affectation du recours discrétionnaire à une seule partie n'ont pas donné lieu à la stigmatisation que suscitent dans de nombreux milieux les programmes incisifs d'action positive.
52. On trouvera dans W. Kymlicka, *Liberalism Community and Culture* (Oxford, Clarendon Press, 1989) et B. Slattery, «Rights, Communities and Traditions» (1991), *University of Toronto Law Journal*, 41, p. 447 des démarches libérales opposées visant à établir un tel fondement pour ce qui est des systèmes de justice autochtones. À mon avis, ces deux études confirment que seule une conception pluraliste des systèmes de justice fournit un fondement théorique adéquat pour la reconnaissance et la légitimation des systèmes de justice autochtones. A fortiori, seule une telle perspective donne lieu à un fondement théorique adéquat pour la reconstruction des systèmes de justice non autochtones.
53. Pour un examen théorique de la signification de la reconnaissance dans un contexte analogue, voir C. Taylor, *Multiculturalism et "The Politics of Recognition"* (Princeton, Princeton University Press, 1992).
54. On trouve dans d'autres documents de la Commission une façon légèrement différente de formuler cette question, soit «Les réformes du système judiciaire canadien préconisées par les autochtones seraient-elles bénéfiques i) à la société considérée dans son ensemble, c.-à-d. comme un résultat de la plus grande place faite à la réparation et au redressement ii) à des groupes désavantagés de la société comme les pauvres, les femmes et les minorités culturelles.» À mon point de vue, cependant, en dépit de la différence de formulation, les questions posées sont essentiellement les mêmes.

## Annexe

La présente annexe s'inspire d'un mémoire plus long soumis à la Commission royale à la suite de la Table ronde sur la justice. Elle traite de questions semblables à celles qui font l'objet des paragraphes suivant la note 39 de la section A de la partie deux, mais en fonction des préoccupations des autochtones et non celles des non autochtones qui sont manifestement l'objet du présent essai.

### *Observations sur la table ronde*

Les deux journées de discussions de la Table ronde ont été particulièrement enrichissantes, surtout dans la mesure où les discussions ont porté sur l'obstacle posé par le modernisme. Bien sûr, la société non autochtone doit elle aussi faire face au modernisme et chercher à comprendre comment la loi pourrait contribuer à surmonter les difficultés posées par la technologie, l'urbanisation et l'effondrement des rapports sociaux. Les leçons tirées de la reconnaissance et de la légitimation des systèmes de justice autochtones sont précisément les mêmes que celles que l'on tire en se confrontant au modernisme. À tout le moins, les expériences des autochtones sont particulièrement valables dans l'illustration de la diversité des institutions juridiques canadiennes. En outre, ces expériences révèlent que ce qui semble bien souvent un problème de justice pénale est étroitement lié au droit de la famille, au droit du bien-être et de la protection des enfants, et ainsi de suite. La reconnaissance des systèmes de justice pénale autochtones est le corollaire de la reconnaissance des systèmes autochtones de justice civile.

Permettez-moi d'avancer ce que sont, à mon avis, trois des principales questions théoriques soulevées à la faveur des discussions de la Table ronde et qu'une vision pluraliste aide à clarifier : 1. À quoi pensons-nous exactement lorsque nous posons les questions (a) le système peut-il être adapté, ou (b) avons-nous besoin d'un système séparé? 2. Quelle serait le fondement de la légitimation politique ou juridique de la réponse à (a) ou à (b)? 3. Pour les questions 1 et 2, les réponses à (a) ou à (b) varient-elles selon que l'on parle de revendications territoriales ou d'autres revendications? Nous tenterons, au fil des paragraphes qui suivent, de traiter brièvement ces questions.

### **Établir la distinction entre les systèmes de justice autochtones et non autochtones**

La première question est de savoir s'il existe maintenant, dans les faits, au Canada des systèmes de justice autochtone en place, ou si ces régimes de justice autochtone ne sont que des «règles de droit coutumier précédant les mesures judiciaires», des «mécanismes internes de contrôle social» et «n'appartenant pas au système». Ceci nous force à nous interroger sur ce que l'on appelle un système de justice. L'affirmation courante qui consiste à dire que le droit canadien «officiel» n'est qu'un système de contrôle externe et que la justice autochtone n'est qu'un système intériorisé ne contribue pas à trouver une réponse. Le droit canadien est un amalgame très complexe de contrôles internes et externes, les premiers reposant bien souvent sur des

concepts religieux comme le péché. Il ne sert à rien de prétendre que ces contrôles internes ne revêtent pas un caractère juridique parce que cette attitude consiste seulement à adopter un concept du droit très formel (et fort discutable) afin de mettre de côté certains phénomènes dans le but de faire une remarque de nature polémique. Je pourrais, par exemple, faire de même pour les systèmes autochtones, c'est-à-dire prendre une description limitée de normativité juridique afin de démontrer que les systèmes de justice autochtones sont, eux aussi, composés de leviers externes. Mais à quoi cela servirait-il? D'après ce que nous disent les anthropologues, les systèmes de droit et de justice autochtones sont des amalgames très complexes de contrôles internes et externes, d'institutions officielles et officieuses, de rites, de rituels et de procédures.

À deux égards, les dichotomies simples nous rendent de mauvais services. Premièrement, elles suggèrent que les systèmes canadien et autochtones de droit sont empreints d'un antagonisme immuable et irréconciliable; à cet égard, les autochtones n'ont rien à apprendre du droit canadien, et *vice versa*. Deuxièmement, elles font obstacle à l'analyse des véritables composantes des ordres juridiques autochtones en les établissant au niveau d'archétype et en excluant toute donnée qui contredirait ce modèle car elle serait soit influencée par le système canadien, soit d'introduction extérieure, soit une imposition aux autochtones des concepts non autochtones de normativité.

Une conception pluraliste du droit assouplit notre définition de la loi de sorte que ces divers systèmes et ordres normatifs, qui en réalité régissent des secteurs importants de l'activité humaine, sont compris pour ce qu'ils sont. Ce que le pluralisme met en lumière, dans le cas des systèmes de justice autochtone, c'est non seulement la multiplicité des ordres normatifs qui se font concurrence entre les diverses collectivités et sociétés autochtones, mais aussi la pluralité des ordres et systèmes normatifs à l'intérieur des collectivités autochtones respectives. Permettez-moi d'aborder la question sous un autre angle. Il y a beaucoup plus de contrôle social intériorisé, de procédures judiciaires visant à la conciliation et de souci pour le redressement et la réintégration dans les divers ordres juridiques du droit canadien «officiel» que ce que laisse entrevoir le «modèle théorique» hautement formalisé et institutionnalisé de droit pénal. Mêmes ces soi-disant valeurs, qui pourraient en vertu d'un cadre juridique plus souple éviter que certains problèmes ne relèvent du droit pénal, sont moins présentes dans la pluralité des autres ordres juridiques en vigueur dans la société autochtone. Réciproquement, il y a davantage de contrôle social extériorisé, de procédures judiciaires axées sur l'opposition et d'orientation punitive dans les systèmes de justice autochtone que ne veulent l'admettre leurs défenseurs. Les deux systèmes possèdent de puissants éléments qui visent à «concourir» plutôt qu'à «agir» sur une responsabilité définie.

Je suggère deux raisons principales pour lesquelles cette fausse dichotomie entre les conceptions autochtones et non autochtones de la loi est si profonde. D'abord, l'expérience première des autochtones avec le système juridique canadien n'est habituellement pas empreinte de sensibilité et de subtilité. Un long passé raciste chez les personnes occupant, au sein du système de justice pénal, des postes de première

ligne (policiers, procureurs à charge, gardiens de prison, voire même juges) et l'échec de toute tentative d'appliquer, envers les autochtones, les mêmes normes de souplesse et de discrétion auxquelles ont droit les non-autochtones, signifient que la possibilité que le système juridique canadien ne soit autre chose qu'une forme de contrôle extériorisée est étrangère à la plupart des autochtones. Puis, cette fausse dichotomie est si profonde parce qu'en fonction de l'idéologie de «centralisme juridique», il est nécessaire (question purement essentielle) d'affirmer que les autochtones ont été floués par le système juridique canadien sur le plan des résultats plutôt que sur celui des intrants, c'est-à-dire en les reconnaissant et en les légitimant à ses propres conditions. Je serais d'avis que la base morale de la reconnaissance trouve sa plus profonde justification dans les motifs invoqués par les tenants du pluralisme juridique pour accorder la légitimation, et non dans l'évocation empirique de l'échec. Il se pourrait bien que certaines caractéristiques du droit canadien, pris dans leur forme extrême, sont antithétiques et destructrices des valeurs autochtones lorsque ces dernières s'expriment elles aussi dans leur forme extrême. Mais je donnerais pour argument que le fait qu'il y a plus d'autochtones emprisonnés, plus de récidivistes, plus d'arrestations et ainsi de suite, n'est pas en soi une preuve que le système a échoué. De toute manière, ce qui est clair c'est que les autochtones sont floués par le système car il les dépouille de leurs pouvoirs et ne revêt pas à leurs yeux un caractère de légitimité, quels que soient les résultats.

Enfin, le pluralisme juridique nous permet de constater qu'il y a autre chose aux ordres juridiques que le contrôle social. Le droit s'articule autour d'au moins deux idées de base : le contrôle social et l'harmonisation des interactions humaines. Les travaux de la Table ronde étaient axés sur les problèmes inhérents au système de droit pénal. Mais il y a nombre d'autres aspects au droit que ceux-là. De façon plus générale, ce qu'il faut chercher à savoir sur les systèmes de justice autochtone c'est leur mode de fonctionnement dans le domaine civil : droit de la famille, droit successoral, droit des biens, droit des délits, droit contractuel. Si on comprend la pleine portée des diverses solutions en matière de droit civil (la façon dont les revendications sont formulées, débattues et résolues) nous comprendrons mieux les principes du droit pénal autochtone.

### Reconnaissance et légitimation

La deuxième question importante est de connaître l'origine de la légitimation de ces autres systèmes. Cette question a été formulée à l'intention de la Table ronde par l'entremise d'une question substitut : le système peut-il s'adapter ou faut-il un système séparé? Une perspective de pluralisme juridique nous aide à voir, à la fois pour la société non autochtone vis-à-vis de ses multiples autres ordres juridiques, et pour les autochtones, que la réponse est à deux volets. Permettez-moi de vous illustrer pourquoi en évoquant directement les concepts de légitimation.

Le système juridique canadien «officiel» peut, en gros, adopter l'une ou l'autre de deux attitudes à l'égard de la légitimation des systèmes autochtones. Soit que ces systèmes sont expressément légitimés par le droit canadien, ce qui implique un retrait de certains champs de compétences pour permettre la création d'un «espace»

autochtone, soit que ces systèmes sont implicitement légitimés par le système juridique canadien, ce qui implique qu'il reconnaisse qu'ils lui sont extérieurs et qu'ils tirent leur légitimité des autochtones eux-mêmes. Bref, sont-ils légitimés parce que le système juridique du pays se retire ou leur crée un espace; ou sont-ils légitimés car ils sont d'eux-mêmes des systèmes normatifs légitimés et dont la légitimité n'est nullement entachée par la présence de l'«autre» système juridique ni tributaire de ce dernier?

Sur la première hypothèse, les rapports entre le système juridique canadien et les systèmes autochtones s'apparentent aux rapports des cours supérieures qui exercent leur pouvoir de surveillance et de contrôle sur les agences administratives. Il s'agit d'un champ de compétence et j'irais même jusqu'à dire de subordination et de colonisation. Dans la mesure où le système actuel s'adapte à la situation des autochtones, la légitimation est perçue d'abord et avant tout du point de vue du système juridique canadien : les autochtones peuvent faire fonctionner leur propre système à l'intérieur des limites que nous leur accordons, mais le système juridique canadien aura toujours un pouvoir de surveillance, de contrôle. La question de la portée du système autochtone n'en est qu'une de réalité de champ de compétence, non de revendication normative, et le système juridique canadien aura toujours le pouvoir de déterminer le bien fondé de ce champ de compétence. C'est, je crois, précisément la question soulevée à l'égard de la détermination de la peine en groupe. Si vous avez un cercle de vie, demeurez quand même le juge et pouvez toujours imposer n'importe quelle sentence qui vous plaît, comment dans les faits légitimez-vous les systèmes autochtones? La légitimation n'est pas que formelle et liée à un certain type de procédures. Elle est fondamentale et porte tout autant sur les intrants que sur les résultats.

Pour ce qui est de la deuxième hypothèse, selon laquelle la légitimation découle d'une revendication d'un droit inhérent de formuler et de contrôler des institutions juridiques, la légitimation prend sa source dans les procédures et les valeurs des collectivités autochtones. On pourrait comparer les rapports qu'entretient le système juridique canadien avec le système juridique autochtone aux rapports entre les systèmes de l'Ontario et du Québec. C'est toujours une question de champ de compétences, mais elle s'éloigne de la notion de conflit entre systèmes de droit. La portée des systèmes juridiques autochtones n'est pas déterminée par une cour canadienne ayant mandat de surveillance mais plutôt par chacun des systèmes décidant de façon autonome l'étendue de sa propre sphère de compétences. Les systèmes autochtones et le système juridique canadien «officiel» devront élaborer leurs propres mécanismes de résolution de conflits afin de déterminer leurs champs de compétences respectifs et les lois (et procédures) qui devront s'appliquer. Dans ce sens, il devra y avoir un mécanisme semblable à celui, en France, du Tribunal des conflits servant à offrir une médiation dans les cas de concurrence de champs de compétences. Ce modèle suppose qu'il existe deux structures de légitimation et tient pour acquis que les questions relatives aux conflits de compétences ne sont pas que des questions de faits qu'un tribunal d'instance supérieure doit trancher, mais bien des conflits de normes et d'ordres juridiques perçus comme tels.



Dans bien des cas, comme celui du cercle de vie, le droit canadien croit légitimer le droit autochtone par surveillance et par délégation : on dit que les systèmes autochtones ne sont légitimés que dans une mesure déterminée par le système juridique canadien. Les leçons tirées du pluralisme juridique indiquent cependant une toute autre réalité. Le système juridique canadien peut croire qu'il légitime le droit autochtone à ses propres conditions. Mais du point de vue des autochtones, il y a un conflit d'ordres normatifs et ils sont les seuls à choisir celui auquel ils seront fidèles. C'est donc dire que le système juridique canadien peut intervenir, et en réalité imposer sa volonté, mais cette imposition de fait ne lui conférera pas de légitimité. La légitimité ne peut venir que de la base.

Que peut-on en conclure sur la question de savoir si le système actuel peut s'adapter ou s'il doit faire place à un système distinct de droit autochtone? Seulement, quel que soit le cas étudié (par exemple, une question interne au droit canadien), que la question de base ainsi formulée importe peu. Dans une perspective de légitimation, aux yeux des autochtones, il n'y a qu'une réponse. Qu'il s'adapte ou se retire complètement, le processus juridique qui en découlera n'aura de légitimité qu'à leurs conditions. Il importe de souligner, et ceci me vient de plusieurs interventions à la Table ronde, qu'aucun système de justice autochtone ne veut pour le moment que le système juridique canadien « officiel » ne se retire complètement. Pour certains, l'étendue des compétences, le contrôle du processus et la définition normative à revendiquer seront, à court terme, considérables; pour d'autres collectivités et sociétés autochtones elles seront moindres, et pour certaines autres, minimes. Mais dans chaque cas, la décision sera celle des autochtones eux-mêmes et non le fruit de concessions accordées par le système juridique « officiel ». Je ne peux prétendre connaître la réponse avec certitude, mais si l'on tient compte du haut degré d'interaction entre sociétés autochtones et non autochtones dans la partie nord du continent nord-américain, le temps depuis lequel ces interactions ont cours, et le maillage étroit du droit « officiel » avec les problèmes sociaux du modernisme, je doute que les autochtones choisissent à court terme d'exclure totalement le droit pénal « officiel » dans des questions de meurtre, de viol et différentes formes de violence familiale ou dirigée vers les enfants. Mais entre temps, ce qui importe de façon cruciale, c'est que les institutions « officielles » du droit canadien (quel que soit leur modèle d'inspiration) acquièrent et conservent une légitimité aux yeux des autochtones. Bien sûr, si les autochtones demandent au droit canadien de se retirer complètement de certaines compétences, le pluralisme juridique nous apprend qu'il s'agit là d'une décision que seuls les autochtones devront prendre.

Du point de vue du droit canadien, la réponse n'est en substance pas plus problématique. Le droit canadien sera toujours partie prenante aux décisions sur le degré de légitimité à accorder aux ordres juridiques autochtones, que ce soit par le contrôle des compétences ou par les méthodes de résolution de conflits qu'il adopte. La reconnaissance et l'application de lois venues de l'extérieur comporte toujours une évaluation de la politique générale. De plus, la substance même de la loi conservera toujours, comme dans tous les cas de régimes qui se succèdent, des caractéristiques importantes du régime précédent. Que la légitimation du droit autochtone se fasse par délégation ou par résolution de différends, le résultat (d'un point de vue officiel)

est le même. Que la légitimation du droit « officiel » par les autochtones se fasse d'une manière ou de l'autre, le résultat est le même. Ceci nous fait croire que l'affirmation selon laquelle le droit doit avoir une connotation territoriale est exagérée. La véritable légitimité s'inspire des personnes et des sociétés, non d'unités géographiques et de permissions venues de l'extérieur.

### L'importance du territoire

La troisième question mise en lumière par la perspective de pluralisme juridique a trait aux distinctions entre les autochtones qui occupent un territoire déterminé et ceux qui n'ont pas de territoire bien défini. C'est le cas surtout des Métis et des groupes non inscrits. Là encore, c'est une question qui n'a de sens réel que si l'on est engagé à un système de droit centraliste et unique. Une perspective juridique pluraliste considère que ce qui définit un ordre juridique n'est ni le territoire, ni toute autre caractéristique extérieure. Un ordre juridique, et le fait d'y adhérer, se définit en grande partie (bien que non exclusivement) par des choix que les gens font sur leur appartenance et le degré de respect qu'ils ont pour ses institutions, processus et normes (c'est-à-dire le degré de légitimité qu'ils confèrent à ce système). Il y a trois conséquences à adopter ce point de vue. Premièrement, il n'affirme pas l'obligation faite aux personnes de souscrire exclusivement à un ordre juridique ou à un autre. Deuxièmement, il reconnaît une pluralité presque infinie d'ordres juridiques et que chacun d'eux peut afficher des caractéristiques très différentes à l'égard de son degré d'institutionnalisation, de ses procédures, ses symbolismes, ses résultats et son degré de totalisation de l'espace social. Troisièmement, dans la mesure où l'appartenance se définit à partir de notions de groupes qui ne sont *pas* le fruit de choix individuels, il nous force à nous interroger sur l'origine de ces notions de groupe et d'appartenance.

Comme pour la première question traitée, un point de vue juridique pluraliste suppose que la loi, comme dans le droit romain ou féodal, est à maints égards une question essentiellement personnelle et, plus important encore, ne se limite pas uniquement à des notions territoriales. Le contrôle territorial est la règle implicite, non la règle première. Lorsqu'on accepte que chacun peut avoir sa loi, on accepte du même coup que chacun peut, en même temps, avoir plusieurs lois personnelles. Je suis moi-même membre d'un ordre juridique. Je vis dans le respect de la loi canadienne, de la loi québécoise et, dans une certaine mesure, de la loi ontarienne car ma famille vit en Ontario et j'y possède des biens. Mais de façon plus directe, je vis dans l'ordre juridique de mon milieu de travail qui m'impose toutes sortes de règles officielles et non officielles, que ce soit à l'égard du droit criminel (libelle, assaut), du droit des délits, du droit des contrats ou que sais-je encore. Lorsque cet ordre entre en conflit avec l'ordre juridique, je dois choisir où camper mon allégeance personnelle. (Permettez-moi ici d'ouvrir une parenthèse sur les choix. Je n'ai pas à l'esprit le modèle des « acteurs rationnels » cher aux économistes. Ces choix sont de nature sociale. Ma perception des choix n'est et ne peut être seulement le résultat d'un individualisme sans contrainte. Donc, lorsque je dis que je dois choisir l'ordre normatif dominant qui attire mon allégeance, je ne veux pas dire qu'il s'agit d'un choix comme celui de savoir si je veux manger une glace à la vanille ou aux fraises.) Bien souvent, ce choix porte peu à conséquence ou est fait pour moi par les actions des

autres. Si je suis accusé de voies de fait, quel que soit l'ordre juridique de la faculté, la justice « officielle » de l'État voudra intervenir dans son champ de compétence : mais la faculté aura son mot à dire sur le champ de compétence qu'elle occupe à l'égard du professeur (si il ou elle a agi de manière non appropriée) si en contrevenant à l'ordre juridique « officiel » on a aussi contrevenu à son ordre juridique. Il en est de même avec le droit contractuel et le droit des délits. Je suis aussi membre de divers autres ordres normatifs : famille, voisinage, religion, ethnie, intérêts personnels, etc.

C'est aussi vrai des autochtones. Indiens non inscrits, hors réserves et Métis ont tous, en fonction de facteurs divers, des degrés différents d'attachement aux autres ordres normatifs auxquels ils appartiennent. Bien sûr, le territoire conditionne grandement cet attachement, mais ce n'est pas le seul facteur. En matière de droit civil, il s'agit de déterminer si l'interaction se déroule avec quelqu'un appartenant au même ordre normatif. En termes romains, les deux parties sont-elles romaines ou pérégrines? Bien que l'existence d'un territoire délimité permette de déterminer avec plus de facilité les autres attachements normatifs et de préciser certaines caractéristiques institutionnelles normalement associées à la loi (police, tribunaux, avocats, etc.), le territoire n'est pas essentiel à leur existence. Encore moins nécessaire est l'exclusivité territoriale. L'église catholique se débrouille bien en affirmant la suprématie du droit canon chez ses disciples, bien qu'elle n'ait pas de territoire exclusif. (Je reconnais qu'il y a en principe des limites aux sujets relevant du droit canon, mais ses normes dépassent la portée des dix commandements et aborde le droit de la famille, des successions, des contrats, des délits et de la restitution.) Y a-t-il une seule raison de croire que les Indiens non inscrits, les Métis et les autochtones hors réserves ne pourraient agir de même à leurs propres fins? Ce qui est fondamental à la reconnaissance et à la légitimation de ces ordres est l'engagement et l'attachement de la collectivité en question à leur endroit. Par exemple, les Métis reconnaissent-ils leur appartenance métisse, reconnaissent-ils l'autorité des leaders métis leur permettant de constituer des institutions normatives comme des tribunaux ou leurs substituts exerçant sur eux leurs compétences et leurs pouvoirs? Que les résultats de cette reconnaissance découlent de l'intégration de normes autochtones dans les interstices du droit « officiel », ou encore qu'ils existent de plein droit dans le système officiel dépend de nombreux facteurs. À ce chapitre, une vision de pluralisme juridique n'impose pas de déterminisme à une collectivité ou à un individu.

Quant à la seconde question, la réaction pluraliste est implicite dans les propos tenus dans le paragraphe précédent. À chaque niveau fonctionnel d'un système juridique existe un nombre infini de formalités et de structures. Prenons par exemple, aux fins de la présente discussion, les règles, les instances décisionnelles, les procédures et les structures de légitimation comme caractéristiques du droit officiel. Les règles vont au delà des lois. Elles comprennent les causes, les principes généraux et particuliers de la politique générale. Nos instances décisionnelles varient de très officielles (tribunaux) à moins officielles (arbitres, agences) à non officielles (médiation, etc.). Pour ce qui est des procédures, nous reconnaissons que les lois, les procédures judiciaires, la médiation, la coutume, le vote, le recours au hasard donnent naissance aux normes et permettent de résoudre les conflits et les différends. Et nous savons, pour

reprendre les mots de Weber, que les systèmes normatifs peuvent être légitimés par le charisme, la tradition, l'autorité juridique et rationnelle et le savoir-faire. Dans le système officiel, tous ces éléments sont constamment en action. Peut-on croire qu'il en est autrement dans les divers systèmes juridiques autochtones?

Les juristes sont néanmoins sous l'emprise d'une notion du droit qui s'articule ainsi : la loi est officiellement écrite, des règles écrites par les institutions sont interprétées et appliquées en fonction d'un processus judiciaire axé sur l'opposition devant des tribunaux de compétence officiellement établie, le tout bien encadré dans un système politico-juridique lui-même campé dans ce que Weber appelle un modèle juridico-rationnel. Le pluralisme juridique souligne non seulement l'extrême complexité du système soit-disant officiel, mais aussi la complexité de tous les autres systèmes. Lorsque l'on met de côté le modèle juridique hyperrationnel du genre «discours principal de la réunion du Barreau», les possibilités de reconnaître les divers systèmes de justice autochtone deviennent très claires. De plus, ces systèmes n'ont pas à tous être identiques, atteindre le même degré de formalité, d'institutionnalisation, etc. Vu sous cet angle, le territoire ne devient qu'un des facteurs pouvant permettre d'ériger et de reconnaître un ordre juridique. En outre, la question de la reconnaissance n'a pas à être abordée de la même manière pour tous ces systèmes.

Ces questions de pluralisme et de degrés du caractère non officiel soulèvent le troisième point : celui des chevauchements entre les systèmes et de l'appartenance à une collectivité juridique. Le pluralisme juridique tient aussi compte de ces questions. D'abord, il tient que la question d'appartenance n'en est pas seulement une de choix. Qu'une personne autochtone puisse être ou non membre d'un ordre juridique ne relève pas de sa seule détermination. Par contre, l'appartenance ne peut être déterminée seulement par le groupe : une personne autochtone peut choisir d'appartenir ou non à un ordre juridique autochtone quelconque, choix difficile, mais bien que possible, si la collectivité a une exclusivité juridique sur un territoire. Tout ceci pour dire que le pluralisme juridique attaque de front (même s'il n'a pas toutes les réponses) les questions relatives à l'établissement des ordres normatifs et à la complexité de l'amalgame des choix individuels qui conditionnent l'appartenance et des choix imposés par la société.

Comme je l'ai déjà dit, peut-être en négligeant l'économie des mots, je crois que la seule position théoriquement justifiée à adopter à l'égard de la reconnaissance et de la légitimation des systèmes juridiques autochtones est de s'en remettre à une perspective de pluralisme juridique. Cette position a pour avantage de faire envisager sous un éclairage nouveau et prometteur plusieurs des problèmes inquiétants d'accès à la justice dans les systèmes juridiques non autochtones. Ce n'est donc pas tant les résultats précis de la reconnaissance des systèmes autochtones (plus de réconciliation, plus de restitution, moins de confrontation, moins d'accent sur la culpabilité) qui profiteront le plus aux Canadiens en se penchant sur des revendications précises des autochtones. L'avantage principal sera plutôt la réorientation intellectuelle de ce que constitue un système juridique dans des sociétés modernes, polyethniques et multiculturelles et une meilleure définition du rôle du système juridique «officiel» dans l'univers de ces systèmes juridiques canadiens «non officiels».

## Bibliographie

### Symposiums

1. «Symposium : Accès à la justice» (1976), *McGill Law Journal*, 22, p. 352 à 540.
2. «Symposium : Identifying and Measuring Quality in Dispute Resolution Processes and Outcomes» (1989), *Denver University Law Review*, 66, p. 562 (avec bibliographie).
3. «Conference on Access to Justice in the 1990's», *American Bar Association Consortium on Legal Services and the Public*, 1989.
4. «Symposium : Libertés, Égalité, Constitutions : Les droits des peuples autochtones dans le cadre constitutionnel», 1989, *Recherches amérindiennes au Québec*, p. 1 à 91.
5. «Tenth Anniversary Symposium · Access to Justice – Law, Society and Scholarship» (1990), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 10, p. 281 à 541.
6. «Symposium : Access to Civil Justice», sous la direction de A.C. Hutchinson (1990), *Access to Civil Justice*, Toronto, Carswell.

### Rapports

- L'Association du Barreau canadien, *Solutions de rechange aux règlements des conflits : une perspective canadienne*, Ottawa, 1989.
- L'Association du Barreau canadien, *Coûts et délais des tribunaux*, Ottawa, 1989.
- Colombie-Britannique, *Access to Justice : The Report of the Justice Reform Committee*, Victoria, Ministry of the Attorney General, Justice Reform Committee, 1988.
- Canada, *Access to Justice : The State of Research and a Vision for a Future*, (N. Gold, auteur), Ottawa, ministère de la Justice, 1990.
- Ontario, *Report of the Inquiry into the Ontario Court System*, (Rapport Zuber), Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1987.
- Québec, Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *Falons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, ministère de la Justice, 1991.
- Québec, Office des personnes handicapées du Québec, *À part ... égale. L'intégration sociale des personnes handicapées : un défi pour tous*, 1989.
- Royaume-Uni, *Report of the Review Body on Civil Justice*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1988.

### Monographies

- Arthurs, H.W., «*Without the Law*» : *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Atlan, II., *À tort ou à raison : Intercritique de la science et du mythe*, 1980.
- Brickey, S. et Bracken, D., *Les besoins d'information de la population en matière de droit au Canada : un cadre théorique*, Ottawa, ministère de la Justice, 1982.
- Cappelletti, M. (directeur), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984.
- Cappelletti, M. et Garth, B. (directeurs), *Access to Justice : A World-Wide Survey*, Milan, Sijthoff, 1978, 3 vol.

- Curran, B.A., *The Legal Needs of the Public – The Final Report of a National Survey*, Chicago, American Bar Foundation, 1977.
- Ellickson, R.C., *Order Without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Friedland, M. et al., *Access to the Law : A Study Conducted for the Law Reform Commission of Canada*, Toronto, Carswell, 1975.
- Giard, M. et Proulx, M., *Pour comprendre l'appareil judiciaire québécois*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1985.
- Moore, S.F., *Law as Process*, 1978.
- Moore, S.F., *Social Facts and Fabrications : «Customary Law» on Kilimanjaro, 1880-1980*, 1986.
- Nader, L. (directeur), *No Access to Law*, New York, Academic Press, 1980.
- Richardson, C.J., *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes (dont Montréal) : un aperçu des résultats de recherche*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1988.
- Sampford, C., *The Disorder of Law*, Oxford, Blackwell, 1989.
- Walzer, M., *Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality* New York, Harper Torchbooks, 1983.
- Whelan, C. (directeur), *Small Claims Courts – A Comparative Study*, 1990.
- Wydrzynski, C. et al, *CAW Prepaid Legal Plan. A Case Study of an Alternative Funding and Delivery Method for Legal Services*, Windsor, Faculty of Law, 1989.

## Articles

- Anselek, P., «Le droit dans les esprits», sous la direction de P. Anselek et C. Grzegorzczk. *Controverses autour de l'ontologie du droit*, 1989.
- Arthurs, H.W., «Law as an Instrument of State Intervention : A Framework for Enquiry», sous la direction de I. Bernier et A. Lajoie, *Law, Society and the Economy*, 1986.
- Beaumier, M., «Le recours collectif au Québec et aux États-Unis» (1987), *Revue générale de droit*, 18, p. 775.
- Cappelletti, M., «Accès à la justice : Comme Programme de réforme et comme méthode de pensée» (1982), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2, p. 193.
- Cappelletti, M. et Garth, B., «Access to Justice : The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective» (1978), *Buffalo Law Review*, 27, p. 181.
- Carbonnier, J., «Les phénomènes de l'internormativité» (1977) *European Yearbook of Law and Sociology*, 27, p. 42.
- Duclos, N., «Lessons of Difference : Feminist Theory on Cultural Diversity» (1990), *Buffalo Law Review*, 38, p. 325.
- Esser, J., «Evaluations of Dispute Processing : We Do Not Know What We Think and We Do Not Think What We Know» (1989), *Denver University Law Review*, 66, p. 499.
- Fiss, O., «Against Settlement» (1984), *Yale Law Journal*, 93, p. 1073.
- Galanter, M., «"Compared to What" Assessing the Quality of Dispute Processing» (1989), *Denver University Law Review*, 66, (Part 3), p. xi.
- Galanter, M., «Why the "Haves" Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change» (1974), *Law and Society Review*, 9, p. 95.

- Geertz, C., «Local Knowledge Fact and Law in Comparative Perspective» (1983), *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Anthropology* p. 167.
- Goyette, A., «L'administration de la justice au Nouveau-Québec Inuit : de l'évolution d'une justice imposée», Faculté des sciences sociales, Université Laval, 1987.
- J. Griffiths, «What is Legal Pluralism?» (1986), *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24, p. 1.
- Jacoby, D., «Les défis de la justice administrative à l'horizon des années 2000» (1988), *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 18, p. 245.
- L'Heureux, N., «Les mesures alternatives de solution des petits litiges», 5<sup>e</sup> colloque Birmingham-Laval, 1990.
- Macdonald, R.A., «Access to Justice and Law Reform» (1990), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 10, p. 287.
- Macdonald, R.A., «Are All Small Claims Identical? A Preliminary Inquiry into the Use of the Montreal Small Claims Court» (encore inédit, novembre 1992).
- Morissette, Y.-M., «(Dé)judiciarisation, (Dé)juridicisation et accès à la justice» (1991), *Revue du Barreau*, 51, p. 585.
- Minow, M., «The Supreme Court 1986 Term – Foreword : Justice Engendered» (1987), *Harvard Law Review*, 101, p. 10.
- Moore, S.F., «The Semi-Autonomous Social Field, an Appropriate Subject of Legal Study» (1973), *Law and Society Review*, 7, p. 719.
- Nader, L., «The ADR Explosion – The Implications of Rhetoric in Legal Reform» (1988), *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 8, p. 269.
- Paré, I., «Communautés culturelles d'abord» (1990), *Maitre*, 2, p. 33.
- Pospisil, L.J., «The Structure of a Society and its Multiple Legal Systems» (1978), *Cross Examinations, Essays in Memory of M. Gluckman* p. 78.
- Pue, W., «Wrestling with Law : (Geographical) Specificity vs. (Legal) Abstraction» (1990), *Urban Geography*, 11, p. 566.
- Rouland, N., «Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique» (1989), *Droit national et Droit mixte*, Aix, Les Presses de l'Université d'Aix-Marseille, p. 41.
- Silbey, S., «Address at Plenary Session on Critical Traditions in Law and Society Research» (discours inédit daté de juin 1986).
- Silbey, S. et Sarat, A., «Dispute Processing in Law and Legal Scholarship : From Institutional Critique to Reconstruction of the Juridical Subject» (1989), *Denver University Law Review*, 66, p. 437.
- Stoddart, J., «Place aux femmes : égalité, équité, visibilité», conférence prononcée dans le cadre des Journées Maximilien Caron, 1991.
- Taylor, C., «Interpretation and the Sciences of Man», sous la direction de C. Taylor (1985), *Philosophy and the Human Sciences : Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2, p. 15.
- Trubek, D. et Esser, J., «Critical Empiricism in American Legal Studies : Paradox, Program, or Pandora's Box» (1989), *Law and Social Inquiry*, 14, p. 3.
- Trubek, D., «Critical Moments in Access to Justice Theory : The Quest for the Empowered Self», sous la direction de A.C. Hutchinson, *Access to Civil Justice*, p. 107.
- Turpel, M.E., «Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolis, Cultural Differences» (1989-1990), *Canadian Human Rights Yearbook*, 6, p. 3.

# Relations entre le système judiciaire canadien et un éventuel système autochtone

*Leonard (Tony) Mandamin\**

Lorsqu'on envisage la création d'un système judiciaire autochtone distinct, la nature des relations entre ce système et le système canadien de justice pénale est une question fondamentale qui se pose immédiatement.

Les relations sont importantes, parce que nous vivons aujourd'hui dans une société où les personnes, les biens et les informations circulent constamment entre les deux groupes. Le système de justice pénale de l'un ne doit pas entrer en conflit irrémédiable avec celui de l'autre.

La nature diversifiée de la communauté autochtone canadienne et la complexité du système canadien de justice pénale contribuent encore à rendre la question plus ardue. Les programmes contemporains de justice autochtone sont très nouveaux, même s'ils s'appuient sur des traditions anciennes. Ils sont à l'avant-garde de la loi. Il n'a pas encore été possible de développer complètement les modèles autochtones, ni de procéder à une observation des faits et d'effectuer des recherches afin d'obtenir une évaluation plus complète de leurs conséquences.

Le système de justice pénale et les systèmes judiciaires autochtones partagent le même objectif de maintien de la paix et de l'harmonie dans la société. Cela devrait favoriser la recherche de réponses à la question des relations. C'est dans le système de justice pénale existant que l'on peut trouver un commencement de réponse à la question des relations avec les systèmes judiciaires autochtones.

---

\* Avocat, Mandamin and Associates, Winterburn (Alberta)



La création de relations profitables entre le système canadien de justice pénale et les systèmes judiciaires autochtones vise à donner confiance dans les systèmes judiciaires autochtones et à créer l'harmonie dans le contexte canadien. Pour y parvenir, les relations doivent être rationnelles, souples et cohérentes. En dernière analyse, les systèmes judiciaires autochtones et les relations qui seront établies doivent viser le maintien de la paix et de l'harmonie tant dans la société autochtone que dans la société canadienne.

## **La création d'une justice autochtone parallèle se fera-t-elle par la mise en place d'un seul ou de plusieurs systèmes?**

Il faut rappeler qu'il existe au Canada de nombreuses cultures autochtones et qu'aux caractéristiques culturelles, il faut ajouter les différences propres à la géographie, à la démographie, au statut juridique et à l'affiliation politique. Les Inuit d'Arctic Lake, dans les Territoires du Nord-Ouest, les Iroquois des Six Nations, dans le sud de l'Ontario et les Métis de Duck Lake, en Saskatchewan, constituent des communautés très différentes.

### ***Le système canadien de justice pénale***

Le système canadien de justice pénale prend en compte un certain nombre d'éléments différents. Il serait bon de commencer par examiner les éléments communs et les éléments différents du système canadien de justice pénale, avant de se pencher sur l'opportunité d'instaurer un système judiciaire autochtone unique ou plusieurs systèmes.

### **Les éléments communs**

Le principal élément commun du système canadien de justice pénale est le *Code criminel*<sup>1</sup> qui s'applique dans toutes les régions du Canada<sup>2</sup> et qui a été adopté par le gouvernement fédéral, conformément à sa responsabilité constitutionnelle en matière de droit pénal. Il existe d'autres lois fédérales quasi-pénales telles que la *Loi sur les stupéfiants*<sup>3</sup> qui s'appliquent également à toutes les régions du pays.

Le deuxième élément commun important du système canadien de justice pénale est la Cour suprême du Canada qui est la cour d'appel de dernière instance dans toutes les affaires pénales.

Le troisième élément commun est l'utilisation, dans toutes les régions du pays, d'une structure similaire de justice pénale comprenant la police, la poursuite et la défense, les tribunaux et le service correctionnel. Ces éléments de la structure judiciaire existent dans l'ensemble des provinces et territoires.

### **Les éléments différents**

Si le gouvernement fédéral a compétence en matière de droit pénal, les provinces ont, quant à elles, compétence sur une myriade d'autres sujets relevant du droit quasi-pénal. La législation provinciale s'applique aux infractions donnant lieu à une

déclaration sommaire de culpabilité et relevant des compétences provinciales, pour lesquelles des amendes et des sanctions pénales sont imposées aux délinquants.

La constitution confère aux gouvernements provinciaux la responsabilité d'administrer la justice<sup>4</sup>. Chaque gouvernement provincial dispose de ses propres lois pour l'administration de la justice. Les lois provinciales s'appliquent à la police, à l'organisation des tribunaux, ainsi qu'aux établissements correctionnels provinciaux. Chaque système provincial est différent des autres, bien qu'il soit bâti sur le même modèle général.

## Les imbrications

Le système canadien de justice pénale est une imbrication des compétences fédérales et provinciales. Certains éléments du système de justice pénale eux-mêmes relèvent à la fois des compétences fédérales et provinciales.

La police est une responsabilité provinciale relevant de l'administration de la justice et des pouvoirs de police découlant de la *common law*<sup>5</sup>. Cependant, le gouvernement fédéral a créé, en vertu de ses pouvoirs de maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement, la Gendarmerie royale du Canada<sup>6</sup> qui peut offrir sur une base contractuelle des services de police aux gouvernements provinciaux. En Alberta, bien que la GRC offre des services de police en vertu d'un contrat avec le gouvernement provincial, les pouvoirs de maintien de la paix des agents de la GRC découlent de la loi fédérale sur la GRC plutôt que du *Police Act* provincial<sup>7</sup>.

C'est aux avocats du procureur général de la province qu'il incombe d'entamer des poursuites contre les auteurs d'infractions criminelles. En revanche, ce sont les avocats du ministère fédéral de la Justice qui poursuivent les contrevenants à la *Loi fédérale sur les stupéfiants*.

L'organisation des tribunaux révèle également l'imbrication des relations fédérales-provinciales. Les juges de la Cour provinciale sont nommés par les autorités provinciales. Les juges de la Cour supérieure du Banc de la Reine et de la Cour d'appel sont nommés par le gouvernement fédéral. Les provinces, en revanche, sont chargées de l'organisation des cours criminelles, y compris la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel.

Quant aux services correctionnels, ils relèvent à la fois du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux. Les provinces ont la charge des détenus dont la peine est inférieure à deux ans, alors que le gouvernement fédéral est responsable des pénitenciers qui accueillent les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus. Le solliciteur général de la province administre les programmes de probation et autres programmes correctionnels, tandis que le gouvernement fédéral intervient par l'intermédiaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Par conséquent, le système canadien de justice pénale est un ensemble complexe d'éléments imbriqués relevant des gouvernements fédéral et provinciaux et de systèmes provinciaux parallèles fonctionnant sur une base analogue. On peut considérer qu'il s'agit d'un système unique, dans la mesure où l'on reconnaît son extraordinaire diversité et complexité.

## Les systèmes judiciaires autochtones

Compte tenu de la complexité du système canadien de justice pénale, c'est un peu un abus de langage que de le considérer comme un système unique. Il en va de même lorsqu'on présente les formules de justice autochtone comme un seul et même système judiciaire ou comme un ensemble de systèmes judiciaires parallèles.

Le peuple Teslin Tlingit du Yukon et les Cris Attawapiskat du nord de l'Ontario, qui appliquent le *Code criminel*, et dont les tribus disposent de forces policières et ont recours aux anciens pour l'application de la justice autochtone traditionnelle, sont-ils différents de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse qui ont leur propre législation établissant leurs services de police et leurs tribunaux?

## La diversité autochtone

### *Culture*

On note de grandes différences dans les diverses communautés autochtones du pays. Au Canada, on compte au total onze familles linguistiques autochtones principales\*. Ces familles linguistiques autochtones regroupent environ 50 langues différentes parlées par un groupe linguistique qui se différencie des autres par sa culture et ses traditions. Aux peuples autochtones amérindiens et inuit, il faut ajouter les Métis qui ont leur propre histoire et leur propre culture.

### *Situation géographique*

Les autochtones du Canada sont répartis dans tout le pays, certains vivant dans les petits hameaux inuit du Nord, en bordure de l'océan Arctique, tandis que d'autres vivent dans les réserves indiennes situées près de la frontière sud du Canada. Il y a des territoires autochtones traditionnels dans toutes les régions du pays, de la côte est à la côte ouest. On trouve des autochtones aussi bien dans les localités rurales que dans les grandes villes canadiennes.

### *Population et territoire*

La population des communautés autochtones varie énormément, certaines premières nations se limitant à quelques familles, tandis que les membres des Six Nations sont plus de 10 000. Les réserves indiennes peuvent également varier en superficie. Certaines n'ont que quelques centaines d'acres, alors que la plus grande réserve du Canada, celle des Gens-du-Sang totalise 350 000 acres.

Quant aux Inuit qui vivent dans le Nord du Canada, ils se retrouvent aussi bien dans des petits villages d'une centaine d'habitants que dans des localités de plus d'un millier d'habitants, réparties dans toutes les zones du Nord canadien.

Les Métis sont regroupés en communautés comme les établissements métis de l'Alberta ou dans des villages à prédominance métisse, dans l'Ouest du Canada. La population des établissements métis varie d'un endroit à l'autre. En Alberta, la population métisse varie d'environ 350 habitants dans l'établissement Elizabeth à 2 200 personnes dans l'établissement de Paddle Prairie.

Par ailleurs, c'est dans les grands centres urbains que l'on trouve la plus grande concentration d'autochtones au pays. À Edmonton, par exemple, la population autochtone urbaine est évaluée, au bas mot, à environ 35 000 personnes.

### *Statut légal et structures administratives*

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît comme autochtones les Indiens, Inuit et Métis. La loi réserve un traitement différent à ces trois groupes. Le gouvernement fédéral reconnaît les Indiens de plein droit et les Indiens visés par les traités comme des Indiens, aux termes de la *Loi sur les Indiens*<sup>9</sup>. Les Inuit, considérés comme des Indiens aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>10</sup>, sont définis comme des non-Indiens par la *Loi sur les Indiens*<sup>11</sup>. Quant aux Métis, s'ils sont reconnus par certaines vieilles lois fédérales se rapportant principalement à l'affectation des terres dans les Prairies, ils ne jouissent d'aucune reconnaissance légale de la part du gouvernement fédéral<sup>12</sup>. En Alberta, il existe une loi applicable aux Métis et à la création des établissements métis.

Ces différences de statut juridique ont une incidence au niveau de la nature du régime politique auquel sont assujettis les autochtones et ajoutent encore à la complexité de la question des relations du système judiciaire autochtone avec le système canadien. La diversité de la communauté autochtone nationale justifie la création de systèmes judiciaires autochtones parallèles. Et pourtant, les différentes formules judiciaires autochtones ont pour thème commun le maintien de la paix et en cas de perturbation de la paix, la restauration de l'harmonie et la réinsertion sociale du délinquant.

## **Les programmes judiciaires autochtones communautaires**

Il y a plusieurs façons de définir une communauté autochtone. Il peut s'agir d'un groupe d'autochtones habitant le même endroit, ou d'un peuple autochtone nombreux occupant toute une région et ayant une langue, une culture et une structure politique communes.

Dès le moment où l'on opte pour des programmes judiciaires autochtones communautaires, il faut créer des systèmes judiciaires autochtones parallèles et distincts. C'est la communauté elle-même qui offre le meilleur endroit pour créer un système judiciaire communautaire. Au Canada, plusieurs communautés ont inauguré des programmes judiciaires autochtones. Il serait irréaliste et contradictoire d'espérer que ces formules communautaires produiront un seul et même système judiciaire autochtone. Il faut au contraire protéger et utiliser la diversité des formules communautaires. En bout de ligne, il faudra élaborer des systèmes judiciaires autochtones qui permettront de répondre de manière adaptée aux besoins communautaires, tout en offrant une cohérence suffisante pour répondre au désir d'application égalitaire de la justice dans toutes les communautés autochtones canadiennes.

Bon nombre des programmes judiciaires autochtones qui ont vu le jour jusqu'à présent ont une origine communautaire. Ces programmes sont ancrés dans la culture et la structure sociale de la communauté autochtone et reposent souvent sur la participation des anciens de la communauté. À titre d'exemple de ces programmes communautaires, citons le tribunal communautaire d'Attawapiskat, en Ontario<sup>13</sup>, le Comité

de justice pour la jeunesse autochtone de Wabasca, en Alberta, ainsi que le programme judiciaire du conseil tribal de South Island, en Colombie-Britannique.

Il est possible d'implanter les systèmes judiciaires autochtones communautaires dans des communautés environnantes, mais il est difficile de les adapter à des structures culturelles, géographiques, et politiques différentes. Il est peu probable qu'une même formule communautaire puisse être adoptée par tous les peuples autochtones du Canada.

Voici ce qu'a écrit à ce sujet le juge en chef Heino Lilles, du Tribunal territorial du Yukon :

Les communautés autochtones sont différentes, par leur histoire, leur culture, leurs besoins, leurs ressources humaines et physiques ainsi que par leur degré de préparation. Il est impossible de mettre au point un système qui répondrait aux aspirations et aux besoins de toutes les communautés autochtones du Yukon, et encore moins à celles du Canada<sup>14</sup>. [traduction]

Il est possible d'élaborer différents modèles qui serviraient de cadres à un système de justice autochtone qui permettrait à la communauté de lancer le processus et d'appliquer ses propres perspectives aux questions de justice pénale. La première nation de Onion Lake a récemment présenté une proposition décrivant trois modèles inspirés de l'expérience du Yukon : un cercle-tribunal, un comité consultatif judiciaire et un tribunal communautaire. C'est ce dernier modèle qui avait la préférence de la première nation d'Onion Lake<sup>15</sup>.

Le système judiciaire autochtone serait, au minimum, semblable au système canadien de justice pénale sur le plan de la variété et de la complexité. Il suffirait peut-être, pour résoudre la question, d'adopter une définition appropriée du mot parallèle. Le *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse* donne la définition suivante du mot «parallèle» : «se dit de ce qui se développe dans la même direction que quelque chose d'autre, se dit de choses qui présentent des caractères semblables.» On peut donc envisager que les systèmes judiciaires autochtones seraient distincts mais présenteraient des caractéristiques semblables.

### ***Comment les systèmes judiciaires autochtones seraient-ils reliés ou intégrés au système canadien général?***

Les systèmes judiciaires autochtones sont une nouvelle formule qui fonctionne sur une échelle plus petite et plus dynamique que le système canadien de justice pénale. Ils permettent d'envisager de nouvelles manières de maintenir la paix et l'ordre dans les communautés et de trouver des solutions plus efficaces aux écarts de conduite des autochtones. Toutefois, ces mêmes facteurs risquent de donner naissance à des problèmes d'instabilité dans l'administration de la justice. Les liens avec le système canadien de justice pénale permettraient de surmonter cette difficulté. Il y a plusieurs avantages à maintenir des liens avec le système canadien de justice pénale, entre autres la stabilité, l'uniformité, la compatibilité et l'apport de ressources. Mais

surtout, de tels liens permettent l'application uniforme du droit pénal, afin de préserver l'intégrité de la trame sociale canadienne.

### **Le Code criminel**

Tout acte considéré comme un crime par la société canadienne l'est également par une communauté autochtone. Une agression qui se solde par des blessures, un vol qui prive quelqu'un de ses biens, l'abus d'une position de confiance et la perturbation de la paix et l'ordre dans une communauté sont des actes considérés comme des infractions contre la société, qu'elle soit autochtone ou plus généralement canadienne. Les analyses qui ont été faites de la justice indienne traditionnelle concluent que les crimes sont essentiellement les mêmes dans un contexte autochtone traditionnel et dans le contexte canadien contemporain<sup>16</sup>.

Le *Code criminel* s'applique aux autochtones<sup>17</sup>. La Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, tout en proposant la création d'un tribunal autochtone pour les Micmacs de Nouvelle-Écosse, a précisé ceci :

... Nous insistons sur le fait que le tribunal autochtone que nous proposons appliquera la même loi que celle qui s'applique à tous les autres Canadiens. Ce n'est pas un droit autochtone différent que nous proposons, mais un processus d'application différent de certains aspects du droit pénal dans les réserves<sup>18</sup> ... [traduction]

Les autochtones réclament l'instauration d'un système de justice pénale distinct, notamment parce qu'ils se sentent pénalisés par le système judiciaire canadien<sup>19</sup>. Les autochtones mettent l'accent sur la réadaptation et la guérison plutôt que sur la sanction. Voici ce qu'écrivit à ce sujet le juge en chef Lilles :

Après avoir analysé cette affaire ainsi que plusieurs autres, il me paraît évident que la culture autochtone accorde une plus grande place à la réinsertion, mais applique les mêmes principes, y compris la sanction et la suspension des droits. Ce sont les mêmes principes, mais les priorités sont différentes<sup>20</sup>. [traduction]

Les systèmes de justice autochtone continueront sans aucun doute de s'inspirer du *Code criminel* qui restera un lien important entre les systèmes judiciaires autochtones et le système canadien de justice pénale. Toutefois, comme l'a souligné l'Indigenous Bar Association dans un rapport préparé pour la Commission de réforme du droit :

Il paraît nécessaire de modifier le *Code criminel* de manière à ce qu'il intègre les valeurs autochtones au système de justice pénale<sup>21</sup>. [traduction]

### **Les accords et protocoles en matière de police**

Il existe une relation entre les corps de police ordinaires et les forces policières autochtones.

La police provinciale de l'Ontario collabore avec certaines forces policières autochtones de la province. Ces corps de police autochtones font partie intégrante des

services de police de l'Ontario. Ils font partie de la structure de la police provinciale de l'Ontario et sont complétés par des comités consultatifs locaux. La commission provinciale de police autochtone conseille les sections autochtones au sujet de leurs activités. Cependant, un certain nombre de communautés autochtones de l'Ontario réclament des services de police autochtone indépendants.

La GRC collabore de la même manière avec les corps de police autochtones de diverses premières nations de l'Ouest du Canada. Dans plusieurs cas, des corps de police indépendants ont été créés. C'est le cas par exemple des services de police Dakota-Ojibwa du Manitoba, du service de police Louis Bull, en Alberta et, plus récemment, du corps de police tribale St'Atl'Imx de Colombie-Britannique.

Les gouvernements autochtones retiennent des approches différentes pour la prestation des services de police autochtone. La politique du gouvernement fédéral en matière de police amérindienne prévoit deux options :

- Service de police administré par les premières nations : à l'échelle de la bande, de la tribu, de la région ou de la province;
- Contingent spécial d'agents des premières nations : au sein d'un service existant, notamment :
  - des agents des premières nations employés par un corps de police provincial ou municipal et chargés spécialement d'une réserve;
  - un groupe d'agents de police des premières nations engagés par contrat pour le maintien de l'ordre dans une réserve<sup>22</sup>.

La Nouvelle-Écosse a récemment proposé une loi qui prévoit de donner au solliciteur général de la province le pouvoir de nommer des agents de police autochtones pour servir dans les communautés autochtones<sup>23</sup>.

En Alberta, des corps de police autochtones indépendants ont été créés en vertu des ententes tripartites conclues entre les premières nations, le gouvernement de l'Alberta et le gouvernement fédéral. L'approche tripartite de l'Alberta a vu le jour pour la première fois en 1979 dans le cadre d'une entente négociée entre les Gens-du-Sang, le ministère fédéral des Affaires indiennes et le ministère du Solliciteur général de l'Alberta. Les signataires des accords tripartites en cours sont les premières nations, le ministère du Solliciteur général de l'Alberta et le ministère fédéral du Solliciteur général. En Alberta, un certain nombre d'ententes sont en vigueur ou en cours de négociation avec les Gens-du-Sang, la première nation Louis Bull, la nation Siksika et le Conseil régional des Indiens du Petit lac des esclaves.

L'entente tripartite albertaine est décrite comme un exercice «concomitant» des compétences en matière de police<sup>24</sup>. Voici ce qu'a déclaré le président de la Commission de police Siksika, Morris Running Rabbit au cours d'une allocution prononcée lors de la signature de l'entente tripartite Siksika/Alberta/Canada, à Calgary, au mois de juin 1992 :

Cette entente permet l'exercice concomitant des compétences en matière de police par la nation Siksika et l'Alberta. Quant au gouvernement fédéral, il intervient par l'intermédiaire du solliciteur

général fédéral qui est chargé du financement, et du ministre des Affaires indiennes qui exerce la responsabilité fiduciaire générale du gouvernement fédéral. Il s'agit d'un accord entre nations fondé sur le respect mutuel des parties signataires. [traduction]

L'entente tripartite de l'Alberta s'inspire des lois du gouvernement fédéral, des provinces et des premières nations. La participation de la nation Siksika se fonde sur un statut administratif qui autorise la création d'une commission et d'un service de police. L'article de la *Loi sur les Indiens* utilisé par le conseil Siksika se lit comme suit :

81(1) Le conseil d'une bande peut établir des statuts administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou un règlement édicté par le gouverneur en conseil ou le Ministre, pour l'une ou la totalité des fins suivantes, savoir :

c) l'observation de la loi et le maintien de l'ordre<sup>25</sup>;

Le statut Siksika relatif au service de police s'inspire du traité n° 7 qui prévoit ce qui suit :

Ils promettent et s'engagent à subir et à se conformer sous tous les rapports à la loi, et à maintenir la paix et la bonne harmonie entre eux, et aussi entre eux et les autres tribus de Sauvages, ainsi qu'entre eux-mêmes et les autres sujets de Sa Majesté, qu'ils soient Sauvages, métis ou blancs, habitant maintenant ou devant habiter par la suite quelque partie de la dite étendue de pays cédée, et à ne molester la personne ou la propriété d'aucun habitant de telle étendue du dit pays cédé, ni la propriété de Sa Majesté la Reine, et à n'inquiéter ni trouver aucune personne passant ou voyageant dans la dite étendue de pays ou aucune partie d'icelle, et à aider et assister les officiers de Sa Majesté à amener à justice et à châtier tout Sauvage contrevenant aux dispositions de ce traité ou enfreignant les lois en force dans ce pays ainsi cédé<sup>26</sup>.

Le solliciteur général de l'Alberta détient son pouvoir du *Police Act* qui prévoit que le solliciteur général peut conclure des accords concernant les services de police dans certaines régions de l'Alberta<sup>27</sup>. En plus de conclure l'accord tripartite, le solliciteur général nomme les agents de police Siksika spéciaux en vertu du *Police Act*.

Quant au solliciteur général fédéral, sa participation est liée au décret qui lui confère la responsabilité du programme des services de la police indienne. Le gouvernement fédéral a un rôle principalement financier et consultatif. Le décret fédéral se présente comme suit :

Sur recommandation du premier ministre et en vertu de l'article 2 de la *Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique*, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de transférer au solliciteur général du Canada les attributions du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l'égard du programme des services de la police indienne<sup>28</sup>.



Les relations entre le service de police Siksika et la GRC sont régies par un protocole joint en annexe à l'entente tripartite.

Les relations entre le corps de police autochtone et la GRC sont généralement exposées dans un protocole qui décrit les responsabilités respectives de chacun des corps de police pour le maintien de la paix et l'ordre dans le secteur. Ces protocoles reconnaissent généralement l'expérience de la GRC dans l'application de la loi et la connaissance spéciale que les corps de police autochtones ont des valeurs culturelles et traditionnelles de la communauté autochtone. Les protocoles définissent les responsabilités respectives en matière d'enquête et de secteur de responsabilités. Ils prévoient les mesures d'urgence, l'échange d'informations et l'assistance mutuelle. Les protocoles font l'objet d'une entente entre les cadres supérieurs de la police ou les représentants des commissions de police respectives<sup>29</sup>.

L'entente tripartite Siksika constitue une approche modérée de la question des relations entre les diverses autorités. D'autres accords tripartites reposent uniquement sur l'autorité législative des provinces en matière de services de police aux autochtones. L'autre extrême est représentée par les Peacekeepers de Kahnawake qui sont nommés et habilités uniquement par les autorités mohawks.

### **Les ressources nécessaires au maintien des systèmes judiciaires autochtones**

Il est indispensable d'analyser de manière adéquate les divers systèmes judiciaires autochtones. La tribu des Gens-du-Sang a conclu l'entente tripartite sur les services de police indiens en 1979 et créé peu après le corps de police de la tribu des Gens-du-Sang. À la suite de l'échec de cette première tentative, la GRC a repris en charge les services de police dans la réserve. En 1988, les relations entre les membres de la tribu des Gens-du-Sang et la GRC se sont dégradées à un tel point qu'une enquête publique a été instituée pour examiner les services de police dans la réserve des Gens-du-Sang. Le commissaire C.H.Rolf, juge adjoint de la cour provinciale de l'Alberta a présenté son rapport intitulé «Policing In Relation To The Blood Tribe», au mois de février 1991.

Le commissaire Rolf note qu'il faudrait de meilleures communications et une meilleure prise de conscience culturelle si l'on souhaite améliorer les relations entre les membres de la tribu des Gens-du-Sang et la GRC. Mais surtout, après avoir examiné la première tentative de la tribu des Gens-du-Sang en matière de police, il conclut ce qui suit :

Après examen des preuves et documents déposés, le commissaire estime :

- a) Que le décret autorisant la création par la tribu de son propre service de police placé sous le contrôle d'une commission de police indépendante était valide et valable, et le demeure...
- c) Que le directeur chargé de l'application de la loi n'a pas véritablement examiné ni remis en question le budget et une garantie de

financement à long terme. Le gouvernement fédéral s'était engagé uniquement à fournir les fonds prévus aux termes de la circulaire 55 comme il était et est toujours tenu de le faire...

Par conséquent, les Gens-du-Sang devaient prélever dans leurs propres ressources 65 % du budget de la police. Ces fonds destinés à la Commission de police étaient en concurrence avec de très nombreux autres programmes administrés par le chef et le conseil. Le programme de police ne bénéficiait d'aucun engagement à long terme qui lui aurait donné la stabilité nécessaire à son succès. Quels que soient le dévouement et la volonté du chef et du conseil, ils ne pouvaient à eux seuls mener à bien cette entreprise, comme l'avait fait le corps de police Louis Bull...

- g) Que le niveau de service avait été approuvé en tenant compte du fait qu'il serait fourni sous la forme d'un service de police communautaire. Aujourd'hui encore, cette expression figée permet de croire qu'il s'agissait de quelque chose de nouveau pour la société blanche européenne et de spécifique à la culture indienne... Il ne fait aucun doute que la «police communautaire» a adopté, pour des raisons de rentabilité et à cause des progrès techniques, un mode d'application de la loi se limitant aux interventions à la suite de plaintes. La formule mise en oeuvre par la tribu des Gens-du-Sang n'a pas reçu une attention suffisante et a peut-être même été totalement négligée<sup>40</sup> [traduction]

Au cours de l'enquête publique, des mesures ont été prises pour rétablir, dans la tribu des Gens-du-Sang, le service de police et la Commission de police qui sont considérés comme des moyens efficaces d'offrir des services de police à la tribu. Des négociations tripartites sont en cours entre les Gens-du-Sang, l'Alberta et le Canada pour assurer un financement régulier et adéquat.

On ne saurait envisager la création de systèmes judiciaires autochtones sans prévoir la fourniture de ressources adéquates. Il ne faut pas négliger ce facteur qui est un élément essentiel de la relation à établir.

### Les poursuites

Dans le sud de l'Alberta, le conseil de la nation Siksika a adopté, conformément à la *Loi sur les Indiens*, un règlement de la circulation applicable sur les routes de la réserve indienne des Siksikas<sup>41</sup>. Ce règlement contient la plupart des éléments que l'on trouve généralement dans les lois provinciales régissant la circulation et les véhicules automobiles<sup>42</sup>. Les agents chargés de l'application de la loi siksika inculpent les contrevenants et les traduisent devant la Cour provinciale.

Lorsque les premiers contrevenants ont été convoqués au tribunal pour répondre d'accusations d'infraction au règlement siksika, les poursuivants du procureur général de l'Alberta ont refusé d'entendre les causes. La nation siksika a dépêché ses propres agents en Cour provinciale pour examiner les accusations, étant donné que

les infractions au règlement peuvent être poursuivies par les agents de l'autorité qui l'a édicté. Les causes étaient confiées aux agents chargés de l'application de la loi siksika qui comparaissaient au tribunal à titre de représentants du dénonciateur<sup>13</sup>. Au procès, la poursuite était confiée à un avocat représentant la nation siksika. L'autorité des poursuites siksika en cour provinciale n'a pas été contestée. La nation siksika veut maintenant aller plus loin et faire respecter son règlement par un juge de paix désigné en conformité de la *Loi sur les Indiens*, dans un tribunal de la communauté siksika<sup>14</sup>

## Les juges

La participation du juge peut faire une énorme différence. Le juge confère importance et sérieux au programme judiciaire autochtone. Voici ce qu'a dit à ce sujet le juge Lilles :

Teslin a choisi de participer au système judiciaire en appliquant ce modèle des chefs de clan, parce qu'il était adapté à la culture et à la tradition autochtones. Les représentants de la communauté ont délibérément refusé d'adopter un modèle faisant intervenir un juge de paix autochtone, car il serait entré en conflit avec l'autorité des chefs de clan. Ils souhaitaient que le tribunal des Territoires vienne sur place pour demander l'avis des chefs de clan et émettre des ordonnances d'interdiction exigeant qu'ils soient tenus au courant et consultés. *Ce faisant, le tribunal confèrait une habilitation aux chefs de clan et à la communauté, particulièrement aux yeux de la jeunesse et des membres plus jeunes de la bande qui avaient pris une certaine distance vis-à-vis des traditions.* Cette formule présentait des avantages pour le tribunal car, en déléguant son pouvoir aux chefs de clan, il maintient sa présence dans la communauté de Teslin, même s'il ne vient sur place qu'une fois tous les deux mois<sup>15</sup>. (italiques rajoutés) [traduction]

Le juge confère l'habilitation au processus communautaire. Il partage son pouvoir avec la communauté, de manière à lui permettre de mieux réagir aux conflits<sup>16</sup>.

## Les comités consultatifs autochtones sur la détermination de la peine

Il existe, en Alberta, deux formules parallèles permettant la participation des autochtones à la détermination de la peine. La première est le tribunal autochtone créé à Grande-Cache par le juge de la cour provinciale M.H. Porter et, la deuxième, les comités de justice pour la jeunesse autochtone établis pour la première fois à Chipewyan par le juge de la cour provinciale J.C.M. Spence.

Le tribunal autochtone de Grande-Cache a été institué à la suite de l'enquête dirigée par le juge Porter sur la mort accidentelle par suicide d'un jeune autochtone des coopératives autochtones de Grande-Cache. La victime souffrait des énormes problèmes d'alcoolisme et de pauvreté qui affligent de nombreuses communautés autochtones. Le juge Porter avait conclu que les pratiques courantes de détermination de la peine n'aidaient pas beaucoup les autochtones à modifier leurs comportements illégaux et autodestructeurs.

Le juge Porter estimait également que la détermination de la peine des contrevenants autochtones n'était pas d'une grande valeur dans la mesure où elle ne tenait pas compte de la situation vécue par l'inculpé. Le juge Porter s'adressa à un ancien des coopératives autochtones de Grande-Cache pour essayer de comprendre pourquoi le système de justice pénale n'avait pas l'effet dissuasif souhaité sur la conduite négative des accusés autochtones. L'ancien, qui avait alors 85 ans, lui répondit que le système n'avait aucun effet, parce que les autochtones estimaient que ce n'était pas leur système, mais celui des Blancs. Le juge Porter a demandé à l'ancien s'il serait possible d'obtenir la collaboration des autres anciens pour régler ce genre de situation. C'est ainsi que vit le jour le tribunal autochtone de Grande-Cache.

Le juge Porter a créé le tribunal autochtone avec l'aide des anciens de Grande-Cache et des services de counselling autochtones. Lorsqu'un accusé autochtone dépose un plaidoyer de culpabilité ou lorsqu'il est reconnu coupable à la suite d'un procès, il peut demander à ce que sa sentence soit déterminée par le tribunal autochtone. Si le juge accepte, il suspend les délibérations en vue de la détermination de la peine et dirige l'accusé vers le tribunal autochtone. Le juge préside le tribunal, assisté par le greffier. Le procureur de la Couronne est présent, en compagnie d'un agent de police ou d'un agent de probation. Le reste du tribunal est composé de trois représentants de la communauté autochtone, généralement des anciens, et de l'accusé lui-même.

Au tribunal autochtone de Grande-Cache, il n'y a pas d'estrade surélevée pour le juge ni de balustrade séparant les participants de l'auditoire. Il siège à l'hôtel de ville de Grande-Cache dans une pièce où tous les participants sont assis plus ou moins en cercle. Le procureur de la Couronne et ses assistants sont assis à la droite du juge et du greffier, tandis que le comité consultatif autochtone leur fait face. L'accusé fait face au juge. Tout le monde est assis et les observateurs sont installés sur la droite et la gauche de la pièce.

Le juge présente l'accusé au tribunal autochtone, faisant état de l'accusation, du plaidoyer et indiquant que l'accusé a demandé à comparaître devant le tribunal autochtone. Le procureur de la Couronne expose les circonstances de l'infraction. Le juge demande les commentaires du comité autochtone qui connaît bien la situation de la communauté ainsi que celle de l'accusé. Leur participation consiste généralement à faire ressortir les causes sous-jacentes du comportement répréhensible de l'accusé et à indiquer les mesures qui permettraient de renédier à ces problèmes. Enfin, le juge invite l'accusé autochtone à présenter ses commentaires. L'accusé peut consulter son avocat, mais ce dernier ne peut intervenir directement. Les intervenants du tribunal autochtone peuvent engager à tout moment le dialogue. Lorsque le débat prend fin, le juge prononce la condamnation en tenant compte de tous les éléments du débat qui vient d'avoir lieu.

Toutes les parties, aussi bien les autochtones que le juge et le procureur de la Couronne constatent que l'accusé autochtone s'exprime et participe aux discussions de manière beaucoup plus nette que dans une cour provinciale ordinaire où les accusés autochtones s'expriment rarement ou ont peu de choses à dire.

Pour le procureur de la Couronne, la participation de l'accusé autochtone et le fait qu'il reconnaisse ses méfaits, ne peut que contribuer au résultat souhaité qui est, en fin de compte, la modification du comportement répréhensible qui est à l'origine de sa comparution en cours. Les autochtones, quant à eux, estiment qu'ils sont mieux à même d'expliquer ce qui s'est passé. Le tribunal autochtone leur paraît moins menaçant et ils sont mieux à même de comprendre et d'accepter le processus. Le juge Porter fait remarquer que les jeunes contrevenants autochtones respectent les engagements qu'ils ont pris devant les anciens et qu'un engagement pris devant un tribunal ordinaire serait loin d'avoir une telle force. Un juge ayant succédé au juge Porter a noté que le tribunal autochtone avait un effet dissuasif appréciable sur les récidivistes.

La communauté autochtone de Fort Chipewyan comprend deux premières nations amérindiennes, une communauté métisse et un petit groupe de non-autochtones. Les autochtones de cette localité ont envisagé, avec la participation du juge Spence, la création d'un comité de la justice pour la jeunesse.

L'article 69 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit la création de comités de justice pour la jeunesse :

Le procureur général d'une province ou tout autre ministre désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province, ou leur délégué, peut établir des comités de citoyens dits comités de justice pour la jeunesse et prévoir leurs fonctions et le mode de nomination de leurs membres. Ces comités ont pour mission de prêter leur concours, à titre bénévole, à la mise en oeuvre de la présente loi ainsi qu'à tout service et programme pour jeunes contrevenants<sup>17</sup>.

Le comité de justice pour la jeunesse de Fort Chipewyan présente des recommandations en matière de détermination de la peine au juge de la cour provinciale qui préside le tribunal pour jeunes contrevenants. Le comité est composé d'anciens et de chefs de Fort Chipewyan. Lorsque le jeune contrevenant dépose un plaidoyer de culpabilité ou lorsqu'il est trouvé coupable par le tribunal, le juge le fait comparaître avec ses parents devant le comité pour la justice de la jeunesse autochtone. Le comité examine, avec le jeune contrevenant et ses parents, les raisons de son écart de conduite et réfléchit à la façon de remédier à la situation.

Un ancien du comité de justice pour la jeunesse autochtone explique que le comité montre au contrevenant qu'il prend son bien-être à coeur. La peine est souvent décidée par consensus, avec l'accord du jeune contrevenant.

Depuis le lancement de l'expérience de Fort Chipewyan, des comités de justice pour la jeunesse autochtone ont vu le jour à Wabasca, dans la zone nord-centre de l'Alberta, à Anzac et Fort McKay, près de Fort McMurray, en Alberta et, plus récemment, à Bonnyville, dans le nord-est de l'Alberta. La différence avec l'autre comité, c'est que le juge doit obtenir le consentement du jeune contrevenant avant de le faire comparaître devant le comité de justice pour la jeunesse autochtone.

À Fort Chipewyan et Wabasca, les comités de justice pour la jeunesse ont eu une incidence importante. On rapporte que le rôle des causes des jeunes contrevenants a diminué d'un tiers et que le nombre des récidives a décliné dans les mêmes proportions.

Les comités de justice pour la jeunesse autochtone ont continué à élargir leur rôle. À Wabasca, le comité de justice pour la jeunesse autochtone a été saisi d'un cas impliquant un jeune accusé d'avoir pris part à un mauvais coup. La police avait imposé des sanctions communautaires aux autres membres du groupe mais porté des accusations contre ce jeune autochtone, étant donné qu'il avait déjà commis une infraction. Apprenant la situation, le comité de justice pour la jeunesse autochtone a décidé que tous les jeunes ayant participé au mauvais coup auraient dû être traduits devant le comité. Depuis, la GRC et le comité de justice pour la jeunesse autochtone ont convenu que les jeunes seront envoyés devant le comité, y compris lorsqu'il s'agira d'imposer des sanctions communautaires. Le comité de justice pour la jeunesse autochtone peut également jouer un rôle dans la détermination de la peine des autochtones adultes.

La GRC et le procureur de la Couronne de Grande-Cache envisagent de créer un comité autochtone qui sera chargé d'examiner les infractions commises par des autochtones adultes avant leur comparution au tribunal, afin d'appliquer l'approche des sanctions communautaires plutôt que de procéder à une mise en accusation, lorsque les circonstances le permettront.

### **Les organismes correctionnels autochtones**

La tribu des Gens-du-Sang a conclu une entente cadre, par l'intermédiaire de la Kainai Corrections Society, avec le solliciteur général de l'Alberta, en vue de fournir, entre autres choses, des services correctionnels. Cette entente cadre contient un certain nombre d'accords secondaires concernant la gestion d'un établissement correctionnel, la fourniture d'un programme correctionnel et la réalisation d'un projet de participation des anciens. Les objectifs de la société Kainai sont de réduire la criminalité dans la communauté, d'aider les membres incarcérés à apporter eux aussi leur contribution et d'appliquer une approche communautaire aux services correctionnels.

Le Centre correctionnel Kainai peut accueillir 24 détenus qui viennent purger leurs derniers mois d'emprisonnement après avoir été condamnés à une peine d'incarcération dans un établissement provincial. Au Centre correctionnel Kainai, on ne trouve pas l'opposition classique entre le personnel carcéral et les détenus. Les portes ne sont pas fermées et les anciens de la tribu des Gens-du-Sang viennent régulièrement sur place pour offrir leurs conseils individuellement aux détenus et présider des cérémonies spirituelles. Les détenus ont le droit de quitter l'établissement dans la journée pour participer, au sein de divers organismes de la réserve des Gens-du-Sang, à des travaux ou tâches utiles pour la communauté.

Un ancien détenu au casier judiciaire chargé, mais qui n'a pas récidivé depuis sa libération, a indiqué que l'approche Kainai l'avait aidé à se prendre en main. L'ancien qui l'a conseillé l'a écouté parler sans le juger. De leur côté, les anciens estiment que le programme correctionnel leur donne l'occasion de venir en aide à la communauté.

La vocation principale de l'établissement correctionnel Kainai est de réintégrer les détenus afin d'en faire des membres à part entière de la communauté des Gens-du-Sang.

## Les relations entre les systèmes judiciaires autochtones et le système canadien

Dans les exemples que nous avons analysés, le système canadien de justice pénale sert de catalyseur au système autochtone. Le système canadien habilite le système judiciaire autochtone en lui donnant une reconnaissance légale et en l'approuvant dès les étapes préliminaires. Ce même pouvoir qui a neutralisé les mesures autochtones traditionnelles de maintien de l'ordre en retirant aux autochtones le pouvoir de maintien de l'ordre public, sert maintenant à faire respecter à nouveau les mesures judiciaires autochtones.

L'utilisation du système canadien comme catalyseur des systèmes judiciaires autochtones a deux effets positifs.

Premièrement, il existe un certain nombre d'éléments qui peuvent servir de base pour la création d'un système judiciaire autochtone. La programme fera fond sur les services de police, les comités de détermination de la peine ou les établissements correctionnels pour s'étendre dans d'autres domaines et élaborer un système complet. Cela ne signifie pas qu'un système autochtone complet n'est pas possible dès le départ, mais plutôt que la souplesse conférée par un système en évolution sera mieux en mesure de répondre aux besoins variés des nombreuses communautés autochtones différentes.

Deuxièmement, cette approche se prête à un développement progressif qui donnera aux communautés autochtones le temps d'assimiler les nouveaux éléments et de planifier les prochaines étapes.

L'approche du catalyseur a pour inconvénient de rendre le système autochtone tributaire du personnel des services canadiens de justice pénale et des objectifs du gouvernement en place. Il suffirait de la mutation d'un procureur de la couronne, du départ en retraite d'un juge ou du passage des priorités du gouvernement de la prévention et de la réinsertion à l'application plus stricte de la loi, pour anéantir les progrès accomplis par les autochtones en matière de justice. Il est possible que le résultat à long terme serait un retour au statu quo et au système conventionnel de justice pénale.

Ce qui s'est passé avec le rapport Kirby de 1978<sup>38</sup> et le rapport Cawsey de 1991<sup>39</sup> donne une idée du problème en Alberta. En 1978, la commission d'examen présidée par le juge Kirby a présenté un certain nombre de recommandations relatives aux répercussions du système de justice pénale sur les autochtones de l'Alberta. Après avoir pris connaissance des mémoires présentés par des organismes autochtones et d'autres personnes concernées, la commission a conclu qu'il faudrait réviser certains aspects de l'administration de la justice albertaine ayant une incidence sur les autochtones<sup>40</sup>. Afin de résoudre le problème, elle a présenté de nombreuses recommandations portant sur divers aspects du système de justice pénale. En vue de garantir la mise en oeuvre et le suivi des recommandations présentées, la commission d'examen a recommandé que :

Le procureur général et le solliciteur général créent un bureau chargé de mettre sur pied et de superviser la mise en oeuvre des recommandations du présent rapport" [traduction]

Cette recommandation n'a jamais été mise en oeuvre. L'application des recommandations a plutôt été laissée à l'initiative de chaque ministère et organisme. Les gouvernements albertain et fédéral ont mis sur pied, en 1990, un groupe d'étude chargé d'examiner le système de justice pénale et son incidence sur les Indiens et les Métis de l'Alberta. Ce groupe de travail a conclu que les autochtones faisaient l'objet d'une discrimination systémique de la part du système de justice pénale, malgré les conclusions et les recommandations présentées par le juge Kirby, dix ans auparavant. Dans le rapport «Justice on Trial», publié en mars 1991, le groupe d'étude a recommandé :

La création d'une commission de justice autochtone, qui serait chargée, dans les dix-huit mois suivant la publication du présent rapport du groupe d'étude, conjointement avec le solliciteur général de l'Alberta, d'assumer toutes les fonctions du comité de surveillance du groupe d'étude". [traduction]

Le comité de surveillance du groupe d'étude était une mesure provisoire dont la fonction de surveillance devait être exercée par la commission de justice autochtone. Le vaste mandat de la commission consistait à surveiller la mise en oeuvre des recommandations présentées par le groupe d'étude afin d'éliminer la discrimination systémique des autochtones par le système de justice pénale. Jusqu'à présent, le gouvernement n'a pas répondu de manière officielle au rapport du groupe d'étude. En outre, une vingtaine de mois après la publication du rapport du groupe d'étude, il n'a encore jamais été question de la création d'une commission de justice autochtone. On peut dire, en conclusion, que les programmes de justice autochtone qui ont été proposés en Alberta sont restés fragiles et ponctuels.

Dans toutes les formules de justice autochtone que nous avons examinées, il existe un mécanisme de coopération entre les autochtones et le système de justice pénale. On commence à assister à l'émergence d'ententes officielles et officieuses, d'objectifs communs et d'une certaine confiance mutuelle. Ces mécanismes prendront de l'importance si les modèles de justice autochtone s'affirment et si le système de justice pénale atténue son contrôle souvent trop rigide.

### ***Quelles seraient les relations entre les divers systèmes de justice et les différentes communautés autochtones?***

Avant le contact avec les Européens, les autochtones n'appartenaient pas à un seul et même peuple uni. L'autosuffisance et l'indépendance des groupes à l'intérieur des affiliations tribales étaient la norme. Les divers groupes s'unissaient lorsqu'ils en ressentaient le besoin ou pour faire cause commune. Plus récemment, il est rarement arrivé que les autochtones se rallient complètement à un point de vue.

Il est inévitable, en raison de la diversité du pays, que les autochtones se dotent de systèmes judiciaires différents. Divers programmes ont été entamés indépendamment



dans différentes régions du pays et évoluent dans un contexte de justice pénale différent.

Les systèmes judiciaires autochtones communautaires ne pourront vraisemblablement pas s'appliquer au-delà des limites de la structure politique d'une communauté. Il pourrait s'avérer en effet que les aspects communautaires du processus disparaissent à mesure que l'organisation judiciaire autochtone prendra de l'ampleur.

Certaines tribus autochtones comme les Iroquois des Six Nations disposent de structures sociales et politiques qui contribuent à leur unité. Dans d'autres peuples comme les Ojibwas, c'est la langue, la culture et les liens de parenté qui réunissent les bandes au sein d'une même tribu lorsque le besoin s'en fait sentir<sup>43</sup>. Chez les autochtones, c'est la persuasion, la raison et le consensus qui sont à l'origine de la plupart des actions et orientations communes.

Le succès des programmes de justice autochtone dépend dans une large mesure de la volonté de la communauté autochtone de se lancer dans le processus. La collaboration entre les différents systèmes de justice autochtone est possible dans la mesure où les communautés autochtones acceptent de trouver un consensus.

### **Les systèmes régionaux de justice autochtone**

Les conseils régionaux de tribus représentent toutes les premières nations d'une région. Il apparaît possible de profiter de leur expérience de collaboration pour mettre sur pied un système régional de justice autochtone destiné aux communautés de la région. Toutefois, il est possible également que certaines communautés autochtones de l'organisation régionale aient des priorités différentes et ne soient pas prêtes à emboîter le pas à un programme de justice autochtone.

Le conseil régional du Petit lac des Esclaves, dans le nord de l'Alberta, a proposé la création d'un système de justice autochtone qui comporterait un corps de police autochtone régional, un bureau de défense des droits des autochtones, des juges de paix autochtones et un programme de réinsertion des autochtones. Le conseil tribal de South Island propose une autre mesure régionale qui ferait jouer aux membres du conseil des anciens de nombreux rôles au sein du système de justice pénale.

La prestation des services de police se fait le plus souvent sur une base régionale. Un des plus anciens corps de police régional est le service de police tribal Dakota-Ojibwa qui a été créé pour les premières nations du sud du Manitoba. Plus récemment, un service de police régional a été mis sur pied pour répondre aux besoins des premières nations de la région de Lilloet.

Les organismes interpolitiques de justice autochtone sont moins courants, mais également possibles. La première nation indienne de Whitefish Lake et l'établissement métis de Gift Lake ont uni leurs forces pour offrir un service de police autochtone commun qui fonctionne en vertu d'un protocole d'entente avec la GRC et dont les agents spéciaux sont nommés par le solliciteur général de l'Alberta<sup>44</sup>.

## Les organismes d'appel

Les établissements métis de l'Alberta disposent d'un moyen local de résolution des conflits qui se présentent dans leurs communautés. Il est possible de régler les différends ou de se pourvoir en appel des décisions auprès du tribunal d'appel des établissements métis<sup>45</sup>. C'est le seul tribunal d'appel autochtone qui existe actuellement.

Le tribunal d'appel des établissements métis peut entendre les appels de décisions concernant des litiges en matière d'appartenance et de territoire, dans n'importe quel établissement métis de l'Alberta. Le tribunal d'appel peut également se prononcer dans tout type de différend, soit en conformité de la politique du conseil général des établissements métis, soit lorsque les parties acceptent de se pourvoir en appel.

Le tribunal d'appel des établissements métis a été créé en vertu de la loi albertaine. Sa compétence est surtout administrative et civile, mais il pourrait un jour devenir un mécanisme utile de résolution des conflits pour les Métis de l'Alberta. Il est possible d'en appeler des décisions du tribunal d'appel auprès de la Cour d'appel de l'Alberta, mais uniquement pour des motifs de droit et de compétence et lorsque l'autorisation en est donnée<sup>46</sup>.

Dès le moment où les systèmes judiciaires autochtones d'une région disposeraient d'un organisme d'appel commun, les décisions d'appel auraient tendance à orienter les divers systèmes de justice autochtone dans la même direction. Un organisme d'appel permet en effet d'adopter des approches communes sur les questions de justice pénale auxquelles font face les communautés autochtones.

## Les organisations et tribunes communes en matière de justice

Les membres de l'Indigenous Bar Association sont des juristes autochtones. Cette association a organisé plusieurs conférences et colloques sur divers aspects du droit autochtone, y compris un colloque sur les systèmes judiciaires amérindiens à Edmonton, en Alberta, au mois de juin 1991. Plus récemment, une organisation de chefs de police autochtones a vu le jour. Elle regroupe des chefs de police de différents corps policiers autochtones de toutes les régions du pays.

Les tribunes sur la justice autochtone qui ont réuni des représentants de divers systèmes judiciaires autochtones ont également donné l'occasion de comparer les idées et les expériences. En plus des tribunes parrainées par les organisations autochtones, d'autres congrès ont été organisés par des organismes non autochtones. C'est le cas du Symposium on American Tribal Courts organisé à Winnipeg par l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, du congrès Sharing Common Ground Conference organisé à Edmonton par la Gendarmerie royale du Canada et de la conférence sur la justice autochtone qui s'est tenue à Whitehorse, au Yukon, sous l'égide du ministère de la Justice.

La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la création d'un institut de justice autochtone qui jouerait un rôle clé dans la conception, la mise en oeuvre, et la supervision des formules de justice autochtone proposées dans son rapport ainsi que par d'autres commissions d'enquête<sup>47</sup>. La Royal Commission on the

Donald Marshall Jr. Prosecution a recommandé la création d'un institut de justice autochtone<sup>48</sup>. Le groupe d'étude albertain a recommandé la mise sur pied en Alberta d'une commission de la justice autochtone<sup>49</sup>. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, commission d'enquête manitobaine sur la justice autochtone, a elle aussi recommandé l'instauration d'une commission de justice autochtone au Manitoba pour superviser la mise en oeuvre des recommandations de l'enquête<sup>50</sup>. En outre, la Commission manitobaine a recommandé la fondation d'un collège de justice autochtone<sup>51</sup>. Cette recommandation, reprise par de nombreuses instances, en faveur de la création de l'institut de justice autochtone rappelle que toutes les instances ont conclu qu'il est nécessaire de mettre sur pied un organisme chargé d'assurer la supervision, la diffusion et la promotion des programmes de justice autochtone.

Dès le moment où il existe un échange d'idées, d'informations et d'expériences entre les différents systèmes judiciaires autochtones, il devient possible de rechercher un consensus pour renforcer les liens entre les systèmes de justice autochtone et les personnes qui y participent.

### ***Un système de justice autochtone aurait-il compétence à juger l'ensemble des infractions ou simplement certaines d'entre elles?***

La communauté autochtone et son système judiciaire auraient probablement pour tâche d'appliquer les lois se rapportant au maintien de la paix et l'ordre dans la communauté.

Il est délicat de juger certaines infractions dans des petites communautés autochtones. Une communauté très soudée pourrait avoir de la difficulté à juger une infraction grave qui serait produite en son sein. Les agressions sexuelles, la violence familiale et les infractions impliquant des membres de la famille sont des crimes qui soulèvent les passions et sur lesquels les ressortissants autochtones auront de la difficulté à se prononcer. Les éventuels conflits d'intérêt entre ceux chargés d'appliquer le système de justice pénale, les contrevenants et les plaignants peuvent aussi donner lieu à certains problèmes.

Au cours de l'étude qu'elle a faite des tribunaux indiens américains, l'enquête manitobaine sur la justice autochtone (AJI) a reconnu en ces termes l'existence de ce problème :

Il est évident qu'il y a un grand problème de stress. C'est une tâche certainement ingrate et difficile sur le plan personnel pour un membre d'une petite communauté que de juger ses voisins, amis et parents<sup>52</sup>.

Mais ces problèmes ne sont pas forcément insurmontables. Le juge du tribunal pour adolescents de Wabasca a demandé au comité de justice pour la jeunesse autochtone d'examiner le cas d'un jeune contrevenant accusé d'agression sexuelle. Le comité hésitait à statuer sur ce type d'infraction. Cependant, le juge fit remarquer aux membres du comité que le système de justice pénale lui-même n'avait pas obtenu grand succès dans des cas semblables, puisque son seul recours était généralement d'imposer des sanctions plus lourdes qui n'augmentent pas les perspectives d'amendement du

jeune accusé. Après avoir accepté cette mission, le comité a finalement réussi à résoudre les problèmes du jeune, à la satisfaction du contrevenant lui-même, de sa famille et du tribunal.

Aux États-Unis, la loi et la jurisprudence reconnaissent la compétence des tribus indiennes en matière de création de leur propre système de justice pénale. Toutes les infractions graves commises par des Indiens relèvent des systèmes judiciaires indiens. Toutefois, la loi fédérale américaine sur les crimes graves (*Major Crimes Act*) dispose que les autorités fédérales peuvent appeler à comparaître en cour fédérale les auteurs de seize infractions graves, même s'ils ont déjà été jugés par le tribunal d'une tribu<sup>53</sup>.

Le tribunal des anciens d'Attawapiskat est saisi des infractions au règlement liées généralement à l'abus d'alcool, des infractions mineures et des infractions donnant lieu à une déclaration sommaire de culpabilité en cour provinciale. Les représentants de la communauté cri consultant la police et le procureur de la Couronne pour vérifier quelles sont les infractions qui doivent être soumises à la cour provinciale. De manière générale, les infractions mineures sont soumises à la cour des anciens. Les infractions plus graves sont examinées par la cour provinciale qui bénéficie, pour la détermination de la peine, de la participation d'un comité d'anciens<sup>54</sup>.

Les statuts administratifs adoptés aux termes de la *Loi sur les Indiens* s'appliquent au territoire des réserves indiennes, tout comme les arrêtés municipaux s'appliquent sur tout le territoire d'une municipalité. L'application de ces règlements relèverait du système judiciaire autochtone. Les statuts administratifs mentionnés par la *Loi sur les Indiens* portent sur la réglementation de la circulation, l'observation de la loi et le maintien de l'ordre, la répression de l'inconduite et des inconvénients, la protection du gibier, les empiétements des bestiaux et autres animaux domestiques et l'interdiction des spiritueux<sup>55</sup>. Le conseil tribal de Meadow Lake a précisé ce qui suit dans le mémoire qu'il a présenté au Saskatchewan Indian Justice Review Committee :

Les lois des premières nations sont d'inspiration communautaire. Pour qu'elles soient efficaces et pour que le processus soit respecté, elles doivent être appliquées par la communauté. En l'absence d'un mécanisme d'application de la loi pratique et communautaire, les premières nations sont virtuellement incapables d'assurer véritablement l'ordre dans la communauté<sup>56</sup>. [traduction]

De même, la Convention de la baie James et du Nord québécois prévoit que les lois communautaires des Cris seront appliquées par un système judiciaire cri. Voici ce qu'on peut lire dans la Convention à ce sujet :

Des juges de paix, de préférence cris, sont nommés pour juger des infractions aux règlements adoptés par les administrations locales cries, ainsi que des autres infractions prévues à l'article 107 de la *Loi sur les Indiens*. Ces nominations sont assujetties à l'approbation de l'administration locale cri intéressée<sup>57</sup>.

Il est essentiel que le système judiciaire autochtone se charge de l'application des lois concernant le maintien de la paix et de l'ordre. Pour que les systèmes judiciaires autochtones soient pertinents, ils doivent s'attaquer aux problèmes des agressions,

des infractions liées à l'abus d'alcool, des désordres, des effractions, des vols et d'autres infractions analogues contre les biens et les personnes qui se produisent dans les communautés autochtones.

Il est clair que les types d'infractions dont serait saisi le système judiciaire autochtone varieraient en fonction de son degré d'élaboration.

En résumé, le système judiciaire autochtone devrait appliquer tous les règlements de la communauté autochtone à l'intérieur des limites du territoire. Par ailleurs, il devrait également lui incomber d'appliquer les règlements se rapportant au maintien de la paix et de l'ordre, exception faite peut-être des infractions beaucoup plus graves.

### **Pour quels motifs pourrait-on avoir recours au système judiciaire autochtone?**

La compétence du système judiciaire autochtone pourrait être invoquée pour plusieurs motifs différents, notamment en raison :

- de l'état civil de l'accusé,
- de l'état civil du plaignant,
- du choix de l'accusé,
- du territoire sur lequel l'infraction a été commise,
- de la nature de l'infraction.

Toutes ces options sont prévues en fait par le système canadien de justice pénale.

Par exemple, l'état civil de l'accusé détermine le tribunal où il sera jugé. Si l'accusé a moins de 18 ans, il relève de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et comparait au tribunal pour adolescents.

De manière générale, l'état civil du plaignant n'a aucune incidence sur le choix du tribunal ni la manière dont se déroule la procédure. Cependant, l'article 107 de la *Loi sur les Indiens* prévoit une exception.

Le choix de l'accusé peut avoir une influence sur la désignation du tribunal. Une personne accusée d'un acte criminel a le droit de choisir d'être jugée en cour provinciale ou en cour supérieure, après enquête préliminaire par la cour provinciale.

Le territoire est toujours un facteur qui intervient dans la décision. Un contrevenant est toujours jugé par un tribunal de la province ou du territoire où l'infraction a été commise.

La nature de l'infraction peut également avoir une incidence sur la procédure. Par exemple, la procédure relative à une infraction au règlement fédéral sur les drogues sera confiée à un agent fédéral plutôt qu'au procureur général de la province. De même, les poursuites relatives à un règlement municipal sont souvent confiées à un agent de la municipalité qui a adopté le règlement en question.

### *Lorsque l'accusé est autochtone? Non autochtone?*

Le choix du tribunal peut se faire en fonction de l'état civil de l'accusé. On pourrait justifier l'application du facteur racial par le fait que les autochtones sont victimes d'une discrimination systémique de la part du système canadien de justice pénale<sup>59</sup> et qu'il serait par conséquent préférable de les traduire devant un tribunal autochtone qui ne serait pas prévenu contre l'accusé.

### *La Charte canadienne des droits et libertés*

Le choix du tribunal purement en fonction de critères raciaux pose problème puisque la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la discrimination raciale<sup>60</sup>. Voici ce qu'on lit dans la *Charte* à ce sujet :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques<sup>61</sup>.

Dans la mesure où le système judiciaire autochtone ferait des distinctions en fonction de la race, il risquerait d'être contesté par des autochtones pour violation de la *Charte*. De la même manière, des non-autochtones pourraient prétendre que le système de justice pénale accorde un traitement différent aux autochtones.

Cependant, la *Charte* prévoit certaines mesures destinées à améliorer la situation de personnes défavorisées<sup>61</sup> :

Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leur déficience mentale ou physique.

On peut affirmer que le système judiciaire autochtone vise essentiellement à pallier les effets négatifs que le système canadien de justice pénale peut avoir sur les autochtones. Cela permettrait au système judiciaire autochtone de fonctionner en dépit du fait qu'il a été créé sur une base raciale.

D'autre part, la création du système judiciaire autochtone pourrait bénéficier des dispositions de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut en effet considérer que la création des systèmes judiciaires traditionnels repose sur les droits ancestraux ou issus des traités, protégés par l'article 25 de la Constitution qui se présente comme suit :

Le fait que la présente *Charte* garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada...

Enfin, il faudrait noter que la Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution a présenté la conclusion suivante :

N'importe quel système judiciaire autochtone semblera menaçant à certaines personnes. Certains diront : «Pourquoi les autochtones ont-ils leur propre système judiciaire?» La réponse est simple : «Parce qu'ils sont autochtones.» Le peuple micmac est un peuple autochtone qui a sa propre histoire et sa propre culture et qui a été florissant en Nouvelle-Écosse avant la colonisation de la province par les Blancs. Les Micmacs avaient également leurs propres méthodes de résolution des conflits<sup>6</sup>. [traduction]

L'interdiction de toute discrimination prévue par la *Charte* ne paraît pas être un obstacle sérieux à la création d'un système judiciaire autochtone.

### **Les systèmes judiciaires tribaux américains**

Aux États-Unis, les tribunaux amérindiens ont compétence sur leurs membres ainsi que sur les autres Amérindiens qui se trouvent présents sur le territoire de la tribu. Ainsi, un Indien qui commet une infraction sur le territoire de la réserve Flathead relève de la police et des tribunaux de la tribu Flathead. En revanche, un non-Indien qui commet la même infraction relève des compétences de la police et des tribunaux de l'État. Les membres des premières nations qui se sont rendus aux États-Unis pour étudier le système judiciaire amérindien sont presque tous d'avis que l'établissement de la compétence en fonction des distinctions d'ordre racial est une façon compliquée et peu souhaitable d'appliquer la loi.

### **Le tribunal autochtone de Grande-Cache**

Le tribunal autochtone de Grande-Cache fonctionne sur une base raciale. Les accusés autochtones ont le choix de demander au juge d'être jugés par un tribunal autochtone. Cette option n'est pas offerte aux non-autochtones. Il en va de même pour les comités de justice pour la jeunesse autochtone de l'Alberta. Cependant, des non-autochtones siègent au comité de justice pour la jeunesse de Slave Lake. À Bonnyville, des non-autochtones ont demandé à en faire partie.

Le principal avantage des systèmes judiciaires autochtones est de permettre aux accusés de s'amender et de se réinsérer dans la communauté. On considère que les systèmes judiciaires autochtones produisent surtout de bons résultats au niveau de la réinsertion des délinquants autochtones. Le système judiciaire autochtone ne peut s'appliquer à des non-autochtones qui appartiennent à une culture différente. Un système fondé sur l'état civil de l'accusé donnera de meilleurs résultats au niveau de la réinsertion plutôt qu'au niveau de la dissuasion. Au contraire, si l'on retient le critère territorial, le système sera plus productif au niveau de la dissuasion qu'au niveau de la réinsertion.

### ***Lorsque le plaignant est autochtone? Non autochtone?***

L'état civil du plaignant pourrait être un autre critère intervenant dans le choix du tribunal. Les programmes existants de justice autochtone n'ont pas retenu cette distinction comme critère. Aucun ne fonctionne sur la base de l'état civil du plaignant.

L'article 107 de la *Loi sur les Indiens* donne le pouvoir au juge de paix nommé aux termes de la *Loi sur les Indiens* d'exercer ses attributions à l'égard des infractions concernant les «biens d'un Indien». Par déduction, l'état civil du plaignant donne compétence au juge de paix nommé en vertu de l'article 107.

La police peut déposer des accusations même lorsque la victime ne veut pas porter plainte. D'autre part, il peut arriver que l'infraction porte sur un crime réputé n'avoir fait aucune victime.

Partant du principe que les autochtones font partie d'une société autochtone, on peut prétendre que les infractions qui les concernent doivent relever du système judiciaire autochtone, tandis que les non-autochtones appartenant à la société canadienne, les infractions qui les concernent doivent relever du système canadien de justice pénale.

La désignation du tribunal en fonction de l'état civil du plaignant risque de donner lieu à des différends raciaux et des inégalités de traitement.

### ***Lorsqu'un certain type d'infraction a été commis sur un certain territoire***

Cette option contient deux paramètres qu'il faut analyser séparément, le premier étant le territoire sur lequel est commise l'infraction et le deuxième la nature de l'infraction.

#### **La compétence basée sur le territoire**

Généralement, les corps de police sont chargés d'un certain territoire. Les corps de police provinciaux appliquent la loi dans les régions rurales de la province, tandis que les corps de police municipaux patrouillent les secteurs municipaux qui relèvent de leurs responsabilités.

Les cours provinciales ont compétence sur le territoire de la province où elles se trouvent. Par ailleurs, elles sont souvent organisées de manière à exercer leur compétence sur un certain territoire local, mais certaines affaires peuvent être, sur accord mutuel, confiées à d'autres cours provinciales.

Les règlements municipaux s'appliquent à l'intérieur des limites de la ville. De même, les lois provinciales s'appliquent à l'intérieur des limites d'une province. Les statuts administratifs adoptées par les premières nations aux termes de la *Loi sur les Indiens* s'appliquent sur la réserve de la première nation concernée.

Voici ce qu'a fait remarquer à ce sujet le Comité spécial de la Chambre des communes dans son rapport publié le 12 octobre 1983 :

Dans le cadre de ses domaines de compétence exclusive, un gouvernement de première nation indienne exercerait des pouvoirs sur toutes personnes se trouvant à l'intérieur de ses limites territoriales. Les non-membres qui se rendraient sur les terres d'une première nation indienne afin d'y vivre, d'y faire des affaires ou simplement de rendre visite, seraient assujettis aux lois de la première nation indienne<sup>63</sup>.



L'objectif fondamental d'un système judiciaire est d'assurer le maintien de la paix et de l'ordre au sein de la communauté. C'est une raison importante qui incite à se fonder sur le critère territorial pour désigner le tribunal compétent. En effet, la capacité du système judiciaire autochtone à maintenir la paix et l'ordre dans la communauté est compromis et affaibli dès lors qu'il ne peut se prononcer lui-même sur les infractions commises par des individus perturbant l'ordre public à l'intérieur du territoire autochtone.

La détermination de la compétence en fonction du territoire est un critère couramment utilisé par le système canadien de justice pénale. Il s'agit d'une approche préférable et supérieure au critère racial retenu par le système judiciaire américain faisant la distinction entre les Indiens et les non-Indiens.

### **La nature de l'infraction**

Les traités conclus avec les Indiens de l'Alberta disposent que les Indiens doivent :

... assister les officiers de Sa Majesté à amener à justice et à châtement tout sauvage contrevenant aux dispositions de ce traité ou enfreignant les lois en force dans ce pays ainsi cédé<sup>4</sup>.

Le traité implique que les Indiens doivent prêter leur concours au système de justice pénale pour retrouver les contrevenants indiens. En outre, le traité considère comme des infractions toute violation des termes du traité. La chasse et la pêche sont des activités visées par le traité qui s'exercent sur un territoire s'étendant au-delà des limites de la communauté autochtone. Les premières nations signataires du traité doivent participer aux poursuites des infractions constituant une violation des dispositions de chasse du traité.

Le système judiciaire autochtone devrait avoir compétence sur les infractions commises par des autochtones sur les territoires traditionnels, en violation de l'exercice légal de leurs droits ancestraux ou issus des traités.

### **Devrait-on pouvoir en appeler des décisions du système de justice autochtone auprès d'un tribunal supérieur du système canadien?**

Il est possible, pour plusieurs motifs, de se pourvoir en appel, auprès d'une cour supérieure, des décisions des tribunaux de première instance. Premièrement, il est possible de faire appel des conclusions de fait. Le *Code criminel* prévoit la possibilité de faire appel lorsque les conclusions de fait d'un juge ne paraissent pas raisonnables. Deuxièmement, il est possible de faire appel sur une question de droit. Tous les aspects liés à la *Charte* constituent une importante sous-catégorie d'appels sur des questions de droit. Il est possible d'interjeter appel pour violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Troisièmement, surtout dans le cas des tribunaux administratifs, il est possible de faire appel aux cours criminelles sur des questions de compétence, de justice naturelle et d'équité.

## La méconnaissance de la culture autochtone

Un système judiciaire autochtone est censé permettre une meilleure compréhension et sensibilité aux questions touchant la culture autochtone. Le système canadien de justice pénale a malheureusement trop souvent négligé cet aspect dans l'exercice du droit pénal et son application aux peuples autochtones.

Il pourrait arriver que les décisions de la justice autochtone soient annulées par des cours d'appel canadiennes insensibles à la culture autochtone, ce qui aurait pour effet de supprimer les avantages qu'offrirait un système judiciaire autochtone.

D'autre part, les mesures utilisées par les communautés autochtones pour dissuader les écarts de conduite pourraient s'avérer contraires aux lignes directrices actuelles du système canadien de justice pénale qui a tendance à imposer des peines minimales ou normales aux délinquants. Ces lignes directrices en matière de détermination de la peine risquent d'entrer en concurrence avec les mesures adoptées par la communauté autochtone.

Le jugement *R. v. Nagitarvik* donne un exemple de ce type de conflit. L'accusé dans cette affaire était un jeune Inuk de 21 ans qui avait agressé sexuellement sa cousine de 14 ans. Lors de l'audition conduisant à la détermination de la sentence, le juge a entendu des déclarations du conseil des anciens, l'Inuit Inumarit. Ces témoins ont exposé la méthode traditionnelle appliquée par leur communauté pour régler les écarts de conduite et manifesté leur désir d'aider le jeune Inuk à s'amender. Ils ne voulaient pas qu'il soit condamné à une peine de prison et emmené au loin dans un établissement carcéral du Sud. Le juge a accepté les demandes de l'Inumarit et condamné le jeune à 90 jours d'emprisonnement discontinu au détachement local de la GRC, ainsi qu'à une probation de deux ans et 100 jours de travail communautaire. Les motifs du jugement se présentent comme suit :

D'après les preuves que j'ai entendues aujourd'hui, il me paraît évident que la communauté, l'Inumarit et les services sociaux sont prêts à intervenir dans cette affaire. Ce n'est pas une promesse creuse, c'est un fait réel. La preuve nous en a déjà été donnée par l'absence marquée de crime et de désordre dans la communauté. Je serais très peiné de voir disparaître le rôle spécial joué par Arctic Bay. L'Inumarit et le tribunal visent un même objectif : l'amendement du délinquant, la réconciliation du délinquant, de la victime et de la communauté de manière à préserver l'unité de la communauté et proposer un programme d'éducation...

Les représentants de l'Inumarit m'ont impressionné. Ils promettent de faire mieux que les prisons et il semble qu'ils l'ont prouvé par le passé. J'accepte sans réserve ce qu'ils me proposent puisque, comme je l'ai dit, il m'est rarement arrivé de venir à Arctic Bay depuis les trois années que j'exerce dans la région, car les désordres ne semblent tout simplement pas toucher cette communauté...

Par conséquent, il s'agit de prendre une décision conforme à la loi tout en respectant la volonté de ce groupe de personnes de participer à la solution des problèmes de la communauté. Si le tribunal peut faire quelque

chose pour aider la communauté à continuer à résoudre elle-même ses problèmes, à aider tous les intervenants, quels qu'ils soient, et quelles que soient ses méthodes, à faire en sorte que Arctic Bay continue d'être une bonne communauté, je pense qu'il est du devoir du tribunal de le faire. Si la méthode qu'applique Arctic Bay pour éloigner la criminalité continue à donner de bons résultats dans le cas de l'accusé, tout le monde sera gagnant et la communauté sera protégée<sup>65</sup>. [traduction]

La sentence ayant été portée en appel, la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest porta la sentence à 18 mois. La cour d'appel estimait que la sentence de la cour territoriale était insuffisante et appliqua tout d'abord la sentence normale, en conformité d'un précédent non autochtone, l'affaire *R. v. Sandercock*<sup>66</sup> dans laquelle une sentence de trois ans avait été imposée. La cour d'appel ramena ensuite la sentence à 18 mois d'emprisonnement, en raison de circonstances atténuantes. Les motifs de la décision des juges majoritaires se lisent comme suit :

La réincarnation moderne à Arctic Bay du comité traditionnel Inumarit ressemble à des services communautaires plutôt qu'à l'organe traditionnel d'administration et de counseling. Je n'y retrouve, en raison de son origine récente, de la communauté qu'il sert, de ses méthodes de fonctionnement et de l'absence de sanctions traditionnelles pour l'auteur de l'infraction, aucune trace de la culture ancienne. Les services de counseling, admirables en soi, qu'offre l'Inumarit, ne peuvent se substituer, à mon avis, à la sentence d'emprisonnement qui est requise dans pratiquement tous les cas d'agression sexuelle grave<sup>67</sup>.

Le juge dissident était d'accord avec la décision du juge territorial :

Je ne perçois aucune erreur de principe dans les motifs du jugement. La *Charte* canadienne des droits et libertés accorde une reconnaissance nouvelle à la préservation du patrimoine culturel et le jugement en tient compte. Le juge de première instance a soupesé tous les facteurs, y compris celui-là et imposé une sentence qui, à mon avis, était parfaitement adaptée aux éléments de preuve qui ont été exposés<sup>68</sup>.

Le professeur de droit Michael Jackson souligne, dans *Locking up Natives in Canada*, que la majorité des cours d'appel appliquent les valeurs de dénonciation et de dissuasion de la société canadienne plutôt que les valeurs communautaires autochtones d'amendement et de restauration.

### Les cours d'appel tribales américaines

Dans le cas des tribus américaines disposant d'une cour régionale composée d'au moins quatre juges, trois des membres restants du comité d'appel pouvaient faire appel de la décision d'un juge. Ce système de constitution d'une cour d'appel composée d'un groupe de juges était utilisé en Angleterre par les cours de *common law* avant la création des cours d'appel supérieures<sup>69</sup>.

## Le tribunal d'appel métis

Le mécanisme de résolution de conflits créé pour les établissements métis de l'Alberta prévoit un droit d'appel sur le fond de la décision, auprès du tribunal d'appel de l'établissement métis. Il est possible également d'en appeler de la décision du tribunal d'appel métis auprès de la cour d'appel de l'Alberta. Cependant, ce type d'appel est limité aux questions de droit et de compétence<sup>70</sup>.

## La *Charte canadienne des droits et libertés*

L'application des garanties de la *Charte* dans un système judiciaire autochtone risque de poser problème. La garantie constitutionnelle des droits prévue par la *Charte* s'appliquerait au système judiciaire autochtone sous réserve de l'article 25 protégeant les droits ancestraux et issus des traités.

Il resterait ensuite à déterminer si le système judiciaire autochtone représente l'exercice d'un droit ancestral ou qui est issu des traités. Dans l'affirmative, la *Charte* ne s'appliquerait pas. Dans la négative, les garanties de la *Charte* risqueraient d'entrer en conflit avec le processus judiciaire autochtone.

Les gouvernements fédéral et provinciaux disposent d'un autre mécanisme pour limiter l'application de la *Charte*, notamment les dispositions de «limites raisonnables» de l'article 1 et la clause «dérogatoire» de l'article 33. Notons que l'Accord constitutionnel de Charlottetown prévoyait que la *Charte* s'appliquerait aux gouvernements autochtones exerçant leur droit inhérent d'autonomie gouvernementale, sous réserve que la *Charte* ne porte pas atteinte aux droits ancestraux et issus des traités et que les gouvernements autochtones aient également accès à la clause «dérogatoire»<sup>71</sup>.

Les offres constitutionnelles n'ayant pas été adoptées, la *Charte* s'appliquera au système judiciaire autochtone, sous réserve de l'article 25 et de l'interprétation que les tribunaux canadiens en feront.

## Les membres autochtones du système judiciaire canadien

Les membres autochtones du système judiciaire canadien pourraient collaborer au système judiciaire autochtone. Ces juges des cours provinciales, territoriales et supérieures ont à la fois une culture autochtone et une bonne connaissance du fonctionnement du système canadien de justice pénale. Le fait de faire appel à ces juges pour siéger dans les cours d'appel autochtones permettrait d'équilibrer de manière judicieuse les valeurs autochtones et celles de la justice canadienne.

Il serait possible de se pourvoir en appel des décisions des juges autochtones auprès des cours d'appel autochtones, sur toutes les questions de fond. Les appels auprès du système judiciaire canadien seraient limités aux questions de droit, de compétence et aux questions se rapportant à la *Charte*.

## Conclusion

Cet examen des initiatives judiciaires autochtones appelle plusieurs observations.

Le système canadien de justice pénale est très flexible et pourrait englober une bonne partie des initiatives autochtones. Il pourrait servir de point de départ pour l'habilitation des autochtones en matière judiciaire ainsi que de soutien et d'appoint.

Les initiatives judiciaires autochtones exigeront de nombreuses structures qui devront généralement se conformer aux bornes géopolitiques et culturelles autochtones et être fondées sur un respect commun du *Code criminel* et des valeurs communautaires.

Le *Code criminel* s'appliquera aux communautés autochtones mais devra être modifié de façon à tenir compte des systèmes judiciaires autochtones.

Les systèmes judiciaires autochtones feront partie du système canadien de justice pénale et comprendront:

- des contrôles sociaux traditionnels internes;
- des systèmes judiciaires autochtones intermédiaires;
- le système canadien de justice pénale comme soutien externe.

Les systèmes judiciaires autochtones se fonderont sur le territoire du gouvernement autochtone et sur le territoire traditionnel dans lequel les peuples autochtones exercent leurs droits ancestraux et leurs droits issus de traités.

Trois différents types de rapports pourraient exister entre le système canadien de justice pénale et les systèmes judiciaires autochtones.

Premièrement, le système canadien pourrait embaucher des autochtones, ce qui lui permettrait de mieux comprendre ces derniers. Un changement d'attitude ou de mentalité de la part de la police, de la Couronne ou du corps judiciaire, par exemple, modifierait en profondeur l'administration de la justice pénale.

Deuxièmement, on faciliterait nettement la mise en place de systèmes judiciaires répondant aux préoccupations des autochtones en établissant des systèmes judiciaires autochtones où les gouvernements autochtones joueraient le rôle d'employeurs.

Troisièmement, il faudrait reconnaître la juridiction des autochtones. C'est ce que souhaitent ces derniers car c'est toute l'application de la justice pénale qui s'en trouverait modifiée pour eux. Pareille juridiction est essentielle à l'autonomie gouvernementale des autochtones.

La plus grande partie du processus de création et de définition des relations entre les systèmes judiciaires autochtones et le système canadien de justice pénale dépendra vraisemblablement des négociations entre les autochtones et les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux.

Le groupe d'étude albertain préconise une approche négociée pour l'établissement des systèmes judiciaires autochtones.

Le groupe d'étude recommande:

- 11.1 De retenir la perspective présentée par la section du droit autochtone de l'Association du Barreau canadien. La décision de créer un système judiciaire autochtone et la définition des pouvoirs qui lui seraient accordés doivent faire l'objet de négociations entre les Amérindiens, les Métis et les gouvernements du Canada et de l'Alberta<sup>22</sup>. [traduction]

Les diverses commissions qui se sont penchées sur la question des systèmes judiciaires autochtones ont toutes recommandé implicitement une approche négociée.

Malheureusement, personne ne s'est penché sur les difficultés qu'éprouveront les autochtones lorsqu'ils négocieront avec des gouvernements qui auront toutes les cartes en main. Trop souvent les bonnes intentions qui animent les gouvernements à l'égard des peuples autochtones s'évanouissent au moment des négociations et cèdent le pas à des opinions juridiques étrequées. Les autochtones ont pu constater ce phénomène à maintes reprises: un rapport est publié, ses recommandations suscitent des espoirs, mais la volonté des élus s'émousse une fois que le rapport a perdu de sa nouveauté.

Il ne faut pas s'intéresser uniquement aux types de relations que l'on peut instaurer, il faut également songer à la manière de s'y prendre pour mener à bien la négociation de ces relations.

## Les questions

Le débat dans ce document ne répond pas pleinement aux questions soulevées, mais il propose des solutions. Après réexamen des questions, l'auteur apporterait les réponses suivantes:

Par système autochtone parallèle, entend-on un système unique, ou de nombreux systèmes?

Un système de justice parallèle autochtone se composerait de nombreuses structures séparées ayant les mêmes caractéristiques et un objectif commun, c'est-à-dire le maintien de l'ordre dans les communautés autochtones.

Quels seraient les rapports entre les systèmes judiciaires autochtones et le système canadien?

Le système canadien servirait de point de départ pour l'habilitation des autochtones en matière judiciaire, et il viendrait à la rescousse des systèmes judiciaires autochtones lorsque ceux-ci seraient impuissants à corriger tel ou tel comportement criminel.

Quels seraient les rapports entre les systèmes judiciaires des différentes communautés autochtones?

Les divers systèmes judiciaires autochtones seraient séparés mais coopératifs. Les mesures de réadaptation auraient un dénominateur commun, tout comme la conception de la justice pénale dans son ensemble.

Un système judiciaire autochtone aurait-il compétence pour réprimer toutes les infractions ou seulement certaines?

Les systèmes judiciaires autochtones auraient toujours compétence pour réprimer les actes criminels qui troublent la paix et la sécurité de la communauté; ils pourraient avoir compétence pour réprimer les délits sérieux dont ils ont la capacité et la volonté de s'occuper, et ils devraient toujours avoir compétence pour instruire les affaires touchant les droits ancestraux ou les droits issus de traités.

Quand la juridiction des systèmes judiciaires autochtones serait-elle invoquée?

La juridiction des systèmes judiciaires autochtones serait invoquée chaque fois qu'une personne ou qu'un peuple autochtone est incapable d'exercer les droits ancestraux et les droits issus de traités dans les territoires traditionnels.

Si l'accusé est autochtone? S'il ne l'est pas?

La réponse dans les deux cas est oui.

Si le plaignant est autochtone? S'il ne l'est pas?

La réponse dans les deux cas est non.

Quand un certain type de délit est commis dans un territoire donné?

Tous les délits qui sont commis en territoire autochtone devraient éventuellement relever de la juridiction des autochtones, selon son degré de développement.

Pourrait-on en appeler des décisions prises par un système judiciaire autochtone devant une cour supérieure du système canadien?

Seules les décisions concernant des questions de juridiction et d'équité devraient pouvoir être portées en appel dans le système canadien.

L'instauration de systèmes judiciaires autochtones marquera un tournant au Canada. Leur mise en œuvre exigera un engagement vigoureux de la part des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et une véritable détermination de la part des peuples autochtones du Canada.

## Notes

1. S.R.C. 1985, c. C-46.

2. *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27), «Le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, y compris la procédure en matière criminelle».

3. S.R.C. 1985, c. N-1.

4. *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14), «L'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridictions tant civiles que criminelles, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux».
5. *R. v. Whiskeyjack* (1985) 2 W.W.R. 481 (Alta C.A.).
6. *Loi sur la GRC*.
7. R.S.A. 1980 c. P-12.01.
8. Source Diamond Jenness, *The Indians of Canada* (6<sup>e</sup> éd.), 1972, p. 18.
9. *Loi sur les Indiens* S.R.C., C. I-5 art. 6.
10. Ref. *Re Eskimo* (1939) DLR 417 (SCC).
11. *Loi sur les Indiens* S.R.C., C. I-5 par. 4(1).
12. *Acte du Manitoba*, 1870; *Dominion Lands Act* S.C. 1879, c. 31.
13. Brendan Howley, «In From The Cold», *Enroute*, septembre 1992.
14. Le juge en chef Heino Lilles, «Tribal Justice : A New Beginning», 3-7 septembre 1991.
15. Première nation d'Onion Lake : «Tribal Justice – Project Proposal», préparé pour le solliciteur général du Canada, le 8 septembre 1992.
16. M. Coyle, «Traditional Indian Justice in Ontario : A Role For The Present», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 24, n<sup>o</sup> 3, p. 605; également Indigenous Bar Association, «The *Criminal Code* and Aboriginal People», 1991.
17. *R. v. Deboning* (1908) 17 DLR 23 (CA).
18. Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, *Commissioners' Report*, 1989, p. 168.
19. Michael Jackson, *Locking Up Natives in Canada – A Report of the Canadian Bar Association*, 1988.
20. Le juge en chef Heino Lilles, «Tribal Justice : A New Beginning», 3-7 septembre 1991, p. 13.
21. Indigenous Bar Association, «The Criminal code and Aboriginal Peoples», 1991.
22. Solliciteur général du Canada, *Politique sur la police des Premières Nations*, 1992.
23. Nouvelle-Écosse, projet de loi n<sup>o</sup> 207, sanctionné le 30 juin 1992.
24. Siksika/Alberta/Canada Tripartite Policing Agreement, juin 1992.
25. *Loi sur les Indiens* S.R.C. 1985 c. I-5, alinéa 81(1)c).
26. Traité n<sup>o</sup> 7, 1877.
27. *Alberta Police Act* R.S.A. 1980 c. P-12.01, s. 5.
28. *Canada Gazette* part II, Vol. 126, No. 5.
29. Protocole entre le chef de la police tribale de la nation Sd'At'Imx' et la Gendarmerie royale du Canada (Division E).
30. C. H. Rolf, *Policing In Relation To The Blood Tribe : Report of a Public Inquiry*, février 1991, pp. 157-161.
31. *Loi sur les Indiens* S.R.C. 1985, c. I-5, alinéa 81(1)b).
32. Règlement de la circulation de la nation siksika, 1991.
33. *Code criminel* S.R.C. 1985 c. C-46, par. 785(1).



34. *Loi sur les Indiens* S.R.C., c. I-5, art. 107.
35. Le juge en chef Heino Lilles, «Tribal Justice : A New Beginning», 3-7 septembre 1991, p. 6.
36. *R. v. Moses*, Décision non publiée du Yukon Territorial Court, le 13 mars 1992.
37. S.R.C. 1985, c. Y-1.
38. Board of Review, *Native People in the Administration of Justice in the Provincial Courts of Alberta*, juin 1978.
39. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991.
40. *Ibid.*, p. 1.
41. *Ibid.*, p. 74.
42. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991, p. 10-3.
43. Peter S. Shultz, *The Ojibwa of Southern Ontario*, 1991, p. 11.
44. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991, p. 2-60.
45. *Métis Settlements Act* S.A. 1990, c. M-14.3.
46. *Métis Settlements Act* S.A. 1990, c. M-14.3, s.204.
47. Commission de réforme du droit du Canada, *Les peuples autochtones et la justice pénale*, 1991, p. 105.
48. Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, *Commissioners' Report*, 1989, p. 170.
49. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991, p. 10-4.
50. The Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, *The Justice System and Aboriginal People*, 1991, p. 657.
51. *Ibid.*, p. 658.
52. *Ibid.*, p. 294-295.
53. *Ibid.*, p. 282.
54. Brenda Howley, «In From The Cold», *Enroute*, septembre 1992.
55. *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1985, c. I-5, art. 81, par. 85.1.
56. *Report of the Saskatchewan Indian Justice Review Committee*, janvier 1992, p. 45.
57. Convention de la baie James et du Nord québécois, p. 309.
58. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991, p. 12-3.
59. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B, Partie I, *Charte canadienne des droits et libertés*.
60. *Ibid.*, art. 15(1).
61. *Ibid.*, art. 15(2).
62. Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, *Commissioners' Report*, 1989, p. 168.
63. Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens, *L'autonomie politique des Indiens au Canada*, 1983, p. 64.

64. Traité n° 8, 1899,74
65. (1986) 26 C.C.C. (3d) 193.
66. (1985) 22 C.C.C. (3d) 79.
67. (1986) 26 C.C.C. (3d) p. 48 à 196.
68. (1986) 26 C.C.C. (3d) p. 48 à 207.
69. The Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, *The Justice System and Aboriginal People*, 1991, p. 317.
70. *Métis Settlements Act*, S.A. 1990, c. M-14.3.
71. Rapport du consensus sur la Constitution (texte définitif de l'Accord de Charlottetown), 28 août 1992.
72. Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta, *Justice on Trial*, mars 1991, p. 11-5.

# Reprendre la justice en main : perspectives des Indiens des États-Unis

*James W. Zion\**

La Commission royale sur les peuples autochtones se penche actuellement sur une question cruciale en ce qui concerne les droits des autochtones : leur droit d'établir leurs propres lois et d'être gouvernés par elles. Elle soulève cinq questions fondamentales à cet égard et invite les intervenants à en discuter dans leurs exposés.

L'objet du présent document est d'informer la Commission de l'expérience américaine en matière de tribunaux autochtones et de système judiciaire autochtone. Comme on le signale dans le document préliminaire rédigé en vue de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires, la question de savoir comment établir ou reconnaître des systèmes de justice autochtone a été beaucoup étudiée au Canada. J'ai participé à la conférence juridique que les peuples autochtones ont tenue à Calgary (Alberta) en septembre 1983<sup>1</sup>. Geneva Stump, un juge cri de la réserve Rocky Boy's au Montana, et moi avons mené des études sur le terrain portant sur le droit coutumier des Indiens en Saskatchewan dans le cadre d'études menées conjointement en 1984 par le Canada, la Saskatchewan et la Federation of Saskatchewan Indian Nations intitulées *Studies of Certain Aspects of the Justice System As They Relate to Indians in Saskatchewan*<sup>2</sup>. J'ai aussi fourni de l'information et formulé des opinions pour l'étude de la Commission de réforme du droit de l'Australie sur le droit coutumier autochtone<sup>3</sup>, et pour l'enquête du Manitoba sur le traitement des autochtones dans le système judiciaire de cette province<sup>4</sup>. Les nombreuses conférences et études qui ont porté sur l'établissement de systèmes de justice distincts pour les peuples autochtones du Canada ont été décevantes. Il s'est dit beaucoup de choses au sujet de ces systèmes; de nombreux

---

\* Avocat auprès des tribunaux de la nation navajo

rapports ont été déposés et de nombreux experts se sont dits d'accord avec la notion que les peuples autochtones étaient capables d'administrer eux-mêmes leurs systèmes judiciaires. Il y a maintenant dix ans qu'ont débuté les discussions à ce sujet et il est temps de faire des propositions concrètes en vue de l'adoption de politiques créant ou reconnaissant des systèmes autochtones d'administration de la justice.

Le Canada tente de nouveau de s'inspirer de l'expérience américaine en matière de tribunaux tribaux<sup>5</sup>. Ce document cherche à répondre aux cinq questions posées par la Commission. Plus important encore, il cherche à situer l'expérience américaine, dont les tribunaux tribaux américains ont valeur de modèle, dans une optique différente de celle qu'on trouve dans la plupart des publications consacrées à leur nature et leur travail. Le système américain n'est pas exempt de problèmes et lacunes, mais leur cause première est la négligence « officielle » du gouvernement des États-Unis. Les ouvrages dénonçant les limitations du système de cours tribales ne devraient pas dissuader la Commission de considérer l'expérience américaine ni l'inciter à la rejeter carrément<sup>6</sup>.

Les tribunaux indiens américains fonctionnent, et fonctionnent bien. C'est un modèle dont peut s'inspirer le Canada, quitte à y apporter certains changements, en se gardant toutefois de l'adopter en bloc ou de l'imposer aux gouvernements autochtones canadiens. Tant à première vue que dans les écrits sur le sujet, le système des tribunaux tribaux américains apparaît copié sur celui des États, avec des règles en matière de jugement et de procédure qui sont familières à la plupart des avocats. À la vérité, beaucoup de juges de ces tribunaux adaptent ce qui est visible en surface aux conditions tribales. Souvent, la description donnée dans les publications ne correspond pas à la réalité; or, il s'agit là d'un élément essentiel pour comprendre comment fonctionne la justice autochtone et pourquoi elle constitue une réelle solution de rechange au système qui a cours dans les États.

## Aperçu des systèmes judiciaires indiens aux États-Unis

Les premiers tribunaux indiens, c'est-à-dire les systèmes judiciaires administrés par des Indiens, ont été imposés par le gouvernement des États-Unis pendant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>7</sup>. En 1883, le commissaire aux affaires indiennes créait les « tribunaux des délits indiens » (Courts of Indian Offenses)<sup>8</sup>. Cet organe judiciaire était un prolongement administratif du Bureau of Indian Affairs (BIA), contrôlé par ses agents locaux. Les juges indiens étaient choisis en fonction de leur adhésion à des valeurs non indiennes (par exemple, ne pas porter les cheveux longs, n'être marié qu'à une seule femme et ne pas être un « Indien à la couverture »). La législation appliquée était une adaptation du modèle de justice américain (les codes de paix) et les décisions étaient revues et contrôlées par des agents des affaires indiennes. Il existe aujourd'hui encore quelques-uns de ces tribunaux, aussi connus sous le nom de CFR Court (pour *Code of Federal Regulations*).

Constatant l'existence dans la politique américaine en matière d'affaires indiennes d'une lacune fondamentale attribuable au manque d'organes administratifs tribaux,

le Congrès des États-Unis a adopté l'*Indian Reorganization Act* de 1934. Cette loi, qui a servi de modèle à la *Loi sur les Indiens* du Canada, a permis aux tribus indiennes des États-Unis de créer leurs propres appareils judiciaires, les tribunaux tribaux.

Comme ce fut le cas auparavant pour les tribunaux des délits indiens, on n'a pas permis aux gouvernements tribaux d'établir leurs propres systèmes ou codes de droit. En 1935, le Bureau of Indian Affairs révisa le code de ces tribunaux et le nouveau code de la loi et de l'ordre qui en découla devint le fondement des codes promulgués par les tribus<sup>9</sup>. Il existe actuellement environ 170 tribunaux tribaux aux États-Unis. Ils sont pour la plupart régis par des codes constituant des variantes du code de la loi et de l'ordre de 1935. Il s'agit, comme dans le passé, d'un code adapté à partir du modèle des juges de paix des États. Il accorde à ces tribunaux une certaine juridiction en matière de délits criminels mineurs (c'est-à-dire ceux qui sont punissables d'une peine d'emprisonnement maximum d'un an) et une juridiction illimitée en matière civile.

Les observateurs des tribunaux tribaux américains voient dans ces appareils judiciaires un reflet fidèle des systèmes des États. Le code de la loi et de l'ordre des tribunaux tribaux est similaire aux lois des États et de nombreux tribunaux tribaux utilisent une version modifiée des règles fédérales de procédure civile et criminelle. À première vue, rien ne semble distinguer les tribunaux tribaux des systèmes en vigueur dans les États, outre le fait que leurs juges sont des Indiens.

En 1968, après des audiences mémorables sur la violation de droits civils par des gouvernements et tribunaux tribaux, le Congrès des États-Unis a adopté l'*Indian Civil Rights Act*. Par cette loi, les tribunaux tribaux se voyaient tenus de respecter la plupart des droits garantis dans l'*American Bill of Rights*. La loi prévoyait aussi la révision par une cour fédérale des condamnations au criminel par voie d'*habeas corpus*. Cette loi a ouvert la porte à d'autres intrusions dans les activités des tribunaux tribaux, et leurs actions en sont venues à être mesurées à partir de normes non indiennes en matière de droit civil. On se réfère souvent, à ce sujet, à une étude de S.J. Brakel publiée sous le titre *American Indian Tribal Courts: The Costs of Separate Justice*<sup>10</sup>. Cet ouvrage ne vaut guère, étant donné la méthodologie utilisée par Brakel et ses parti pris. Il a évalué les opérations des tribunaux tribaux à l'aune du modèle imposé. Il a omis de souligner qu'on n'avait pas accordé aux tribunaux de première instance les fonds et les ressources nécessaires pour leur permettre de fonctionner selon le système imposé et, étant donné son optique non indienne, il n'a pu relever les adaptations que les Indiens avaient faites du modèle".

D'autres auteurs répètent les erreurs de Brakel. Certains observateurs non indiens (et certains observateurs indiens) se basent sur les dispositions de la législation américaine en matière de procédure criminelle et civile pour évaluer le fonctionnement des tribunaux tribaux. Ils ne voient et ne rapportent cependant pas ce qui s'y passe vraiment.

De nombreux tribunaux tribaux tiennent leurs délibérations dans une langue autochtone. Il arrive souvent que des parties au litige soient apparentées au juge par les liens du sang ou par l'appartenance au même clan, ou que le juge les connaisse personnellement. Ils appartiennent à une collectivité dont le juge lui-même est

membre dans la plupart des cas. Ce qui se passe réellement dans de nombreux tribunaux tribaux, c'est qu'on y applique des principes et procédures du droit coutumier<sup>12</sup>. Le code de la loi et de l'ordre du BIA permet l'utilisation du droit coutumier tribal dans les procédures civiles<sup>13</sup>, et la Cour suprême des États-Unis a sanctionné l'utilisation du droit coutumier dans les procédures criminelles<sup>14</sup>. Plutôt que d'articuler des principes du droit coutumier indien dans leurs décisions, de nombreux juges des tribunaux tribaux appliquent inconsciemment des valeurs tribales dans certains cas, d'une façon que ne peuvent percevoir des observateurs non initiés.

Par conséquent, dans son évaluation des tribunaux tribaux américains comme modèle éventuel, la Commission doit tenir compte du fait que ce qui est observé dans des études ou rapports peut ne pas être un compte rendu fidèle de ce qui s'y passe en réalité. On relève deux niveaux d'activité : l'activité consciente et observable, où les juges appliquent des principes généraux du droit américain, et l'activité inconsciente et non observable, où les tribunaux procèdent dans des langues indiennes et suivant des méthodes du droit coutumier. Pour mieux comprendre les tribunaux tribaux américains, la Commission doit considérer la nature du droit coutumier indien et des pratiques qui s'y rattachent.

## Une théorie de la loi et de la justice indiennes

Les autorités coloniales espagnoles ont reconnu que la législation indienne constituait une forme valide de droit en 1555<sup>15</sup>, ce que les Anglais ont reconnu à leur tour en 1763 et en 1774<sup>16</sup>. Le droit indien est valide au regard des droits américain et canadien (hérités des Anglais), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reconnaît aux Indiens le droit d'adopter et d'appliquer eux-mêmes les lois qui les gouvernent<sup>17</sup>.

Quel est ce droit coutumier indien qui a été reconnu sans exception en Amérique du Nord pendant 437 ans? Il s'agit simplement de normes, de valeurs, de principes moraux, voire d'une sensibilité, propres aux autochtones<sup>18</sup>, et qui sont consacrés par des institutions.

Ces normes, valeurs et principes moraux, ainsi que la sensibilité des Indiens trouvent leur expression dans leurs langues, leurs traditions, leurs rites et leur mode d'éducation. Ils leur sont inculqués depuis leur enfance par l'éducation aux valeurs traditionnelles. Lorsque des Indiens viennent à occuper des postes de commande, ils les utilisent à leur tour dans le cadre du processus de décision. La façon d'arriver à une décision peut être consciente, comme quand on expose clairement les motifs ou la justification d'une décision, ou inconsciente, comme je l'ai expliqué plus haut.

Les institutions ont une personnalité; ce sont des personnes qui leur permettent d'exister. Les tribunaux tribaux et d'autres organes judiciaires ont à leur tête des juges qui sont guidés par leurs propres valeurs personnelles<sup>19</sup>.

Il importe de bien faire la distinction entre les deux éléments du droit : les normes et les institutions. Les questions à se poser sont les suivantes : Quelles normes devrait-on

appliquer lorsqu'il s'agit d'établir des règles juridiques de fond ou des procédures juridiques? Les institutions judiciaires doivent-elles refléter les normes de ceux et celles qui les composent?

Aux États-Unis, certains juges indiens rejettent ou modifient les normes reflétées dans le code de la loi et de l'ordre imposé aux tribunaux indiens. C'est pourquoi des observateurs non initiés constatent et déclarent que les Indiens ne se conforment pas à leurs propres lois. En fait, les juges indiens se fondent sur leur propre droit coutumier pour rendre leurs décisions. De la même façon, de nombreux Indiens adaptent et modifient des institutions imposées lorsqu'ils officient en tant que juges de tribunaux tribaux.

Il existe quatre principaux modèles en ce qui concerne les organes judiciaires autochtones : 1) l'assimilation d'autochtones dans des institutions d'État (par exemple, ceux qui siègent à des cours provinciales); 2) des organes spéciaux (par exemple, des juges de paix autochtones); 3) des tribunaux tribaux modelés sur ceux qui existent aux États-Unis; ou 4) des organes judiciaires traditionnels.

Les Indiens des États-Unis qui siègent au sein d'institutions d'État ne sont pas autorisés à utiliser leur propre droit coutumier. Bien qu'on s'appête à ouvrir les portes des tribunaux américains à des avocats indiens ayant été engagés par des organismes fédéraux ou des États, on ne leur permet pas de fonder leurs décisions sur leur propre droit coutumier<sup>20</sup>

Il existe des organes spéciaux pour les Indiens au sein du gouvernement américain. Les plus connus sont l'Office of Hearings and Appeals du département de l'Intérieur, qui rend jugement dans les causes de succession indiennes, et l'Interior Board of Indian Appeals du même département, qui entend les causes de succession portées en appel et qui tranche certaines questions relatives au droit administratif des Indiens. Dans ce dernier cas, les juges appliquent des principes juridiques non indiens et recourent à des procédures non indiennes. Leurs jugements écrits ne sont pas fondés sur le droit coutumier indien<sup>21</sup>. Ici encore, la loi appliquée n'est pas celle des Indiens.

Cette situation peut être présente ou pas dans des tribunaux tribaux. Dans la mesure où un tribunal tribal applique strictement le modèle des États, la principale différence qui le distingue d'un tribunal d'État est le juge. Cette personne rendra des jugements fondés sur les règles des tribunaux d'État à moins que, en raison de facteurs linguistiques ou culturels, elle se fonde inconsciemment sur des valeurs et une logique indiennes. D'autre part, certains juges de tribunaux tribaux s'écartent de la règle d'État ou la rejettent, ce qui confond des observateurs de l'extérieur qui évaluent le travail de ces tribunaux en se fondant sur les règles universelles de droit aux États-Unis. Ou les tribunaux tribaux cadreront dans une définition du droit conçu d'un point de vue américain (c'est-à-dire en vertu de valeurs anglo-européennes ayant façonné une institution anglo-européenne) ou ils suivront le droit tribal (c'est-à-dire défini par les valeurs indiennes dans un cadre anglo-européen, modifié en fonction des attentes tribales).

Les organes traditionnels entrent dans une définition du droit coutumier des Indiens voulant que ce soient les normes, valeurs et principes moraux ainsi que la sensibilité des Indiens qui soient utilisés et appliqués par les institutions indiennes.

Par conséquent, les concepteurs des institutions judiciaires autochtones (qui par définition devraient être eux-mêmes des autochtones) doivent prendre en considération les normes qui sous-tendent les lois et la nature des institutions qu'ils entendent créer. Ces institutions doivent correspondre à la culture juridique du groupe et les personnes qui les composent doivent être représentatives de cette même culture juridique.

C'est ce que font les tribunaux de la nation navajo. La Navajo Court of Indian Offenses a été créée en 1892 et bien que les juges navajos qui y siègent aient été tenus de se fonder sur les valeurs imposées par les règlements du BIA (dont beaucoup visaient à détruire les valeurs juridiques indiennes), l'histoire nous révèle qu'ils en ont souvent fait fi au profit de valeurs navajos. À partir de 1981 environ, les tribunaux de la nation navajo ont commencé à appliquer consciemment le droit coutumier navajo comme droit privilégié, notamment par les initiatives suivantes :

- L'utilisation du droit coutumier navajo dans les opinions écrites comme droit privilégié de la nation navajo;
- L'utilisation du droit coutumier navajo comme moyen d'interpréter des codes tels que le *Navajo Nation Bill of Rights* et le *Navajo Nation Criminal Code*;
- La création de la Navajo Peacemaker Court (1982), une adaptation des méthodes traditionnelles d'administration de la justice;
- L'utilisation de principes du droit coutumier des Navajos dans des jugements et des codes (par exemple, le *Navajo Nation Code of Judicial Conduct* de 1991);
- Des articles et des études sur l'application du droit coutumier navajo à des problèmes juridiques majeurs (par exemple techniques de médiation, codes de conduite judiciaire, restitution ou réparation, et violence familiale);
- Des études sur des méthodes juridiques traditionnelles;
- Le Navajo Common Law Project, le Navajo Peacemaker Court Projet (*Hozhooji Naat'aanii*), et la Navajo Common Law Archive.

## Utilisation du modèle des tribunaux tribaux américains dans des institutions

Une des questions qu'explore la Commission est de déterminer en quoi l'expérience américaine peut être utile au Canada. Plus précisément, elle cherche à savoir si les collectivités autochtones canadiennes devraient posséder leurs propres institutions judiciaires ou si on devrait plutôt constituer des organismes d'envergure provinciale ou régionale.

En 1984, les dirigeants de la Federation of Saskatchewan Indian Nations (FSIN) ont envisagé la création d'un organe judiciaire administré par les leurs pour desservir toutes les bandes de la Saskatchewan. La principale considération était le facteur économique et le contrôle central du système. De même, l'enquête manitobaine sur



la justice a conclu que la meilleure option serait un système provincial contrôlé par les autochtones. Le Northwest Intertribal Court System de l'État de Washington est un bon modèle à cet égard<sup>22</sup>. Les auteurs de l'étude manitobaine ont aussi recommandé une version de la Navajo Peacemaker Court.

Le choix d'une institution pour un groupe autochtone donné devrait lui revenir de façon exclusive. Les groupes autochtones devraient pouvoir choisir entre un système judiciaire contrôlé localement, un système qui correspondrait au modèle du tribunal de première instance, le modèle de la Navajo Peacemaker Court ou quelque autre option. Il existe de nombreux modèles, mais comme le montre l'étude qu'a réalisée la FSIN sur les systèmes judiciaires en Saskatchewan, les peuples autochtones au Canada sont parfaitement capables d'établir leurs propres systèmes<sup>23</sup>. Une ou des bandes ou d'autres groupes autochtones peuvent, s'ils optent pour cette formule, décider de former des institutions d'envergure provinciale ou régionale<sup>24</sup>.

Le principe directeur doit être que pour être efficaces, les systèmes judiciaires autochtones ne doivent pas leur être imposés. Il faut plutôt qu'ils respectent et reflètent les attentes des groupes concernés en matière de droit. Si les tribunaux tribaux américains sont perçus par certains comme un échec, c'est parce que le gouvernement des États-Unis a imposé aux tribus des valeurs juridiques non indiennes et qu'il n'a pas respecté son obligation fiduciaire de fournir des ressources suffisantes pour assurer le bon fonctionnement de ces tribunaux. Le Canada, à l'instar d'autres pays qui étudient actuellement le système des tribunaux tribaux des États-Unis, ne le voit pas sous son meilleur jour, en raison de la méconnaissance généralisée de son fonctionnement réel, en raison aussi du refus du gouvernement des États-Unis de reconnaître pleinement et de respecter le droit indien et les institutions indiennes (comme le veulent le droit international en matière de droits de la personne et la législation américaine sur les affaires indiennes) ou l'obligation fiduciaire qui lui incombe d'assurer pleinement le financement des tribunaux tribaux<sup>25</sup>. Pour se conformer au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>26</sup>, le Canada doit appuyer les groupes autochtones dans leurs efforts en vue d'établir des systèmes judiciaires de leur choix.

## La formule contradictoire

Tant les dirigeants autochtones que les membres de la société en général reconnaissent les échecs et les lacunes de la formule d'opposition. C'est pourquoi ils sont si résolus à trouver une solution de rechange. Cependant, ils ne reconnaissent pas que c'est le contrôle même du système judiciaire par l'État qu'ils rejettent. En d'autres termes, les tribunaux américains et canadiens font partie d'un système de justice vertical, fondé sur une hiérarchie de pouvoir et de contrôle<sup>27</sup>. La formule contradictoire constitue un élément essentiel de l'autorité étatique et centrale. Lorsqu'il y a abus de cette autorité, nous parlons d'autoritarisme<sup>28</sup>. Bien que les juges et les avocats tentent d'être aussi justes et objectifs que possible, il reste qu'ils imposent leur volonté et leur pouvoir à la population. La confiance de la population est essentielle à la bonne marche des tribunaux<sup>29</sup>. Lorsque les tribunaux et juges passent pour être arbitraires ou corrompus ou fermés aux attentes de la population, ils ne sont pas

respectés. Voilà pourquoi la formule contradictoire, dans laquelle des personnes en position d'autorité examinent les faits tels qu'ils sont présentés par des avocats (coûteux et élitistes), est impopulaire.

Il existe aussi un système de justice horizontal<sup>30</sup>, qui se fonde sur les rapports. Chez les autochtones, ce système est constitué de clans, de tribus et d'autres regroupements familiaux. Encore largement en place, ce système forme la base de systèmes judiciaires qui utilisent les concepts autochtones de conciliation, de médiation ou d'arbitrage.

Cependant, il convient de répéter que la méthode de règlement des litiges est choisie par la tribu. En décembre 1991, mon épouse, Elsie B. Zion, avocate navajo, et moi donnions un cours sur le droit fédéral des subventions et des contrats à San Francisco. Notre classe comptait environ 15 dirigeants tribaux. Lorsque nous avons abordé la question de l'utilisation des coutumes et institutions traditionnelles indiennes, certains participants de l'État de Washington ont soutenu que leur tribu ne voulait pas se servir des lois et procédures traditionnelles. Ils étaient très satisfaits de leur système judiciaire tribal copié sur celui de l'État et ils ne voulaient pas retourner à leurs traditions tribales.

De même, certains groupes autochtones du Canada, connaissant les choix éventuels, pourront opter pour des tribunaux dirigés par leurs propres membres ou un arrangement régional quelconque.

## Le rôle de la punition

La punition, la force et la coercition constituent un autre aspect de la justice étatique dans un système de droit vertical. Le pouvoir seul ne suffit pas<sup>31</sup>.

Le système judiciaire autochtone doit revenir à la notion fondamentale selon laquelle l'objet du droit est d'indemniser les victimes et de rétablir l'harmonie au sein du groupe. La culpabilité et l'innocence ont très peu à voir avec les méthodes de justice traditionnelles. La culpabilité était souvent déterminée d'après les circonstances, dans de petites communautés. On mettait l'accent sur le tort qui avait été fait aux victimes et l'aide que leurs familles et leur collectivité pouvaient leur apporter. Il y avait des formes de responsabilité absolue pour lesquelles la faute ou la culpabilité n'intervenait pas.

Dans la mesure où les juges indiens des États-Unis considèrent une cause comme un problème à régler et non comme une personne à punir, ils s'acquittent bien de leurs fonctions. S'ils se contentent d'imposer une amende ou une peine d'emprisonnement sans tenir compte des besoins de la victime, c'est le contraire qui est vrai. En d'autres termes, lorsque les cours tribales suivent le modèle de punition étatique, ils violent les coutumes indiennes. Il existe un consensus croissant aux États-Unis et au Canada selon lequel il vaut mieux aider la victime et le contrevenant que d'imposer une punition. Les États-Unis possèdent le taux d'emprisonnement le plus élevé du monde, suivi de l'Afrique du Sud et du Canada. Il existe des solutions de rechange à

l'emprisonnement dans bien des cas, et ces options sont particulièrement indiquées pour les collectivités autochtones.

## Aspects administratifs du système existant

L'échec des systèmes de justice étatiques existants est évident. Les détenus indiens sont beaucoup plus nombreux que les détenus provenant des autres secteurs de la population; les victimes ne sont pas indemnisées; les tribunaux et les institutions non indiens font souvent preuve de discrimination.

Ce n'est pas seulement un manque de compréhension de la culture et des perspectives indiennes qui est en cause ici. Il reste encore beaucoup à faire pour mettre fin à la discrimination et au racisme dans les systèmes policier, judiciaire et correctionnel, mais là n'est pas la principale difficulté. Le problème, c'est que l'on ne laisse pas les peuples autochtones arriver à leurs propres solutions en se servant de leurs propres institutions et de leurs propres perceptions du bien et du mal.

Lorsque les peuples autochtones ont affaire à des institutions de l'État à l'extérieur de leurs propres juridictions, il faut veiller à ce que ces institutions soient équitables envers eux et tiennent compte de leurs perspectives culturelles. Toutefois, les groupes autochtones doivent pouvoir régler leurs propres problèmes, à leur propre façon, lorsqu'ils surviennent localement.

## L'incidence des réformes

Il y a lieu ici de citer les paroles de Vine Deloria, avocat-philosophe sioux des États-Unis : «Nous croyons que les tribus ne sont pas un vestige du passé, mais un laboratoire pour l'avenir<sup>32</sup>.» Les règles et coutumes de justice traditionnelles des Indiens ne sont pas un «autre mécanisme de règlement des litiges», mais bien la façon de faire les choses. Elles représentent un système judiciaire horizontal qui fonctionne bien et elles peuvent inspirer des méthodes de rechange générales pour le règlement des différends.

D'aucuns diront que nous ne pouvons pas retourner en arrière, que les méthodes de justice traditionnelles des autochtones ne sont pas valables au XXI<sup>e</sup> siècle. Ils traiteront de romantiques ceux qui favorisent ces méthodes. La réponse qu'on peut leur faire est simple : nous n'avons pas appuyé les méthodes traditionnelles. Même si les Espagnols reconnaissent le droit indien et sa législation depuis 1555 et que les Anglais l'ont officiellement reconnu en 1763, personne n'a jamais donné suite à cette reconnaissance. Les Espagnols ont formé le *Juzgado General de Indios* (Cour générale des Indiens), tribunal non indien, parce qu'ils ignoraient le droit indien. Bien que les États-Unis aient systématiquement reconnu le droit indien traditionnel depuis 1883<sup>33</sup>, ils ont peu fait pour actualiser cette reconnaissance. Ils ont imposé des méthodes non indiennes puis ont provoqué l'échec de ces méthodes en ne donnant pas aux tribus les ressources nécessaires pour les mettre en application. Le

Canada a opté pour une solution intermédiaire, refusant de reconnaître les gouvernements tribaux, mais il paie le prix de cette indécision sous forme de destruction de potentiel humain et de violation des droits de la personne.

L'absence d'une représentation efficace constitue l'un des principaux problèmes des pauvres, des femmes et des minorités culturelles en Amérique du Nord. Les autochtones sont les plus pauvres parmi les pauvres et, même si leur inclusion dans les institutions de l'État est nécessaire pour des raisons de droit civil, rien ne les empêche de participer à leurs propres gouvernements tribaux. Aux États-Unis, où le taux de chômage est d'au moins 70 % dans les réserves indiennes, les pauvres peuvent obtenir un emploi au sein des gouvernements tribaux (y compris les cours tribales). Les femmes constituent la moitié ou plus de la magistrature indienne aux États-Unis<sup>4</sup>, et elles sont bien représentées au sein des gouvernements tribaux. Les Indiens ne sont pas minoritaires dans leur gouvernement tribal. De toute évidence, la solution à une violation flagrante des droits de la personne est la création et *le maintien* de systèmes judiciaires autochtones efficaces.

Le Canada est à même de promouvoir et d'encourager des projets autochtones visant un changement. Il donnera ainsi à sa nation et au monde l'occasion de voir d'autres formes de justice, de droit et de gouvernement. Une reconnaissance mitigée ou insuffisante du droit des autochtones à leur propre système judiciaire ne fera que répéter les erreurs du passé. «Tu ne rationneras point la justice.»

## Systemes judiciaires autochtones distincts

Le mot «séparatisme» est un mot à proscrire pour certains Canadiens; d'autres en font la promotion. La question qui se pose dans le cas de la justice autochtone *ne relève pas* du séparatisme; il s'agit de choisir localement des solutions à des problèmes. Il devrait exister différents systèmes judiciaires autochtones, choisis par les chefs autochtones et créés dans les formes qu'ils veulent.

Des erreurs américaines pourraient être évitées concernant la relation des systèmes judiciaires autochtones avec ceux de l'État. En premier lieu, l'État (c'est-à-dire le Canada et les provinces) ne doit ni imposer des lois et des normes non autochtones ni se servir de celles-ci pour mesurer l'activité des cours de justice autochtones. Deuxièmement, l'État (c'est-à-dire les assemblées législatives et tribunaux canadiens) ne doit ni contrôler ni réexaminer les décisions des cours de justice autochtones. Aux États-Unis, les cours fédérales disposent d'un pouvoir d'examen des décisions pénales des tribunaux autochtones et, de plus en plus, elles évaluent la compétence des gouvernements tribaux à l'égard de divers secteurs d'intérêt. C'est une erreur, car un réexamen extérieur fait l'effet d'une douche froide sur les gouvernements tribaux<sup>5</sup>, et amène ces derniers à adopter des codes de justice étrangers ou à rendre des décisions injustes pour rassurer les non-Indiens<sup>6</sup>.

Les systèmes judiciaires autochtones doivent être entièrement autonomes et avoir les coudées franches. Ils commettront des erreurs. Il pourra leur arriver d'être durs avec les gens ou de rendre des décisions injustes. S'ils sont mal servis par un tribunal

canadien, les Indiens ont peu de recours. Toutefois, s'ils sont maltraités par leur propre cour, ils peuvent soit partir, soit participer à leur propre système de gouvernement pour le changer. Les Indiens ne peuvent donner à leur député fédéral ou provincial son congé, vu leur petit nombre. Ils peuvent en revanche ne pas réélire leur conseil de bande ou exiger des réformes<sup>17</sup>.

Les cours tribales américaines règlent le problème des rapports qu'elles entretiennent les unes avec les autres par les règles de civilité. Plus important encore, les juges tribaux se rencontrent lors des manifestations régionales ou nationales et des colloques d'information juridique et ainsi développent des liens personnels destinés à promouvoir des efforts communs. La même chose peut être faite au Canada par l'entremise des regroupements provinciaux de gouvernements autochtones.

### *Juridiction pénale*

Les cours autochtones devraient disposer d'une juridiction à l'égard de tous les crimes, qu'ils soient commis par des membres du groupe, des autochtones d'autres groupes ou des non-autochtones. Des problèmes se posent évidemment dans le cas de crimes, comme le meurtre, où le groupe n'a peut-être pas les moyens d'agir en cas d'infraction grave – que ce soit pour juger ou punir le coupable.

Le système de justice criminelle américain a laissé tomber les Indiens. Souvent, les procureurs américains (qui ont compétence) ne réagissent pas aux crimes graves. Le Federal Bureau of Investigation et le département de la Justice des États-Unis refusent souvent de se servir d'éléments de preuve acquis par la police tribale. Le Congrès refuse de réserver des fonds suffisants aux tribunaux et corps policiers tribaux (comme l'exigent nombre de traités, la responsabilité fiduciaire et le *Snyder Act*).

La solution à ces problèmes, c'est de donner le maximum de latitude locale en matière de droit pénal, assortie de ressources suffisantes et de relations intergouvernementales. Par exemple, dès qu'un tribunal ou un gouvernement autochtone transmet une affaire aux autorités fédérales ou provinciales pour qu'elles agissent, cela devrait provoquer une intervention extérieure.

### *Juridiction pénale personnelle*

Le Canada pourrait choisir de déterminer la juridiction au moyen du statut personnel. C'est le cas dans quelques pays où le statut racial ou ethnique de l'intéressé détermine la cour qui le jugera (par exemple, certains tribunaux africains). Aux États-Unis (dans l'*Indian Country Crimes Act* et le *Major Crimes Act*), le choix du tribunal de juridiction exclusive ou concurrente peut dépendre du statut racial de la personne vue comme Indien ou non-Indien.

Outre le droit des classifications fondées sur la race, la compétence raciale ou ethnique ne tient aucunement compte du problème fondamental : les collectivités sont touchées par les actes criminels, et elles devraient pouvoir réagir à ceux-ci.

Comme principe général, les cours ou corps de justice autochtones devraient avoir juridiction à l'égard de tous les délits commis à l'intérieur du territoire qui est de

leur ressort ou de la collectivité<sup>39</sup>. Cette juridiction peut être soit exclusive, lorsque la collectivité a les ressources qu'il faut pour agir face au crime, soit concurrente, lorsqu'elle a besoin d'autres ressources pour juger ou punir l'auteur du crime<sup>39</sup>. Les actes criminels fondés sur le statut tribal devraient aussi être du ressort des cours tribales. Par exemple, j'ai été témoin une fois d'une affaire de viol dont l'auteur et la victime étaient navajos. Le procureur compétent, soit celui de Phoenix, en Arizona, refusa d'agir, et les cours fédérales n'avaient pas juridiction. Si le crime était navajo à 100 %, de par l'identité de l'auteur du crime et celle de la victime, et le contexte (une conférence réunissant des dirigeants navajos à Phoenix), les tribunaux navajos ne pouvaient rien dans ce cas-là, si ce n'est faire droit à une poursuite civile en dommages.

### *Appels et réexamens*

Comme il est mentionné plus haut, les appels et réexamens extérieurs bloquent et retardent les initiatives locales au lieu d'appuyer les droits civils et les droits de la personne. Quand le Grand Frère est là qui surveille, c'est l'inaction, et non l'action, qui s'ensuit. Les cours fédérales américaines ignorent tout des attentes des Indiens, du droit coutumier indien ou des besoins locaux. Les non-Indiens (et quelques Indiens) manipulent le système pour faire accepter leurs actes criminels ou exploiter les Indiens. Le problème n'est pas forcément d'ordre culturel; les technocrates souvent bloquent les initiatives locales ou entravent des projets novateurs. La plupart des tribunaux indiens sont situés en région rurale et les méthodes urbaines ne leur conviennent pas. Encore là, le problème réside dans les systèmes verticaux d'autorisation et de contrôle qui ne répondent pas aux attentes et besoins locaux. Les décisions des cours de justice autochtones ne devraient pas pouvoir être réexaminées, et les principes de droit non autochtones (par exemple, la *Charte des droits*) ne devraient pas être imposés aux gouvernements autochtones.

### **Considérations constitutionnelles**

Ce n'est pas à moi de conseiller la Commission à propos du droit constitutionnel canadien. Je pense toutefois que le Canada doit reconnaître le droit des peuples autochtones à posséder, à exercer, à appliquer un droit autochtone (qui peut comprendre aussi bien le droit législatif que le droit coutumier) et à être liés par celui-ci. L'espace me manque ici pour développer l'argument qui fait actuellement l'objet de mes recherches, argument selon lequel il existe un droit international pour le droit coutumier, qui est inscrit dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (article 27) et qui sert d'appui au droit coutumier et aux institutions autochtones<sup>40</sup>.

Bref, la politique coloniale anglaise sur les affaires indiennes, incorporée dans la *Proclamation royale* de 1773, les décisions du Conseil privé et les politiques du commissaire aux affaires indiennes appelaient au respect des gouvernements et du droit indiens. Cette politique est inscrite dans l'*Indian Commerce Clause* de la Constitution des États-Unis<sup>41</sup> et on pourrait dire qu'elle fait aussi partie de celle du Canada.

Un élément s'est perdu dans le débat sur les droits : l'égalité devant la loi des peuples autochtones n'élimine pas leur droit à disposer de leur avenir et à résoudre leurs

problèmes à eux. L'égalité est un principe assimilateur<sup>32</sup>, et les constitutions tant américaine que canadienne reconnaissent le statut particulier des peuples autochtones. Ce statut est un statut politique, non racial, de sorte que des systèmes de droit et de gouvernement différents sont permis. Ils s'imposent, à vrai dire.

La solution au dilemme posé par l'existence de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est que le gouvernement canadien n'institue pas de systèmes judiciaires autochtones; il devrait reconnaître ceux qui ont été établis par les autochtones. Quant au problème que pose le fait de soustraire les actes criminels à la juridiction des cours supérieures, la solution réside dans la règle d'abstention du droit coutumier. Une cour qui a juridiction en une matière peut se garder de l'exercer. Un exemple est la doctrine du droit fédéral américain des affaires indiennes selon laquelle les tribunaux doivent s'abstenir d'exercer leur juridiction là où les tribus ont des compétences exclusives ou concurrentes. Un autre exemple est le principe de la juridiction principale du droit administratif où le tribunal n'exercera pas sa juridiction en une matière qui est du ressort d'un autre organisme. La solution, à supposer qu'il existe bel et bien un problème, c'est de reconnaître la compétence du gouvernement tribal en matière judiciaire et de se garder d'empiéter sur les compétences déjà existantes.

### ***La Charte canadienne des droits et libertés***

Si, encore une fois, ce n'est pas à moi de donner une opinion au sujet de l'application de la version canadienne des droits civils constitutionnels, j'ai mon opinion sur l'expérience américaine. L'*Indian Civil Rights* de 1968, qui assujettit les tribus indiennes à la majeure partie des dispositions du *U.S. Bill of Rights*, a été une erreur. C'est une mesure qui a été prise de bonne foi, mais a été mal planifiée. En premier lieu, les Américains ne savent pas comment des idées comme la procédure équitable ou la protection égale s'appliquent aux tribus. Ce sont là deux concepts de nature culturelle. Qu'est-ce qui est «juste» et quelle procédure est «équitable» dans le contexte culturel indien? Quelles distinctions entre les catégories de personnes sont permises dans le contexte autochtone? Comment nous y prenons-nous avec les cultures qui accordent à la femme la priorité en matière de garde des enfants, un droit de propriété ou d'autres droits particuliers? Comment considérons-nous les modèles de direction patrilinéaires ou matrilinéaires? Par exemple, dans la Confédération iroquoise, ce sont les mères de clans qui choisissent les chefs de sexe masculin<sup>33</sup>. C'était le rôle des femmes d'établir leur préférence dans le choix des chefs, lesquels étaient tous des hommes (conformément à la loi). Par ailleurs, les garanties de droits civils dans le droit pénal sont difficiles à appliquer lorsque les ressources à la portée des juges sont limitées. Il est impossible au juge tribal américain de se tenir à jour sur les dernières subtilités du droit de la perquisition et de la saisie.

Les principes non indiens des droits civils ou politiques ne doivent pas être imposés aux peuples autochtones. Les notions anglo-américaines des droits fondamentaux sont liées à la méfiance à l'égard du régime autoritaire ou au droit privé de propriété. Elles peuvent s'appliquer ou ne pas s'appliquer dans le contexte autochtone. Chose plus grave, c'est soumettre les autochtones à la volonté de la société domi-

nante que d'imposer ces notions à des gouvernements et à des peuples autochtones<sup>44</sup>. Si les peuples autochtones n'ont aucun autre droit, ils devraient pouvoir décider des valeurs de leurs propres droits civils et de la personne. L'adoption de codes de droits civils ne garantit pas un traitement équitable. Nous n'avons qu'à regarder les droits américain et canadien relatifs à la discrimination et le phénomène même de la discrimination pour le constater. Avant la promulgation de l'*Indian Civil Rights Act*, les tribus indiennes américaines s'orientaient déjà vers la protection des droits individuels. La faute des gouvernements tribaux a été en fait la faute du gouvernement américain : c'est le gouvernement américain qui a mis en place et soutenu le chef indien à l'origine de l'incident de Wounded Knee; c'est l'échec du gouvernement américain à fournir des ressources aux gouvernements tribaux qui a entraîné des violations des droits civils<sup>45</sup>.

## Conclusion

Le point de vue que je viens d'exprimer est celui d'un avocat non indien, actif dans les domaines des droits civils, des droits de la personne et du droit indien depuis plus de 25 ans<sup>46</sup>. C'est le point de vue d'un homme qui a l'honneur et le plaisir d'être en relation avec les chefs autochtones des États-Unis, du Canada, de la Nouvelle-Zélande et d'autres pays depuis bientôt quinze ans. C'est le point de vue de quelqu'un qui travaille avec une cour indienne américaine, qui vit chez les autochtones et qui fait partie d'une famille navajo.

Pour conclure, je réaffirme que le système judiciaire tribal aux États-Unis fonctionne, et qu'il fonctionne bien. Il fonctionnera mieux, et au bénéfice de tous les Américains, quand les cours tribales obtiendront les ressources nécessaires pour s'attaquer aux graves problèmes qu'elles affrontent. Au tournant du siècle, Clark Wissler, éminent universitaire américain, vint le premier observer les cours et juges tribaux. Après avoir visité plusieurs réserves et parlé à de nombreux juges indiens, voici ce qu'il conclut : «Si on devait inscrire quelque chose sur la plaque remise à ces juges indiens, ce devrait être ceci : «De tous les hommes, maîtres du bon sens<sup>47</sup>.» Wissler vit la justice naturelle et l'équité à l'oeuvre, et approuva ce qu'il vit. Il en est de même aujourd'hui.

## Notes

1. Karen Large, «Navajo Tribal Courts Could be Adapted and Deprived of Traditional Laws», *Kainai News*, octobre, n° 1, 1983, p. 2, 3; Jennifer Westaway et Rick Dolphin, «Separate Courts for Separate Nations», *Alberta Report*, le 31 octobre 1983, p. 38.
2. Les deux rapports, intitulés «Peacemaking in Saskatchewan» et «Indian Common Law in Saskatchewan» sont publiés sous forme photocopiée dans deux Joint Canada-Saskatchewan-FSIN Studies of Certain Aspects of the Justice System as They Relate to Indians in Saskatchewan, 1985 (dénommées ci-après Études sur la Saskatchewan). L'étude de la Saskatchewan porte le titre



- Reflecting Indian Concerns and Values in the Justice System, 1985. Voir aussi Rick H. Hemmingson, «Jurisdiction of Future Tribal Courts in Canada Learning from the American Experience» 2 *C.N.L.R.* p. 1, 1988, 45, 46; Bradford Morse, *The Establishment of an Aboriginal Court System in Canada*, 1990; Ontario Native Council on Justice, *Native Alternative Dispute Resolution Systems : The Canadian Future in Light of the American Past*, 1991.
3. Law Reform Commission, Parliament of the Commonwealth of Australia, *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Report 31, Parliamentary Paper No. 136, 1986.
  4. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, 1991.
  5. Le meilleur ouvrage publié sur les tribunaux tribaux américains, tant du point de vue américain que du point de vue canadien, est celui de Bradford W. Morse, intitulé *Indian Tribal Courts in the United States : A Model for Canada?*, 1980.
  6. La Commission de réforme du droit de l'Australie a finalement rejeté le modèle des tribunaux tribaux américains. Voir ci-dessus, n° 3, vol. 2, p. 62-64. La commission australienne a rejeté le modèle des tribunaux tribaux sous prétexte qu'il s'agissait d'un système imposé, mais les véritables raisons de ce rejet ont plus à voir avec les attitudes des Australiens envers leurs peuples autochtones qu'avec l'échec de l'expérience américaine.
  7. Les systèmes judiciaires indiens ont fait l'objet de certaines expériences par les autorités militaires et américaines. Quand le peuple navajo a été confiné au camp de concentration de Bosque Redondo, au Nouveau-Mexique, des officiers de l'armée américaine ont conçu pour eux un système judiciaire. Le procès-verbal de la réunion d'un conseil d'officiers tenue à Fort Sumner, non loin de là, le 26 avril 1865 fait état de plans d'établissement d'un système judiciaire pour les Navajos en vertu duquel leur juridiction en matière criminelle s'étendrait à certaines catégories de délits, les sentences pouvant inclure la peine de mort! Robert A. Roessel fils, *Pictorial History of the Navajo from 1860 to 1910*, 1980, p. 22-26.
  8. Indian Bureau, *Regulations of the Indian Department*, 1884, p. 86-88.
  9. Il est tracé un historique des codes imposés aux tribus indiennes dans Russell Lawrence Barsh et J. Youngblood Henderson, «Tribal Courts, the Model Code, and the Police Idea in American Indian Policy», dans *American Indians and the Law*, Lawrence Rosen (dir.), 1976, p. 25. Voir aussi Robert N. Clinton, «Tribal Courts and the Federal Union», dans *1989 Harvard Indian Law Symposium*, American Indian L. Students Association (dir.), 1990, p. 15.
  10. American Bar Foundation, 1978. La Commission de réforme du droit de l'Australie s'est largement appuyée sur cette étude et d'autres l'ont lue sans se servir de leur sens critique.
  11. Je prétends, comme je l'ai fait auparavant, que l'étude de Brakel est teintée de racisme. Dans sa relation du voyage qu'il a fait pour voir à l'oeuvre le tribunal tribal des Pieds-Noirs, au Montana, il dit que sur la route menant à la réserve pied-noir, il a vu des exploitations productives de culture du blé, mais qu'une fois qu'il est parvenu aux limites de la réserve, il a constaté que le sol n'était pas utilisé de façon productive. Il ne s'est pas soucié de vérifier que de nombreux Indiens de la réserve à qui les terres ont été allouées sont des éleveurs de bétail et non pas des producteurs de blé. Le texte de Brakel est entaché de plusieurs commentaires racistes au sujet des tribunaux qu'il a visités.
  12. En juillet 1983, des chefs tribaux canadiens et américains se sont rencontrés à Browning, au Montana, pour discuter du droit coutumier indien. Aux termes des discussions de deux jours, les juges des tribunaux tribaux se sont rendu compte qu'ils appliquaient le droit coutumier tous les jours sans en avoir vraiment conscience. À cause de l'utilisation de langues autochtones et des perceptions qu'ils avaient gardées parce qu'ils avaient été élevés comme des Indiens, les juges se trouvaient en fait à appliquer des principes traditionnels dans leurs tribunaux. C'est pour cette raison que les méthodes observées par des non-initiés différaient des codes tribaux imposés. J'ai une transcription du procès-verbal de la réunion dans mes archives.

13. Voir *Navajo Tribal Code* § 204, vol. 7, suppl. 1986, pour une adaptation de la disposition du BIA.
14. *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313, 1978. Les tribunaux navajos utilisent le droit coutumier navajo dans les procès au criminel afin d'accorder plus de droits aux défendeurs. Voir *Navajo Nation c. Platero*, 19 Indian L. Rep. 6049, 6050, 6051, 1992; *Navajo Nation c. MacDonald, Sr.*, 19 Indian L. Rep. 6053, 6055, 1992.
15. Donald Juneau, «The Light of Dead Stars», 11 *American Indian L. Rev.*, 1983, p. 13.
16. La reconnaissance de la législation indienne est implicite dans la *Proclamation royale* de 1763. Voir Robert N. Clinton, «The Proclamation of 1763 : Colonial Prelude to Two Centuries of Federal-State Conflict Over the Management of Indian Affairs», dans *Boston U. L. Rev.*, n° 69, 1989, p. 329 On trouve une excellente étude du développement de la règle de reconnaissance anglaise dans Paul McHugh, *The Maori Magna Carta : New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, 1991, p. 83-96. Les tribunaux anglais ont reconnu la validité du droit coutumier indien dans *Campbell c. Hall*, 1 Cowp. 204, 1774 (Lord Mansfield).
17. Voir les discussions rapportées dans Francesco Capotorti, rapporteur spécial de la Sous-commission des Nations Unies sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1979, p. 66-68. Voir également . Jose R. Martinez Cobo, rapporteur spécial de la Sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, V *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, 1987, par. 290, p. 613, 614. Le «rapport Cobo», que de nombreux défendeurs de la cause des autochtones rejettent à cause de la perception restrictive qu'on y retrouve des droits internationaux en matière législative, reconnaît l'existence de différences culturelles et linguistiques et signale l'urgence d'en tenir compte dans les procédures.
18. Le juge en chef Robert Yazzie de la Cour suprême de la nation navajo insiste sur le fait que des émotions entrent dans la définition. Si on considère le contenu émotif de termes juridiques navajos, il a raison. Par exemple, à un niveau, le mot utilisé pour dire avocat en navajo – 'agba'diit'aabii – signifie «personne qui veut toujours avoir le dernier mot». En fait, cela donne à ce mot une connotation qui fait penser à une brute qui impose ses jugements de valeur aux autres. L'équivalent en navajo des mots restitution ou réparation – *nalyeeh* – est un terme signifiant l'exigence par une victime d'être dédommagée d'un tort que lui a fait subir le contrevenant ou le clan de cette personne. Les termes juridiques navajos sont difficiles à traduire parce qu'ils occupent un vaste espace sémantique dans le contexte culturel navajo. C'est la même chose pour de nombreuses autres langues indiennes. En cri des Plaines, l'équivalent du mot loi est *ki-ab-am* – «il y a des conséquences».
19. Quand le juge Stump et moi avons étudié le droit coutumier indien en Saskatchewan, nous avons constaté l'existence de nombreux organes judiciaires de bandes fonctionnant de façon informelle, et certains dirigeants ne savaient pas qu'en fait ils faisaient fonction de juges ou qu'ils étaient en train d'appliquer leur propre droit coutumier. Zion et Stump, voir ci-dessus n° 2.
20. Je connais trois Indiens qui sont juges dans des tribunaux d'État. Aucun d'entre eux ne donne valeur de loi aux points de vue de sa tribu, sauf peut-être inconsciemment, comme le font les juges des tribunaux tribaux. En général, ils appliquent les lois de l'État où ils siègent. J'ai, au département américain de la Justice, un ami qui se plaint de ce que ses perspectives des valeurs indiennes soient continuellement rejetées ou écartées.
21. Je constate que souvent les plaideurs indiens ne sont pas satisfaits des jugements rendus par ces organes judiciaires et qu'ils essaient de faire valoir des principes du droit coutumier des Indiens déguisés en réclamations contre une succession.
22. Voir la discussion rapportée dans *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, 1991, p. 317-321.

23. Le juge Stump et moi avons constaté plusieurs différences entre des systèmes judiciaires en vigueur actuellement. Zion et Stump, voir ci-dessus n° 2.
24. Le Bureau of Indian Affairs approuve avec enthousiasme les regroupements de tribus à l'échelle d'un État ou d'une région pour instituer des tribunaux d'appel. Jusqu'ici, de nombreuses tribus ne partagent pas cet enthousiasme pour le concept des cours d'appel régionales. Les dirigeants des tribus sont aussi réticents à renoncer à leur souveraineté sur les tribunaux de première instance que le sont les États-Unis. Ceux-ci ont refusé de respecter la juste décision prise par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis*, décision selon laquelle les États-Unis avaient violé leur traité et le droit international en minant les ports du Nicaragua et en engageant contre lui des opérations militaires.
25. Cette obligation existe dans les traités, l'obligation fiduciaire et la *Snyder Act* de 1924, 25 U.S.C. § 13.
26. Particulièrement l'article 27; voir Capotorti ci-dessus n° 17.
27. Michael Barkun, *Law Without Sanctions : Order in Primitive Societies and the World Community*, 1968, p. 16.
28. Eli Sagan, *At the Dawn of Tyranny : The Origins of Individualism, Political Oppression and the State*, 1985.
29. Wallace Notestein, *The English People on the Eve of Colonization*, 1962, p. 211-227. (Les juges de paix anglais réussirent parce qu'ils étaient respectés au sein de leurs collectivités.)
30. Barkun voir ci-dessus n° 27.
31. Barsh et Henderson, voir ci-dessus n° 9, présentent des arguments convaincants à ce sujet. Ils concluent que les cours tribales américaines n'ont pas réussi à cause de l'imposition du modèle pénal de contrôle étatique, y compris le contrôle de la justice tribale par le gouvernement des États-Unis, sous l'influence des États.
32. Barsh et Henderson, voir ci-dessus n° 9, p. 59.
33. *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 559, 1883. (La première décision de la Cour suprême américaine à aborder directement la question.)
34. Sept des 14 juges de première instance des tribunaux de la nation navajo sont des femmes.
35. Voir l'étude à ce sujet dans Barsh et Henderson, n° 9.
36. Un important exemple de cela est le cas où on laisse tomber les accusations quand l'affaire est portée devant une cour fédérale. J'ai conseillé une fois à une cour tribale de rendre une ordonnance de non-lieu dans une affaire de drogue impliquant des balles de marijuana pour ne pas créer un mauvais précédent en cour fédérale. Les accusés avaient monté une grosse affaire de vente de stupéfiants qu'ils échangeaient contre des liquidités et chèques canadiens et américains. Ils s'en tirèrent quand le tribunal tribal laissa tomber les accusations; ils remirent aussi la main sur le produit de la vente des stupéfiants.
37. C'est exactement ce que fit la nation navajo. Le gouvernement américain refusa d'intervenir au moment des allégations de corruption contre le chef de tribu Peter MacDonald père. Les Navajos poursuivirent MacDonald (voir ci-dessus n° 14) et modifièrent la forme de son gouvernement sans aide aucune. Le gage par excellence d'un gouvernement de droit, ce sont des réformes internes dictées par le peuple.
38. Il n'est pas nécessaire que la compétence territoriale soit rattachée à une assise territoriale politique comme telle; le tribunal tribal a compétence à l'égard des crimes commis en territoire indien, y compris les communautés indiennes tributaires. p. ex. 7 N.T.C. > 254 (supp. 1986).

39. Les transferts des affaires d'une juridiction à une autre devraient être exécutés par voie d'entente entre le gouvernement autochtone intéressé et l'organisme d'État compétent.
40. Je dirai en particulier que le droit a pris naissance dans les écrits des juristes-clercs espagnols, qu'il a été inscrit dans le droit international (qui s'est développé à la suite de la «découverte» de l'Amérique) et qu'il existe dans le droit international venant des pratiques d'État. Je dirai que le droit des peuples autochtones à avoir leurs propres lois et systèmes judiciaires est un droit fondamental de la personne.
41. Clinton, voir ci-dessus n° 16.
42. James W. Zion, «North American Indian Perspectives on Human Rights», dans *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives : A Question for Consensus*, Abdullahi Ahmd An-Na'im (dir.), 1992, p. 191-194.
43. Donald A. Grinde, fils et Bruce E. Johansen, *Exemplar of Liberty : Native America and the Evolution of Democracy*, 1991, p. 222-236.
44. Les transferts des affaires d'une juridiction à une autre devraient être exécutés par voie d'entente entre le gouvernement autochtone intéressé et l'organisme d'État compétent. L'imposition de normes non indiennes à d'autres viole le droit coutumier des Navajos, et probablement celui de bien des groupes indiens ou autochtones. Voir ci-dessus n° 18.
45. Voir ci-dessus l'argumentation de Barsh et Henderson, n° 9.
46. Ce point de vue n'est pas forcément celui des tribunaux de la nation navajo. J'assume l'entière responsabilité des opinions exprimées dans le présent document.
47. Clark Wissler, *Red Man Reservations*, 1971, p. 142.

# Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs et les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la magistrature

*Patrick Macklem\**

Dans le présent document, nous évaluerons dans quelle mesure les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1</sup> autorisent l'établissement d'un système parallèle et distinct de justice pour les autochtones du Canada. La première question pertinente est celle de la répartition existante des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales, puis la question connexe de savoir quel est l'ordre de gouvernement auquel la Constitution confère les pouvoirs voulus pour établir un système de justice autochtone. Une autre question pertinente consiste à déterminer ce qu'on appelle les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur la judicature, plus justement appelée magistrature. À mon sens, ni l'actuelle répartition des pouvoirs législatifs, ni ces articles ne constituent un sérieux obstacle à l'établissement d'un système parallèle ou distinct de justice pour les autochtones, quoiqu'il faille probablement que les gouvernements fédéral et provinciaux s'entendent pour conférer aux tribunaux autochtones la compétence en certains domaines.

L'auteur du présent document ne traite pas des incidences du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>2</sup> dans lequel sont reconnus et confirmés «les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada», quoiqu'on retrouve dans cette disposition un fondement supplémentaire à la reconnaissance de structures judiciaires autochtones au sein du droit canadien. L'auteur n'examine pas non plus si la reconnaissance ou l'établissement de tribunaux autochtones va à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces deux questions

---

\* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Toronto (en congé et en résidence, UCLA School of Law, 1992-1993). Je tiens à manifester ma reconnaissance à Joseph Arvay, c.r., et aux professeurs Joel Bakan et Bruce Ryder pour leur apport à la préparation du présent document.

ayant été scrutées dans d'autres études<sup>3</sup>. Il articule plutôt son propos autour de l'actuelle répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales, ainsi que des articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire ou la magistrature. Dans la partie II, nous nous demanderons tour à tour si une province ou le Parlement peut, unilatéralement, établir un tribunal autochtone, et dans quelle mesure l'un et l'autre peuvent le faire<sup>4</sup>. Dans la partie III, nous traiterons de l'incidence des articles sur la magistrature au niveau des initiatives provinciales et fédérales en ce domaine.

## **Le système de justice autochtone et la répartition des pouvoirs**

Dans la présente partie, nous examinerons d'abord l'ampleur de la compétence législative des provinces en ce qui a trait à l'établissement d'un système de justice autochtone. À cette fin, il y a lieu de distinguer deux questions. La première est celle de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise une province à adopter une loi établissant un tribunal autochtone. En supposant que la réponse à cette question soit positive, la seconde question consistera à se demander si une province peut conférer à un tel tribunal le pouvoir de statuer dans des domaines touchant les autochtones qui relèvent d'une compétence législative fédérale exclusive. Nous nous demanderons ensuite si le Parlement a le pouvoir de créer un tribunal autochtone, et nous examinerons les questions de compétence liées à l'établissement d'un tel tribunal par le gouvernement fédéral.

### ***Le système de justice et le pouvoir des provinces***

Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter des lois relatives à «l'administration de la justice dans la province». Il y est en outre précisé que ce pouvoir s'applique aux points suivants : «la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux». Aux termes de ce paragraphe et sous réserve des prescriptions énoncées aux articles sur la magistrature et examinées plus loin<sup>5</sup>, une législature provinciale est donc autorisée à établir et à maintenir un système de tribunaux de justice pour l'ensemble de la province.

### **L'établissement d'un tribunal autochtone**

Il est possible qu'une province puisse se fonder sur le paragraphe 92(14) pour instituer un système judiciaire autochtone compétent dans son territoire. Le pouvoir des provinces à cet égard est limité par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement la compétence législative exclusive touchant les «Indiens et les terres réservées aux Indiens». Selon la jurisprudence relative à ce paragraphe, même si une province peut, dans certaines circonstances, régler les autochtones par des «lois d'application générale», une loi provinciale ne peut,

généralement parlant, particulariser les autochtones<sup>7</sup>. Dans *Kruger et Manuel c. La Reine*<sup>8</sup>, le juge Dickson a statué ce qui suit, pour la Cour suprême du Canada : le «fait qu'une loi soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale<sup>9</sup>». Cependant, une mesure législative provinciale établissant un tribunal autochtone ne serait forcément pas d'application générale et serait donc considérée comme une loi touchant les «Indiens et les terres réservées aux Indiens».

En dépit de cette possibilité, il existe, à mon avis, de puissants arguments favorables au pouvoir provincial de créer un tribunal autochtone. En règle générale, les mots «l'administration de la justice» au par. (14) de l'art. 92 sont destinés à avoir une portée étendue<sup>10</sup>. En particulier, les juges ont statué que ce paragraphe habilite une province à créer un tribunal destiné expressément à une catégorie de personnes qui relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral sans empiéter sur le pouvoir législatif de ce dernier.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* (Î.-P.-É.)<sup>11</sup>, par exemple, la Cour suprême du Canada a confirmé un projet fédéral-provincial visant à établir un système distinct de tribunaux d'instance inférieure chargés des questions ayant trait aux jeunes contrevenants<sup>12</sup>. La question en litige était une entente selon laquelle une loi fédérale donnait aux tribunaux provinciaux de la jeunesse le pouvoir d'administrer les lois fédérales relatives aux jeunes contrevenants<sup>13</sup>. La Cour a confirmé en ces termes, par l'entremise du juge en chef Lamer, la validité constitutionnelle de la participation provinciale :

Pour ce qui est de l'aspect institutionnel de l'administration de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ce sont les assemblées législatives qui sont habilitées par le par. 92(14) à créer, maintenir et organiser les tribunaux de justice nécessaires pour l'application de la Loi<sup>14</sup>.

En conséquence, l'arrêt concernant la *Loi sur les jeunes contrevenants* (Î.-P.-É.) confère à une province le pouvoir nécessaire pour établir un tribunal visant expressément une catégorie de personnes qui relèvent de la compétence législative fédérale, notamment les jeunes inculpés d'une infraction criminelle. Sur la foi de cet arrêt, il semble probable qu'une province ait le droit d'établir un tribunal autochtone, en dépit du fait qu'une telle initiative vise une catégorie de personnes relevant de la compétence législative fédérale.

L'analogie entre l'établissement d'un tribunal de la jeunesse et celui d'un tribunal autochtone ne tient cependant pas très longtemps. Une différence entre les deux est que, contrairement aux «Indiens», les jeunes inculpés d'une infraction criminelle ne sont pas une catégorie de personnes mentionnée expressément dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence législative fédérale relative aux jeunes contrevenants est un corollaire du pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle. De plus, celui-ci n'est pas habilité à adopter des lois touchant tous les aspects de la vie des jeunes inculpés d'infractions criminelles, tandis que, aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il a ce pouvoir à l'égard des «Indiens». Cependant, il n'est pas

immédiatement évident pourquoi ces différences ont une portée constitutionnelle pour ce qui est de déterminer l'étendue du pouvoir législatif des provinces en matière d'administration de la justice. Si ce pouvoir permet de créer un tribunal visant expressément les jeunes contrevenants, catégorie de personnes qui relèvent de la compétence législative fédérale, il devrait également leur permettre de créer un tribunal autochtone.

Cela dépendra largement de la possibilité que l'initiative provinciale puisse être qualifiée, en dernière analyse, de loi concernant l'administration de la justice. Une loi provinciale établissant un tribunal autochtone comporterait un «aspect<sup>15</sup>» fédéral et un provincial. L'aspect fédéral serait le fait qu'elle particularise les autochtones, et le provincial, qu'elle vise l'administration de la justice dans une province. Si ce dernier est «relativement plus important» que le premier, il sera alors dit soumis à la compétence législative de la province<sup>16</sup>. Bien qu'il soit difficile d'évaluer dans l'abstrait la constitutionnalité d'une loi, une loi provinciale établissant un tribunal autochtone particulariserait vraisemblablement les autochtones pour l'administration de la justice dans la province. L'aspect fédéral serait tout simplement un moyen de réaliser un objectif législatif valide de cette dernière et serait donc relativement moins important que l'aspect provincial de la loi.

De plus, il y a peu de chances qu'il y ait un seul moyen, en matière d'administration de la justice à l'égard des autochtones, qui n'exige pas un traitement différentiel, du moins à certains égards. On considère de plus en plus qu'un tel traitement à l'égard des autochtones est nécessaire pour l'administration de la justice. Comme l'affirmaient les juges Hamilton et Sinclair, «lorsque le système judiciaire de la société dominante est appliqué aux autochtones et à leurs collectivités, bon nombre des principes sur lesquels il se fonde entrent en conflit avec la façon de comprendre la vie, qui règle leur comportement<sup>17</sup>». Si une province doit établir une distinction entre autochtones et non-autochtones dans la prestation de tribunaux, pour que l'administration de la justice dans son territoire soit juste et efficace, il semble donc qu'on puisse conclure, sans crainte de se tromper, que le corps judiciaire considérerait une telle distinction comme accessoirement nécessaire à cette fin<sup>18</sup>.

### L'attribution de la compétence

Certains appuient également l'hypothèse qu'une province peut conférer, à un tribunal qu'elle a elle-même créé, la compétence en des domaines qui relèvent de l'autorité législative fédérale. Dans *Le procureur général de l'Ontario c. Pembina Exploration Canada Ltd.*<sup>19</sup>, par exemple, la question en litige était la constitutionnalité d'une loi dans laquelle la province conférait à une cour provinciale des petites créances la compétence sur toutes les questions, y compris les créances ne dépassant pas 1 000 \$. Il se posait dans cette cause des questions liées au droit d'amirauté, domaine relevant exclusivement de la compétence législative fédérale. Dans un jugement unanime de la Cour suprême du Canada, le juge La Forest a statué que «la compétence de la province en matière d'administration de la justice dans la province l'habilite à conférer à ses cours supérieures compétence pour instruire tous les types de causes, que le droit applicable soit fédéral, provincial ou constitutionnel<sup>20</sup>». Le



juge La Forest a également affirmé qu'une province peut conférer à un tribunal d'instance inférieure, établi par elle, la compétence en matière générale, «notamment à l'égard des actions qui relèvent d'un domaine de compétence fédérale<sup>21</sup>». À moins que le gouvernement fédéral n'ait conféré expressément une compétence exclusive en ce domaine à un tribunal établi par lui<sup>22</sup>, une province a alors le pouvoir d'investir les tribunaux provinciaux de la compétence sur les questions fédérales<sup>23</sup>.

Cependant, une province peut-elle avancer d'un cran en instituant un tribunal destiné expressément à une catégorie de personnes qui relèvent de l'autorité législative fédérale, et en l'habilitant à statuer sur les causes qui ressortissent à la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral? L'effet combiné du *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* (Î.-P.-É.) et de *Pembina Exploration Canada Ltd.* permet de croire qu'une province aurait le droit de le faire. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* (Î.-P.-É.), la Cour a reconnu à la province le pouvoir d'instituer un tribunal destiné expressément à une catégorie de personnes relevant de l'autorité législative fédérale; dans l'affaire *Pembina Exploration Canada Ltd.*, elle a statué qu'une province peut attribuer des domaines fédéraux à des tribunaux qu'elle a elle-même mis sur pied. Ces deux jugements permettent de croire qu'une province peut établir un tribunal autochtone et lui conférer la compétence à l'égard des questions qui touchent les «Indiens et les terres réservées aux Indiens».

Deux mises en garde doivent cependant être formulées à cet égard. La première est que l'argumentation de la Cour dans l'arrêt *Pembina Exploration Canada Ltd.* peut avoir été influencée par le fait que le droit maritime n'était que l'un des éléments d'un éventail relativement vaste de domaines sur lesquels la province avait donné compétence à la cour des petites créances. Ainsi, cet arrêt étaye l'hypothèse qu'une province peut investir les tribunaux provinciaux d'une compétence générale, y compris à l'égard des actions que touchent les lois et l'autorité législative fédérales; cependant, une province peut-elle conférer expressément à un tribunal créé par elle le pouvoir de statuer sur les causes qui relèvent de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral? Une telle initiative s'apparenterait dangereusement à un empiétement sur l'autorité législative fédérale touchant les «Indiens et les terres réservées aux Indiens» et pourrait donc être déclarée *ultra vires*.

La seconde mise en garde est qu'il est difficile de concilier l'arrêt *Pembina Exploration Canada Ltd.* avec la jurisprudence sur les limites de l'autorité législative provinciale touchant les tribunaux de juridiction criminelle. Comme on l'a mentionné plus haut, le paragraphe 92(14) confère aux provinces le pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux tribunaux de compétence criminelle. Aux termes du paragraphe 91(27), le Parlement a cependant le pouvoir d'adopter des lois en matière criminelle. Les provinces peuvent, pour leur part, établir et maintenir les tribunaux requis pour l'application du droit pénal, mais certains membres de la Cour suprême du Canada ont déjà évoqué la possibilité que seul le Parlement puisse préciser que ses lois doivent être administrées par des tribunaux provinciaux. Dans *A.G. Qué. c. A.G. Can.*<sup>24</sup>, par exemple, le juge Taschereau a affirmé ce qui suit :

Il est également bien établi que bien qu'un tribunal puisse être organisé et maintenu par une province, sa compétence et la procédure qu'elle

doit suivre pour l'application des lois adoptées par le Parlement du Canada, en ce qui a trait aux matières attribuées à ce Parlement, relèvent de sa compétence exclusive<sup>35</sup>.

De même, dans *Ministre du Revenu national c. Lafleur*<sup>37</sup>, le juge Fauteux a affirmé ce qui suit :

La constitution, le maintien et l'organisation des cours provinciales de juridiction criminelle sont de la compétence exclusive de la Législature (art. 92 para. 14), mais seul le Parlement peut attribuer à ces cours provinciales une juridiction criminelle<sup>37</sup>.

En supposant qu'une province ait la volonté politique de conférer à un tribunal autochtone de sa propre création la compétence de statuer en matières fédérales, le risque qu'une telle initiative soit déclarée *ultra vires* peut être minimisé dans une certaine mesure si elle donne également à ce tribunal le pouvoir de statuer sur les questions relatives aux autochtones qui sont du ressort de sa compétence législative. Comme on l'a dit plus haut, le jugement rendu dans *Pembina Exploration Canada Ltd.* peut avoir été influencé par le fait que le tribunal en question avait été investi du pouvoir de trancher des affaires relevant de l'autorité fédérale et provinciale. Si tel est bien le cas, il y a donc plus de chances que la validité d'une loi provinciale créant un tribunal autochtone et l'investissant de la compétence en matières fédérales soit confirmée à titre de mesure prise aux termes du pouvoir législatif provincial, si le tribunal est également habilité à trancher les litiges mettant en cause des autochtones et des lois provinciales d'application générale. Il serait ainsi plus facile de considérer «l'aspect» fédéral de cette loi comme relativement moins important que «l'aspect» provincial<sup>38</sup>.

Si le pouvoir judiciaire n'accepte pas une telle qualification ou s'il se conforme à la jurisprudence selon laquelle seul le Parlement peut conférer à un tribunal provincial la compétence à l'égard de matières fédérales, il se peut alors que le pouvoir judiciaire voie d'un mauvais oeil une tentative unilatérale, de la part d'une province, de conférer à un tribunal autochtone créé par elle le pouvoir de statuer sur des questions relevant de la compétence législative fédérale. En conséquence, une province aurait probablement intérêt à suivre le modèle de coopération fédérale-provinciale mis en oeuvre dans la loi contestée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* (I.-P.-É.), notamment à obtenir la collaboration du gouvernement fédéral dans l'attribution, à un tribunal autochtone créé par elle, du pouvoir de statuer en matières fédérales. Une province pourrait adopter une loi instituant un tribunal chargé des affaires autochtones et conférer à celui-ci la compétence à l'égard d'un éventail de questions qui relèvent de son autorité législative mais qui ne concernent pas moins les autochtones. La collaboration du gouvernement fédéral pourrait prendre la forme de l'attribution explicite par ce dernier, à un tel tribunal autochtone créé par la province, de la compétence à l'égard des questions qui touchent les «Indiens et les terres réservées aux Indiens». Il est bien établi que le Parlement peut prévoir que les matières qui relèvent de sa compétence législative doivent être tranchées par un tribunal créé par une province<sup>39</sup>. Des dispositions législatives fédérales d'une telle portée se retrouvent, par exemple, dans le *Code criminel*<sup>39</sup> et dans

la *Loi sur le divorce*<sup>11</sup>, ainsi que dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>12</sup>, mesure contestée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* (Î.-P.-É.).

## Résumé

En définitive, sous réserve des prescriptions contenues dans les articles sur la magistrature, une province est vraisemblablement habilitée par la Constitution (par. 92(14)) à créer unilatéralement un tribunal autochtone chargé d'administrer la justice autochtone dans son territoire. Son droit d'investir un tel tribunal du pouvoir d'instruire les affaires ressortissant à l'autorité législative fédérale est cependant plus discutable. En effet, en agissant ainsi, elle risquerait d'empiéter sur cette autorité touchant les «Indiens et les terres réservées aux Indiens». Néanmoins, la jurisprudence récente donne à penser qu'une province est habilitée à conférer aux tribunaux qu'elle met sur pied la compétence à l'égard des matières relevant de l'autorité législative fédérale. Selon toute vraisemblance, le pouvoir judiciaire verra d'un meilleur oeil un tribunal autochtone, créé par une province, qui exerce une compétence relativement générale à l'égard des autochtones, y compris à l'égard des matières qui relèvent de l'autorité législative tant provinciale que fédérale, qu'un tribunal, aussi créé par une province, à qui est uniquement conféré le pouvoir de statuer sur les questions qui relèvent de l'autorité fédérale exclusive sur les «Indiens et les terres réservées aux Indiens».

Une façon plus prudente de procéder consisterait, pour une province, à établir un tribunal autochtone et à l'investir de la compétence à l'égard de certaines matières relevant de l'autorité législative provinciale. Le Parlement aurait alors le loisir de conférer à ce tribunal le pouvoir de statuer sur certains domaines relevant de sa compétence exclusive.

## *La justice autochtone et le pouvoir fédéral*

Le Parlement est également habilité à créer des tribunaux de sa propre initiative, aux termes de l'article 101 :

Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

C'est en vertu de cet article qu'a été créée la Cour suprême du Canada à titre de «cour générale d'appel pour le Canada»<sup>13</sup>. C'est également sur cet article de la Constitution que repose le pouvoir d'instituer la Cour fédérale du Canada comme tribunal chargé de veiller à «la meilleure administration des lois du Canada». La création de cette cour n'épuise cependant pas le pouvoir du Parlement en ce qui a trait à la création de tribunaux fédéraux, étant donné que l'article 101 place la création de «tribunaux additionnels» sous l'autorité législative fédérale. Sous réserve des prescriptions contenues dans les articles sur la magistrature, le Parlement pourrait facilement se fonder sur cet article et sur sa compétence législative touchant les

«Indiens et les terres réservées aux Indiens», en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour invoquer le pouvoir que lui confère la Constitution d'établir de sa propre initiative un système de justice autochtone.

### La compétence d'un tribunal autochtone fédéral : principes généraux

En dépit du fait que la Constitution confère explicitement au gouvernement fédéral le pouvoir d'instituer un tribunal autochtone, le pouvoir du Parlement d'établir «des tribunaux additionnels», aux termes de l'article 101, se limite à la création de tribunaux chargés d'administrer les lois fédérales existantes. Il est prévu dans cet article que ces tribunaux additionnels doivent administrer «les lois du Canada». Bien que cette disposition puisse être interprétée de manière à conférer au Parlement le droit d'investir un tribunal créé par lui de la compétence relative à n'importe quelle matière relevant de l'autorité législative fédérale<sup>14</sup>, le pouvoir judiciaire lui a donné un sens plus restrictif. Dans *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique*<sup>15</sup>, par exemple, il fallait déterminer si la Cour fédérale pouvait invoquer sa compétence pour trancher un litige relatif à un contrat passé par deux parties privées au sujet de la construction d'un terminal destiné au transport international du papier, domaine qui est de la compétence législative exclusive du Parlement<sup>16</sup>. Le contrat lui-même stipulait que les parties devaient être réglementées par les lois du Québec. La Cour suprême du Canada a statué que la Cour fédérale ne pouvait s'arroger la compétence à l'égard d'une matière qui n'était, en fait, pas régie par «une législation fédérale applicable»<sup>17</sup>.

De même, dans *McNamara Construction c. La Reine*<sup>18</sup>, le litige portait sur un contrat passé entre la Couronne fédérale et certaines parties privées en vue de la construction d'un pénitencier fédéral. En dépit du fait que le Parlement a compétence en ce qui touche la Couronne fédérale et les pénitenciers<sup>19</sup>, les appelants réclamaient l'application des principes de *common law* relatifs aux contrats et affirmaient qu'il n'y avait pas de «législation fédérale applicable» au litige. La Cour a donc statué que la Cour fédérale ne pouvait se déclarer compétente en la matière<sup>20</sup>.

En supposant que le pouvoir judiciaire continuera d'interpréter l'article 101 dans la foulée des arrêts *Quebec North Shore Paper Co.* et *McNamara Construction*, la compétence d'un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral sera limitée, en vertu de la Constitution, aux causes ou litiges relevant d'une «législation fédérale applicable». Ce critère empêche le Parlement de conférer à un tribunal autochtone la compétence de statuer sur les litiges mettant en cause les «Indiens et les terres réservées aux Indiens», qui ne soulèvent pas de questions touchant l'application et l'interprétation des lois fédérales. Il l'empêche également d'investir un tel tribunal de la compétence touchant les affaires intéressant les autochtones qui relèvent de l'autorité législative provinciale. Au nombre de ces affaires figureraient les litiges portant sur les lois provinciales d'application générale qui ne concernent pas des matières «inhérentes aux Indiens» mais qui ne s'appliquent pas moins aux «autochtones»<sup>21</sup>.

Il importe cependant de noter que l'article 88 de la *Loi fédérale sur les Indiens*<sup>22</sup> introduit par renvoi certaines lois provinciales d'application générale qui ne visent pas des

matières «inhérentes aux Indiens». Ces matières relèvent de la compétence fédérale et les lois provinciales qui les réglementent ne s'appliquent aux autochtones qu'en vertu de l'article 88<sup>44</sup>. Le Parlement pourrait vraisemblablement conférer à un tribunal autochtone la compétence d'entendre les litiges portant sur les lois provinciales que l'article 88 introduit par renvoi puisqu'il s'agit là de causes relevant de l'autorité législative fédérale et que cet article constituerait la «législation fédérale applicable» conformément aux prescriptions de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

### La compétence en matière de titre aborigène

Dans l'arrêt récent *Roberts c. Canada*<sup>45</sup>, la *Cour suprême du Canada* a statué que, dans les causes relatives à la *common law* du titre aborigène<sup>46</sup>, il est satisfait à la condition d'avoir une «législation fédérale applicable» au litige. L'affaire *Roberts* porte sur un litige entre deux bandes indiennes touchant l'usage et l'occupation d'une réserve indienne. Le fondement du titre aborigène ne reposait pas sur les dispositions de la *Loi fédérale sur les Indiens*; cette dernière loi fédérale ne faisait, au contraire, que consacrer un droit reconnu en *common law*. On ne pouvait donc pas dire qu'il existait une «législation fédérale applicable» au litige. Néanmoins, dans un jugement unanime rendu par la Cour, le juge Wilson a statué que la *common law* du titre aborigène est considérée comme fédérale pour les fins de l'application de l'article 101, et que la Cour fédérale a compétence pour trancher le litige.

L'arrêt *Roberts* élargit sensiblement la compétence dont peut être investi un tribunal visé à l'article 101. Il donne à entendre qu'il n'est pas nécessaire que le Parlement ait légiféré en un domaine particulier pour qu'un tribunal créé par lui puisse avoir compétence pour régler un litige dans ce domaine. S'il y a «*common law* fédérale» applicable au litige, la condition énoncée à l'article 101, à savoir l'existence d'une «législation fédérale applicable», est alors remplie. Suivant la logique de cet arrêt, le Parlement pourrait conférer à un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral la compétence de trancher les litiges mettant en cause la *common law* du titre aborigène<sup>47</sup>.

Le jugement rendu dans l'affaire *Roberts* permet en outre indirectement de comprendre la portée de la compétence qu'un tribunal autochtone fédéral pourrait exercer en matière constitutionnelle. Le fait que les «droits existants – ancestraux ou issus de traités» aient été constitutionnalisés en 1982 a incorporé au droit constitutionnel<sup>48</sup> au moins certains éléments de la *common law* du titre aborigène. L'interprétation qui a été faite de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est qu'il n'autorise pas le Parlement à conférer à la Cour fédérale compétence exclusive pour statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales<sup>49</sup>. De là, peut-on inférer, le Parlement ne pourrait investir un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral d'une compétence exclusive lui permettant de juger si les lois fédérales entrent en conflit avec les «droits existants – ancestraux ou issus de traités». Néanmoins, la Cour fédérale et, par inférence, un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral seraient tenus d'interpréter les lois fédérales en tenant compte des garanties constitutionnelles<sup>50</sup>. De plus, on peut supposer que le Parlement pourrait investir un tribunal autochtone d'une compétence concurrente lui permettant de statuer sur la constitutionnalité des

lois fédérales en tenant compte des droits ancestraux ou issus de traités qui sont garantis dans la Constitution.

### La compétence en matière pénale

Il est également probable, mais non certain, que le Parlement puisse conférer à un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral la compétence nécessaire pour entendre les causes criminelles<sup>50</sup>. Bien que le paragraphe 91(27) exclue expressément «la constitution des tribunaux de juridiction criminelle» de l'autorité législative fédérale, le pouvoir judiciaire n'a pas délimité avec précision le champ de l'autorité fédérale à cet égard<sup>51</sup>.

Il existe au moins cinq arguments favorables à l'opinion attribuant au Parlement le pouvoir de conférer la compétence en matière pénale à un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral. Le premier est que le *Code criminel* et les autres lois fédérales instituant des infractions criminelles sont des «lois du Canada» que vise probablement l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le deuxième est que, même si cela ne règle pas la question constitutionnelle, le Parlement, faut-il le souligner, a conféré à la Cour fédérale une compétence criminelle en certains domaines<sup>52</sup>. Le troisième argument est que, même si le paragraphe 92(14) confère la compétence touchant «la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle», on y parle de la juridiction criminelle de ces tribunaux provinciaux qui serait maintenue même si la compétence en matière d'affaires criminelles autochtones était cédée à un tribunal autochtone constitué par le gouvernement fédéral. Suivant le quatrième argument, l'article 101 prévoit que le Parlement peut, «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi», créer un tribunal fédéral chargé d'administrer les lois du Canada<sup>53</sup>. Selon toute vraisemblance, cette disposition dérogatoire vise le paragraphe 92(14) ainsi que les autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, l'attribution à un tribunal autochtone d'une certaine compétence en matière pénale, outre celle en matière civile, à l'égard de certaines lois du Canada, est une manifestation moins radicale de l'autorité législative fédérale que la création d'un tribunal fédéral exerçant une compétence en matière pénale à l'égard de tous les Canadiens. «L'aspect<sup>54</sup>» provincial est relativement moins important que son pendant fédéral, et il l'est certainement moins que les aspects provinciaux d'un tribunal fédéral ayant une compétence générale en matière pénale. L'effet combiné des paragraphes 91(24) et (27) et de l'article 101 est, à mon sens, de fournir un fondement constitutionnel relativement stable qui permet au gouvernement fédéral d'attribuer à un tribunal autochtone créé par lui la compétence lui permettant, en matière pénale, d'entendre des causes auxquelles des autochtones sont parties.

### La coopération des provinces

La possibilité d'établir un tribunal autochtone fédéral soulève une question nouvelle, à savoir si une province peut conférer à un tel tribunal la compétence nécessaire pour entendre les causes auxquelles sont parties des autochtones qui relèvent de l'autorité législative provinciale. Comme on l'a vu précédemment, cette autorité

relative aux autochtones est assez limitée; seules les lois provinciales d'application générale qui ne réglementent pas les questions «inhérentes aux Indiens» s'appliquent d'office<sup>55</sup> aux autochtones. Une province peut-elle conférer à un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral la compétence nécessaire pour trancher les litiges ayant trait à de telles lois?

L'analogie la plus étroite qui puisse être établie avec ce scénario, sur le plan de la doctrine, est le droit régissant la délégation réciproque du pouvoir législatif. Dans *A. G. Nova Scotia c. A. G. Canada (Nova Scotia Inter-delegation)*<sup>56</sup>, la Cour suprême du Canada a statué qu'aucun ordre de gouvernement ne peut déléguer à l'autre son pouvoir législatif<sup>57</sup>. Cette conclusion s'est cependant graduellement affaiblie au fil des ans, au point que la Cour a permis au Parlement de déléguer aux offices provinciaux de commercialisation le pouvoir de réglementer le commerce interprovincial et international<sup>58</sup>. Elle a également accepté le pouvoir des deux ordres de gouvernement d'introduire par renvoi les lois existantes<sup>59</sup> et futures<sup>60</sup> de l'autre ordre. Si un ordre de gouvernement peut déléguer son pouvoir de réglementation à un organisme administratif créé par l'autre, il se peut qu'une province puisse conférer à un tribunal constitué par le gouvernement fédéral le pouvoir de statuer sur les questions régies par les lois provinciales. Si tel est le cas, il se pourrait donc qu'une province puisse investir un tribunal autochtone fédéral de la compétence nécessaire pour entendre les causes touchant les autochtones et les lois provinciales d'application générale qui ne concernent pas des questions «inhérentes aux Indiens».

## Résumé

En définitive et sous réserve des articles sur la magistrature examinés plus loin, le Parlement est habilité à établir un tribunal autochtone aux termes de l'article 101 et du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne peut cependant que l'investir de la compétence nécessaire pour trancher les affaires mettant en cause une «législation fédérale applicable». Ce critère relatif à la compétence peut comprendre la *common law* du titre aborigène, ainsi que les domaines régis par la *Loi sur les Indiens*. Selon toute vraisemblance, il ne s'étend pas aux questions assujetties aux lois provinciales d'application générale qui ne concernent pas des affaires «inhérentes aux Indiens» mais qui n'en ont pas moins rapport aux autochtones. Il vise vraisemblablement les litiges soumis aux lois provinciales d'application générale qui concernent les affaires «inhérentes aux Indiens» que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* introduit par renvoi. De plus, il comprend vraisemblablement les affaires criminelles, dans la mesure où le *Code criminel* et les autres lois fédérales instituant des infractions criminelles sont considérés comme des «lois du Canada», au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On ne sait pas si une province peut conférer à un tribunal autochtone fédéral la compétence d'entendre les causes relevant de l'autorité législative provinciale.

## La justice autochtone et les articles sur la magistrature

Outre les difficultés suscitées au niveau de la répartition des pouvoirs, les articles sur la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867* peuvent empêcher la création d'un

système judiciaire autochtone aux termes d'une loi provinciale ou fédérale, ou d'une mesure adoptée d'un commun accord par les deux ordres de gouvernement. Les articles 96 à 100<sup>es</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lisent ainsi :

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.
97. Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces.
98. Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province.
99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.  
 (2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.
100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le Parlement du Canada.

Le sens et la portée des articles sur la magistrature concernent en partie l'organisation judiciaire observée au fil de l'histoire dans chaque province. À l'époque de la Confédération, l'appareil judiciaire de chaque colonie comprenait des cours supérieures et des cours de district et de comté qui étaient modelées sur les tribunaux anglais et qui avaient une compétence générale de première instance et d'appel<sup>62</sup>. Une cour «supérieure» comportait à la fois une section de première instance et un tribunal d'appel, et possédait une compétence générale «inhérente» pour toute la province. Une cour «de comté» ou «de district» avait une compétence restreinte à un territoire et à des domaines particuliers. De plus, il existait plusieurs tribunaux d'instance inférieure, constitués par voie législative, qui exerçaient une compétence particulière dans des domaines donnés, par exemple, les cours des juges de paix, des magistrats stipendiaires et des commissaires, les cours de secteurs et les cours de recorder. Les tribunaux d'instance supérieure et inférieure ont tous deux été maintenus en dépit de la Confédération, aux termes de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit le maintien du droit antérieur à la Confédération et



de «tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle». Toutes les provinces ont procédé, ou sont en voie de le faire, à un «fusionnement» selon lequel le niveau des cours de district ou de comté est aboli et celui des cours supérieures, élargi de manière qu'elles puissent entendre les questions qui relevaient antérieurement des cours de district ou de comté.

Ayant comme toile de fond cette organisation judiciaire historique, mentionnons que l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le gouvernement fédéral a le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, ainsi que des cours de district et de comté, dans chaque province. Aux termes des articles 97 et 98, le gouvernement fédéral est tenu de nommer aux postes de juges de ces tribunaux des candidats choisis parmi les membres du barreau de la province concernée. Le paragraphe 99(1) prescrit que ces juges ne peuvent être révoqués que par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Le paragraphe 99(2) prévoit la retraite obligatoire de ces juges. Quant à l'article 100, il y est prévu que les juges nommés par le gouvernement fédéral sont rémunérés par ce dernier et que leurs émoluments «seront fixés et payés par le Parlement du Canada». Le gouvernement fédéral a donc la charge de nommer et de rémunérer les juges des cours supérieures, ainsi que des cours de district et de comté. Par contre, aux termes du paragraphe 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui autorise les législatures provinciales à adopter des lois sur la «création et la tenure des charges provinciales, et la nomination et le paiement des officiers provinciaux», les provinces ont le pouvoir de nommer et de rémunérer les juges des tribunaux d'instance inférieure.

Selon l'étendue de la compétence qui serait attribuée à un système judiciaire autochtone, l'ordre de gouvernement auquel incomberait la responsabilité de l'établir serait peut-être tenu de respecter plusieurs des articles sur la magistrature. Dans le reste de la présente partie, nous examinerons d'abord l'objet de ces articles, puis les incidences de ces dispositions sur le pouvoir respectif des législatures provinciales et du Parlement de constituer un système judiciaire autochtone.

### *L'objet des articles sur la magistrature*

L'un des arguments qui militent en faveur du rôle du gouvernement fédéral dans la nomination et la rémunération des juges des cours supérieures et des cours de district et de comté est que ce rôle assure l'indépendance et l'impartialité de l'appareil judiciaire<sup>61</sup>. Selon le jugement rendu par le Conseil privé dans *O. Martineau & Sons, Ltd. c. City of Montreal*, «cet article constitue le fondement des moyens que les rédacteurs de la loi ont adoptés pour assurer l'impartialité et l'indépendance de la magistrature provinciale<sup>62</sup>». De même a-t-on a dit des articles sur la magistrature qu'ils sont les «trois piliers principaux du temple de la justice, et [qu'] il ne faut pas les détruire<sup>63</sup>». Plus récemment, le juge en chef Dickson a déclaré que «les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives aux juges, particulièrement les articles 96, 99 et 100, appuient le pouvoir et l'indépendance judiciaire, du moins au niveau des cours supérieures, de district et de comté<sup>64</sup>».

Le professeur Peter Hogg a énoncé un argument distinct qui milite en faveur des articles sur la magistrature. À son avis, ces dispositions traduisent le caractère fédéral

de l'État canadien. À la lumière de la structure constitutionnelle suivant laquelle la compétence législative est répartie entre les deux ordres de gouvernement, ces dernières garantissent au gouvernement fédéral un rôle dans la composition et le mandat des juges des cours supérieures et des cours de district et de comté. Ces cours sont des tribunaux de compétence générale, à savoir qu'elles sont habilitées par la Constitution à trancher les litiges entourant les lois fédérales, ainsi que provinciales. Comme l'affirmait le juge LaForest, «depuis la Confédération jusqu'à ce jour, les tribunaux des provinces ont, sous réserve de règles de droit fédérales incompatibles, statué sur tous les types de litiges imaginables<sup>67</sup>». Étant donné que les cours supérieures, de district et de comté administrent les lois tant fédérales que provinciales, le gouvernement fédéral a un intérêt justifiable à l'égard de la composition et du mandat des juges de ces tribunaux<sup>68</sup>. Selon ce raisonnement, l'objet des articles sur la magistrature est d'assurer un intérêt fédéral dans la composition des cours supérieures, de district et de comté.

Bien que l'on invoque souvent l'indépendance judiciaire pour justifier les articles sur la magistrature, il existe au moins trois raisons de s'interroger sur le bien-fondé de cet argument et du raisonnement du professeur Hogg. La première est la possibilité que, avant 1982, il se peut que les articles sur la magistrature aient été les seules dispositions écrites justifiant l'argument relatif à l'indépendance judiciaire. Cependant, l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit entre autres le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial dans un procès public et équitable, et l'article 7 de la *Charte*, qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sont maintenant les dispositions constitutionnelles que l'on devrait privilégier en faveur de l'indépendance judiciaire. On y trouve en effet énoncées directement les valeurs qui sous-tendent cette indépendance, notamment la nécessité, pour les juges, de trancher dans l'impartialité et dans l'autonomie financière, s'appuyant sur un mandat sûr et libre de toute ingérence politique<sup>69</sup>.

La deuxième raison est qu'il est difficile de voir pourquoi l'indépendance judiciaire serait assurée par un pouvoir fédéral, plutôt que provincial, en matière de nomination des juges. Une telle conclusion doit, en dernière analyse, reposer sur des prémisses touchant les faiblesses et les points forts relatifs des gouvernements provinciaux, par rapport au gouvernement national, en matière de reddition de comptes<sup>70</sup>. D'une part, on pourrait affirmer que le gouvernement fédéral représente mieux les intérêts divers de la société canadienne et qu'il est donc plus à l'abri des pressions politiques qui pourraient menacer l'indépendance des juges. D'autre part, on pourrait avancer que, du fait qu'ils sont plus proches de leurs commettants, les gouvernements provinciaux sont plus portés qu'un gouvernement national éloigné à rendre compte des questions entourant la nomination et le mandat des juges. En d'autres termes, pour assurer l'indépendance judiciaire, le pouvoir fédéral n'est pas absolument nécessaire.

La troisième raison est qu'il n'est pas certain que les articles sur la magistrature visent uniquement les juges des cours supérieures, de district et de comté, et non ceux des tribunaux d'instance inférieure. S'il est vrai que le pouvoir des provinces menacerait l'indépendance des juges de ces cours, ce l'est également en ce qui a trait à celle des juges de ces tribunaux. Il est certain que ces articles ne visent expressément

que les cours supérieures, de district et de comté. Cependant, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne contient aucune ligne directrice particulière prescrivant de les interpréter de façon exclusive, et l'on pourrait tout aussi facilement y voir une indication de la manière dont les autorités fédérales et provinciales devraient traiter tous les tribunaux, d'instance supérieure ou inférieure.

En fait, peu de temps après la Confédération, certains ont affirmé que les articles sur la magistrature englobaient les tribunaux d'instance inférieure et que les provinces n'avaient pas la compétence législative nécessaire pour nommer des magistrats possédant des pouvoirs autres que celui d'exécuter les lois<sup>1</sup>. Cependant, le pouvoir judiciaire a, depuis, écarté fermement cette opinion. Ainsi, dans *In re Adoption Act*<sup>2</sup>, le litige portait sur la constitutionnalité de quatre lois ontariennes traitant de questions familiales et attribuant la compétence sur les affaires touchant la protection de l'enfance à des tribunaux d'instance inférieure présidés par des magistrats nommés par la province. En confirmant la validité de ces lois, le juge en chef Duff a écarté l'opinion que tous les tribunaux provinciaux sont visés par l'article 96. Réfutant l'argument voulant qu'il soit souhaitable d'attribuer au gouvernement fédéral un rôle dans la nomination des juges des tribunaux d'instance inférieure afin de les protéger contre les pressions politiques des provinces, le juge en chef a affirmé ce qui suit :

Il serait très étonnant de supposer qu'une collectivité de l'importance de celle de l'Ontario veuille, sur le plan soit de la volonté ou de la capacité, se protéger contre l'incurie des magistrats qu'elle investit de cette charge; et pareille affirmation serait sans fondement dans les faits et tout à fait fallacieuse comme principe sous-tendant une théorie relative à l'interprétation de l'AANB<sup>3</sup>.

Le fait que le juge en chef Duff accepte le pouvoir des provinces à l'égard des magistrats des tribunaux d'instance inférieure permet de croire que la justification du rôle fédéral dans la nomination des juges des cours supérieures, de district et de comté ne réside pas dans la nécessité de protéger l'appareil judiciaire contre les pressions politiques des provinces. Si une province a, à se protéger contre l'incurie possible des juges des tribunaux d'instance inférieure, un intérêt légitime qui l'emporte sur l'intérêt contraire consistant à assurer l'indépendance judiciaire, on peut donc affirmer qu'elle en a un tout aussi légitime à se protéger contre l'incurie possible des juges des cours supérieures.

### ***Les articles sur la magistrature et le pouvoir des provinces***

En raison ou bien de la volonté de protéger l'indépendance des juges ou de la nécessité de veiller aux intérêts fédéraux dans la composition des cours supérieures, de district et de comté et dans la nomination des magistrats qui les président, on a interprété les articles sur la magistrature de manière à empêcher les provinces d'investir les tribunaux d'instance inférieure et les tribunaux administratifs de la compétence conférée en règle générale aux cours supérieures, de district et de comté. Le motif précis le plus souvent invoqué pour justifier cette règle est que celle-ci empêche les provinces d'avoir la mainmise sur le processus de nomination des juges<sup>4</sup>. Si ce n'était des articles sur la magistrature, des cours ou tribunaux pourraient être

institué et investis de la compétence des cours supérieures, de district ou de comté sans que leurs magistrats soient nommés ou rémunérés par le gouvernement fédéral (tel que prescrit aux articles 96 et 100), ni choisis parmi les membres des barreaux des provinces (suivant les exigences énoncées aux articles 97 et 98). En principe, une province n'enfreindrait pas les articles sur la magistrature dans la mesure où les juges des cours supérieures, de district ou de comté existantes continueraient d'être nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral. En pratique, cependant, les cours ou tribunaux nouvellement créés assumeraient des responsabilités qui appartiennent depuis toujours aux cours supérieures, de district et de comté et pourtant leurs membres ne seraient ni choisis ni rémunérés par le gouvernement fédéral.

### Principes généraux

La magistrature a énoncé un ensemble relativement complexe de critères destinés à déterminer les cas où une province doit se conformer aux articles sur la magistrature au moment de créer une cour ou un tribunal administratif. Le jugement mentionné ci-dessus et rendu dans *In re Adoption Act* est éclairant à cet égard. D'après le juge en chef Duff, le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui, comme on l'a mentionné plus haut, autorise les provinces à adopter des lois sur l'administration de la justice dans leur territoire, a conféré aux législatures provinciales «pleins pouvoirs non seulement de restreindre la compétence des tribunaux [d'instance inférieure], mais également de l'élargir, sous réserve de toute condition découlant de l'article 96<sup>55</sup>». Le juge en chef Duff a donc rejeté l'opinion voulant que «l'AANB ait arrêté définitivement, telle qu'elle était au moment de la Confédération, la compétence des tribunaux d'instance inférieure, visés ou non par l'article 96<sup>56</sup>. Une province n'a cependant pas le droit de s'arroger le pouvoir fédéral de nomination, directement ou «indirectement, en modifiant la nature des tribunaux existants non visés par cet article de manière à les ramener dans le champ de cette disposition, tout en conservant la mainmise sur la nomination des juges présidant ces tribunaux<sup>57</sup>». Le juge en chef Duff a décrit en ces termes l'étendue de l'autorité provinciale : «la compétence conférée [...] correspond-elle, dans ses grandes lignes, au genre de compétence que les tribunaux de justice sommaire peuvent en général exercer par opposition à celle qui est conférée aux tribunaux visés par l'article 96<sup>58</sup>». Il a conclu que la question en litige était de la compétence des tribunaux d'instance inférieure au moment de la Confédération.

Dans *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Ironworks*<sup>59</sup>, le Conseil privé a étendu la position prise dans *In re Adoption Act* aux incidences de l'article 96 sur le pouvoir des provinces d'établir un organisme administratif investi de la compétence nécessaire pour administrer et exécuter les lois provinciales. Dans l'affaire *John East Ironworks*, la société intimée contestait la constitutionnalité de la Saskatchewan Labour Relations Board en alléguant que celle-ci exerçait une compétence analogue à celle d'une cour supérieure, de district et de comté et que sa création ne respectait pas les prescriptions des articles sur la magistrature. Accueillant les allégations de l'intimée et rejetant le pourvoi, le Conseil privé a statué que la compétence de cette commission «n'a rien d'analogue aux litiges que tranchaient fréquemment les tribunaux

en 1867<sup>80</sup>». Adoptant une position ferme à l'égard des articles sur la magistrature, Lord Simonds a affirmé ce qui suit :

Comme critère sur le plan de l'«analogie», il est tout aussi bon de se demander si, étant donné le domaine dans lequel se situe la question que l'on suppose devoir être tranchée par les tribunaux, il serait souhaitable que les juges aient les mêmes compétences que celles qui caractérisent les juges des cours supérieures ou autres<sup>81</sup>. [traduction]

En raison de la nature des relations de travail, Lord Simonds a conclu ce qui suit : «il est essentiel que [...] les membres [de la commission] aient acquis, avant de devenir juges, l'expérience et les connaissances nécessaires pour régler leurs problèmes<sup>82</sup>».

La Cour a élargi cette approche dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*<sup>83</sup>. La province d'Ontario avait demandé à la Cour de juger si cette loi<sup>84</sup>, qui conférait à la Commission du logement nouvellement créée le pouvoir de rendre des ordonnances d'éviction et d'obliger les propriétaires et les locataires à se conformer aux obligations énoncées dans cette loi, allait à l'encontre des articles sur la magistrature contenus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Soucieuse de synthétiser la jurisprudence antérieure sur la question, la Cour a déclaré que l'approche prescrite par l'article 96 suppose que l'enquête à cet égard se fasse en trois étapes :

La première porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération [...]

La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction elle-même est différente lorsqu'elle est envisagée dans ce cadre. En particulier, la fonction peut-elle encore être considérée comme une fonction «judiciaire»? [...] Lorsque le tribunal fait face à un litige privé entre des parties et qu'il est appelé à décider en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité, il agit alors normalement en qualité d'«organisme judiciaire».

Si le pouvoir ou la compétence s'exercent d'une manière judiciaire, il devient alors nécessaire de passer à la troisième et dernière étape de l'analyse et d'examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée [...] Les «pouvoirs judiciaires» attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal [...], ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature [...] Dans ce cas, l'attribution d'un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide. La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger [...] et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96<sup>85</sup>».

La Cour a conclu que le pouvoir d'ordonner l'éviction était analogue au pouvoir traditionnel des cours supérieures, de district et de comté d'ordonner l'éviction d'un locataire, et que celui d'ordonner l'exécution était assimilable à celui des cours supérieures, de district et de comté d'accorder des dommages-intérêts, d'ordonner l'exécution d'une obligation ou d'accorder une injonction. Elle a en outre conclu que les pouvoirs attaqués étaient de nature judiciaire et que celle-ci ne changeait pas s'ils étaient considérés dans le contexte de leur exercice, et que leur attribution était le rôle premier de la commission. En conséquence, on a statué que les pouvoirs proposés allaient à l'encontre de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La jurisprudence ultérieure a poussé plus loin les trois étapes énoncées dans l'arrêt relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Dans *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*<sup>87</sup>, la Cour a dû se prononcer sur une contestation présentée aux termes de l'article 96 à l'égard du pouvoir conféré par la loi à un tribunal provincial du travail, et statuer sur le congédiement justifié d'un employé non syndiqué. L'employeur avait allégué que le pouvoir contesté était conforme à un pouvoir exercé par une cour supérieure, de district ou de comté à l'époque de la Confédération. En confirmant le pouvoir du tribunal de se prononcer sur le congédiement abusif, la Cour a fourni un éclairage fort précieux sur la nature de la première analyse requise dans le jugement relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*.

Plus précisément, à la suite de l'affaire concernant la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, étaient demeurées sans réponses certaines questions entourant la façon précise dont doit être qualifié le «pouvoir» contesté pour ce qui est de déterminer s'il était analogue à un pouvoir exercé par une cour supérieure, de district ou de comté au moment de la Confédération. Représentant la majorité de la Cour, le juge Wilson a résumé de façon succincte les conséquences clés de cette question :

La manière dont le pouvoir ou la compétence est qualifié peut avoir de sérieuses conséquences sur l'analyse historique à laquelle doivent se livrer les cours à la recherche d'une compétence analogue des tribunaux inférieurs. Bien qu'en l'espèce, tant le procureur général que Sobeys aient vu un avantage pour eux-mêmes dans une qualification étroite, il n'en est probablement ainsi qu'en raison du redressement inhabituel en cause. En général, ceux qui contestent une loi favoriseront probablement la conception la plus étroite, plus susceptible de leur donner gain de cause par le biais du critère historique. Les défenseurs de la loi favoriseront sans aucun doute une vue plus globale, présument que plus la qualification est large, plus il est probable qu'au moins certains aspects de la compétence puissent être retrouvés parmi les attributions des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération<sup>88</sup>.

Le juge Wilson était d'avis que l'article 96 visait à protéger l'indépendance des juges en empêchant tout élargissement important de la compétence des tribunaux d'instance inférieure, quoique cet article «ne devrait pas faire obstacle aux nouvelles façons institutionnelles d'aborder les problèmes sociaux ou politiques<sup>88</sup>». L'atteinte du premier objectif est facilitée par une qualification relativement étroite du pouvoir

judiciaire contesté à la première étape de l'analyse visée dans l'arrêt relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Comme l'affirmait le juge, «tout autre point de vue risquerait d'ouvrir la porte à d'importantes augmentations de compétence, ce qui irait à l'encontre des faits recherchés par la disposition constitutionnelle<sup>93</sup>». De plus, le pouvoir devrait être qualifié par le genre de litige auquel il s'applique, et non par renvoi au recours particulier invoqué. Néanmoins, le juge a affirmé que les recours novateurs peuvent fort bien jouer lorsqu'il s'agit de déterminer si la compétence attribuée respecte les critères énoncés aux deuxième et troisième étapes de l'analyse prévue dans l'arrêt *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, dans la mesure où l'article 96 ne doit pas empêcher l'élaboration de façons novatrices d'aborder la réglementation administrative.

Le juge Wilson a en outre statué que, si le pouvoir contesté était exercé à la fois par les tribunaux d'instance supérieure et par ceux d'instance inférieure au moment de la Confédération, une province peut alors avoir le droit d'en investir une cour ou un tribunal d'instance inférieure. Un tel résultat ne devait pas menacer les valeurs qui sous-tendaient l'article 96 dans la mesure où les cours supérieures n'avaient pas compétence exclusive dans ce domaine au moment de la Confédération et où l'on ne pouvait dire que la réforme en question avait entraîné une réduction sensible de leur compétence. Même si l'existence d'une compétence concurrente minimale ne suffit pas, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une compétence concurrente à tous les égards. Le juge Wilson a affirmé que les juges «doivent rechercher [...] un engagement général partagé dans un domaine de compétence<sup>94</sup>». À son avis, les questions suivantes doivent être posées :

- La compétence du tribunal inférieur était-elle géographiquement limitée? Était-elle confinée à certaines cours municipales ou de district ou était-elle exercée dans toute la province?
- La compétence du tribunal inférieur était-elle limitée à un petit nombre d'espèces? Par exemple, dans le domaine du congédiement abusif, certains types de salariés seulement pouvaient-ils avoir recours aux tribunaux inférieurs?
- La compétence du tribunal inférieur était-elle restreinte par des plafonds pécuniaires qui en réduisaient l'ampleur même compte tenu de l'inflation<sup>95</sup>?

La décision du juge Wilson a permis de clarifier d'autres questions touchant l'arrêt relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Le juge y a en effet statué que l'enquête historique exigée par l'article 96 devrait être axée sur les conditions qui existaient dans les quatre provinces qui se sont unies au moment de la Confédération, en 1867, et non à quelque date ultérieure où de nouvelles provinces sont entrées dans la Confédération. Si un nombre égal de provinces ont, à l'origine, confirmé et infirmé la compétence des tribunaux d'instance inférieure et que, de ce fait, l'enquête ne nous fournit pas de réponse claire, il y a alors lieu de se reporter à la compétence qui existait au Royaume-Uni en 1867.

### Application des principes généraux

Vu l'absence de loi particulière à cet égard, il est difficile d'évaluer si une province est tenue de se conformer aux articles sur la magistrature dans l'établissement d'un

système judiciaire autochtone. Ce que nous avons vu jusqu'ici permet cependant de croire que, si une province investit un tribunal autochtone d'un pouvoir ou d'une compétence qui «correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération<sup>93</sup>», elle est alors liée de prime abord par les articles sur la magistrature. Pour déterminer si la compétence du tribunal autochtone correspond à celle que possédaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération, le corps judiciaire se fondera non pas sur les recours particuliers que ce tribunal est habilité à invoquer, mais plutôt sur le genre de litiges qui lui sont soumis<sup>94</sup>. Par conséquent, la possibilité qu'un tribunal autochtone se voie investir du pouvoir d'examiner et d'ordonner des recours considérés comme uniques du point de vue de la compétence des cours supérieures, de district ou de comté sera considérée comme hors de propos à cette étape de l'enquête<sup>95</sup>.

De plus, le corps judiciaire tentera d'interpréter le genre de litiges en cause de façon relativement étroite<sup>96</sup>. En conséquence, il abordera vraisemblablement l'enquête historique sous l'angle des pouvoirs particuliers du tribunal autochtone, et non d'une description générale de la compétence globale du tribunal. Ainsi, en dépit des avantages stratégiques que présente une telle description<sup>97</sup>, s'il y a contestation de la compétence du tribunal autochtone en certaines matières criminelles, il ne suffira pas de préciser que celle-ci comprend le pouvoir de statuer sur les infractions criminelles. Le corps judiciaire examinera plutôt le pouvoir particulier en cause dans l'affaire entendue et déterminera s'il était exercé par une cour d'instance supérieure en 1867.

Cependant, on ne règle pas entièrement la question en l'examinant sous l'angle de la nature du litige. Dans cette enquête, un choix peut être fait pour ce qui est de savoir si la définition du litige est axée sur la personne ou sur l'acte, par exemple une rupture de contrat. Dans ce dernier cas, il sera hors de propos que la personne soit un autochtone et il suffira simplement de déterminer si les cours supérieures, de district ou de comté avaient compétence pour statuer sur la légalité de l'acte en cause. Cependant, si la définition est axée sur la personne, diverses considérations peuvent surgir. À l'époque de la Confédération, le statut juridique des autochtones était ambigu. Les lois fédérales prévoyaient alors que nombre d'entre eux ne jouissaient pas de certains attributs du statut juridique, par exemple, de la capacité de passer des contrats et de détenir des biens en certaines circonstances, à moins qu'ils ne puissent établir qu'ils étaient «suffisamment civilisés» pour jouir des droits et des privilèges accordés aux sujets non indigènes, ou jusqu'à ce qu'ils puissent le faire<sup>98</sup>. Ce fait peut compliquer la tâche de déterminer la juridiction des cours supérieures, de district et de comté à l'égard des autochtones et pourrait bien restreindre fortement l'application des articles sur la magistrature à un système judiciaire autochtone.

Cependant, si le pouvoir en cause du tribunal autochtone était exercé par une cour supérieure au moment de la Confédération, l'étape suivante de l'enquête consistera à déterminer si, à cette époque, ce pouvoir en était l'apanage exclusif ou s'il était alors partagé avec les tribunaux d'instance supérieure et inférieure. Un certain nombre de considérations mentionnées précédemment peuvent guider cette enquête, notamment si la compétence du tribunal d'instance inférieure était limitée quant au territoire, au



type de litige ou au montant<sup>98</sup>. Encore une fois, il est impossible de répondre à ces questions sans définir avec précision la compétence d'un tribunal autochtone et sans analyser en détail les pouvoirs des cours supérieures, de district et de comté compris dans cette compétence. Il suffit de dire que, si un pouvoir judiciaire était en général partagé par les tribunaux d'instance supérieure et inférieure à l'époque de la Confédération, une province peut alors conférer un tel pouvoir à un tribunal autochtone sans être tenue de se conformer aux articles sur la magistrature. S'il s'agit d'un pouvoir alors réservé exclusivement à un tribunal d'instance supérieure, l'enquête doit avancer d'un cran et passer à un examen plus général du cadre institutionnel à l'intérieur duquel se situe le pouvoir concerné.

Plus précisément, en supposant qu'un tribunal autochtone soit investi de pouvoirs exercés en exclusivité par une cour supérieure à l'époque de la Confédération, il faut alors se demander si ces pouvoirs doivent être qualifiés différemment s'ils sont considérés dans leur cadre institutionnel, et s'ils sont «complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal[...] ou s'ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature<sup>99</sup>».

C'est à ces étapes ultérieures de l'analyse qu'il est possible pour le corps judiciaire de déclarer qu'une province n'est pas tenue de se conformer aux articles sur la magistrature dans l'établissement d'un tribunal autochtone. Il se peut que le pouvoir en cause demeure un pouvoir «judiciaire», considéré à la lumière de son cadre institutionnel, et qu'un tribunal autochtone ne puisse, à juste titre, être qualifié simplement de tribunal administratif investi de pouvoirs judiciaires accessoires. Il est néanmoins possible de qualifier de la manière suivante l'établissement d'un tribunal autochtone et le transfert de la compétence des cours supérieures, de district et de comté : «nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature<sup>100</sup>». Ces volets de l'enquête «sont conçus précisément pour permettre aux tribunaux d'envisager, à l'égard de vieux problèmes, des solutions novatrices qui répondent mieux aux nouvelles conditions sociales<sup>101</sup>». L'établissement d'un tribunal autochtone peut bien être lié à un objectif plus vaste de la législature en matière de politique, notamment à celui de conférer aux autochtones une mainmise plus grande sur l'administration de la justice au sein de leurs collectivités, dans le double but de redresser les torts historiques qui leur ont été infligés et d'améliorer les piètres conditions sociales, politiques et économiques auxquelles ils sont couramment soumis. Selon toute vraisemblance, la création d'un système judiciaire autochtone sera également liée à l'objectif d'autoriser l'examen de solutions uniques inspirées de l'histoire, des traditions, des coutumes, des valeurs et des croyances particulières à des collectivités autochtones données.

À cet égard, il est utile de rappeler l'approche adoptée dans *John East Ironworks*<sup>102</sup>. Comme on l'a mentionné précédemment, Lord Simonds a adopté une attitude pratique face à la question de savoir si le pouvoir en question était «analogue» à la compétence exercée par une cour supérieure, de district ou de comté. Plus précisément, il a examiné le sujet en cause et il s'est demandé si, en raison de son caractère, «il était souhaitable que les juges possèdent les compétences mêmes qui distinguent les juges des tribunaux d'instance supérieure de ceux des autres cours<sup>103</sup>». Tel que mentionné

dans l'analyse qui précède, la jurisprudence ultérieure à l'arrêt *John East Ironworks* a poussé plus avant l'enquête de manière à éloigner ces considérations fonctionnelles de l'enquête historique initiale effectuée sur l'ampleur de la compétence des cours supérieures à l'époque de la Confédération. Néanmoins, ces considérations seront à nouveau évoquées dans l'analyse que fera le corps judiciaire lorsqu'il devra déterminer si le transfert de la compétence de ces cours a pour effet de réaliser un objectif visé par la législature dans ses grandes orientations.

En dernière analyse, ce volet de l'enquête repose sur une préoccupation plus profonde, à savoir celle de déterminer si, compte tenu de l'objectif législatif sous-tendant l'établissement d'un tribunal autochtone, il est nécessaire que les juges en question : soient nommés par le gouvernement fédéral (article 96) et choisis parmi les membres des barreaux des provinces en question (articles 97 et 98); restent en fonctions à titre inamovible, mais puissent être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes (paragraphe 99(1)); soient tenus à la retraite obligatoire (paragraphe 99(2)) et rémunérés par le gouvernement fédéral (article 100). A proprement parler, l'approche adoptée par Lord Simonds dans l'arrêt *John East Ironworks* consiste à se demander s'il est souhaitable de ne pas se conformer aux articles sur la magistrature, compte tenu de l'objectif de la loi.

À mon avis, de puissants arguments d'ordre fonctionnel militent contre l'application d'au moins certains des articles sur la magistrature à un tribunal autochtone créé par une province. Si l'objectif législatif qui sous-tend l'établissement d'un tel tribunal est de donner aux autochtones une mainmise plus grande sur l'administration de la justice au sein de leurs collectivités, il ne conviendrait pas que le gouvernement fédéral ait une participation et une mainmise étendues en matière de nomination et de mandat. Un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral va, à bien des égards, à l'encontre d'un tel objectif. La mainmise des autochtones sur les questions entourant leur système de justice ne sera pas plus grande si le gouvernement fédéral a toute latitude de choisir ou d'écarter les candidats à la magistrature autochtone. En ce qui a trait aux articles 97 et 98 où il est prescrit que les candidats doivent être choisis parmi les membres des barreaux provinciaux, tout comme il a été jugé essentiel, dans l'affaire *John East Ironworks*, que les membres de la commission «aient acquis, avant de devenir juges, l'expérience et les connaissances nécessaires pour régler leurs problèmes<sup>164</sup>», il en est de même des juges autochtones. Selon toute vraisemblance, l'une des attentes fondées sur un tribunal autochtone est que celui-ci permettra aux collectivités autochtones de redresser les torts causés dans leurs collectivités par des moyens qui ne correspondent pas aux conceptions juridiques anglo-canadiennes du bien et du mal, des recours et des moyens de redressement. Il ne fait aucun doute que les compétences à exiger d'un candidat autochtone à la charge de juge devraient être strictes, mais il n'est pas clair pourquoi l'appartenance au barreau d'une province devrait figurer au nombre de ces compétences<sup>165</sup>.

### *Les articles sur la magistrature et le pouvoir fédéral*

Les articles sur la magistrature suscitent au moins deux questions sur l'autorité législative fédérale et l'établissement d'un système judiciaire autochtone. En premier

lieu, le gouvernement fédéral peut-il conférer la compétence d'une cour supérieure, de district ou de comté consistant à trancher les questions relevant de l'autorité législative fédérale à un tribunal autochtone, créé par une province, qui ne serait pas conforme aux articles sur la magistrature? En second lieu, le gouvernement fédéral est-il lié par les articles sur la magistrature dans l'établissement de cours ou de tribunaux chargés d'administrer les lois fédérales; nous tenterons de répondre tour à tour à chacune de ces questions.

### L'attribution de la compétence à un tribunal autochtone provincial par le gouvernement fédéral

Les cours ont statué clairement que l'article 96 lie tout autant le Parlement que les législatures provinciales lorsque celui-ci confère aux cours provinciales la compétence nécessaire pour statuer dans des domaines de compétence fédérale<sup>106</sup>. Dans *McEvoy c. Le procureur gén. du Nouveau-Brunswick*<sup>107</sup>, par exemple, le litige portait sur une entente fédérale-provinciale visant à transférer la compétence des cours supérieures provinciales les autorisant à juger tous les actes criminels prévus au *Code criminel*, à une nouvelle «cour unifiée de compétence criminelle», composée de juges nommés par la province. Dans une décision bien sentie, la Cour suprême du Canada a rejeté la proposition, affirmant que celle-ci risquerait d'avoir les résultats suivants : «détruire les cours supérieures, [...] priver le gouverneur général de son pouvoir de nomination et [...] empêcher que les membres du barreau bénéficient d'une préférence en ce qui a trait aux nominations aux cours supérieures<sup>108</sup>». À son avis, le Parlement enlèverait au gouverneur général le pouvoir de nommer les juges qui statuent sur les actes criminels, tandis que la province exercerait un pouvoir de nomination inconstitutionnel. Comme on peut le lire dans le jugement de la Cour, «l'art. 96 [...] interdit aussi bien au Parlement qu'aux provinces de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire<sup>109</sup>». On a critiqué, dans certains milieux, la décision de la Cour dans l'affaire *McEvoy*, affirmant qu'elle avait négligé le fait que le *Code criminel* conférerait déjà aux tribunaux provinciaux d'instance inférieure la compétence à l'égard de presque tous les actes criminels<sup>110</sup>. Par suite de l'arrêt *McEvoy*, ces dispositions risquent maintenant d'être contestées en vertu de la Constitution.

Ce dernier arrêt permet de croire que les articles sur la magistrature deviendraient applicables si le Parlement voulait conférer, à un système judiciaire autochtone créé par une province, la compétence de statuer sur les questions relevant de l'autorité législative fédérale, qui correspondent à la compétence que possédaient les cours supérieures, de district et de comté à l'époque de la Confédération. Cependant, une approche semblable à celle décrite dans la partie précédente conviendrait pour ce qui est de déterminer l'application actuelle des articles sur la magistrature dans ce contexte<sup>111</sup>. À savoir que, la magistrature pourrait examiner si le pouvoir ou la compétence conféré par le Parlement doit être qualifié différemment lorsqu'on le place dans un cadre institutionnel, et si un tel pouvoir ou une telle compétence est nécessairement accessoire par rapport à un objectif dont le Parlement a assorti ses grandes politiques. Des arguments semblables à ceux qui sont recensés dans le chapitre

précédent pourraient être invoqués pour minimiser les répercussions des articles relatifs à la magistrature sur les lois fédérales transférant les compétences d'une cour supérieure à un système provincial de tribunaux autochtones.

### Les articles sur la magistrature et un tribunal autochtone fédéral

Dans les motifs énoncés par la Cour dans l'arrêt *McEvoy*, il n'est pas précisé dans quelle mesure l'article 96 limite la capacité du gouvernement fédéral de transférer la compétence des tribunaux d'instance supérieure à une entité créée non pas par une province mais par le Parlement. Ainsi, selon cet arrêt, l'article 96 empêche le gouvernement fédéral d'investir de la compétence des cours supérieures un tribunal créé par une province; on y passe complètement sous silence le pouvoir du gouvernement fédéral relatif aux institutions établies par lui. Celui-ci peut-il instituer une cour ou un tribunal et lui conférer la compétence qu'ont toujours exercée les cours supérieures, de district et de comté? Certains sont d'avis que les articles sur la magistrature ne s'appliquent pas aux cours ou tribunaux établis par le gouvernement fédéral et investis par lui de leur compétence<sup>12</sup>. À cet égard, l'autre opinion est que les articles sur la magistrature lient le Parlement exactement de la même manière que les provinces, ce qui a pour résultat que les cours ou les tribunaux administratifs créés par le gouvernement fédéral, qui exercent la compétence qui était celle des cours supérieures, de district et de comté en 1867, doivent se conformer aux articles sur la magistrature<sup>13</sup>.

La Cour a refusé récemment de trancher cette question. Dans *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*<sup>14</sup>, le litige portait sur l'exercice de la compétence du Tribunal fédéral de la concurrence à l'égard d'un outrage de Chrysler Canada pour violation d'une ordonnance en matière civile. En *common law*, seules les cours supérieures ont le pouvoir de sévir dans un cas d'outrage *ex facie curiae*. Chrysler Canada avait allégué dans cette affaire que le Tribunal s'était arrogé le pouvoir des cours supérieures de condamner pour outrage, ce qui allait à l'encontre de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Après une brève analyse de la jurisprudence pertinente, le juge Gonthier affirme ce qui suit :

Au départ, se pose la question de l'applicabilité au Parlement de la jurisprudence de notre Cour concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je ne trancherai pas cette question puisque je suis d'avis que, même si l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 limitait les pouvoirs du Parlement de la même manière et dans la même mesure qu'il limite les pouvoirs des législatures provinciales, cet article aurait été respecté en l'espèce<sup>15</sup>.

La question de savoir si les articles sur la magistrature lient le Parlement de cette manière n'est donc pas encore tranchée<sup>16</sup>. En dernière analyse, elle gravite autour de la manière dont le pouvoir judiciaire qualifiera l'objet sous-tendant ces dispositions. Comme on l'a mentionné précédemment, il existe deux conceptions contraires à cet égard<sup>17</sup>. L'une d'elles est que les articles sur la magistrature constituent une expression de la valeur de l'indépendance judiciaire. Elle corrobore la conclusion que ces

articles lient le Parlement de la même manière et dans la même mesure que les provinces. Comme l'affirmait le professeur Robin Elliot :

Nos droits et obligations les plus importants devraient être établis et exécutés par des personnes connaissant le droit et indépendantes des pressions du gouvernement et de la population. Si l'on veut protéger pleinement cette valeur, qui trouve une expression si nette dans les articles 96 à 100, il faut que le Parlement soit tenu de respecter l'exigence que les personnes nommées juges d'une cour supérieure provinciale possèdent les compétences prévues dans ces articles<sup>118</sup>. [traduction]

La conception contraire touchant l'objet des articles sur la magistrature est que, étant donné que la Constitution autorise les juges des cours supérieures, de district et de comté à exercer une compétence en matière de lois fédérales aussi bien que provinciales, ces articles traduisent et consolident un intérêt fédéral valide dans la nomination et dans le mandat de ces juges par opposition à un pouvoir provincial y faisant équilibre. Le Parlement n'irait pas à l'encontre de cet objectif s'il passait outre aux articles sur la magistrature dans l'établissement d'une cour ou d'un tribunal chargé d'administrer les lois fédérales, car il n'y a aucun risque qu'une province tente de s'arroger l'autorité fédérale à cet égard.

Malheureusement, étant donné l'ambivalence des jugements rendus récemment par la Cour suprême du Canada sur le sujet, il est impossible de prévoir à l'avance quel objet trouvera la faveur des juges. Comme on l'a mentionné précédemment, cependant, il existe des arguments convaincants qui militent en faveur de la dernière conception, à savoir que les articles sur la magistrature visent à garantir au gouvernement fédéral un rôle dans la nomination et le mandat des juges des cours supérieures et de district étant donné que ces cours exercent une compétence générale<sup>119</sup>. Le plus important de ces arguments est peut-être que la valeur de l'indépendance judiciaire trouve maintenant sa pleine expression dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, en conséquence, on peut avoir moins tendance à rechercher dans les articles sur la magistrature le moyen d'assurer cette indépendance. Des dispositions de la *Charte* traitent directement de cette dernière et pourraient, plus facilement que les articles sur la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867*, être invoquées à cette fin<sup>120</sup>. De plus, les articles sur la magistrature ne favorisent pas beaucoup la réalisation de l'objectif de l'indépendance judiciaire, à la fois parce qu'ils s'appliquent uniquement aux juges des cours supérieures, de district et de comté, et que le pouvoir du gouvernement fédéral touchant la nomination et le mandat, par opposition à celui des provinces, ne contribue pas nécessairement à la réalisation de cet objectif<sup>121</sup>. À mon avis, les articles sur la magistrature doivent avant tout être considérés comme des prescriptions constitutionnelles qui assurent au gouvernement fédéral un rôle dans l'établissement de tribunaux, qui par ailleurs sont sous la mainmise des provinces, chargés d'administrer les lois tant fédérales que provinciales. En revanche, cette conception corrobore la conclusion que le Parlement ne serait pas lié par les articles sur la magistrature s'il adoptait une loi visant à créer un tribunal autochtone.

## Conclusion

Une province ou le Parlement a le pouvoir de légiférer en vue de l'établissement d'un système judiciaire autochtone. L'autorité législative provinciale découle à cet égard du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui investit les provinces du pouvoir d'adopter des lois relatives à l'administration de la justice, ainsi qu'à la création, au maintien et à l'organisation de tribunaux provinciaux. Une province peut également avoir le droit de conférer à une cour qu'elle a elle-même créée la compétence de trancher les litiges auxquels sont parties des autochtones relevant de l'autorité législative fédérale. Il est possible de réduire les risques qu'une telle attribution de compétence soit jugée comme un empiétement sur l'autorité législative fédérale en conférant également au tribunal concerné la compétence nécessaire pour trancher des litiges mettant en cause des autochtones qui relèvent de l'autorité législative provinciale. La coopération des gouvernements fédéral et provinciaux à cet égard réduirait encore les risques qu'une initiative provinciale soit déclarée inconstitutionnelle.

Aux termes du paragraphe 91(24) et de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a également le pouvoir d'instituer un système judiciaire autochtone. Selon toute vraisemblance, la compétence d'un tribunal autochtone établi par le gouvernement fédéral se limiterait à trancher les litiges entourant la législation fédérale applicable. La compétence d'un tribunal autochtone fédéral pourrait s'étendre aux litiges soumis aux lois fédérales, dont la *Loi sur les Indiens*, ainsi qu'aux questions qui relèvent de la *common law* fédérale, par exemple, celle qui a trait au titre aborigène. Elle pourrait vraisemblablement comprendre aussi les litiges qui relèvent des lois provinciales d'application générale que l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* introduit par renvoi. Selon toute vraisemblance, elle pourrait également inclure la compétence pour entendre les affaires criminelles.

Si une province décidait de conférer, à un tribunal autochtone créé par elle, une compétence «analogue» à celle qu'exerçaient exclusivement les cours supérieures, de district et de comté à l'époque de la Confédération, les juges autochtones qui exerceraient cette compétence pourraient peut-être alors devoir être : nommés par le gouverneur général (article 96), membres du barreau de la province en question (articles 97 et 98), révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes (paragraphe 99(1)), tenus à une retraite obligatoire à l'âge de 75 ans (paragraphe 99(2)) et rémunérés par le gouvernement fédéral (article 100). Ces exigences peuvent être écartées si l'on peut démontrer que les mesures prises pour le faire sont «nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législation<sup>123</sup>». Il existe des arguments puissants en faveur d'une telle conclusion, étant donné qu'on peut soutenir que les prescriptions des articles sur la magistrature vont à l'encontre de l'objectif même de l'établissement d'un système judiciaire autochtone. Une analyse semblable vaudra pour les lois fédérales qui visent à conférer à un système judiciaire autochtone institué par une province la compétence pour entendre les causes relevant de l'autorité législative fédérale.

En ce qui a trait à un tribunal autochtone constitué par le gouvernement fédéral, une question préliminaire à se poser est celle de savoir si les articles sur la magistrature lient le Parlement de quelque manière. À mon avis, les cours et tribunaux créés par ce gouvernement ne devraient pas être assujettis aux articles sur la magistrature, car ceux-ci sont davantage considérés comme l'expression de son intérêt valide dans la composition de certaines cours et de certains tribunaux créés par les provinces. L'établissement d'un système judiciaire autochtone par le gouvernement fédéral ne menacerait pas cet intérêt. Si le pouvoir judiciaire voit les articles sur la magistrature comme une expression de la valeur de l'indépendance judiciaire, cependant, le Parlement serait alors la cible des mêmes critiques que les législatures provinciales. Néanmoins, s'il peut être établi que l'écartement des articles sur la magistrature par le Parlement est nécessairement lié à l'objectif qui sous-tend l'établissement d'un tribunal autochtone fédéral, ces articles ne devraient alors pas régir la nomination et le mandat des juges autochtones qui exerceront la compétence d'une cour supérieure ou d'une cour de district ou de comté.

## Notes

1. (R.-U.) 30 & 31 Vict., ch. 3.
2. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.).
3. Voir *Report of the (Manitoba) Aboriginal Justice Inquiry : The Justice System and Aboriginal People* (1991), volume 1, p. 310-336. Voir également Patrick Macklem, «Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution» (1992), *U.B.C.L. Rev.* (à paraître). L'article 25 de la *Charte* est analysé plus en profondeur dans Bruce Wildsmith, *Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.
4. Tout au long du présent document, le terme «tribunal autochtone» est employé pour désigner le système judiciaire autochtone. Il ne faut cependant pas y comprendre qu'un tel système sera nécessairement constitué d'une seule entité ou d'un seul tribunal. Rick Herrmingson préconise une structure de cours de circuit pour les peuples autochtones dans son ouvrage intitulé *Jurisdiction of Future Tribal Courts in Canada : Learning from the American Experience*, [1988] 2 C.N.L.R. 1. Quant aux arguments favorables à l'instauration d'un système judiciaire autochtone régional, vous les trouverez dans *Report of the (Manitoba) Aboriginal Justice Inquiry, ibid.*, volume 1, p. 310-336. Pour ce qui est de l'opinion voulant qu'un système judiciaire autochtone comporte divers types d'institutions de règlement des litiges correspondant aux besoins particuliers et aux croyances de chaque collectivité autochtone, voir Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale : Égalité, respect et justice à l'horizon*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991, p. 13-24.

Pour simplifier mon propos, je parle en outre de «l'établissement» ou de «la création» d'un tribunal autochtone par le Parlement et par les législatures provinciales. Je n'entends pas par là que les institutions autochtones de justice et de règlement des litiges ne peuvent exister autrement que par une intervention des gouvernements fédéral ou provinciaux. Au sujet de l'importance de reconnaître les droits autochtones inhérents, voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution : Commentaire* (février 1992). Le Parlement et les législatures provinciales doivent prendre note

- qu'ils doivent rédiger les projets de loi en ce domaine de manière à reconnaître les institutions judiciaires autochtones préexistantes et à concilier avec elles le système judiciaire canadien.
5. Voir le texte correspondant aux notes 61-105, ci-après.
  6. Voir, par exemple, *Kruger et Manuel c. La Reine* [1978] 1 R.C.S. 104; R. c. *Martin* [1917], 39 D.L.R. 635 (C.A. Ont.); R. c. *Hill* [1907], 15 O.L.R. 406 (C.A.). À cette opinion il faut opposer la théorie de l'«enclave» selon laquelle les réserves indiennes sont des enclaves fédérales exclusives; à cet égard, voir *Four B Manufacturing c. Les Travailleurs unis du vêtement* [1980] 1 R.C.S. 1031, le juge en chef Laskin (dissident); *Cardinal c. Le procureur général de l'Alberta* [1974] R.C.S. 695, le juge en chef Laskin (dissident); R. c. *Isaac* [1975], 13 N.S.R. (2d) 460 (N.S.A.D.); R. c. *Hill* [1951] O.W.N. 824 (C.S. Ont.); R. c. *Rodgers* [1923] 3 D.L.R. 414 (C.A. Man.); R. c. *Jim* [1915], 22 B.C.R. 106 (B.C.S.C.). Une opinion contraire à la théorie de l'enclave figure dans Dale Gibson, *The Federal Enclave Fallacy in Canadian Constitutional Law* (1976), 14 *Alta. L. Rev.* p. 167; une argumentation favorable à cette théorie est présentée dans Bruce Ryder, «The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations» (1991), 36 McGill L.J. p. 308.
  7. Voir par exemple, *La Reine c. Sutherland* [1980], 2 R.C.S. 451 (où il est statué que les lois provinciales réglementant la chasse et la pêche ont trait aux Indiens et sont donc *ultra vires* de la province).
  8. *Supra* note, 6.
  9. *Ibid.* Si la loi est d'application générale mais qu'elle réglemente des questions «inhérentes aux Indiens», il faut alors l'interpréter comme non applicable aux autochtones. Voir, par exemple, *Derrickson c. Derrickson* [1986] 1 R.C.S. 285. Cependant, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch.32 (1<sup>er</sup> suppl.) a été interprété comme introduisant par renvoi les lois provinciales à cet égard dans la mesure où celles-ci n'entrent pas en conflit avec les droits conférés par traités ni avec les lois fédérales, ni ne portent sur une question dont traite déjà la *Loi sur les Indiens* elle-même. Voir par exemple *Jack & Charlie c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 332. Pour de plus amples détails sur l'article 88, voir Leroy Little Bear, *Section 88 of the Indian Act and the Application of Provincial Laws to Indians*, dans J. Anthony Long et Menno Boldt (dir.), *Governments in Conflict? Provinces and Indian Nations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1988, p. 175.
  10. Di Iorio et al. c. *Gardien de la prison commune de Montréal* [1978] 1 R.C.S. 152, p. 204-205, le juge en chef Dickson. Celui-ci affirme qu'ensuite : «toute interprétation qui restreint le par. (14) de l'art. 92 à l'établissement de tribunaux fait fi de la signification manifeste des termes de l'article et de l'ordre dans lequel ils y figurent, ainsi que de l'historique et de l'esprit de la loi».
  11. (1991) 1 R.C.S. 252.
  12. Voir également *In re Adoption Act.* [1938] R.C.S. 398.
  13. *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110.
  14. *Supra*, note 11, p. 263.
  15. Voir, par exemple, *Hodge c. La Reine* [1883], 9 A.C. 117, p. 130 (P.C.), dont la traduction figure dans Herbert Marx, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, (1974) 149, p. 155 («les sujets qui, sous un certain aspect et pour une certaine fin, relèvent de l'article 92, peuvent, sous un autre aspect et pour une autre fin, relever de l'article 91»).
  16. Cette formulation est celle de William Lederman. Voir Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), p. 244. Elle a été confirmée par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans *Multiple Access c. McCutcheon* [1982] 2 R.C.S. 161, p. 181, par le juge Dickson (alors en poste).



17. *Report of the (Manitoba) Justice Inquiry*, volume 1, *supra*, note 3, p. 36.
18. Voir *R. c. Thomas Fuller Construction* [1980] 1 R.C.S. 695, p. 713 (une loi fédérale peut accessoirement avoir une incidence sur la compétence provinciale si elle est «vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement») (en italique dans le texte).  
Une application atténuée par ce critère est celle du «lien rationnel et fonctionnel» qui confirmerait l'empiètement des provinces dans le champ de compétence fédérale s'il n'existe qu'un lien rationnel entre l'objectif provincial valide et l'incidence accessoire sur l'autorité fédérale : voir *R. c. Zelensky* [1978] 2 R.C.S. 940 et *Multiple Access c. McCutcheon* [1982] 2 R.C.S. 161. Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing* [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670-671, le juge en chef Dickson a statué que le critère précis à appliquer dépendra de l'ampleur de l'empiètement; un empiètement plus vaste nécessitera l'application d'un critère plus rigoureux. Même en ce qui a trait au terme «accessoirement nécessaire», je suis d'avis qu'une loi provinciale établissant un tribunal autochtone pourrait résister à une contestation judiciaire du point de vue constitutionnel.
19. [1989] 1 R.C.S. 206.
20. *Ibid.*, p. 217.
21. *Ibid.*, p. 226. La différence entre les tribunaux d'instance supérieure et ceux d'instance inférieure est discutée dans le texte correspondant à la note 60, *infra*.
22. Pour l'affaire qui nous concerne, l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), attribuée à la Cour fédérale une compétence concurrente, et non pas exclusive, sur les questions d'amirauté.
23. Selon la portée actuelle de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, *ibid.*, cette cour a compétence exclusive pour instruire les réclamations contre la Couronne fédérale. Il serait donc impossible, sans modifier la Loi, de soumettre ces réclamations, ainsi que les autres à l'égard desquelles la Cour fédérale est investie d'une compétence exclusive, à un tribunal autochtone créé par une province. Une vue d'ensemble de la compétence de la Cour fédérale en ce qui a trait aux questions autochtones est exposée dans Jack Woodward, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, p. 398-402.
24. [1945] 4 D.L.R. 305 (C.S.C.).
25. *Ibid.*, p. 327, cité dans *Knox Contracting Ltd. c. Canada* [1990] 2 R.C.S. 338, p. 351.
26. [1964] R.C.S. 412.
27. *Ibid.*, p. 418. Il conviendrait d'opposer cette théorie à divers jugements rendus selon lesquels les tribunaux provinciaux sont compétents lorsque la loi fédérale est muette quant à l'instance habilitée à rendre une décision, notamment *Knox Contracting c. Canada* [1990] 2 R.C.S. 338; *Ontario (procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, *supra*, note 19; *Board c. Board* [1919] A.C. 956.
28. Voir le texte correspondant aux notes 15-16, *supra*.
29. Voir, par exemple, *Renvoi : Loi sur les jeunes contrevenants* (L.-P.-É.), *supra*, note 11; *Papp c. Papp* [1970] 1 O.R. 331 (C.A. Ont.); *Coughlin c. Ont. Highway Transport Board* [1968] R.C.S. 569; *Re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1.
30. S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 426, 733.
31. S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 5.
32. *Supra*, note 13, par. 2(1).
33. *Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11.

34. Voir, par exemple, Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law* (4<sup>e</sup> éd., 1975), p. 972-993.
35. [1977] 2 R.C.S. 1054.
36. Voir les par. 91(2) (réglementation du trafic et du commerce) et 92(10) (transport international) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
37. *Supra*, note 35, p. 1065, 1066.
38. [1977] 2 R.C.S. 655.
39. Voir les par. 91(1A) (propriété publique) et 91(28) (pénitenciers) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
40. Ce critère a récemment été confirmé dans *Ontario (procureur général) c. Pembina Exploration Ltd.*, *supra*, note 19, p. 219, où le juge La Forest affirme, dans un jugement unanime de la Cour :
- [...] un tribunal établi par le Parlement en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut avoir compétence que si a) le Parlement a le pouvoir de légiférer sur l'objet du litige, b) la loi habilitante confère compétence à l'égard du litige, et c) le litige est régi par «une législation fédérale applicable».
- Voir également *Northern Telecom Canada Ltée c. Le Syndicat des travailleurs en communication du Canada* [1983] 1 R.C.S. 733, p. 740, juge Estey; *CCRT c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, p. 156, juge Chouinard; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.* [1981] 1 R.C.S. 54, p. 70, juge McIntyre; *Renvoi relatif à la compétence législative du Parlement relativement à la Chambre haute* [1980] 1 R.C.S. 54, p. 70.
- Pour la critique de ce critère, voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, p. 142-148; Steven Scott, «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction» (1982), 27 *McGill L.J.* 137; John Evans, «Comment» (1981), 59 *Rev. barr. can.* 124; Peter Hogg, «Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts» (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9; John Laskin et Robert Sharpe, «Constricting Federal Court Jurisdiction» (1981), 30 *U.T.L.J.* 283; Peter Hogg, «Comment» (1977), 55 *Rev. barr. can.* 550.
41. Voir la note 9, *supra*.
42. Voir la note 9, *supra*.
43. Ce ne sont pas toutes les lois provinciales de ce genre que l'article 88 introduit par renvoi; voir la note 9, *supra*.
44. [1989] 1 R.C.S. 322.
45. Voir, de façon générale, Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
46. L'arrêt Roberts doit être mis en parallèle avec la jurisprudence antérieure selon laquelle toute revendication d'un titre aborigène relatif à la propriété de terres provinciales ne peut être instruite en Cour fédérale; voir *Joe. c. La Reine du chef du Canada* [1986] 2 R.C.S. 145.
47. Voir *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075. Michael Asch et Patrick Macklem commentent cette question dans *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An «Essay on R. v. Sparrow»* (1991), 29 *Alta.*, p. 498.
48. Voir *Le procureur gén. du Can. c. The Law Society of B.C.* [1982] 2 R.C.S. 307.
49. Voir, par exemple, *Northern Telecom Canada c. Le Syndicat des travailleurs en communication du Canada* [1983] 1 R.C.S. 733.
50. Une vue d'ensemble des diverses possibilités à cet égard est présentée dans Rick H. Hemmingson, *Jurisdiction of Future Tribal Courts in Canada*, *supra*, note 4.

51. Le problème énoncé jusqu'ici est celui de savoir si le Parlement peut créer un tribunal de juridiction criminelle. Les obstacles à cet égard contenus dans la Constitution sont «énormes» d'après *In re Board of Commerce* (1920), 60 R.C.S. 456, p. 470, juge Anglin (motifs concordants des juges Davies et Mignault).

Le Parlement est habilité à instituer un tribunal de juridiction criminelle d'après Hogg, *Constitutional Law of Canada*, supra, note 40; voir aussi Laskin, *Canadian Constitutional Law*, supra, note 34, p. 793; François Chevette et Herbert Marx, «Le droit canadien en matière d'obscénité : aspects constitutionnels» (1976), 54 *Rev. du Barr. can.* 499, p. 536-541. Voir aussi cependant, B.C. McDonald, «Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement» (1969), 47 *Rev. Barr. can.* p. 161.

52. L'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit :

Tribunal de droit, d'équité et d'amirauté du Canada, la Cour fédérale du Canada est maintenue à titre de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. Elle continue d'être une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale.

Une critique de la compétence de la Cour fédérale en matière pénale est exposée dans Paul Lamek, «Jurisdiction of the Federal Courts and the Superior Courts», in *Law Society of Upper Canada Special Lectures, the Constitution and the Future of Canada* (1978), p. 105-108.

53. Les guillemets sont de nous.

54. Voir le texte correspondant aux notes 15-16, supra.

55. À titre de rappel, mentionnons que les lois provinciales d'application générale qui ne concernent pas des questions «inhérentes aux Indiens» s'appliquent aux autochtones en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* et, peut-on soutenir, celui-ci pourrait constituer la «législation fédérale applicable» conférant à un tribunal autochtone compétence pour entendre les affaires ayant trait à de telles lois. Voir le texte correspondant aux notes 6-9, 41-43, supra.

56. [1951] R.C.S. 31.

57. Une analyse plus poussée du droit régissant la délégation réciproque figure dans Ryder, *The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism*, supra, note 6, p. 346-351; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, supra, note 40, p. 295-308; E.A. Driedger, «The Interaction of Federal and Provincial Laws» (1976), 54 *Rev. Barr. can.* 695, p. 709; G.V. La Forest, «Delegation of Legislative Power in Canada» (1975), 21 *McGill L.J.* 131; Paul Weiler, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, p. 316-318; K.M. Lysyk, «The Inter-Delegation Doctrine : A Constitutional Paper Tiger?» (1969), 47 *Rev. Barr. can.* 271; William Lederman, «Some Forms and Limitations of Cooperative Federalism» (1967), 45 *Rev. Barr. can.* p. 409.

58. *P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis* [1952] 2 R.C.S. 392.

59. Voir, par exemple, *A.G. Ont. c. Scott* [1956] R.C.S. 137.

60. Voir, par exemple, *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, supra, note 29.

61. L'article 101 figure également sous la rubrique «Judicature» [note du traducteur] terme désuet qui devrait être remplacé par magistrature) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La raison en est qu'il confère au Parlement le pouvoir de créer une cour générale d'appel et des tribunaux fédéraux, d'où le fait qu'il a été exclu de la présente analyse.

62. Jusqu'à son abolition, en 1953, la cour de circuit équivalait, au Québec, à la cour de district et elle était considérée comme telle par le pouvoir judiciaire pour les fins de l'application des articles sur la magistrature. Voir *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi* [1973] R.C.S. 681; *Reference re Jurisdiction of Magistrates Court Act* (Qué.) (1965), 55 D.L.R. (2d) 516, infirmé pour d'autres motifs [1965] R.C.S. 772.

63. Certains participants aux débats préalables à la Confédération ont affirmé que cet objet avait pour fondement l'article 96. Voir *Parliamentary Debates on Confederation of British North American Provinces, Third Session, Provincial Parliament of Canada, Québec, 1865*, p. 387 (H.L. Langevin, solliciteur général), p. 447 (L. Burwell). Voir, de façon générale, Robin Elliot, «Case Comment : Is Section 96 Binding on Parliament?» (1982), 16 *U.B.C.L. Rev.* 313, p. 328, n° 53.
64. [1932] A.C. 113, p. 120, cité et traduit dans le *Renvoi : Family Relations Act* (C.-B.) [1982] 1 R.C.S. 56, p. 93.
65. *Toronto c. York* [1938] A.C. 415, p. 426, cité et traduit dans *La Reine c. Beauguard* [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73.
66. *La Reine c. Beauguard, ibid.*, p. 73.
67. Pembina Exploration Ltd., *supra*, note 19, p. 225.
68. Voir Peter Hogg, *Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts, supra*, note 40, p. 15 («Puisque les cours trancheraient des questions de droit fédéral et provincial, ainsi que d'autres relatives au droit constitutionnel et au droit privé, il n'est pas déraisonnable que le gouvernement fédéral participe de quelque manière à leur établissement»).
69. Des éléments de jurisprudence touchant l'alinéa 11d) figurent dans *Généreux c. La Reine* [1992] 1 R.C.S. 259 (la structure et l'établissement de la cour martiale générale, constituée en vertu d'une loi fédérale, n'est pas conforme à l'alinéa 11d) de la *Charte*); voir également *Valente c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 673.
70. Pour de plus amples détails à cet égard, voir Richard Simeon, «Criteria for Choice in Federal Systems» (1982-83), 8 *Queen's L.J.*, p. 131.
71. Voir, par exemple, le jugement dissident prononcé par le juge en chef et par le juge Duff de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick dans *Ganong c. Bayley* [1877], 2 *Cart.* 509. Telle était également l'opinion du ministère fédéral de la Justice dans les débuts de la Confédération : voir *In re Adoption Act* [1938] R.C.S. 398, p. 405.
72. [1938] R.C.S. 398.
73. *Ibid.*, p. 416.
74. Voir, par exemple, Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada, supra*, note 40, p. 151. Voir également *Renvoi : Loi de 1979 sur la location résidentielle* [1981] 1 R.C.S. 714, p. 726-727.

Encore une fois, on pourrait justifier cette règle en invoquant l'indépendance judiciaire. Ainsi, comme l'affirme William Lederman :

Il ressort clairement de l'ensemble de ces dispositions que l'AANB vise à maintenir l'existence et le fonctionnement des cours supérieures dans la foulée du modèle anglais, soit à titre d'institutions fondamentales de notre régime de gouvernement. C'est cela, et rien de moins, qui oblige à opérer une répartition essentielle des pouvoirs en faveur des cours supérieures provinciales. Il serait absurde de permettre que ces tribunaux soient privés de toute compétence fondamentale, ce qui en ferait des institutions vides de toute substance qui risqueraient peut-être même de disparaître.

Lederman, «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *Rev. Barr. can.* 1139, p. 1172. On pourrait par ailleurs justifier cette règle en invoquant le fait que les cours supérieures, de district et de comté administrent les lois tant fédérales que provinciales, et que les provinces ne devraient pas être en mesure d'affaiblir l'intérêt légitime du gouvernement fédéral dans le processus de nomination qui découle de leurs compétences.

75. *Supra*, note 73, p. 413.
76. *Ibid.*, p. 418.
77. *Ibid.*, p. 414.
78. *Ibid.*, p. 421.
79. [1949] A.C. 134.
80. *Ibid.*, p. 150.
81. *Ibid.*, p. 151.
82. *Ibid.*, p. 151.
83. *Supra*, note 74.
84. R.S.O. 1980, ch. 452.
85. *Supra*, note 74, p. 734-736.
86. [1989] 1 R.C.S. 238.
87. *Ibid.*, p. 252-253.
88. *Ibid.*, p. 254.
89. *Ibid.*, p. 254. Voir également *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)* [1992] 2 R.C.S. 394.
90. *Ibid.*, p. 260 (en italiques dans le texte).
91. *Ibid.*, p. 261.
92. *Renvoi : Loi de 1979 sur la location résidentielle, supra* note 74, p. 734.
93. *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans, supra*, note 86, p. 254-255.
94. Voir J. Anthony Long, «Political Revitalization in Canadian Native Indian Societies» (1990), 23 *Rev. can. de science pol.*, p. 751, où l'auteur explique comment les formes traditionnelles de justice autochtone diffèrent des conceptions anglo-canadiennes de la justice, y compris à l'étape du redressement. Voir également Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale, égalité, respect et justice à l'horizon, supra*, note 4, p. 6 («Les autochtones aspirent à une justice [...] qui se fonde sur la collectivité et privilégie la médiation et la conciliation, tout en invitant ceux qui transgressent les règles sociales à reconnaître leurs torts.»).
95. *Sobeys Stores c. Yeomans, supra*, note 86, p. 254, 255.
96. Voir, par exemple, *Renvoi : Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, *supra* note 11, p. 266 :  

Si le pouvoir examiné est défini comme celui de juger les meurtres, la conclusion sera plus probablement que seules les cours supérieures ont compétence que si on définit ce pouvoir comme la compétence sur des infractions criminelles, celles-ci comprenant à la fois les infractions les moins graves et les plus graves.
97. Voir l'*Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages* (1857), 20 Vict., ch. 26. Pour de plus amples détails sur les lois anciennes relatives aux autochtones, voir John S. Milloy, *The Early Indian Acts : Developmental Strategy and Constitutional Change*, repris dans J.R. Miller (dir.), *Sweet Promises : A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, p. 145. Un historique général de la politique canadienne en matière d'assimilation est tracé dans John L. Tobias, *Protection, Civilization, Assimilation : An Outline History of Canada's Indian Policy*, repris dans Miller, *Sweet Promises*, *ibid.*, p. 127.

98. *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, *supra*, note 86, p. 259.
99. *Renvoi . Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, note 74, p. 736. Cette approche a été reprise dans *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, *supra*, note 89.
100. *Ibid.*
101. *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, *supra*, note 86, p. 255.
102. Voir le texte correspondant aux notes 79-82, *supra*.
103. *Supra*, note 79, p. 151.
104. *Ibid.*
105. L'opinion selon laquelle «les collectivités pourraient arrêter les normes qu'elles jugeront appropriées» et qu'il faudrait «faire un effort réfléchi en vue d'élaborer des programmes de formation à l'intention des nouveaux juges» est exposée dans *Report of the (Manitoba) Aboriginal Justice Inquiry*, *supra*, note 3, p. 329-331. Quant à celle voulant que la sélection soit faite par un conseil de la magistrature des cours tribales, composé de représentants des conseils de bandes provinciaux et de représentants des provinces, des barreaux et des cours provinciales, elle figure dans Hemmingson, *Jurisdiction of Future Tribal Courts in Canada*, *supra*, note 4, p. 47-48.
106. Voir *La Reine c. Beauguard* [1986] 2 R.C.S. 56; *McEvoy c. Le procureur gén. du Nouveau-Brunswick* [1983] 1 R.C.S. 704.
107. *Ibid.*
108. *Ibid.*, p. 720.
109. *Ibid.* Cette affirmation doit être mise en parallèle avec une autre, faite antérieurement par le juge en chef Laskin, dissident en partie, dans le *Renvoi : Family Relations Act*, [1982] 1 R.C.S. 62, p. 76 :
- Certes, l'art. 96 n'empêche pas le Parlement du Canada de conférer à des fonctionnaires judiciaires la compétence sur les questions qui sont du ressort fédéral : voir l'arrêt *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621. Le Parlement pouvait donc à bon droit donner compétence en vertu de sa *Loi sur les jeunes délinquants* à des tribunaux de la jeunesse établis par la province, dont les fonctionnaires président étaient nommés par celle-ci.
- Cette affirmation doit également être mise en parallèle avec une décision antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *Papp c. Papp*, *supra*, note 29, cette cour a statué que «l'article 96 ne constitue pas une entrave pour le Parlement du Canada» (p. 339). Ni l'arrêt *Renvoi : Family Relations Act* ni le jugement rendu dans l'affaire *Papp c. Papp* n'ont été mentionnés dans les motifs énoncés dans le jugement rendu par la Cour suprême du Canada au sujet de l'affaire *McEvoy*.
110. Voir, par exemple, Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra*, note 40, p. 154, 420-424.
111. Voir le texte correspondant aux notes 99-105, *supra*.
112. Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra*, note 40, p. 423,424. Telle est également l'opinion de Bora Laskin. Voir, par exemple, le *Renvoi : Family Relations Act*, *supra*, note 109, le juge en chef Laskin (en partie dissident); et *Le proc. gén. du Can. c. Canard* [1976] 1 R.C.S. 170, le juge en chef Laskin (dissident). Voir également Bora Laskin, «Municipal Tax Assessment and Section 96 of the British North America Act : The Olympia Bowling Alleys Case» (1955), 33 *Rev. Barr. can.* 993.
113. Voir William Lederman, *The Independence of the Judiciary*, *supra*, note 74; Elliot, *Is Section 96 Binding on Parliament?*, *supra*, note 63.

114. *Supra*, note 89.

115. *Ibid.*

116. Voir toutefois *Addy c. La Reine* [1985] 2 C.F. 453 (T.D), où on soutient que l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique à la fois aux cours supérieures fédérales et provinciales. Le gouvernement fédéral n'en a pas appelé de ce jugement.

117. Voir le texte correspondant aux notes 63-73, ci-dessus.

118. *Supra*, note 63.

119. Voir le texte correspondant aux notes 69-73, ci-dessus.

120. Voir le texte correspondant à la note 69, ci-dessus.

121. Voir le texte correspondant aux notes 70-73, ci-dessus.

122. *Renvoi* : *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, *supra*, note 74, p. 736.

# Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la *Charte*

par *Teressa Nabanee\**

Le présent document poursuit un double objectif : examiner, dans l'optique des femmes autochtones, tout d'abord la juridiction et la structure d'un système de justice parallèle et, ensuite, l'application des principes fondamentaux et des droits légaux exprimés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup>. J'y étudie la justice autochtone dans l'optique des femmes, en tenant compte du présent régime constitutionnel (préalable à Charlottetown). L'article 96<sup>2</sup> et ses répercussions sur la mise en place d'un système de justice autochtone parallèle n'y sont pas traités, car ils font l'objet d'un document distinct. De même, l'étude n'aborde pas les différences entre les systèmes de justice métis, indien et inuit, non plus que les rapports entre les multiples systèmes dont l'actuelle Constitution permettrait la création. Je tiens pour acquis que les peuples autochtones et les gouvernements partagent un objectif commun, à savoir la création d'un ou de plusieurs systèmes de justice autochtone parallèles. La présente étude entend cerner les exigences fondamentales d'un système de justice autochtone parallèle dans une optique féminine. J'amorce cette démarche en examinant l'actuel contexte socio-juridique des femmes autochtones et ses répercussions sur la réforme du système judiciaire. J'aborde ensuite le point de vue des femmes autochtones quant à leur participation aux réformes socio-juridiques et à leur influence éventuelle sur la justice autochtone, avant de passer à l'application de la *Charte canadienne*. Je termine par l'étude des questions de juridiction et de structure.

---

\* B.A., I.L.B., candidate à la LL.M. en 1992-1993, Université Queen's. Membre de la nation squamish de Colombie-Britannique.



À mon avis, la théorie juridique féministe se distingue en ce qu'elle met l'accent sur la valeur de l'expérience individuelle et sur sa contribution à la théorie juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on considère les types de réformes juridiques requises pour respecter l'expérience des femmes. Certains juristes, qui font fi de l'expérience des femmes, considèrent le droit comme une équation mathématique ou une formule chimique qu'on peut apprêter à toutes les sauces, en dosant les assaisonnements. Catharine MacKinnon<sup>5</sup> a écrit ceci au sujet de la relation entre la pratique et la théorie : « Nous acquérons des connaissances en vivant et nous vivons ces connaissances au-delà de toute conception que nous pouvions en avoir théoriquement. » Les femmes autochtones doivent participer à la conception des systèmes de justice autochtones à cause des expériences qu'elles ont vécues et des connaissances qu'elles en ont tirées. Elles savent ainsi quel genre de système juridique peut rendre justice à l'accusé tout en protégeant la société, y compris les femmes et les enfants. Dans un système patriarcal où la loi et la justice sont vus à travers des yeux d'hommes, combien de fois ai-je dû m'expliquer, voire m'excuser, devant ces « sages » qui ne voyaient aucune nécessité d'examiner l'administration de la justice pénale selon une optique féministe autochtone<sup>6</sup>. Pourquoi faut-il considérer le droit dans une optique féminine? Qu'est-ce qu'une optique féminine? À mon avis, deux grandes forces exerceront une influence considérable sur l'administration d'un système de justice pénale autochtone : tout d'abord, la victimisation presque complète des femmes et des enfants dans les collectivités autochtones<sup>7</sup> et, ensuite, la lutte que mènent depuis trente ans les femmes autochtones pour faire reconnaître le droit à l'égalité des sexes au Canada<sup>8</sup>. Comme le chantait l'homme dans « Cabaret », en dansant avec un gorille : « si vous pouviez la voir avec mes yeux, vous aussi la trouveriez belle ».

## Les femmes et les systèmes de justice autochtone parallèles

Avant d'aborder ce que pourraient être la juridiction et la structure d'un système de justice autochtone parallèle, les gouvernements se doivent d'envisager sérieusement la participation des femmes autochtones à la démarche de consultation. À moins d'obtenir une participation, une consultation et un financement équitables, les regroupements de femmes autochtones opposeraient aujourd'hui une fin de non-recevoir à la création d'un système de justice autochtone parallèle<sup>9</sup>. Trois motifs fondent cette affirmation. Premièrement, les femmes sont furieuses contre les projets pilotes du ministère de la Justice qui permettent aux délinquants sexuels autochtones de circuler dans leurs collectivités sans avoir à purger de peine après avoir été condamnés pour des crimes violents contre des femmes et des enfants autochtones<sup>8</sup>. Deuxièmement, les femmes autochtones dénoncent la clémence des tribunaux à l'égard des délinquants sexuels autochtones dont les victimes sont des femmes et des enfants<sup>9</sup>. Troisièmement, les femmes autochtones et leurs organismes ont crié victoire à la suite de la décision unanime de la Cour d'appel fédérale, le 20 août 1992, qui a statué que c'était violer la liberté d'expression que de consulter surtout des hommes dans le cadre de l'élaboration de politiques autochtones touchant l'ensemble des peuples autochtones<sup>10</sup>.

Selon la plupart des études effectuées au cours des dernières années<sup>11</sup>, la violence à l'endroit des femmes autochtones est devenue épidémique. Cette violence comprend la victimisation des femmes et de leurs enfants, les deux étant considérés comme la propriété des hommes (c'est-à-dire du conjoint, de l'amant, du père) ou de la collectivité. Pour comprendre les rapports entre les femmes autochtones et la réforme de la justice pénale, il faut tout d'abord connaître le contexte culturel dans lequel s'exprime la violence masculine autochtone. Les valeurs culturelles que sont la bonté, la réconciliation et la cohésion de la famille peuvent empêcher certaines femmes autochtones de signaler la violence au foyer<sup>12</sup>. Des pressions sociales telles que la crainte de voir leurs enfants pris en charge par l'État peuvent empêcher les femmes autochtones de dénoncer la violence familiale<sup>13</sup>. Ce ne sont pas seulement l'État canadien et les organismes d'aide à l'enfance provinciaux qui menacent de soustraire les enfants à la garde de leur mère<sup>14</sup>. Aujourd'hui, cette menace est brandie aussi par les chefs, les conseils et les organismes indiens d'aide à l'enfance dirigés par des hommes autochtones qui considèrent les enfants comme un bien collectif. La mère autochtone qui veut échapper à la violence masculine peut être contrainte d'abandonner ses enfants<sup>15</sup>.

Bien que l'on cherche à nier par tous les moyens les mauvais traitements infligés par les hommes autochtones, ce sont surtout eux qui exercent une emprise et un pouvoir quasi illimités dans les collectivités autochtones (conseils de bande et chefs, corps policiers masculins, etc.)<sup>16</sup>. Ces dirigeants autochtones se sont protégés mutuellement, et ont contribué collectivement ou par collusion à la violence envers les femmes et les enfants autochtones par leur inaction, leur ineptie, leur inefficacité ou leur négligence<sup>17</sup>.

Les regroupements de femmes autochtones s'attaqueront aux justifications de nature culturelle qu'invoquent les hommes. Déjà, les femmes autochtones s'objectent à ce que le système judiciaire s'appuie sur des considérations d'ordre culturel et racial pour atténuer les peines imposées aux hommes autochtones coupables de crimes sexuels violents contre des femmes et des enfants<sup>18</sup>. Les hommes autochtones ne sont pas les seuls à blâmer pour ce recours à des défenses d'ordre culturel. La magistrature, composée avant tout d'hommes blancs d'âge mûr appartenant à la classe supérieure, est celle qui accepte ces défenses et continue de nier la nature véritable de l'agression sexuelle et du viol<sup>19</sup>. L'agression sexuelle est un crime violent. La jurisprudence révèle que les hommes autochtones ont prétendu, lors de procès pour exploitation sexuelle des enfants, que leur culture fermait les yeux sur un comportement sexuel déviant tel que l'inceste ou l'exploitation sexuelle des enfants<sup>20</sup>. Il faut se pencher sur le recours aux défenses d'ordre culturel des hommes autochtones accusés de violence sexuelle à l'égard des femmes et des enfants. Le système de justice pénale, particulièrement en Colombie-Britannique<sup>21</sup> et dans les Territoires du Nord-Ouest, commence à tenir compte des «différences culturelles». Voilà qui porte préjudice aux femmes, particulièrement aux victimes d'exploitation sexuelle. Les femmes autochtones refusent catégoriquement qu'on invoque des défenses d'ordre culturel pour justifier l'inceste et l'exploitation sexuelle des enfants chez les peuples autochtones<sup>22</sup>. Cette attitude des tribunaux, qui donne souvent lieu à des peines minimales pour les hommes autochtones, étaye le point de vue selon lequel la

société canadienne accepte la violence envers les femmes et les enfants autochtones. Une telle intervention de l'État est empreinte de racisme parce qu'elle ne place pas les autochtones sur le même pied que les non-autochtones.

Il importe de revenir aux coutumes traditionnelles, aux cercles de vie et au partage des pouvoirs entre les hommes et les femmes, particulièrement dans le cadre des réformes qui influenceront sur l'administration de la justice pénale dans les collectivités autochtones. Les femmes autochtones sont favorables au renouveau des traditions et des pratiques culturelles qui reconnaissent les rôles, les responsabilités et les droits équivalents des femmes. Bon nombre des études dont il est ici question font état de cette constatation. L'une des réformes indiquées serait de permettre aux femmes autochtones, au sein de la collectivité, d'imposer les peines pour les crimes sexuels<sup>23</sup>. Le recours aux cercles des anciens s'est révélé inefficace comme mesure de dissuasion dans les cas de crime violent contre les femmes, et ce pour trois raisons : tout d'abord, les anciens infligent eux-mêmes de mauvais traitements aux femmes et aux enfants autochtones<sup>24</sup>; ensuite, les dirigeants autochtones ne font rien pour contenir l'épidémie de violence dont sont victimes les femmes et les enfants autochtones<sup>25</sup>; et enfin, les hommes ne comprennent pas ce que signifie le viol du corps d'une femme et ne peuvent déterminer des peines ou des modes de dissuasion adéquats. Au cours des cent dernières années, la *Loi sur les Indiens* a complètement dépouillé les femmes autochtones de leurs droits de propriété. Aujourd'hui, par suite des arrêts *Paul*<sup>26</sup> et *Derrickson*<sup>27</sup> de la Cour suprême du Canada, les femmes des premières nations n'ont aucun droit de propriété sur les terres indiennes parce qu'il n'existe aucune loi fédérale dans ce domaine et que les lois provinciales ne s'appliquent pas. Comme le rapportait le professeur Mary Ellen Turpel :

La conséquence des arrêts *Derrickson* et *Paul*, c'est qu'une femme autochtone qui habite une maison dans une réserve avec son conjoint ne peut demander, en vertu d'une loi provinciale sur la famille, d'occuper la maison ou d'en prendre possession lors de la rupture du mariage ou lorsque son conjoint la maltraite physiquement et émotionnellement. Aucune loi fédérale sur la famille ne régit de tels conflits. Dans l'affaire *Paul*, Pauline Paul s'est vu refuser l'accès légal à la résidence qui était sienne depuis seize ans et qu'elle avait aidé à construire. Avec la sanction du Droit constitutionnel, elle a été effectivement mise à la porte<sup>28</sup>  
[traduction]

Mary Ellen Turpel affirme de nouveau dans son article que la *Loi sur les Indiens* «ne prévoit pas la rupture d'un mariage, le partage des biens ou encore les situations de violence familiale et la protection des droits des personnes maltraitées dans ces situations<sup>29</sup>».

La pauvreté est endémique dans les collectivités autochtones; elle contribue à l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, à la prostitution des enfants, aux fugues, à l'accroissement des laissés-pour-compte, à la toxicomanie, au suicide, au problème des femmes battues et à la criminalité juvénile. En omettant de préciser les questions de compétence qui permettraient à tous les peuples autochtones de jouir d'un niveau de vie comparable à celui des autres Canadiens, les gouvernements ont

fait preuve de racisme et ont violé la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Tant qu'il restera de la pauvreté chez les autochtones, des comportements criminels se manifesteront et les femmes et les enfants continueront d'en être les victimes. Dans ce contexte, le contrôle de la justice autochtone se traduira simplement par un accroissement des forces policières locales et la construction d'autres prisons. En l'absence de programmes sociaux-économiques anti-pauvreté, les personnes chargées de l'application de la loi, c.-à-d. les policiers, les juges, les avocats, les procureurs de la couronne les gardiens de prison et les agents de liberté conditionnelle, pourraient bien devenir plus nombreux que les autochtones eux-mêmes.

Les pensionnats indiens ont contribué largement, depuis un siècle, à la violence faite aux femmes et aux enfants autochtones dans la société contemporaine, tant canadienne qu'autochtone. Une étude a constaté que l'incidence élevée d'exploitation sexuelle remontait à l'expérience des pensionnats indiens d'il y a vingt ans<sup>30</sup>. Les cas d'exploitation sexuelle au sein des collectivités autochtones se sont multipliés depuis le début des enquêtes sur les sévices dans les écoles, en 1987<sup>31</sup>. De jeunes garçons indiens ont été exploités sexuellement par des religieux, notamment des pasteurs, des prêtres et des frères appartenant à des communautés chrétiennes. Cette situation a mené au suicide, à la pédophilie et à l'homosexualité, de même qu'à un cercle vicieux de violence sexuelle dans la société autochtone moderne.

Les religions européennes ont voulu modifier les rôles traditionnels des hommes et des femmes dans les sociétés autochtones, ce qu'elles ont fait sur une période de plusieurs centaines d'années. Ces rôles ont été entièrement bouleversés. Le christianisme et ses valeurs maintiennent aujourd'hui les femmes autochtones dans des situations violentes en raison des liens indissolubles du mariage chrétien. Les enseignements chrétiens sur la confession et le pardon contribuent à ce qu'on ferme les yeux sur la violence des hommes autochtones, parce qu'ils débouchent sur une tolérance accrue à l'égard de la violence faite aux femmes. Plus une femme autochtone a été "christianisée", plus il y a de chances, à cause des vœux qu'elle a prononcés à son mariage, qu'elle continue de se faire maltraiter.

Le rôle des anciens comme arbitres, alors qu'ils sont eux-mêmes auteurs d'actes de violence, demande un examen attentif. Les anciens maltraitent aujourd'hui les femmes et les enfants de la collectivité. Certaines femmes autochtones ont été victimes de violence sexuelle, physique, émotive et psychologique sous couvert d'«enseignements». Un ancien est une personne en position de confiance auprès des femmes et des enfants, particulièrement lorsqu'il est le grand-père de l'enfant ou le conseiller spirituel des femmes au sein de la collectivité. Si les anciens veulent agir pour mettre un terme à l'exploitation sexuelle, physique, émotive et psychologique au sein des collectivités autochtones, ils doivent prendre la parole et faire preuve de leadership. C'est à eux de sommer les chefs et les conseils de mettre fin à la victimisation des femmes et des enfants. Les anciens devraient déterminer la peine qu'appelle un comportement déviant ou permettre au système de justice pénale de faire son oeuvre au sein de la collectivité autochtone. «Les anciens devraient participer aux séances de counseling offertes aux hommes qui maltraitent leur conjointe<sup>32</sup>.»

«Le chef et le conseil de bande devraient s'attacher à dénoncer publiquement les mauvais traitements infligés à la conjointe<sup>31</sup>.» On a proposé que les hommes qui battent leur femme comparaissent devant le chef et le conseil pour expliquer leur comportement et faire face aux critiques<sup>34</sup>. Historiquement, chez les Dénés, tout homme qui infligeait des mauvais traitements à des femmes, des filles ou des enfants devait se présenter à une réunion communautaire publique où il était jugé par les guérisseurs. Pour une première infraction, un avertissement était de mise; les récidivistes se voyaient parfois imposer la peine de mort. Les peines étaient certes sévères<sup>35</sup>. Le Manitoba Justice Inquiry Report a déclaré que les chefs et les conseils n'avaient rien fait pour enrayer l'épidémie de mauvais traitements infligés aux femmes dans les collectivités autochtones. Les dirigeants des gouvernements et des organisations des premières nations doivent assumer la responsabilité qui est la leur de protéger les femmes et les enfants autochtones contre la violence masculine.

De nombreuses femmes autochtones craignent l'autonomie gouvernementale des autochtones et s'y opposent<sup>36</sup>. Elles ne veulent pas vivre sous la coupe de patriarques qui abusent de leur pouvoir. Elles prônent un retour au matriarcat où les femmes avaient un réel pouvoir politique et jouissaient de droits individuels. Contrairement à l'opinion populaire, les droits et libertés individuels primaient au sein des démocraties autochtones<sup>37</sup>. Il ne serait pas exagéré de reconnaître que la confédération iroquoise a été le berceau de la démocratie. Le système politique iroquois a inspiré de nombreux philosophes de l'Europe de l'Ouest auxquels on attribue l'invention de la démocratie<sup>38</sup>. Comme Gail Stacey-Moore n'a eu cesse de le répéter, les femmes possédaient auparavant tous les biens privés et immobiliers; elles régissaient la famille et la collectivité; elles choisissaient et destituaient les leaders politiques. Les femmes envoyaient les hommes à la guerre, parfois pour des années<sup>39</sup>.

Le racisme favorise l'exploitation des femmes autochtones. L'Aboriginal Justice Inquiry du Manitoba a confirmé que les femmes autochtones étaient victimes de racisme, de sexisme et de violence familiale excessive<sup>40</sup>. Le 20 août 1992, la Cour d'appel fédérale a statué dans *N.W.A.C. et al. c. R. et al.* que les femmes autochtones étaient doublement désavantagées au sein de la société canadienne en raison de leur origine ethnique et de leur sexe, et dans la société autochtone en raison de leur sexe. Il en résulte une discrimination à leur endroit, manifeste dans les programmes et services du gouvernement du Canada et des gouvernements créés en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il est évident d'après cet arrêt que le racisme et le sexisme dont font preuve les décisions du gouvernement fédéral violent les droits garantis par la *Charte* aux femmes autochtones et exacerbent l'épidémie de violence contre elles. L'oppression des femmes autochtones est le fruit du patriarcat et du colonialisme; elle se poursuivra tant que le gouvernement fédéral n'aura pas pris des mesures bien définies pour rétablir la situation culturelle, sociale, économique et politique des femmes autochtones au sein de leur société.

## La participation et la consultation équitables des femmes autochtones

Les femmes autochtones continueront de résister collectivement à toute modification des lois et politiques touchant les autochtones qui ne sera pas issue d'une participation, d'une consultation et d'un financement équitables de leurs associations. Il est devenu évident depuis un an que les femmes autochtones souhaitent, collectivement et individuellement, participer à la prise de décisions. L'Association des femmes autochtones du Canada s'est prononcée sans ambages sur la question de la démocratie de participation et rien n'indique qu'elle reviendra sur cette position. Sa position est fondée sur les quatre éléments suivants : premièrement, la liberté d'expression politique pour les femmes; deuxièmement, les droits à l'égalité des sexes en vertu des articles 15 et 28, et du paragraphe 35(4); troisièmement, les droits ancestraux et les droits issus des traités équivalant à ceux des hommes; et enfin, la possession, en vertu du droit international, du même droit à l'autodétermination.

Les femmes autochtones<sup>41</sup> ont fait leurs droits individuels garantis par la *Charte canadienne* parce que cette dernière les aide dans leur bataille collective pour l'égalité et la liberté sexuelles. Un de ces droits, la liberté de parole, est considéré comme l'une des pierres d'assise d'un gouvernement démocratique; or, un tribunal canadien a jugé que ce droit avait été refusé aux femmes autochtones et à l'AFAC au cours de la dernière série de négociations constitutionnelles. Telle en effet a été la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans *N.H.A.C. et al. c. la Reine et al.* Une avocate torontoise, Mary Eberts, a déclaré à l'AFAC que cet arrêt est unique au monde car il reconnaît la liberté d'expression politique des femmes. C'est la première fois qu'un tribunal canadien statue sur le droit des femmes à la liberté de parole dans le processus politique; qui plus est, ce tribunal a reconnu que le Canada avait violé ce droit.

Dans un arrêt rendu le 20 août 1992, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée en faveur de l'Association des femmes autochtones du Canada, déclarant qu'en finançant la participation de l'Assemblée des premières nations, du Ralliement national des Métis, du Conseil national des autochtones du Canada et de l'Inuit Tapirisat du Canada à l'actuelle ronde de négociations constitutionnelles et en refusant la participation égale de l'AFAC «le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée [...] Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la *Charte*. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment.»

L'avocate Mary Eberts a fait valoir les arguments juridiques selon lesquels les droits conférés par la *Charte* aux femmes autochtones et à l'Association des femmes autochtones du Canada avaient été violés par le gouvernement du Canada. Tout d'abord, elle a soutenu que le droit à la liberté d'expression devait être interprété conjointement avec l'article 28 de la *Charte* qui garantit des droits égaux aux hommes et aux femmes. Deuxièmement, elle a affirmé qu'on avait violé les droits à l'égalité des sexes prévus à l'article 15 et au paragraphe 35(4). Troisièmement, elle a présenté des arguments quant à savoir s'il était possible d'obtenir réparation en vertu

de la *Loi sur la Cour fédérale*. Enfin, les parties ont discuté du caractère législatif du processus, qui exclurait un examen judiciaire.

La Cour d'appel et le tribunal de première instance n'ont pas tenu compte de la signification du paragraphe 35(4). Le but de ce paragraphe est de garantir les droits conférés par les traités et les droits ancestraux de façon égale aux hommes et aux femmes. La délimitation du but du paragraphe 35(4) doit tenir compte de la bataille que les Indiennes mènent depuis 1967 pour qu'on leur accorde l'égalité juridique dans la *Loi sur les Indiens*. La relation entre ce paragraphe et les défunts articles 37 et 37.1 montrerait qu'il y a eu violation volontaire des droits des Indiennes puisqu'on ne les a pas fait participer sur un pied d'égalité au processus de renouvellement constitutionnel en vertu de ces articles entre 1982 et 1987. Les femmes autochtones ont été exclues de ces discussions. Les articles 37 et 37.1 ont été placés dans la *Loi constitutionnelle de 1982* afin d'établir un processus visant à définir les droits ancestraux et issus de traités dont jouiront les autochtones. En excluant les femmes autochtones du processus d'élaboration, on prive effectivement les femmes de leur droit à l'égalité conféré par le paragraphe 35(4). Nombreux sont les précédents voulant que les tribunaux tiennent compte du but de la disposition constitutionnelle et de l'effet qu'exercerait le déni d'un droit constitutionnel garanti tel celui conféré par le paragraphe 35(4). La Cour suprême du Canada a aussi donné mandat aux tribunaux d'interpréter de façon générale et libérale les dispositions constitutionnelles qui touchent les peuples autochtones, y compris dans le sens où l'entendent, dans ce cas-ci, les femmes autochtones.

Il y a obligation pour le Canada (et ses organismes) d'accorder le même traitement (en consultation et en aide financière) aux femmes autochtones qu'aux organisations dominées par des hommes. La cour a jugé que le Canada avait le droit d'accorder des subsides à son gré, mais qu'il devait «respecter les exigences de la *Charte*». Le gouvernement est lié par la *Charte*. La cour a déclaré : «Je croirais que la décision de financer sera prise en fonction du manque d'argent, pour permettre à un groupe d'intérêts par ailleurs désavantagé et particulièrement préoccupé de s'exprimer de manière efficace et informée. Il serait probablement facile de justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, la décision équitable de financer un groupe de préférence à un autre.» La cour a estimé que l'AFAC pouvait à bon droit se plaindre que sa liberté d'expression garantie par la *Charte* avait été violée lorsque le Canada avait choisi de ne financer que des organisations à prédominance masculine.

Avec ses organismes affiliés, l'Association des femmes autochtones du Canada – qui oeuvre depuis vingt ans – a été jugée être l'organisation ayant légitimité pour représenter les intérêts des femmes autochtones<sup>21</sup>. La cour a jugé qu'aucun groupe autochtone partie à la révision de la Constitution ne représentait les membres de l'AFAC. Le juge Mahoney a déclaré : «Le tribunal peut déclarer que le gouvernement fédéral a porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones de façon incompatible avec l'alinéa 2(b) et l'article 28 de la *Charte*». La cour a donc déclaré que nous avons des droits individuels et collectifs à titre de femmes autochtones (représentées par l'AFAC) et que le Canada a violé ces droits.

Le Canada pense à tort, et c'est malhonnête de sa part, qu'il suffit de consulter les hommes autochtones et leurs organisations pour établir un système de justice autochtone. La cour d'appel a rejeté cette opinion. La cour a reconnu que l'APN, comme son prédécesseur, la Fraternité des Indiens du Canada, «s'est vigoureusement et sans cesse opposé à la lutte des femmes autochtones pour mettre fin à l'inégalité des sexes historiquement consacrée dans la *Loi sur les Indiens*, et elle est intervenue lors de procédures parlementaires et légales afin de contrer ses efforts. Elle s'est opposée à l'abrogation de l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* lors de l'entrée en vigueur du paragraphe 15(1) de la *Charte* et la proclamation de la modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui a ajouté le paragraphe 35(4).» La cour a constaté avec justesse qu'aucun des intervenants – Assemblée des premières nations, Conseil national des autochtones du Canada, Ralliement national des Métis et Inuit Tapirisat du Canada – ne défendait les intérêts des femmes autochtones; elle est allée jusqu'à juger que l'APN était susceptible d'adopter une position constitutionnelle nuisible aux femmes autochtones. Le jugement énonce clairement que c'est l'AFAC qui représente les intérêts des femmes autochtones, comme l'illustrent l'histoire de l'organisation et la lutte des femmes autochtones, et comme l'attestent aussi les affidavits déposés par Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor, membre de la direction, région de l'Ouest. Le juge Mahoney a affirmé : «La preuve montre clairement que l'APN néglige leurs préoccupations [des femmes autochtones].»

La poursuite contre la Reine a été intentée par l'Association des femmes autochtones du Canada ainsi que par les appelantes Gail Stacey-Moore, Mohawk de Kahnawake (Québec), et Sharon McIvor, membre de la direction, région de l'Ouest, et membre de la bande indienne de Lower Nicola (Colombie-Britannique). La cour a statué que les femmes représentées collectivement par l'AFAC ainsi que mesdames Stacey-Moore et McIvor avaient présenté de nombreuses preuves de discrimination fondée sur le sexe et la race au sein de la société canadienne et fondée sur le sexe dans certaines collectivités autochtones.

Je m'attarde sur cette décision parce qu'il sera important que les gouvernements et les organisations autochtones se rendent compte que les femmes doivent faire partie du processus de décision. La victimisation des femmes autochtones, et le fait qu'elles ont réussi à faire reconnaître par les tribunaux la nécessité de les faire participer aux décisions qui les concernent, influenceront sur la réforme du système judiciaire autochtone. Leur participation ne peut que renforcer l'administration de la justice autochtone, particulièrement si cela mène à la féminisation d'un nouveau système.

## Les femmes autochtones et la *Charte canadienne*

Les femmes autochtones sont à un tournant décisif : une action immédiate en vertu de la *Charte* représente peut-être leur seule chance de se forger un avenir où elles posséderont au moins certains outils qui leur permettront de lutter contre la discrimination systémique considérable et persistante, fondée sur le sexe et la race, qui les assaille à tout moment<sup>93</sup>. [traduction]



La reconnaissance de systèmes de justice parallèles pour les peuples autochtones du Canada doit prendre en considération les cent années de discrimination légale fondée sur le sexe qui s'est exercée à l'endroit des femmes indiennes. L'existence de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>44</sup> et la reconnaissance en droit international des droits particuliers des peuples colonisés à l'autodétermination appellent une telle approche. Bien que les juristes spécialistes du droit autochtone<sup>45</sup> reconnaissent de plus en plus le préjugé racial qui entache l'administration de la justice, la plupart ne peuvent faire le pas suivant et admettre que le système juridique britannique est truffé de préjugés sexuels contre les femmes. La race ou le sexe n'ont pas échappé à la justice; cela saute aux yeux lorsqu'on regarde l'histoire juridique des femmes indiennes et celle du droit au Canada. L'objectif de cette section est de discuter du rôle et du traitement des femmes dans le contexte de la justice autochtone et de l'autonomie gouvernementale des autochtones.

Les femmes autochtones revendiquent un droit constitutionnel à l'égalité juridique. La *Loi constitutionnelle de 1982* renferme trois dispositions qui garantissent les droits à l'égalité des sexes, entre autres, aux femmes autochtones. Ainsi, le paragraphe 15(1) dispose que :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'article 28 dit :

Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Le paragraphe 35(4) dit :

Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Le paragraphe 35(1) reconnaît et confirme les droits existants, ancestraux et issus des traités, des peuples autochtones du Canada, y compris «les droits existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis». Ces droits à l'égalité sexuelle peuvent paraître inexistantes comme tels et n'être que des coquilles vides tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un arrêt d'un tribunal. En fait, l'exercice de ces droits prend deux formes : premièrement, il ne peut être adopté aucune loi enfreignant ces droits sauf en vertu de l'article 1 et, deuxièmement, les femmes peuvent faire valoir ces droits lors de discussions avec des gouvernements liés par les dispositions de la *Charte canadienne*.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore commenté le sens de l'article 28 et du paragraphe 35(4), mais cela ne veut pas dire que le Canada, quand vient le temps d'établir un système de justice pour les autochtones, peut faire fi des droits des femmes autochtones à l'égalité sexuelle. La Cour s'est penchée sur le sens de l'article 15

dans l'arrêt marquant de *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>36</sup>. Dans l'affaire *Andrews*, la cour a rejeté le critère de «situation analogue» pour déterminer la violation d'un droit à l'égalité devant la loi et dans la loi. Le critère de situation analogue, en fait, a été utilisé par la même cour dans l'affaire *Lavell* relativement à un conflit entre la *Déclaration canadienne des droits* et la *Loi fédérale sur les Indiens*. Une autochtone mariée était traitée de la même façon qu'une Canadienne (blanche) mariée et ne faisait donc pas l'objet de discrimination. Ce raisonnement erroné, cependant, aurait dû donner lieu à une analyse établissant que les femmes autochtones placées dans des situations analogues n'étaient pas traitées de la même façon que leurs homologues masculins dans le même genre de situations, à savoir les mariages mixtes avec des Blancs. Heureusement, l'affaire *Andrews* a réglé le cas du critère de situation analogue, qui avait eu des effets désastreux pour les femmes autochtones en 1974. Cette approche s'appuyait sur le concept aristotélicien d'égalité formelle : les choses semblables doivent être traitées de façon semblable, tandis que des choses différentes doivent être traitées de façon proportionnelle à leurs différences<sup>37</sup>. La cour s'est aussi prononcée sur le droit à l'égalité sexuelle visé à l'article 15 dans l'affaire *R. c. Turpin*<sup>38</sup> où M<sup>me</sup> le juge Wilson a dit des bénéficiaires visés qu'ils étaient des «minorités distinctes et insulaires». Selon Eberts, c'est la structure des pouvoirs au sein des collectivités autochtones dominées par des hommes qui transforme collectivement les femmes en minorité insulaire.

Les femmes autochtones peuvent donc être décrites comme une «minorité distincte et insulaire» au sein d'une autre : elles subissent les désavantages systémiques d'une discrimination sexuelle que pratique chez elle la société autochtone, société qui doit elle-même faire face aux conséquences du racisme. Bien que l'ensemble des femmes soient en situation de désavantage au sein de la société canadienne, les femmes autochtones, à l'instar de tous les peuples autochtones, doivent faire face non seulement à ce sexisme mais aussi aux problèmes économiques, sociaux et politiques qu'occasionne la vie dans une société profondément raciste<sup>39</sup>. [traduction]

Les femmes autochtones se font bloquer l'accès au pouvoir et aux organes de décision au fédéral, au provincial et au sein de leurs propres collectivités. Rabaisées par la violence masculine dont elles font les frais au foyer et dans leur collectivité, les femmes autochtones ne peuvent accéder à des postes d'influence au sein de leurs collectivités. Les facteurs raciaux et sexuels ont largement contribué au musellement des femmes dans les collectivités autochtones. Comme le conclut Mary Eberts :

Les femmes n'ont accès au pouvoir ni dans la société non autochtone ni dans la société autochtone; lorsque les groupes autochtones utilisent leurs propres pouvoirs pour contrer celui du gouvernement fédéral, les hommes dominent des deux côtés de la barrière et les femmes autochtones n'ont aucune voix au chapitre<sup>40</sup>. [traduction]

M<sup>me</sup> Eberts est d'avis que cette affaire montre le souci de la cour «de trouver un équilibre entre les aspirations individuelles et l'identité du groupe : les deux idées ne sont pas contradictoires<sup>41</sup>». Elle conclut qu'«une approche de la représentation qui mettrait l'accent uniquement sur les droits collectifs des peuples autochtones sans

tenir compte des droits individuels des femmes autochtones ou des intérêts collectifs de ces femmes serait contraire à la *Charte*<sup>53</sup>.»

Selon elle, il ressort de cette analyse que les tribunaux ont un rôle à jouer dans les protection des droits que la *Charte* accorde aux groupes désavantagés, comme les femmes autochtones, que les élus n'ont aucun intérêt à protéger. La lutte historique des femmes autochtones pour faire éliminer la discrimination sexuelle dans la *Loi sur les Indiens* prouve de façon évidente que l'État canadien n'avait aucunement l'intention de se pencher sur leurs problèmes à moins d'y être forcé par la *Charte canadienne*. On doit éviter que cela se répète quand viendra le temps d'établir un système de justice parallèle pour les autochtones.

## L'article 15 s'applique aux femmes indiennes

L'anniversaire de la *Charte des droits et libertés du Canada* coïncidera toujours avec la date d'entrée en vigueur du projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*); la *Charte* représente une victoire pour l'égalité des femmes en tant qu'individus. Dans toute discussion de l'application de la *Charte des droits et libertés* aux Indiens et aux territoires indiens<sup>54</sup>, il était évident qu'il y avait conflit entre les droits collectifs à l'autonomie gouvernementale des Indiens et les idéaux féministes des droits individuels. Je souscris à l'optique féministe individualiste pour plaider en faveur de l'application de la *Charte des droits et libertés* aux premières nations et à leurs systèmes judiciaires. Au cours des années 1970 et 1980, la seule notion sur laquelle pouvaient s'appuyer les militantes autochtones, c'était qu'il était inacceptable et contraire à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de faire preuve d'une discrimination fondée sur le sexe contre les personnes, y compris les femmes.

La *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose aux aspirations collectivistes de certains dirigeants indiens qui se réclament de théoriciens du droit tels que Boldt et Long et, dans une certaine mesure, des professeurs Doug Sanders et Mary Ellen Turpel. Leurs théories sont à mon avis fortement tributaires de la politique et de la jurisprudence américaines touchant les questions indiennes et peut-être de leur propre interprétation du droit international et des peuples colonisés. Dans une certaine mesure, Boldt et Long sont influencés par la théorie du «bon sauvage» de Rousseau, tandis que Sanders et Turpel souscrivent au concept international d'«auto-détermination». Quelques-uns de ces théoriciens, à l'instar de certains dirigeants autochtones, ont soutenu que la souveraineté permettrait aux gouvernements indiens d'échapper à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les théoriciens du droit affirment que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas sa place dans les collectivités indiennes parce que leur souci du bien-être collectif prime le souci des droits individuels. À mon avis, ils oublient que la collectivité se compose de «petits Indiens<sup>55</sup>» et que l'histoire des femmes autochtones est entachée d'oppression sexuelle. La collectivité est la somme de tous les individus; il n'existe aucune collectivité sans eux. Les femmes indiennes doivent garder en mémoire l'histoire de notre extinction dans ce pays. La population indienne se comptait par millions

avant que la variole, la grippe, la rougeole, les maladies transmises sexuellement, l'alcool et l'autodestruction ne la déciment. Si les autochtones ne protègent pas les particuliers, la nation disparaîtra comme les Béothuks de Terre-Neuve. Que font les théoriciens collectivistes et les dirigeants autochtones pour éviter ce sort à d'autres premières nations? Nous nous devons de protéger chacun des Indiens à titre individuel.

Afin de comprendre la lutte à venir pour la justice autochtone, il faut se pencher sur la lutte que mènent depuis trente ans les femmes autochtones en faveur du droit à l'égalité des sexes.

La lutte entre les droits individuels et collectifs s'est déroulée sur trois tribunes : le sous-comité parlementaire sur les femmes indiennes et la *Loi sur les Indiens*<sup>55</sup>; la lutte pour l'autonomie gouvernementale des autochtones au cours des années 1970<sup>56</sup>; et les événements qui ont mené à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans chaque cas, les dirigeants autochtones ont plaidé en faveur de l'égalité des sexes pour les femmes, mais seulement dans le contexte des droits collectifs. Ces hommes ont soutenu qu'il fallait tout d'abord créer et reconnaître les gouvernements autochtones, et que l'égalité des sexes s'ensuivrait. Les témoignages entendus par les deux comités parlementaires corroborent ce point de vue.

Aussi longtemps que les forces dominantes au sein du patriarcat canadien et autochtone continueront d'utiliser le prisme des droits collectifs pour discréditer la lutte que mènent les femmes autochtones pour des droits à l'égalité sexuelle en la faisant passer pour une dichotomie entre droits individuels et droits collectifs, celles-ci ne parviendront pas à s'attirer le soutien populaire à l'intérieur et en dehors de leur collectivité. Les deux facteurs de répression qui nuisent aux femmes – leur race et leur sexe – rendent leur lutte difficile, sinon désespérée, pour trois raisons : premièrement, les Canadiens veulent agir correctement envers les autochtones et ce, en leur accordant l'autonomie gouvernementale peu importe ce que cela peut avoir de conséquences; deuxièmement, l'État mâle qu'est le Canada ne se soucie pas de ce qui arrive aux femmes et, plus particulièrement, ne veut pas établir de norme trop élevée d'égalité sexuelle pour les femmes autochtones craignant que les femmes blanches désirent le même traitement; troisièmement, on considère les femmes autochtones comme une sous-espèce indigne d'attention. En fait, la plupart des dirigeantes d'associations de femmes autochtones nieraient être engagées dans une bataille opposant les droits individuels aux droits collectifs.

Les femmes autochtones, en tant que groupe au sein d'un groupe, défendent les droits collectifs des nations autochtones et elles réclament le droit de définir leur propre place au sein du groupe. Plus que les dirigeants autochtones de sexe masculin, les femmes admettent la préséance des droits individuels sur les droits collectifs, et elles estiment que les gouvernements collectivistes n'ont de droits que ceux dont ils sont investis par leurs différents membres. Un gouvernement autochtone ne constitue pas une entité en soi; il ne peut se créer lui-même; il ne peut être issu de la *Loi sur les Indiens*; ce n'est pas une créature engendrée par elle-même; il ne tombe pas du ciel. Il n'est rien tant qu'il n'a pas été créé par le peuple. Ce qu'ont toujours dit les femmes dans leur lutte historique, c'est qu'elles ont le droit aussi bien que les

hommes de donner naissance à ce nouveau gouvernement. Les gouvernements et la justice autochtones auront une mère et un père, ou ce seront des abominations rejetées par les femmes. La dichotomie entre droits individuels et droits collectifs n'est pas une bonne façon de décrire la lutte des femmes autochtones pour l'égalité sexuelle.

La lutte pour l'égalité sexuelle que mènent les femmes autochtones, en particulier, a plus à voir avec les efforts que font ces femmes pour regagner leur place au sein de leur collectivité qu'avec le fait de simplement essayer d'être «comme les hommes». Cela n'a rien à voir avec la volonté d'être «comme les hommes» dans le contexte autochtone; après tout, la situation des hommes n'est pas rose non plus dans la société autochtone. Beaucoup d'entre eux n'ont pas de travail, ils vivent les mêmes conditions de pauvreté, ils sont nombreux à se suicider et, souvent, ils ne sont pas en règle avec la loi. Ce que la législation a fait aux femmes qu'elle n'a pas fait aux hommes, c'est de les exclure de leur collectivité. En fait, les femmes ont été bannies de leur collectivité et obligées par la loi à renoncer à leurs avantages et à faire cession de toute propriété familiale leur ayant été léguée par testament. Les femmes autochtones ont mené ce combat devant les tribunaux et sur des tribunes politiques, y compris les discussions constitutionnelles, dont elles ont été exclues. Les dossiers des conférences des premiers ministres<sup>57</sup> sur les droits ancestraux et les droits issus des traités au cours des années 80 attestent les préoccupations des Indiennes à l'égard de l'égalité des sexes. Cette question est demeurée prioritaire pour les femmes indiennes de 1971 à 1985. Ces dates sont importantes parce qu'elles chevauchent celles des deux conférences des premiers ministres sur les droits ancestraux et les droits issus des traités, en 1983 et en 1985. Lors de ces deux rencontres, les Amérindiennes étaient représentées par leurs organisations, dont l'unique mandat était chaque fois de traiter exclusivement de la question de l'égalité. En 1983, le Conseil national des autochtones du Canada a accrédité l'Association des femmes autochtones du Canada afin qu'elle puisse participer à la conférence et défendre la question de l'égalité des sexes. En 1984, le paragraphe 35(4) a été ajouté à la *Loi constitutionnelle de 1982* pour assurer l'égalité des sexes dans le respect des droits ancestraux et des droits issus des traités. En 1985, l'AFAC a reçu son accréditation de l'Assemblée des premières nations. La tenue de cette rencontre a coïncidé avec l'adoption du projet de loi C-31, mais les Amérindiennes se sont quand même présentées à la conférence des premiers ministres pour défendre l'égalité des sexes.

Privées d'égalité par des lois patriarcales qui avaient fait du «privilege du mâle» la norme dans les réserves, les femmes autochtones ont dû lutter âprement pour rétablir leur situation sociale. C'est la *Charte des droits et libertés* qui est venue à notre rescousse dans ce combat sans espoir. On a soutenu que les dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité ne s'appliqueraient pas à la *Loi sur les Indiens* et qu'elles n'auraient pas incité la Cour suprême à infirmer l'arrêt *Lavell*<sup>58</sup>. Je crois que le gouvernement du Canada croyait que la *Charte* s'appliquait à la *Loi sur les Indiens*; qu'il aurait infirmé l'arrêt *Lavell*; et que cette ligne de pensée a donné lieu à l'adoption du projet de loi C-31.

## La juridiction et la structure : le système de justice autochtone

Les questions de juridiction formeront sans doute le principal enjeu de la bataille que se livreront les autochtones et les gouvernements. Ces questions détermineront si nous aurons ou non un système de justice parallèle au sein des collectivités autochtones. La décolonisation du système de justice pénale nécessitera une longue et pénible démarche : ce sera comme regarder la peinture s'écailler des murs. L'Accord de Charlottetown ayant été rejeté par la population, les gouvernements traverseront une période d'introspection et de repli sur soi. Quel genre de réforme voudront réaliser des gouvernements dont les politiques ont été massivement rejetées par la population canadienne?

La direction imprimée à un système de justice parallèle pour les autochtones peut mener soit à une forme de décolonisation soit à la consécration d'une forme de néo-colonialisme patriarcal. Par «décolonisation» j'entends l'adoption et l'application d'un droit «coutumier» à l'intérieur d'un système de justice autochtone traditionnel, sans ingérence extérieure. Cette ingérence pourrait prendre la forme d'un recouvrement du droit coutumier par le *Code criminel* et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce pourrait être la création d'enclaves territoriales à l'intérieur des frontières canadiennes dans les cas où les lois fédérales et provinciales ne s'appliqueraient pas à moins d'être adoptées par le gouvernement autochtone. Est-ce dans ces territoires que la contrebande de cigarettes, le trafic des stupéfiants et les jeux de hasard pourront échapper au contrôle du système légal canadien comme le préconisent certains dirigeants autochtones depuis le rejet de l'Entente de Charlottetown? Ce genre de décolonisation n'est probablement pas ce qu'ont en tête les fonctionnaires fédéraux au lendemain de cet échec. Il est peu probable également que les gouvernements provinciaux laissent jamais passer cela à cause des pertes de revenus qui en résulteraient pour le Trésor (particulièrement en ce qui concerne le commerce des cigarettes). Je pense que le système ressemblera au régime néo-colonial déjà rejeté par les femmes autochtones. Par «néo-colonial» j'entends le fait de prendre des pratiques répressives et d'en placer la garde entre les mains de patriarches [habituellement des hommes, bien que le patriarcat ne soit pas uniquement l'affaire des hommes].

En permettant aux autochtones d'administrer leur propre oppression, on ne les libère pas pour autant de la colonisation; ça demeure de l'oppression fabriquée sur place. Le fait de confier les tribunaux à des patriarches autochtones ou de créer des forces policières autochtones n'a rien à voir avec la justice autochtone comme je l'entends. C'est l'implication des autochtones dans leur propre colonisation. En confiant à des patriarches le soin de déterminer les peines à infliger aux criminels sans se soucier des victimes féminines de leurs actes ajoute à la répression des femmes autochtones; cela ne met pas fin à l'oppression des femmes. Si le néo-colonialisme est la prochaine étape dans l'évolution des collectivités autochtones canadiennes, les femmes autochtones veulent que ce processus soit «désérialisé», ce qui veut dire les faire participer, elles et leurs propres organisations, à l'élaboration et à l'exécution de plans visant à établir les institutions d'un système de justice néo-colonial parallèle. La justice telle que nous la connaissons n'a pas été conçue pour protéger les

sociétés autochtones, mais pour protéger la propriété des Blancs, y compris leurs femmes.

Les théoriciens du droit n'ont encore rien écrit de très impressionnant sur la justice autochtone et rares sont ceux, s'il en est, qui ont proposé des changements ou des réformes valables qui ne soient pas empreintes de paternalisme et de colonialisme. On a proposé que les peuples autochtones appliquent leurs propres règlements. Or, on a le sentiment qu'il ne s'agit pas là de vraies lois. Les vraies lois comprennent le *Code criminel*. Lorsqu'il est question des compétences d'un système judiciaire autochtone, certains autochtones pourraient s'offusquer d'être tenus d'appliquer le *Code criminel* dans leur collectivité, tandis que d'autres pourraient s'offusquer de ne pas être jugés assez responsables pour l'appliquer.

Le rejet de l'Accord de Charlottetown nous ramène à la case départ... un état de confusion. Le ministre de la Justice a demandé à la Commission de réforme du droit (CRD) de se pencher sur les rapports entre les autochtones et l'administration de la justice pénale. En ce qui a trait à la *Charte des droits et libertés* et à son application à un système judiciaire autochtone, la CRD a conseillé d'en référer à la Cour suprême du Canada! Elle a laissé entendre que les peuples autochtones n'avaient peut-être pas besoin des mêmes droits que les autres Canadiens, c'est-à-dire des articles 7 à 14 de la *Charte*. À son avis, les peuples autochtones n'auraient peut-être pas besoin du droit à un avocat ni du droit au silence. Le rapport 34 de la CRD subira le même sort que l'Accord de Charlottetown si les gouvernements donnent suite à des recommandations qui privent les peuples autochtones de droits garantis à d'autres Canadiens. Personnellement, j'ai trouvé le rapport confus, trompeur et dénué d'inspiration.

S'il y a une leçon à tirer de la mort de l'Accord de Charlottetown, c'est qu'il faut respecter les droits individuels. Il faut tenir compte des droits collectifs au sein de la collectivité, notamment les droits des femmes, des enfants et des personnes en conflit avec nos valeurs sociales collectives et l'harmonie sociale. Les femmes, les jeunes et les anciens doivent trouver leur place au sein du système de justice autochtone. Il faut solliciter et suivre leurs conseils. Ces personnes doivent participer à l'élaboration du type d'administration de la justice pénale désiré et requis au sein de nos collectivités.

La juridiction d'un système de justice autochtone parallèle sera nécessairement composée d'un amalgame de lois fédérales, provinciales et tribales. En vertu du système de gouvernement à double palier actuellement en place au Canada, le gouvernement fédéral adopte les lois pénales et les provinces les appliquent. Je crois qu'il faut admettre que notre mémoire collective du droit coutumier autochtone est plutôt confuse; même lorsque nous pouvons nous rappeler certaines lois, ce ne sont peut-être pas celles que nous voudrions mettre en vigueur. Voulons-nous couper l'oreille d'une femme qui commet l'adultère? Pourquoi l'oreille? Les peines de mutilation physique ne sont plus acceptables de nos jours. Quoi qu'il en soit, la juridiction sera probablement un amalgame du *Code criminel* et du droit coutumier, assorti de la *Charte canadienne* à l'égard des personnes qui troublent notre harmonie sociale (voir ci-dessous).

Il faut adopter une approche holistique de la juridiction et de la structure; c'est donc dire qu'il faut définir l'éventail complet des pouvoirs de l'État autochtone. Prenons comme exemple le Nunavut : il ne servirait à rien de définir les compétences et la structure comme la capacité d'adopter et d'appliquer des lois sans l'assortir du pouvoir de faire respecter ces lois et de punir les contrevenants. Quel serait le sens de la justice «volante» ou de la déportation de prisonniers vers le sud du Canada à partir du Nunavut? C'est ce que je veux dire par holistique. Cela signifie la prévention, l'observation, l'application, l'imposition de peines et la réadaptation, ainsi que le ressourcement communautaire.

Les premières nations doivent définir le sens de «nation». Une nation n'est pas une bande indienne telle que définie par la *Loi sur les Indiens*. Pourtant, il s'en trouvera – probablement beaucoup – pour résister à la restructuration des nations autochtones parce que certains chefs perdront leur emploi ou que cet emploi sera amputé de certains pouvoirs. Comme l'a déclaré Ovide Mercredi, il y a des chefs régionaux et il y a des «chefs puissants». Le besoin de définition est à la fois pratique et nécessaire. Il existe aujourd'hui plus de deux mille collectivités autochtones au Canada et cinq cent soixante-six bandes indiennes. Pourtant, il n'existe que cinquante-deux langues autochtones. Si, comme l'a laissé entendre le Comité directeur des langues autochtones, chaque nation a une langue, il ne devrait donc pas être difficile de définir une nation autochtone.

Il faut définir le sens de «crime» et de «châtiment» dans un contexte culturel, et ce avec les femmes. Au fil des siècles, le *Code criminel* a évolué surtout comme moyen pour maîtriser les hommes et leurs crimes, sans grand égard pour les femmes, à titre de contrevenantes ou de victimes. Ce débat comportera un examen de la culture, de la tradition, de la langue et des rôles des hommes, des femmes et des enfants. L'inceste est-il un crime? L'inceste appelle-t-il une peine? La pédophilie homosexuelle est-elle un crime? Quel est le rôle des femmes au sein de la collectivité autochtone? Voulons-nous adopter et appliquer des lois pénales et envoyer (surtout) nos hommes dans des prisons étrangères? Que faire au sujet de la dotation des postes de gardien de prison par des autochtones à l'extérieur des collectivités autochtones?

Les jeunes doivent eux aussi participer à la définition des notions de «crime» et de «châtiment». On doit leur offrir une tribune qui leur permette de se prendre en main. La société canadienne nous apprend qu'il ne sert à rien d'écartier les enfants du système de justice pénale, entre autres parce que certaines personnes exploiteront les jeunes et les entraîneront à commettre des crimes qui ne portent aucune peine. Par contre, les enfants et les jeunes contrevenants ont besoin d'un milieu bienveillant si celui-ci n'existe pas à la maison. Tout comme l'éducation, cette responsabilité revient de droit aux parents.

Le placement en établissement n'est pas la réponse, bien que la peine de mort puisse être indiquée dans certains cas. L'inceste, l'exploitation sexuelle des enfants, la violence physique envers les femmes et les enfants, le viol, la pédophilie homosexuelle et la violence familiale seront probablement les crimes qui préoccuperont le plus les femmes, les jeunes et les enfants, de même que les anciens. La nature des rapports



entre le criminel, la victime et le crime est telle que le placement en établissement constituera un second choix, après avoir tout simplement demandé au délinquant de mettre un terme à son comportement criminel. Les enfants veulent entretenir des rapports d'amour avec leurs parents, situation qu'ils préfèrent à l'abandon ou à l'emprisonnement d'un parent. L'État autochtone se doit toutefois de mettre fin à un comportement d'exploitation.

L'application de la loi, même au sein de la collectivité, est une responsabilité autochtone. Personne ne veut voir les chefs et les conseils recourir à des «fiers-à-bras» sous forme de forces policières autochtones, le plus souvent composées d'hommes. On s'interroge sur l'opportunité de recruter les policiers au sein de la collectivité, ce qui pourrait donner lieu au favoritisme et à une application sélective de la loi. On s'interroge aussi sur l'équilibre entre les policiers et les policières. Quand dispose-t-on de trop de policiers? Voulons-nous le meilleur rendement policier au monde ou voulons-nous vivre dans des collectivités harmonieuses?

## Les droits légaux

Les droits légaux<sup>59</sup> énoncés dans la *Charte canadienne* s'appliqueront aux systèmes de justice autochtone parallèles en l'absence de chartes autochtones qui garantissent les droits individuels au sein des collectivités autochtones. Sans pour autant présenter d'arguments juridiques et constitutionnels, je reconnais le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale énoncé au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme un droit ancestral et un droit issu des traités. Ce droit est antérieur à la Confédération et existe en soi, sans qu'il soit nécessaire de l'enchâsser davantage. Il s'agit d'un droit inconditionnel dans la mesure où la loi ne l'a pas violé, restreint ou réglementé. Il reste que dans l'actuel cadre constitutionnel, les gouvernements indiens reçoivent leurs pouvoirs de la loi fédérale, notamment de la *Loi sur les Indiens*. Cette loi énonce tous les pouvoirs que peuvent exercer les chefs et les conseils de bande et régit la vie des Indiens de la naissance à la mort. C'est dans ce contexte que naissent les systèmes de justice autochtone parallèles. Ce seront des créatures du droit fédéral et provincial qui, à ce titre, seront assujetties à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La *Charte canadienne* s'appliquera parce que les femmes autochtones, par l'entremise de leurs associations, ont adopté une position ferme à ce sujet. Elles ont fait du lobbying auprès des gouvernements et de la population canadienne et ont réussi à faire valoir l'argument selon lequel il est inconcevable que seuls les peuples autochtones soient privés des droits garantis par la *Charte*. À ceux qui ont conseillé aux femmes autochtones de renoncer à la *Charte* parce qu'elle était de toute façon lacunaire, je sais qu'on a répondu : «D'accord, abolissons la *Charte* pour tous les Canadiens.» Les Canadiens sont-ils prêts à abandonner leurs droits individuels et à croire que les gouvernements ne restreindront pas leurs droits à qui mieux mieux? Il est acquis qu'à moins que les femmes autochtones et leurs associations ne soient prêtes à jeter leurs droits individuels par la fenêtre, la *Charte* s'appliquera. Si elle ne s'applique pas, il faudra une justification rigoureuse en vertu de l'article 1<sup>60</sup>.

Supposons que les gouvernements fédéral et provinciaux s'entendent avec la tribu ou la nation X en vue de la création d'un système de justice parallèle auquel la *Charte* ne s'applique pas. Quel type de justification serait exigé en vertu du critère de l'affaire *Oakes*? On a laissé entendre que la Cour suprême du Canada avait adopté un critère moins rigoureux, à double niveau, à l'égard de l'article 1. Le critère moins rigoureux est réservé aux affaires qui comportent des questions socio-économiques où divers groupes de la société présentent des revendications divergentes. Le critère le plus rigoureux peut être utilisé lorsque l'État est opposé à un particulier<sup>1</sup>. À mon avis, aucun de ces critères ne conviendrait dans une situation où les droits collectifs des femmes et des enfants sont restreints au point de ne plus exister. Le fait de priver des autochtones de tous leurs droits légaux en vertu d'un système de justice autochtone qui appliquera probablement des lois fédérales et provinciales, par exemple le *Code*, ne satisfera pas aux exigences du critère d'«atteinte minimale», pas plus qu'à celles du critère de proportionnalité. De quel choix s'agit-il ici? Des droits collectifs maximaux contre des droits individuels minimaux? La création d'un système de justice autochtone parallèle sans la *Charte* est tout à fait insensée. Qui peut concevoir un tel monde? Des fous!

Le critère de l'affaire *Oakes* oblige les gouvernements fédéral et provinciaux à adopter le moins possible de lois qui portent atteinte aux droits de la *Charte*. Les tribunaux doivent aussi tenir compte de l'objectif de l'intervention gouvernementale. Quel serait l'objectif du Canada en cherchant à priver les autochtones, à titre de particuliers, de tous les droits légaux prévus par la *Charte*? Respecter leurs droits collectifs? Si l'Accord de Charlottetown nous a appris quelque chose, c'est que les gouvernements ne respectent nullement les droits collectifs des autochtones. Quelle est l'utilité d'imposer la paix, l'ordre et le bon gouvernement à des gouvernements qui invoquent leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale?

Les objectifs des peuples autochtones et ceux des gouvernements à l'égard de la création d'un système de justice parallèle risquent de diverger. On peut concevoir que les gouvernements veuillent que les peuples autochtones appliquent des lois canadiennes comme le *Code criminel*. La crise d'Oka nous a nettement révélé que la règle du droit doit prévaloir et que cette règle est une règle blanche. Bien que le *Code criminel* prévoie dans une certaine mesure la protection de la propriété par les armes, ce principe a été écarté lorsqu'il s'est agi de traiter avec les Mohawks armés aux barricades de Kahnésatake et sur le pont Mercier. Les Mohawks ont brandi l'argument de la souveraineté et négocié pour que le *Code* ne s'applique pas, mais les gouvernements ont soutenu rigoureusement, force à l'appui, que le *Code criminel* s'appliquait aux Indiens sur les terres indiennes, sans égard aux questions de souveraineté. La souveraineté n'est jamais en cause. La création d'un système de justice autochtone parallèle au Canada portera un prix élevé.

La *Charte*, mais aussi le *Code criminel*, s'appliqueront au système de justice autochtone parallèle. Ce qu'il restera aux gouvernements autochtones, c'est ce qu'il reste aux gouvernements provinciaux, c'est-à-dire le droit d'appliquer la loi. À cela pourrait s'ajouter le droit de mettre en place l'appareil judiciaire, c'est-à-dire la police, les tribunaux, les prisons, les mises en liberté surveillées. À l'instar des provinces, les

gouvernements autochtones peuvent ajouter leurs «lois» à la liste des lois à faire respecter. Une femme a déjà demandé : «Cela veut-il dire que des milliers de policiers feront appliquer la loi dans les collectivités autochtones?» Il semble, dans un tel contexte, que la juridiction sera le point le moins négociable. Peut-être la bataille se livrera-t-elle surtout sur des questions de structures et de procédure.

Ce sont surtout des questions de structures et de procédure qui risquent de soulever des conflits entre les gouvernements autochtones dominés par les hommes et les groupes de femmes sur le plan local, régional et national. La fonction publique fédérale et les ministres tiennent pour acquis qu'une fois que les hommes sont assis autour d'une table, l'on peut négocier. Cela n'est ni suffisant ni acceptable. La victimisation des femmes et des enfants autochtones aux mains des hommes autochtones, si répandue au sein des collectivités autochtones, ne pourra être tolérée au sein d'un système de justice pénale autochtone. Il est également inacceptable de simplement consulter les anciens et de s'attendre que les femmes autochtones acquiescent, malgré tout le respect qu'elles ont pour les anciens.

Au cours des années 90, la résistance des femmes autochtones à la mise en place de systèmes de justice autochtone parallèles qu'elles n'auront pas été invitées à planifier, à concevoir et à mettre en oeuvre, sur un pied d'égalité avec les hommes, sera l'une de leurs luttes les plus importantes. Le corps des femmes autochtones est déjà engagé dans la bataille puisqu'elles sont battues en nombre incroyable par des hommes autochtones, au foyer et dans la collectivité. Ce comportement ne se perpétuera pas dans le système de justice pénale sans que les femmes ne protestent. Le choix qui s'offre aux gouvernements est clair : soit faire participer les femmes autochtones, soit laisser les tribunaux décider du sens du mot «égalité» dans cette démocratie de participation. C'est cette participation qu'a revendiquée l'Association des femmes autochtones du Canada. C'est cette participation qu'on lui a refusée. Cette affaire s'achemine vers la Cour suprême du Canada, sinon le Conseil privé.

En conclusion, les principes fondamentaux et les droits légaux prévus dans la *Charte* s'appliqueront pleinement à tout système de justice autochtone parallèle. Il n'existe aucune justification possible en vertu du cadre constitutionnel actuel. Ce que les femmes autochtones ont démontré au cours des dix-huit derniers mois, c'est qu'elles sont prêtes à se mobiliser pour attaquer de front toute personne qui cherche à nier leurs droits individuels et mettre en place des régimes totalitaires. La situation de la femme autochtone au Canada est aujourd'hui une honte pour cette nation. Je n'accuserais pas les femmes au pied du mur pour des questions de justice autochtone.

## Notes

1. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (Royaume-Uni), 1982, c. 11 (ci-après appelée la *Charte*).
2. *Loi constitutionnelle de 1867*.

3. Catharine A. MacKinnon, "From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway", *Yale Journal of Law and Feminism* [1991] 4 :13 à 14.
4. J'ai discuté, lors d'un déjeuner avec John Briggs, qui travaillait alors à la Commission de réforme du droit, de la place éventuelle de l'optique féminine autochtone dans ce qui est devenu le rapport numéro 34 de la CRD. Tout comme ses collègues présents au déjeuner, il s'est demandé ce que pourrait bien être une optique féministe autochtone. En fait, la CRD a effectivement sollicité les commentaires des professeurs Mary Ellen Turpel et Patricia Monture.
5. Voir la bibliographie ci-jointe pour une liste d'études sur la violence des hommes autochtones envers les femmes autochtones et leurs enfants.
6. Consulter le discours prononcé par Mary Two Axe Early, 82 ans, de Kahnawake, devant l'Assemblée générale annuelle de l'Association des femmes autochtones du Canada, dans les dossiers de l'AFAC. L'AG a eu lieu au Citadel Inn, à Ottawa, le 22 octobre 1992.
7. En août 1992, le *Victoria Daily Colonist* a publié une série d'articles sur les systèmes de justice autochtone parallèles, la détermination de la peine, l'agression sexuelle et les femmes autochtones. Celles-ci ont exprimé, par la voie de dépêches ou de communications à des réunions, leur opposition au droit et à la justice autochtones, qui demeurent insensibles aux besoins et aux points de vue des femmes autochtones et ne font rien pour contrer la violence des hommes autochtones envers les femmes et les enfants.
8. En 1991-1992, les femmes autochtones ont multiplié les plaintes verbales à l'occasion de réunions.
9. Ces plaintes ont été formulées à Saanich, sur l'île de Vancouver, où des délinquants sexuels autochtones ont été condamnés à la «longue maison». La longue maison est une structure physique et spirituelle qui n'a pu enrayer la violence sexuelle contre les femmes, les enfants et les anciens dans les collectivités touchées. Dans les Maritimes, où les hommes déclarés coupables purgent des peines autres que l'incarcération dans des collectivités autochtones, certaines femmes ont condamné cette pratique comme trop dangereuse. «Il nous a fallu beaucoup de temps pour nous débarrasser de ces hommes.» La Pauktuuit a entrepris une contestation judiciaire de la magistrature du Nord en raison de la clémence dont font preuve les tribunaux à l'égard des délinquants sexuels inuit.
10. Voir les communiqués de presse et les déclarations de Gail Stacey-Moore, conférencière, Association des femmes autochtones du Canada, après le 20 août 1992, notamment sa déclaration à Charlottetown, le 27 août 1992. Dossiers de l'AFAC.
11. Cette partie du document, qui porte sur la violence à l'endroit des femmes et des enfants autochtones, a été rédigée de concert avec Sharon McIvor, avocate de la Colombie-Britannique et membre de la direction de l'Association des femmes autochtones du Canada, région de l'Ouest.
12. *Squamish Family Violence Prevention and Treatment Model Project* présenté au Comité consultatif sur la violence familiale de Santé et Bien-être social Canada et Affaires indiennes et du Nord Canada, le 12 mars 1991, p. 82.
13. Sharlene Frank, *Family Violence in Aboriginal Communities : A First Nations Report*, Victoria (C.-B.), ministre de l'Égalité des femmes, 1992, p. 16.
14. Dans le cadre d'une étude réalisée à Washington, D.C., l'auteur a écrit aux gouverneurs des États pour connaître le nombre d'enfants indiens / autochtones canadiens envoyés dans leur État à des fins d'adoption. Jusqu'à 300 enfants autochtones de Winnipeg ont été envoyés en Louisiane durant une seule année. Aucune étude d'envergure n'a été réalisée sur la prise en charge d'enfants autochtones et leur adoption par des non-autochtones.
15. Signalé par l'Indigenous Women's Collective, Manitoba, 1991.

16. Affidavit de Gail Stacey-Moore déposé à la Cour fédérale – division de première instance dans *N.W.A.C. et al. c. R. et al.*, mars 1992.
17. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1991. Voir les autres études figurant dans la bibliographie.
18. Documentation de la Pauktuutit en vue d'une contestation judiciaire contre Sa Majesté portant sur la clémence dont font preuve les tribunaux à l'égard des délinquants sexuels inuit dans les Territoires du Nord-Ouest.
19. Voir l'ensemble des causes d'agression sexuelle inuit dans les Territoires du Nord-Ouest, 1986-1990.
20. *Ibid.*
21. Voir la documentation des ministres provinciaux et fédéral de la Justice au sujet des projets en matière de justice applicable aux autochtones, particulièrement à Saanich, île de Vancouver, Colombie-Britannique, 1991-1992.
22. Rapporté par le *Victoria Daily Colonist*, juillet 1992.
23. Gail Stacey-Moore, dans une conférence devant l'Association des femmes autochtones du Canada, a rapporté que les femmes, agissant collectivement, arrivent parfois à contrer la violence familiale dans la réserve de Kahnawake. Ce sont les femmes qui imposent sa peine à l'accusé.
24. Rapports versés aux dossiers du Cercle des femmes autochtones du Comité canadien sur la violence faite aux femmes, Ottawa.
25. Tel que rapporté par l'Aboriginal Justice Inquiry du Manitoba, 1990.
26. *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306.
27. *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.
28. Mary Ellen Turpel, «Home/Land», 1991, *Revue canadienne de droit familial*, p. 17.
29. *Ibid.*, p. 35.
30. Dumont-Smith, p. 27; Frank, p. 4.
31. NI'Akapamux, *Family Violence Project : Final Report*, 1992.
32. Patterson, p. 62.
33. Patterson, p. 64.
34. *Ibid.*
35. *Communities Voice on Child Sexual Abuse*, Yellowknife, Association des femmes autochtones des T.N.-O., 1989, p. 5.
36. Voir les communiqués de presse et les énoncés de principe de l'Association des femmes autochtones du Canada en réponse aux recommandations des réunions ministérielles multilatérales sur la Constitution de 1992.
37. Discours de Sharon McIvor devant les B.C. Indian Homemakers, Vancouver, 1992, versé aux dossiers de l'Association des femmes autochtones du Canada.
38. *Ibid.*
39. Discours sur les droits politiques des femmes autochtones prononcé à de nombreuses occasions par Gail Stacey-Moore, conférencière, Association des femmes autochtones du Canada. Discours versé aux dossiers de l'AFAC.

40. Rapport du Groupe de travail de la Colombie-Britannique, p.192.
41. Je parle des 120 000 femmes autochtones membres de l'Association des femmes autochtones du Canada et des treize organisations qui la représentent.
42. L'AFAC reconnaît les intérêts représentés par la Pauktuutit (Association des femmes inuit), la National Métis Women's Association, présidée par Marge Friedel de l'Alberta, et The Indian and Inuit Nurses.
43. Mary Eberts, mémoire juridique à l'Association des femmes autochtones du Canada, le 19 décembre 1991, p. 3 [ci-après Eberts].
44. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].
45. Kent McNeil, «Striking a Blow for Native Land Rights», *Globe & Mail*, le 15 juillet 1992, p. A5\*\*
46. [1989] 1 R.C.S. p. 143.
47. Eberts, p. 4.
48. [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332
49. Eberts, p. 8.
50. Eberts, p. 12.
51. Eberts, p. 13.
52. Ibid.
53. Paragraphe 91(24), *Loi constitutionnelle de 1867*.
54. Cette expression est celle de Guy Williams, sénateur canadien à la retraite. Pendant quarante ans chef du Native Brotherhood de la Colombie-Britannique (à l'origine un syndicat de pêcheurs), il a lutté toute sa vie en faveur de l'équité et de la justice pour le «petit Indien». «Qui s'occupe du petit Indien?», a-t-il souvent demandé tout au long des années 70.
55. Voir note 13.
56. Canada, Chambre des communes, Comité permanent des affaires indiennes et du développement du Nord canadien, *Procès-verbaux et témoignages*, le 8 juillet 1980, 11:6.
57. Bryan Schwartz, *First Principles : Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada 1982-1984*, Kingston, Université Queen's, 1986.
58. Eberts, p. 8.
59. Les droits légaux énoncés dans la *Charte canadienne* sont les suivants :
  7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.
  8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.
  9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.
  10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :
    - a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
    - b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
    - c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.
  11. Tout inculpé a le droit :
    - a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

- b) d'être jugé dans un délai raisonnable;
  - c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;
  - d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;
  - e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;
  - f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;
  - g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;
  - h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;
  - i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.
12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.
13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.
14. La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète.

60. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.S.C. 103.

61. *Irwin Toy*, [1989] 1 R.C.S. 927, 993.

## Bibliographie

*Alkali Lake Community Response to Sexual Assault*, Alkali Lake, C.-B., 1992.

*Choices : A Three Year Action Plan to Address Spousal Assault 1986-89*, déposé à l'Assemblée législative des T.N.-O., Yellowknife, ministre chargé de la Situation de la femme, 1989.

*Communities Voice on Child Sexual Abuse*, Yellowknife, Native Women's Association of N.W.T., 1989.

Dumont-Smith, Claudette et Pauline Sioui-Labelle, *Étude nationale sur la violence familiale : Phase 1*, Ottawa, Association des infirmières et infirmiers autochtones du Canada, 1991.

Dutton, Donald G., *The Criminal Justice System Response to Wife Assault*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1984.

*Family Violence : A Native Perspective*, procès-verbal abrégé de l'assemblée de 1987 de l'Association des psychiatres du Canada, section de la santé mentale, les 19, 20 et 21 septembre 1987, London, Ontario.

*Family Violence in a Patriarchal Culture : A Challenge To Our Way Of Living*, Ottawa, le Conseil des églises pour la justice et la criminologie et le Conseil canadien de développement social, 1988.

Fontanie, Richard P., *Proposal to Establish a Preventive Family Violence Resource Centre, Okanese Band No. 82*, Regina, Sask., Fontanie Associates Consulting Services, 1989.

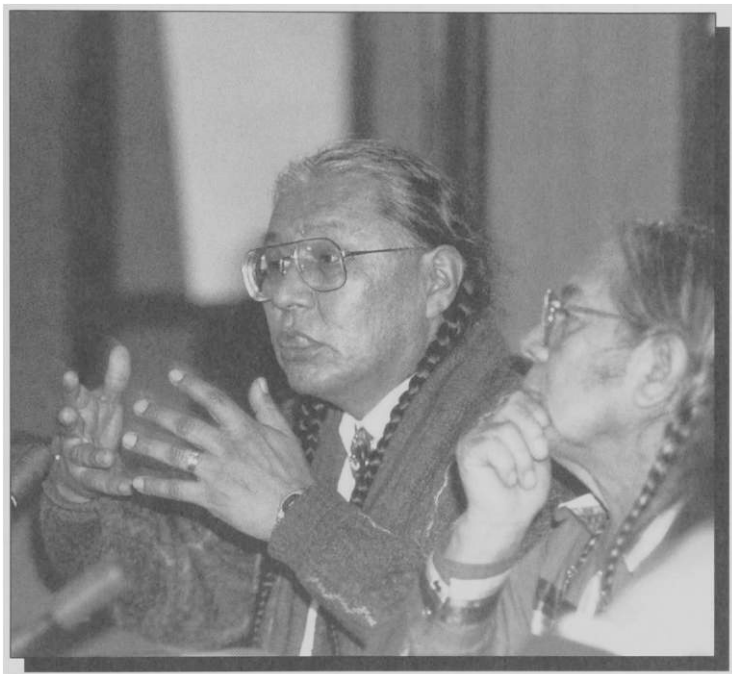
Frank, Sharlene, *Family Violence in Aboriginal Communities : A First Nations Report*, Victoria, C.-B., ministre de l'Égalité des femmes, 1992.

- Grier, Sandra, *Family Violence : A Report on Its Impact on the Peigan Community*, Brocket, Alberta, bande Peigan, 1992.
- Guberman, Connie, et Margie Wolfe, *No Safe Place : Violence Against Women And Children*, Toronto, Women's Press, 1985.
- Is Anyone Listening? Report of the B.C. Task Force on Family Violence*, février 1992.
- Jamieson, Wanda, *Aboriginal Male Violence Against Aboriginal Women in Canada*, Ottawa, Bibliothèque nationale du Canada, 1988, microforme.
- Kinnon, Dianne, *The Other Side of the Mountain : Working Together on Domestic Violence Issues*, Report 1, Summary of findings and conclusion, Ottawa, Centre national d'information sur la violence familiale, 1988.
- Kuptana, Rosemarie, *No More Secrets*, Ottawa, Pauktuutit, 1991.
- Laurier, Elaine, *Indian Child and Family Services in Canada*, Winnipeg, Anishinaabek Child and Family Services, 1987.
- MacLeod, Linda, *Battered But Not Beaten... Wife Battering in Canada et Pour de vrais amours... Prévenir la violence conjugale*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1987.
- McTimoney, David C., *Knowing Our Direction : A Handbook For Family Violence Research*, Oromocto, N.-B., David C. McTimoney & Associates, Inc., 1989.
- Métis Association of Alberta, "Significant Issues Affecting Métis Families Today", 1990.
- Micarthy, Ginny, *Getting Free : A Handbook for Women in Abusive Relationships*, Seattle, The Seal Press.
- Nl'Akapamux, *Family Violence Project : Final Report*, 1992.
- Ontario Native Women's Association, *Breaking Free : A Proposal for Change to Aboriginal Family Violence*, Thunder Bay, ONWA, 1989.
- Pasquier, Anne, *Family Violence Program : Report of the Staff Meeting May 30-31, 1989*, Cree Board of Health and Social Services of James Bay, Chisasibi, Baie James, Nouveau-Québec, Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie James, 1989.
- Patterson, hon. Dennis, *Task Force on Spousal Assault*, Yellowknife, gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, 1985.
- Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1991.
- Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Métis People of Alberta : Justice on Trial*, 1991.
- Response of the Solicitor-General to the Métis and Non-status Indian Crime and Justice Commission*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1984.
- Sinclair, Deborah, *Understanding Wife Assault : A Training Manual for Counsellors and Advocates*, Toronto, Librairie du gouvernement de l'Ontario.
- Spousal Abuse : Listen Well*, Ottawa, Pauktuutit – Inuit Women's Association, 1992.
- Squamish Family Violence Prevention and Treatment Model Project* présenté au comité consultatif de SBESC et de l'INAC sur la violence familiale, le 12 mars 1991.
- Thornley, Cathy, *Aboriginal Family Violence : A Community Issue*, 1986.
- La violence au grand jour . les femmes autochtones rompent le silence*, Ottawa, Conseil canadien de développement social et Association des femmes autochtones du Canada, 1991.
- Bureau des femmes, ministère de la Justice, Yukon, *A Review of Services to Battered Women in Yukon*, Whitehorse, gouvernement du Yukon, 1984.





## Six projets pilotes d'administration de la justice dans des collectivités autochtones



*Joe Morrison, juge de paix de l'Ontario, et le sage Ernie Benedict étaient au nombre des participants à la table ronde.*



# **Programme d'établissement dans les T.N.-O. de tribunaux communautaires présidés par des juges de paix**

*Samuel Stevens\**

## **But du programme**

Le but de cette initiative s'appliquant à l'ensemble du territoire est d'améliorer le fonctionnement du système judiciaire à l'échelle locale. Le gouvernement encourage en même temps les collectivités à mettre au point leur propres modes d'administration de la justice sur leur territoire.

## **Raison d'être du programme**

Les autochtones critiquent le système judiciaire pour différentes raisons. D'abord, parce que les personnes qui en font partie de sont pas des gens de la place. La plupart des principaux intervenants, comme le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, le greffier de la cour et le sténographe judiciaire sont habituellement des gens de l'extérieur. Deuxièmement, de nombreuses collectivités reprochent au système de ne pas fonctionner selon les pratiques, les valeurs et les principes qui leur tiennent à coeur, et de ne rien faire non plus pour aider les contrevenants à s'amender. En fait, pour beaucoup d'entre eux, c'est plutôt le contraire qui est vrai. Enfin, les collectivités reprochent au système de fonctionner sans qu'on leur demande leur avis et sans qu'on les fasse participer aux décisions sur les conséquences de changements ou sur ce qu'on devrait faire des contrevenants de l'endroit.

---

\* Pour obtenir plus de renseignements sur ce projet, s'adresser à Samuel Stevens, Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest) - (403) 920-6439.

## Stratégie pour atteindre l'objectif global

### *Amélioration du système actuel*

L'action du gouvernement en vue d'améliorer l'administration de la justice à l'échelle locale s'exerce sur deux plans :

Premièrement, le gouvernement essaie d'améliorer la façon dont la justice est rendue au niveau des collectivités. Celles-ci sont souvent constituées en majorité d'autochtones. Pour ces collectivités, on essaie de mieux adapter le système en faisant en sorte qu'il respecte les principes que les autochtones considèrent importants parce que liés à leurs traditions. Certains principes, comme celui de traiter les contrevenants d'une façon plus holistique en cherchant, par exemple, avec l'aide des membres de la collectivité, des moyens de régler leurs problèmes d'ordre mental, physique, émotionnel ou spirituel, et en leur faisant réparer les torts qu'ils ont causés à leurs victimes et à la collectivité.

Cette méthode met l'accent sur le traitement, le counselling, la restitution des biens volés ou endommagés et l'indemnisation de la victime ou de la collectivité, plutôt que sur l'imposition d'amendes ou de peines d'emprisonnement. Elle suppose également qu'il faille encourager les collectivités à participer aux décisions sur les mesures à prendre à l'égard des contrevenants, y compris sur les ressources à utiliser pour leur réadaptation, et les faire participer à la supervision et à la gestion de divers aspects de la décision du juge.

Deuxièmement, le gouvernement offre aux collectivités la possibilité de transposer sur place une plus grande partie du système judiciaire. Cela consiste en grande partie à établir un tribunal communautaire habilité à régler la plupart des affaires locales ayant un caractère plus ou moins juridique. Une façon de le faire consiste à nommer des tribunaux présidés par des juges de paix. Cette solution permet de juger sur place les auteurs de délits criminels de nature sommaire, d'une manière qui paraît sensée à la collectivité concernée. Elle permet aussi à la collectivité de tenir des audiences relatives à la garde d'enfants en vertu de la *Loi sur le bien-être des enfants* et de publier des ordonnances de bonne conduite en vertu de l'article 810 du *Code criminel*.

Cela suppose la nomination de juges de paix venant des collectivités pour présider le tribunal, des agents de la GRC agissant comme procureurs de la poursuite et des travailleurs sociaux, comme techniciens judiciaires chargés d'assister les prévenus. Dans tous les cas, les juges de paix sont nommés sur la foi de recommandations émanant de la collectivité. Après leur nomination, ils reçoivent une formation approfondie sur la façon de s'acquitter de leurs responsabilités à l'intérieur du système actuel. Une partie de cette formation porte sur le respect des valeurs et principes qui importent aux collectivités autochtones et une autre sur les moyens à prendre pour faciliter la participation des collectivités et tenir compte de leurs besoins.

La participation d'une collectivité aux travaux du tribunal local présidé par un juge de paix ou du tribunal territorial peut prendre différentes formes, dont les suivantes :

- Aide pour la détermination de la peine – Des leaders reconnus ou des anciens pourraient être invités à aider les tribunaux à déterminer la peine qu'il convient d'infliger aux contrevenants.
- Aide à l'établissement des faits lors de procès – Il pourrait être utile pour les tribunaux de se faire aider par des anciens ou des leaders reconnus quand vient le temps d'apprécier certains faits ou de juger de la crédibilité, de la culpabilité ou de l'innocence d'un prévenu.
- Mesures de rechange – Les collectivités pourraient administrer des programmes de mesures de rechange ou des projets de déjudiciarisation mettant en cause des jeunes ou des adultes.
- Avis présentenciels – Les collectivités pourraient choisir des personnes qui présenteraient aux tribunaux des rapports présentenciels ou prédécisionnels à l'égard d'adultes ou de jeunes contrevenants dont on serait en train de déterminer la peine.
- Programmes de rechange – Les collectivités pourraient administrer des projets de probation pour adultes ou jeunes contrevenants.
- Réconciliation de la victime et du contrevenant – Les collectivités pourraient administrer des programmes de réconciliation des victimes et des contrevenants, soit en lieu et place de poursuites, soit après une condamnation.
- Programmes de travaux compensatoires et de services communautaires – Les collectivités pourraient administrer des programmes de travaux compensatoires ou de services communautaires pour adultes ou jeunes contrevenants.
- Programmes de dynamique de la vie, de désintoxication et de séjour en camp forestier – Les collectivités pourraient administrer des programmes de réadaptation pour adultes ou jeunes contrevenants consistant à leur faire acquérir les aptitudes à la vie quotidienne, à mettre fin à leur consommation d'alcool, de drogues ou d'autres substances ou à les faire participer à des activités formatrices en plein air.
- Surveillance des personnes libérées sous cautionnement – Les collectivités pourraient administrer des programmes de mise en liberté provisoire par voie judiciaire au lieu de s'en remettre à la pratique voulant que quelqu'un se porte garant du respect par le prévenu de ses engagements.
- Avocats de la poursuite ou de la défense – Les collectivités pourraient offrir des porte-parole pour représenter les victimes ou les contrevenants devant les tribunaux, ou pour agir comme «amis de la cour» indépendants dont le rôle serait de faire part d'opinions personnelles ou collectives sur la gravité des délits, les torts causés aux victimes et les sanctions qui paraîtraient acceptables à la collectivité.

### *Un système judiciaire sur mesure*

En même temps qu'il s'efforce de mieux adapter le système judiciaire à leur situation et à leur besoins particuliers, le gouvernement encourage les collectivités à mettre au point leur propre système judiciaire. Un certain nombre d'entre elles ont commencé à le faire. Habituellement, la collectivité commence par inviter des représentants de différents systèmes judiciaires et de gouvernements pour discuter de questions juridiques et pour obtenir d'eux certaines idées quant aux options envisageables.

La municipalité de Fort McPherson est un exemple de collectivité qui a saisi l'occasion d'assumer une part de responsabilité dans l'administration de la justice sur son territoire. Au terme de quelques rencontres initiales entre le juge Bruser et certains citoyens intéressés, un comité judiciaire a été formé. Les membres de ce comité, formé de gens de différents milieux, y compris des anciens, ont commencé à venir dire au tribunal ce qui devrait arriver, d'après eux, aux contrevenants de leur municipalité. Tous les mois, avant l'arrivée du tribunal territorial dans leur municipalité, on fournissait au comité judiciaire une liste des prévenus devant comparaître devant ce tribunal. Le comité déterminait alors les causes, s'il en était, à l'égard desquelles il convenait de faire des représentations.

Les citoyens de Fort McPherson veulent continuer d'utiliser le moyen que leur donne le comité judiciaire d'améliorer la façon dont la justice est administrée dans leur localité, mais ils désirent aussi, par l'entremise de leur comité judiciaire, ramener au niveau local de plus en plus d'affaires traitées par le système judiciaire actuel. Ils considèrent le comité comme un premier pas vers l'autonomie gouvernementale et un système judiciaire distinct, et estiment que travailler dans les limites du système constitue la prochaine étape logique du processus menant à l'exercice de responsabilités toujours plus grandes dans les affaires judiciaires de la communauté.

## Qu'est-ce qui fonctionne bien ?

Beaucoup de collectivités ont maintenant à la tête de leurs tribunaux locaux des juges de paix qui viennent de l'endroit et qui sont à même de déterminer quelles sont les mesures qui donneront de bons résultats. Actuellement, environ 40 % des juges de paix sont des autochtones parmi lesquels certains sont unilingues. En outre, 40 % des juges de paix sont des femmes. Le plan consiste à continuer de donner une formation suivie aux juges de paix afin que les collectivités puissent exercer une plus grande compétence à l'intérieur du système actuel. On parle ici, par exemple, de compétence à l'égard des jeunes contrevenants, des questions liées à la garde d'enfants, de certaines affaires familiales et de certaines matières civiles. Les collectivités sont ainsi en mesure d'exercer un contrôle beaucoup plus grand que dans le passé sur la façon dont la justice est administrée. De cette façon il est aussi possible pour le tribunal, dans la mesure où le système actuel le permet, de respecter les valeurs et les principes qui importent à la collectivité.

Deuxièmement, la façon dont s'y prend le gouvernement pour encourager les collectivités à se doter de leur propre système judiciaire est compatible avec la reconnaissance de leur droit de se gouverner elles-mêmes. À partir de là, il est possible pour une collectivité de mettre en place un système judiciaire qui lui convienne, d'établir ses propres priorités et de progresser au rythme qui lui plaît. Il est ainsi possible que ce soit la collectivité, plutôt que le gouvernement, qui ait le contrôle depuis le début. Le rôle du gouvernement consiste alors à aider la collectivité à mettre en place le système judiciaire qu'elle désire.

## Quels sont les problèmes?

Dans certaines des collectivités, nous avons de la difficulté à trouver des juges de paix ayant la préparation voulue pour «juger» les gens de leur propre communauté. Conséquemment, il n'est pas toujours possible d'établir un tribunal communautaire dans le cadre du système actuel.

En second lieu, l'établissement de systèmes judiciaires communautaires exigera des ressources. Tout en étant conscient de la nécessiter de libérer des ressources financières pour assurer le succès du programme, le gouvernement s'aperçoit qu'une des contraintes pouvant empêcher la mise en place complète et immédiate de systèmes judiciaires pour les collectivités sera le manque d'argent.

Le succès des efforts entrepris pour mettre en place des systèmes judiciaires communautaires dépend en grande partie des collectivités. Tant qu'une collectivité n'aura pas montré qu'elle est prête à s'engager et à prendre une part de responsabilité dans les affaires juridiques, le gouvernement devra se contenter d'apporter au système actuel les changements que cette collectivité considère sensés.



# Projet d'éducation judiciaire dans l'île de Vancouver sud

*Tom Sampson\**

## Notions de droit autochtone

Les collectivités et les gouvernements tribaux autochtones étaient régis par un ensemble de lois qui finirent par être connues sous l'appellation de «droit indien de la famille». Ces lois ont contribué à assurer l'épanouissement et l'harmonie de notre peuple depuis des centaines de décennies et d'innombrables générations.

Le droit indien de la famille, formé de lois très évoluées, servait à gouverner le peuple et à régir la famille et la collectivité. L'autorité résidait dans la «maison longue et les anciens».

Le droit salish de la famille régit les normes de conduite. Nos lois traditionnelles ne sont pas fondées sur le châtement, mais bien sur la réconciliation, la réadaptation et l'éducation. Notre droit régit aussi la vie collective, la vie familiale, la conservation, la spiritualité, l'économie et l'environnement, pour ne nommer que ces domaines.

Le droit salish de la famille est une institution de la culture et du patrimoine que nous avons en propre. D'après notre tradition orale, nous le tenons de HALS, le Créateur. Depuis des temps immémoriaux, ce droit régit le comportement et la conduite de notre collectivité.

---

\* Pour plus d'information sur le projet, communiquer avec Tom Sampson, de Mill Bay (Colombie-Britannique), au (604) 743-3228.

Ce droit a toujours régi notre relation avec la terre et l'environnement de même que nos relations collectives et familiales. Ces lois naturelles définissaient nos liens avec la terre et l'obligation du peuple autochtone de protéger la terre.

Les lois des peuples autochtones les lient à la terre. Selon nos traditions et nos croyances, nous ne possédons pas la terre, c'est la terre qui nous possède, et les premières nations ont été mises sur cette terre pour la protéger.

Notre système juridique était très évolué par rapport au système actuel. Le droit autochtone reconnaît le précédent, conservé sous forme orale.

Toutefois, ces lois ont presque été refoulées. L'arrivée des non-autochtones a signifié pour nous l'imposition de lois et d'une éducation européennes, la perturbation de nos systèmes traditionnels de gouvernement et de nos sociétés. Les non-autochtones ont voulu, par des lois et des règlements, contrôler et limiter tout ce qui compose notre mode de vie : spiritualité, politique, droit. Dans les faits, un régime d'apartheid et une politique d'assimilation ont été établis avec pour but ultime d'éliminer les premières nations en tant que collectivités au Canada.

Bien des décennies ont passé, mais notre façon de faire a survécu. Comme du temps de nos ancêtres, nos traditions et nos lois reposent entre les mains de nos anciens.

## Les anciens

Depuis des temps immémoriaux, les anciens des premières nations jouent dans nos villages des rôles traditionnels. Aujourd'hui comme avant, ils demeurent nos enseignants, nos légistes et nos conseillers.

Ces rôles sont exercés aujourd'hui encore dans le sud de l'île. Les conseils cherchent des solutions traditionnelles et culturelles aux problèmes contemporains des jeunes, de l'individu, de la famille et de la collectivité.

Les anciens ont eu se prononcer sur des délits concernant la personne, la famille et la propriété comme sur bien des questions dont sont saisis les tribunaux d'aujourd'hui.

Beaucoup se demandent pourtant si les anciens savent exercer leur autorité et résoudre les conflits sans préjugé. Nos anciens, tout comme les juges de la société dominante contemporaine, prennent leurs décisions de façon impartiale mais éclairée. Il est difficile de conserver l'apparence de l'impartialité, mais nos anciens ont su, par obligation envers la société et par sens de la responsabilité envers eux-mêmes, la famille et les premières nations, agir selon nos traditions, nos coutumes et notre discipline.

Pour venir à bout de leurs problèmes actuels, nos tribus exhortent les anciens à réaffirmer dans les villages leurs rôles traditionnels de conseillers de la jeunesse, de la famille, de la collectivité et de nos gouvernements.

Ils jugent des infractions et des délits par rapport aux normes collectives de comportement. Ils sont secondés par des porte-parole qui font office d'avocats. Les

délibérations sont suivies par des témoins, qui sont chargés de relater les faits et les délibérations à la famille et à la collectivité. Ce sont en quelque sorte des greffiers de la cour et ils servent aussi d'historiens.

Notre système prévoit une procédure d'appel, en deux étapes :

- appel devant l'Assemblée en conseil des chefs et des anciens;
- appel devant l'Assemblée en conseil des familles et des membres.

Le porte-parole et les témoins ont un rôle à jouer à toutes les étapes du processus.

## Le droit

Le droit coutumier autochtone régit bien des aspects de la vie quotidienne :

- l'appartenance à la tribu;
- l'adoption;
- le mariage;
- les relations familiales;
- la conservation et la gestion des ressources naturelles;
- les questions que les tribunaux d'aujourd'hui sont normalement appelés à trancher.

Un des services exceptionnels que rend le Conseil des anciens est la médiation en vue de résoudre un différend concernant, par exemple, la garde d'un enfant et le droit d'accès, les différends concernant la propriété et les délits touchant la personne.

Le droit indien de la famille n'a jamais été fondé sur le châtement; il s'agissait plutôt d'une norme de conduite répondant aux besoins de l'individu, de la famille et de la collectivité. On tenait compte des considérations suivantes :

- le respect de la dignité;
- la réadaptation
  - vis-à-vis de soi-même
  - vis-à-vis de la famille
  - vis-à-vis de la collectivité;
- le bien-fondé de présenter des excuses et, parfois, d'offrir compensation;
- l'éducation;
- la prévention du crime;
- le counseling (pour l'individu et la famille);
- la réinsertion sociale.

## Le processus

Le Conseil des anciens se réunit pour entendre les affaires qui intéressent les membres des premières nations de l'île de Vancouver sud. Les affaires criminelles et celles qui relèvent de la compétence provinciale sont adressées au Conseil des anciens par le tribunal provincial après consultation et consentement du contrevenant, du procureur de la Couronne et du président du conseil tribal. Les accusations portées en

cour provinciale sont suspendues lorsqu'une affaire est renvoyée devant le Conseil des anciens.

Le Conseil des anciens détermine, selon les coutumes et les traditions, ce qu'il convient de faire pour, à la fois, assurer la réadaptation du contrevenant et réconcilier les parties, avec la participation de sa famille et celle de la collectivité.

Dans les affaires qui touchent la famille, le Conseil des anciens réunit les familles des parties en cause pour déterminer quelle mesure sert le mieux les intérêts de l'enfant dans les cas de garde, et définir les modalités de la séparation et de l'obligation alimentaire lorsqu'un couple se sépare. La décision finale du Conseil des anciens est confirmée par entente entre les parties et reconnue par le *Family Relations Act*. Le juge de la cour provinciale donne son aval à l'entente dans son verdict final.

## Conclusion

Les diverses étapes du processus tribal de justice peuvent se ranger dans les catégories suivantes :

- solutions de rechange;
- renvoi devant une autre instance;
- mécanismes de résolution des différends;
- counseling familial.

Nos études à ce jour indiquent que notre système traditionnel peut être appliqué aux problèmes contemporains de justice.

L'imposition des lois non autochtones a placé beaucoup des nôtres dans une situation d'antagonisme. Avec l'aide des anciens, les premières nations espèrent réduire le recours aux tribunaux. Nous espérons aussi, sous la gouverne des anciens, éviter ou diminuer les situations de crise chez l'individu, dans la famille et dans la collectivité.

Moins d'autochtones iront à l'encontre de la loi si nos anciens retrouvent l'influence qu'ils exerçaient auparavant sur les affaires courantes des premières nations.

# Conseil communautaire de Toronto : Services juridiques autochtones

*Jonathan Rudin\**

Le projet du Conseil communautaire permet à la collectivité autochtone de Toronto d'exercer un certain contrôle sur la façon dont le système pénal traite les contrevenants autochtones. Il s'agit d'une variante du procédé de déjudiciarisation utilisé pour les jeunes contrevenants : l'accusé qui reconnaît sa culpabilité ne passe pas devant un tribunal et n'a pas de casier judiciaire pour le délit dont il est accusé, mais reçoit une peine d'un autre genre, par exemple l'obligation de restituer, de faire du service communautaire, etc.

## Le processus

Le projet du Conseil communautaire applique la notion de déjudiciarisation aux contrevenants adultes. Le système fonctionne comme suit: les travailleurs des Services juridiques autochtones de Toronto oeuvrant auprès des tribunaux criminels à partir de College Park et d'Old City Hall interviennent auprès des procureurs de la Couronne lorsqu'un accusé autochtone leur paraît être un candidat admissible aux services du Conseil communautaire. La décision d'aider ou non un contrevenant dépend des ressources du Conseil relativement au délit commis, plutôt de d'une caractéristique particulière du contrevenant.

La Couronne examine les faits et détermine si le contrevenant peut être renvoyé devant le Conseil. Elle prend cette décision en fonction de chaque cas, mais le fait qu'un accusé risque la prison n'écarte pas la possibilité de renvoi devant le Conseil. En fait, les anciens détenus comptent parmi la clientèle cible du Conseil.

---

\* Pour plus d'information sur ce projet, communiquer avec Johnathan Rudin, de Toronto, au (416) 408-3964.

Si la Couronne consent au renvoi, on demande au contrevenant s'il veut passer devant le Conseil. Comme le Conseil ne peut rendre de verdict d'innocence ou de culpabilité, le contrevenant doit d'abord plaider coupable à l'accusation dont il est l'objet (ou à une accusation moins grave). Avant de prendre sa décision, le contrevenant consulte son avocat ou l'avocat commis d'office.

Si l'accusé consent à passer devant le Conseil, le procureur de la Couronne suspend ou retire les accusations portées contre lui. L'accusé n'a plus besoin de passer devant un tribunal et l'accusation n'est pas mentionnée dans son casier judiciaire. Habituellement, quatre personnes siègent à l'audience du Conseil. Le Conseil prend ses décisions par consensus. L'avocat peut accompagner son client à l'audience s'il le désire, mais il ne peut s'adresser au Conseil : c'est le contrevenant qui discute de son cas avec le Conseil. Lorsque le délit a fait une victime, on multiplie les efforts pour l'encourager à participer activement à l'audience.

## Les objectifs

Le rôle du Conseil est d'amorcer le processus de guérison nécessaire pour que le contrevenant réintègre la collectivité. Pour cela, le Conseil obligera le contrevenant à faire certaines choses. Il peut recourir à toutes sortes de moyens: amendes, restitution, service communautaire, suggestions de traitement ou une combinaison de ces moyens. Le Conseil ne peut cependant imposer la prison. Si le contrevenant ne se conforme pas à la décision du Conseil, il doit comparaître à nouveau devant le Conseil pour s'expliquer. En outre, celui qui n'aura pas respecté une décision du Conseil ne pourra recourir à ses services s'il est arrêté à nouveau pour un autre délit. Sauf en des circonstances exceptionnelles, les accusations ne seront pas portées à nouveau si le contrevenant ne respecte pas un ordre donné par le Conseil, mais le procureur de la Couronne pourra les reprendre si l'intéressé ne se présente pas devant le Conseil.

Le projet est en oeuvre depuis mars 1992 et a donné lieu, jusqu'ici, à 41 renvois. Le Conseil entend maintenant entre 11 et 13 causes par mois. Bien qu'il soit fort tôt pour tirer des conclusions sûres, il semble que le programme soit un succès. Plus de 90 % des accusés se présentent à l'audience du Conseil, ce qui est particulièrement significatif si l'on considère qu'un grand nombre des accusés avaient déjà été reconnus coupables de ne s'être pas présentés devant les tribunaux. Les décisions du Conseil sont aussi très largement respectées: les statistiques allant jusqu'à la fin de septembre 1992 indiquent que plus de 87 % des comparants devant le Conseil se sont déjà conformés ou sont en train de se conformer aux décisions du Conseil.

# Le Conseil judiciaire tlingit de Teslin

*David Keenan\**

Les autochtones ont, depuis toujours, eu divers ordres de gouvernement qui avaient l'obligation de rendre des comptes, les uns aux autres ainsi qu'au peuple. Les processus en usage aujourd'hui sont quelque peu différents de ceux de nos ancêtres, mais les normes et les principes moraux qui les sous-tendent sont les mêmes. Les autochtones savaient autrefois faire régner l'ordre et l'harmonie dans leurs collectivités. Aujourd'hui, ils doivent s'appuyer sur les normes et les principes d'autrefois afin d'établir, pour leurs collectivités, des systèmes de gouvernement propres à restaurer l'ordre et l'harmonie dont elles jouissaient auparavant.

Les autochtones ont des valeurs communes avec les autres Canadiens, mais ils les organisent selon des priorités différentes. Le Conseil des Tlingits pense que tous les membres de la collectivité sont indispensables, surtout les membres tlingits. Il soutient en outre que la collectivité tlingit doit avoir la «balance du pouvoir» à l'intérieur de la structure de gouvernement. Conformément à ces principes, le Conseil a tenté de définir, pour l'application de la justice, un processus que les Tlingits acceptent et que tous les membres de la collectivité pourront respecter.

## Le processus

C'est le Conseil judiciaire tlingit de Teslin qui exerce la justice chez la première nation des Tlingits de Teslin. Le Conseil est composé de cinq chefs de clan qui siègent aux audiences de la cour de circuit et formulent ensuite des recommandations

---

\* Pour plus d'information sur ce projet, communiquer avec David Keenan, au (403) 390-2007.

concernant la sentence à rendre. Le Conseil établit sa propre procédure et exerce son autorité et ses responsabilités selon le droit coutumier traditionnel des Tlingits.

Les cinq chefs de clan sont tous des hommes. Toutefois, ils sont nommés par les femmes de la collectivité, de telle sorte que les femmes ont leur place dans le système judiciaire.

Les cinq chefs de clan ou leurs mandataires siègent avec le juge de la cour provinciale et le conseillent sur la sentence à rendre. Ils n'ont pas besoin de lire l'historique du cas ni de prendre connaissance des antécédents de l'accusé puisqu'ils connaissent les membres de leur collectivité.

Les chefs de clan tiennent compte des antécédents du contrevenant pour décider de son sort. Le contrevenant explique pourquoi il a enfreint la loi. Il pourra faire état d'abus physiques ou sexuels dont il a pu être victime à l'école secondaire ou au pensionnat ou de toute autre cause à ses problèmes personnels. Les chefs de clan peuvent ainsi voir les problèmes réels de l'accusé et prendre une décision qui va l'aider tout en étant bénéfique à l'ensemble de la collectivité.

## Conclusion

Cette façon de remettre à l'honneur les chefs de clan encourage dans la collectivité le respect des valeurs traditionnelles. Les anciens ont ainsi acquis «la balance du pouvoir» dans la collectivité tlingit de Teslin.

Le fait de remettre le pouvoir entre les mains de la collectivité a contribué à resserrer ses liens, à en faire un cercle. Ses membres respectent le Conseil et appuient l'initiative judiciaire. Le processus touche la collectivité entière. La notion de cercle communautaire est très efficace: le contrevenant n'a pas le sentiment d'être puni ou contraint, mais bien celui de jouir de l'appui de sa collectivité.

Le Conseil est convaincu qu'il est inutile d'emprisonner les gens. Il pense que la collectivité a mieux à offrir et qu'il vaut mieux travailler à guérir les maux, non seulement avec le contrevenant, mais avec sa famille et en tenant compte des problèmes de la famille et de la collectivité tout entière.



# Première nation d'Attawapiskat : projet pilote d'administration de la justice

*Reg Louttit\**

La première nation d'Attawapiskat vit du côté ouest de la baie James, à quelque 850 milles au nord de Toronto (Ontario) à vol d'oiseau. C'est un endroit isolé où habitent quelque 1 300 personnes parlant la langue crie. Il est accessible par les airs l'année durant, de même que par voie terrestre l'hiver et par bateau l'été.

Le projet pilote d'administration de la justice voit le jour à la suite de discussions au sein du groupe de travail sur l'administration de la justice dans le Grand Nord (maintenant appelé le groupe de travail sur la justice chez la nation nishnawbe-aski). En 1989, le procureur général de l'Ontario, Ian Scott, invite la nation nishnawbe-aski à présenter deux propositions relatives à des projets communautaires d'administration de la justice au sein des populations nishnawbe-aski et à offrir des fonds pour l'élaboration des propositions.

La première nation d'Attawapiskat est l'une des deux populations invitées par la nation nishnawbe-aski à présenter des propositions.

La Fletcher and Fletcher Association, de Moosonee (Ontario), rédige un rapport qui est présenté au procureur général. Le ministère du Procureur général et la première nation d'Attawapiskat concluent une entente visant l'exercice 1990-1991 pour élaborer et exécuter un projet d'administration de la justice à Attawapiskat, entente qui est renouvelée pour 1991-1992.

---

\* Pour de plus amples informations sur le projet, prière de communiquer avec Joe Louttit, Attawapiskat (Ontario), 997-2276.

Le ministère et la première nation d'Attawapiskat décident ensemble de mener une évaluation; ils la font faire par l'Obonsawin-Irwin Consulting Inc. de Toronto (Ontario) qui achève sa tâche en juin 1992. Le ministère et la première nation d'Attawapiskat sont à mettre tous deux en oeuvre les recommandations du rapport d'évaluation.

Le personnel du ministère du Procureur général, le bureau du coordonnateur des juges de paix et le juge de paix local ont offert une aide pédagogique à la cour des anciens, au personnel responsable du projet ainsi qu'au chef et au conseil de la première nation d'Attawapiskat.

Membres de la première nation d'Attawapiskat, le coordonnateur et les autres employés responsables de l'opération sont nommés par le chef et le conseil.

L'opération a débuté le 1<sup>er</sup> avril 1990. La cour des anciens est constituée d'un groupe de trois anciens nommés par le chef et le conseil. Le groupe a été officiellement assermenté par Son Honneur le juge principal Michel, le 22 octobre 1990, et les audiences officielles de la cour ont débuté le 6 décembre 1990.

À propos des résultats du rapport d'évaluation Obonsawin-Irwin, la première nation d'Attawapiskat est en train de nommer trois autres anciens de même que de former un comité directeur de l'administration de la justice.

## Le processus

La cour des anciens entend les causes des membres de la première nation d'Attawapiskat accusés de délits commis sur le territoire de celle-ci, causes qui seraient instruites autrement par les tribunaux ordinaires à Attawapiskat.

Adultes et jeunes bénéficient de la déjudiciarisation après consultations entre le coordonnateur et le procureur de la Couronne. Les causes criminelles et provinciales sont déjudiciarisées après le dépôt des accusations. Quant aux affaires de violation de la réglementation de la *Loi sur les Indiens*, elles sont déjudiciarisées soit avant, soit après le dépôt des accusations. Avant toute déjudiciarisation, les poursuites entamées devant les tribunaux ordinaires sont suspendues.

À l'heure actuelle, les causes criminelles ou affaires de violation de la réglementation sont déjudiciarisées pour la plupart. Elles ne le sont pas lorsque le délit est plus grave (tentative de meurtre, agression sexuelle, voies de fait graves, etc.), là où, de l'avis commun du procureur de la Couronne et du coordonnateur, l'accusé n'a pas intérêt à être traduit devant la cour des anciens et là où la détention paraît être la peine à réclamer devant les tribunaux ordinaires.

L'accusé peut refuser la déjudiciarisation. Il peut aussi consulter un avocat avant de l'accepter. Une fois l'affaire entendue par la cour des anciens, l'accusé peut soit se soumettre à son jugement, soit demander sa judiciarisation.

La cour des anciens a jugé plus de 330 causes depuis décembre 1990, dont 22 ont par la suite été judiciarisées.

Les audiences publiques de la cour des anciens se déroulent en langue crie à moins que des intervenants manifestent le désir de s'exprimer en anglais; en pareil cas, on fait appel à un traducteur.

Il n'y a ni procureur de la Couronne ni avocat de la défense à la Cour des anciens. L'agent de police des premières nations expose les motifs pour lesquels il a déposé l'accusation et fournit des renseignements connexes. L'accusé, les témoins et les membres de la famille désireux de s'adresser à la cour discutent ensuite de l'affaire avec les anciens.

La cour des anciens a qualité pour statuer sur toutes les questions relatives aux causes dont elle est saisie, et pour juger de la responsabilité du contrevenant.

La cour des anciens applique les valeurs communautaires afin de décider des mesures à prendre pour venir en aide au contrevenant, à sa famille et à la population. Parmi ces mesures, il y a les travaux communautaires, les services de consultation, la restitution ou le paiement d'une somme d'argent.

Le coordonnateur s'assure que ces mesures sont exécutées par le contrevenant.

## **La détermination de la peine en cour de l'Ontario (division provinciale)**

La cour provinciale siège environ quatre fois par an à Attawapiskat.

À ces occasions, le groupe des anciens siège comme groupe consultatif de la détermination de la peine auprès du juge de la cour provinciale qui préside.

# La Cour de Kahnawake

*Winona Diabo et Joyce King Mitchell\**

## Historique

La Cour de Kahnawake existe dans sa forme actuelle depuis une douzaine d'années, soit depuis 1980. Plusieurs années auparavant, un juge de paix instruisait les délits de la route et infractions mineures, quoique pas de façon courante. La nécessité d'avoir une cour plus structurée ou officielle est apparue en 1979. À cette époque, la collectivité tout entière appelait de ses vœux la formation d'un corps policier autochtone, aujourd'hui connu sous le nom des Peacekeepers de Kahnawake. À son tour, le système judiciaire fut organisé pour traiter les délits de la route et les infractions criminelles survenant dans les limites du territoire. Seuls les délits punissables et les causes débordant le cadre de notre compétence sont instruits à la cour municipale de Longueuil.

Vu l'augmentation de la population de la collectivité, la hausse du nombre de non-autochtones se déplaçant dans les limites du territoire et notre soif d'autodétermination, notre cour s'efforce maintenant d'accroître ses pouvoirs et d'améliorer les services dont la collectivité a besoin.

Autrefois, la Cour siégeait une fois par semaine. Elle se résumait au greffier et au juge de paix, John Sharrow. Celui-ci venait d'Akwesasne toutes les semaines pour juger les délits de la route et les infractions criminelles. En 1985, la cour se vit dans

---

\* Joyce King Mitchell est juge de paix à la cour de Kahnawake. Pour de plus amples informations concernant ce projet, prière de communiquer avec Winona Diabo, Kahnawake (Québec), 638-5647.

l'obligation de siéger deux fois par semaine. Deux autres juges de paix, soit Michael Diabo et Samuel Kirby, furent nommés et commencèrent à siéger en mars de la même année. Un greffier adjoint fut aussi nommé pour seconder le greffier principal. (C'est à ce moment-là que M. Sharrow prend sa retraite.)

Depuis 1991, nous pouvons compter sur les services de Mme Joyce Mitchell, juge de paix en provenance du territoire mohawk d'Akwesasne. Elle apporte la sensibilité de la femme à l'exercice de ses fonctions, se met volontiers à la disposition de nos femmes autochtones appelées à témoigner comme accusées ou victimes et se montre compréhensive à leur égard.

Les membres du personnel de la cour sont tous autochtones, à l'exception du procureur, M. Pierre L'Écuyer. Les avocats de la défense venant à notre cour voient leur nombre augmenter; dans le passé, ils pouvaient être un ou deux. Depuis 1988, ils sont entre 25 et 30 selon les rapports officiels, leurs honoraires étant payés pour beaucoup par l'Aide juridique. La collectivité peut compter aussi sur les services d'une travailleuse auprès des tribunaux autochtones des services parajudiciaires autochtones du Québec. Elle vient en aide aux accusés et les met en rapport avec des avocats. Elle est devenue très importante pour la collectivité et le système judiciaire à Kahnawake.

## Objectifs

Parce que la cour de Kahnawake ne reçoit aucun financement, ses dépenses salariales et ses frais de fonctionnement sont couverts en entier par les contraventions et amendes perçues. Notre grand objectif est d'obtenir le financement nécessaire pour couvrir les dépenses salariales et frais de fonctionnement dans leur ensemble.

Nous poursuivons un autre objectif en ce qui concerne les compétences et l'expansion. La cour doit pouvoir offrir d'autres services à la collectivité comme un tribunal de la jeunesse, une cour des petites créances, des services communautaires et une cour de conciliation. Le désir de régler nos problèmes nous-mêmes et d'examiner les questions dans l'optique autochtone est plus évident aujourd'hui.

Vu les besoins précités et l'augmentation de la charge de travail, nous devons pouvoir compter sur les services de deux autres juges de paix. Les documents à fournir à cet effet ont été envoyés à Ottawa, et nous attendons encore les nominations.

Le désir d'implanter les valeurs traditionnelles au sein du système judiciaire revêt aussi une grande importance. Nos juges de paix ont intégré ces valeurs dans la détermination des peines (p. ex. agressions, dommage aux biens), mais leur implantation exclusive est difficile, les non-autochtones n'étant pas assujettis à ces peines. Les effectifs de notre cour comprennent des autochtones et des non-autochtones, et des règles fixes sont suivies. Un système de cour de conciliation serait avantageux pour les autochtones pourvu que les conditions établies soient respectées.

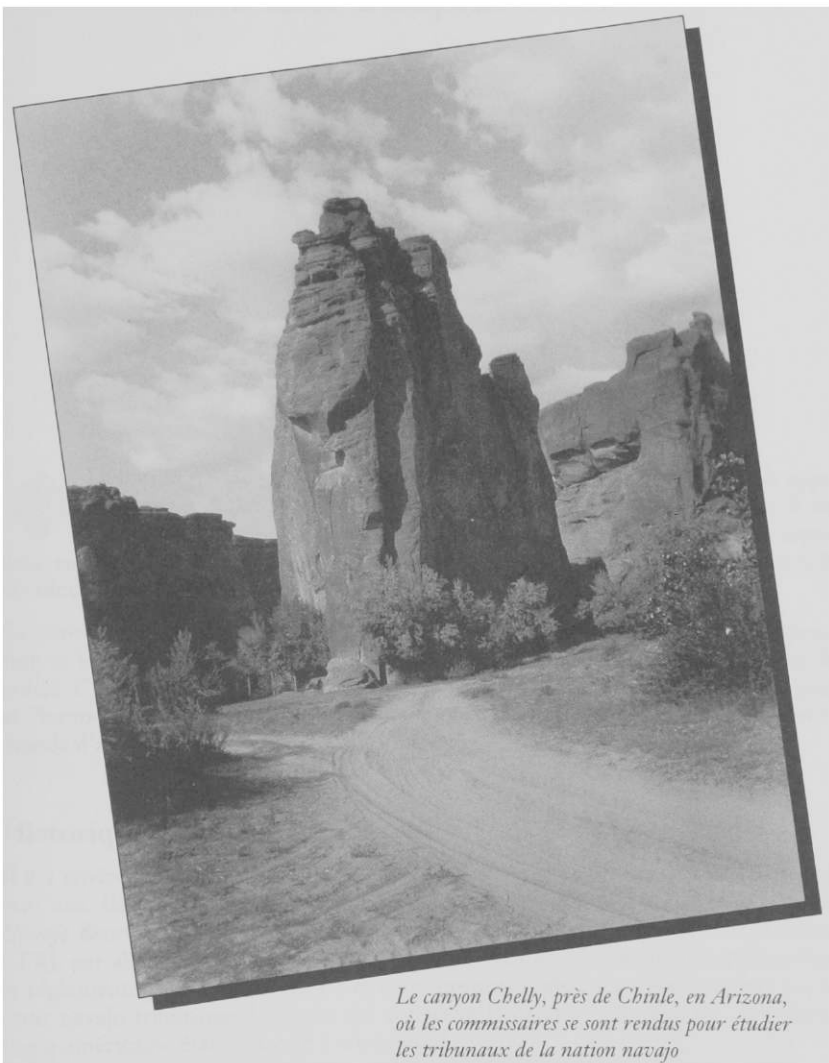
## Enjeux

- La collectivité désiret revenir aux valeurs traditionnelles et à un mode de vie traditionnel. Notre cour a été l'objet de quelques railleries, à cause de l'application du *Code criminel* du Canada et du Code de la sécurité routière du Québec (fondus dans notre code de la route). Nous disposons aussi d'une série de règlements administratifs qui sont en cours de modification. Il reste encore à officialiser la série de lois traditionnelles et le cadre de procédure judiciaire.
- Si la dimension traditionnelle précitée se concrétisait, comment la cour s'y prendrait-elle avec les non-autochtones? De tous les délits de la route, 90 % sont commis par des non-autochtones, tandis que 90 % des infractions criminelles ou violations de règlement sont le fait d'autochtones. Nous ne saurions suivre deux séries de lois et de règles sans passer pour injustes et pleins de préjugés. Notre présent système assure le traitement égal de tous les contrevenants et l'uniformité des peines.
- La cour de Kahnawake doit arriver à être reconnue comme un modèle par le ministère des Affaires indiennes. Nous sommes le seul appareil judiciaire autochtone à fonctionner au Canada, et nous sommes fiers de nos réalisations. Nous avons obtenu des résultats et nous sommes prêts à exercer d'autres responsabilités eu égard aux dossiers et à la justice autochtones.

Nous devons trouver une solution aux nombreux problèmes et difficultés que nous affrontons. La soif de l'autodétermination et l'ambition de réussir ne cesseront d'exister au sein de notre collectivité comme chez les autres collectivités autochtones.



## La justice chez les Navajos : d'hier à aujourd'hui



*Le canyon Chelly, près de Chinle, en Arizona,  
où les commissaires se sont rendus pour étudier  
les tribunaux de la nation navajo*







Les tribunaux CFR avaient été établis dans le but d'annihiler le système de justice navajo traditionnel en même temps que les valeurs et le mode de vie navajos. Les lois et pratiques fondamentales navajos ont été proscrites. On a, par exemple, interdit les formalités navajos traditionnelles de mariage et de divorce. L'ultime raison d'être des tribunaux CFR était de «civiliser» les Navajos, c'est-à-dire leur apprendre à penser, à parler et à agir à l'américaine.

Aujourd'hui, ces tribunaux n'existent plus. En 1959, le Conseil national navajo (*Navajo Nation Council*) créait les tribunaux tribaux navajos afin d'empêcher les États d'établir leur juridiction sur la nation navajo.

En 1985, la nation navajo adopta le *Judicial Reform Act*, qui définit le système judiciaire navajo tel qu'il existe aujourd'hui. Il y a en tout sept tribunaux tribaux répartis sur l'ensemble du territoire navajo. Ces tribunaux ont quatre divisions :

1. La Cour de district
2. Le Tribunal de la famille
3. La Cour des petites créances
4. Le Tribunal de conciliation

La juridiction des tribunaux navajos s'étend à une population de 200 000 personnes disséminées sur un territoire de 25 000 milles carrés (à peu près la superficie de la Virginie occidentale) chevauchant les États voisins de l'Arizona, du Nouveau-Mexique, de l'Utah et du Colorado.

Il y a un tribunal d'appel, la *Navajo Nation Supreme Court*, qui siège à Window Rock en Arizona et qui est composé d'un juge en chef et de deux juges adjoints. Nous entendons des appels provenant de tribunaux de première instance sur des questions de droit.

La nation navajo n'a pas de constitution. Nous avons un gouvernement constitué de trois organes. Le Conseil national Navajo est l'organe législatif, celui qui adopte les lois. L'organe exécutif met ces lois en vigueur et l'organe judiciaire est chargé de leur interprétation et de leur application. Cette séparation des pouvoirs assure un équilibre de ces trois éléments.

## **Comment les causes sont-elles jugées dans les tribunaux navajos et quelles lois s'appliquent?**

Les tribunaux de la nation navajo sont des tribunaux d'archives. L'instruction des procès, les auditions et les délibérations sont enregistrées.

Les tribunaux navajos appliquent les lois pénales adoptées par le Conseil national navajo et les lois civiles des systèmes juridiques navajo, fédéral et des États. Ils appliquent le droit statutaire navajo, la jurisprudence existante et le droit coutumier navajo. En l'absence de lois navajos, ils peuvent appliquer les lois fédérales ou celles des États (*sans y être liés*).

Malgré les pressions actuellement exercées pour que les tribunaux navajos deviennent des copies conformes des tribunaux d'État, nous survivons et continuons de fonctionner d'une façon qui laisse clairement voir une profonde influence navajo.

Nous avons toute une série de règles de pratique qui régissent la façon de traiter et de juger une affaire. Ces règles sont destinées à assurer un minimum d'équité et à faire en sorte que les affaires soient jugées de façon juste et impartiale.

## Quels genres de causes entendent les tribunaux navajos?

Les tribunaux navajos entendent des causes criminelles ayant trait à des délits auxquels est rattachée une peine maximale de six mois de prison et (ou) 500\$ d'amende. Les affaires portant sur des délits graves sont jugées par des tribunaux navajos ainsi que par des tribunaux fédéraux. Les tribunaux navajos entendent toutes les causes civiles, lesquelles vont des différents types de délits aux questions de contrats, en passant par les affaires relatives aux consommateurs, aux successions et au droit de la famille. Les causes impliquant des enfants sont traitées avec soin.

Nos statistiques de 1992 révèlent que le volume de travail des tribunaux navajos s'est chiffré à 85 198 causes cette année-là, dont 16 840 causes criminelles, 422 causes civiles, 24 075 infractions au code de la route, 1 380 causes relevant du droit de la famille et 22 affaires renvoyées à la Cour suprême.

La Cour suprême navajo émet des opinions écrites sur des points de droit, de préférence en appliquant le droit navajo. Dans certains cas mettant en cause des questions de première impression, les juges de première instance émettent des opinions écrites. Il y a 23 ans, en 1969, la Cour d'appel navajo, devenue depuis la Cour suprême navajo, émettait sa première opinion. Aujourd'hui, toutes les opinions émises par des tribunaux navajos sont publiées dans le *Navajo Law Reporter* et le *National Indian Law Reporter*.

## Jusqu'où s'étend la juridiction des tribunaux navajos?

Les tribunaux navajos entendent les procès intentés contre tout Indien ayant commis un crime sur le territoire de la nation navajo. Ils n'ont pas juridiction dans les affaires impliquant les auteurs non indiens de crimes commis en territoire navajo.

Les tribunaux navajos sont des tribunaux ayant compétence générale en matières civiles. Ils peuvent entendre toute affaire mettant en cause une réclamation au civil, quelle qu'elle soit, et il n'y a aucune limite quand au montant en jeu. Bien que leur juridiction en matière criminelle ne s'étende pas aux non-Indiens, les tribunaux navajos ont compétence pour entendre des procès au civil intentés contre des non-Indiens.

La compétence territoriale est définie par les lois navajos et les lois fédérales. Les limites territoriales englobent toutes les réserves (25 000 milles carrés), tous les

lotissements, tous les terrains détenus en propriété inconditionnelle et toutes les agglomérations indiennes dépendantes.

## Les juges navajos

Il y a 17 juges navajos. Trois siègent à la Cour suprême et les 14 autres sont juges de première instance. Sept juges sont des femmes et trois sont diplômés d'écoles de droit.

L'appareil judiciaire emploie environ 140 personnes, y compris les greffiers de cour, les huissiers, les secrétaires, les agents de probation, les agents des libérations conditionnelles et les agents de liaison affectés au processus de conciliation. Il y a cinq procureurs, en majorité des Navajos.

## Comment les juges navajos sont-ils choisis?

La nation navajo préfère nommer ses juges plutôt que de les élire. Lorsqu'une vacance survient à un poste de magistrat, les candidats navajos qui répondent aux exigences présentent une demande qui est examinée puis retenue ou rejetée par le *Navajo Judiciary Committee*, qui est un comité permanent du *Navaho Nation Council*. Le comité évalue les compétences de chaque candidat d'après ses diplômes, son expérience professionnelle et sa connaissance de la culture et de la langue navajos. Les meilleurs candidats sont ensuite recommandés au Président de la nation navajo. Celui-ci fait alors la dernière sélection et fait part de son choix au Conseil national navajo pour confirmation.

## Les membres du barreau navajo

Seuls les membres de l'Association du barreau de la nation navajo sont autorisés à pratiquer devant les tribunaux navajos. Actuellement le barreau navajo compte 450 membres indiens et non indiens qui résident en Arizona, au Nouveau-Mexique, en Utah et au Colorado. Pour devenir membre du barreau de la nation navajo, une personne doit subir avec succès l'examen d'admission. La durée de cet examen sur le droit navajo peut atteindre huit heures.

## Le droit à un avocat

L'*Indian Civil Rights Act* de 1968 prévoit qu'une personne a le droit de se faire représenter par un avocat à ses propres frais dans un procès au criminel. Au besoin, les tribunaux navajos peuvent nommer des avocats pour représenter les défendeurs indigents. Les membres de l'Association du barreau de la nation navajo sont tenus de représenter *bénévolement* les défendeurs indigents.

Les procès ont lieu en navajo et en anglais. On fait appel à des interprètes judiciaires pour s'assurer que les parties au litige qui ne parlent que le navajo comprennent ce qui se dit pendant le procès.

## Les procès avec jury

Le procès avec jury est reconnu comme un droit dans les affaires criminelles, mais il ne constitue pas un droit absolu dans les causes relevant du droit civil. Le jury est constitué d'Indiens et de non-Indiens. Les jurés sont choisis conformément aux règles de pratique et de manière à former un échantillon représentatif de la communauté. Il y a six jurés à un procès.

## Le tribunal de conciliation navajo : une façon différente de rendre justice

Le système de confrontation en vigueur dans les tribunaux de type anglo-américain fonctionne «verticalement», du haut vers le bas. Dans ce système vertical, le juge occupe le sommet, au-dessus des avocats, des membres du jury, des parties et de tous les autres participants au procès. Il détient un énorme pouvoir avec lequel il peut influencer favorablement ou défavorablement sur la vie des individus. Les parties au litige n'ont pas tant de pouvoir. Le juge tout puissant dicte la façon dont le litige doit être réglé et tout le monde doit obéir à ce qu'il dit. Ce système vertical mise sur la coercition pour contraindre les gens à agir selon la décision prise par le juge.

Le juge Homer Bluehouse de la Cour suprême navajo a toujours dit que celui à qui le système de confrontation donne gain de cause sort complètement victorieux de la salle d'audience, tandis que son adversaire en sort complètement perdant. C'est une situation où il y a un grand gagnant et un grand perdant, ce qu'on appelle un «jeu à somme nulle». Les deux antagonistes ne peuvent en sortir gagnants l'un et l'autre. Le système de confrontation est un système d'absolus. Il y a un «bon» et un «méchant». Une des parties a tort; l'autre a raison.

Dans le système de confrontation, on cherche à punir les malfaiteurs et à leur donner une leçon. Dans une affaire criminelle, le contrevenant est généralement puni par une peine de prison ou une amende. On punit pour punir, mais rien n'est fait pour résoudre les problèmes qui sont la cause première du litige. Dans les affaires criminelles, les victimes n'ont, à toutes fins pratiques, aucun pouvoir, n'ayant pas grand mot à dire en ce qui concerne les mesures de redressement que devrait prendre le tribunal. Les véritables droits et besoins de la victime peuvent ainsi être oubliés, ce qui fait qu'au bout du compte il ne lui est pas véritablement rendu justice, ou alors en partie seulement. Dans ce système il n'y a pas qu'une seule victime; il y en a d'autres et elles sont nombreuses. Les membres de la famille, les parents et la collectivité subissent tous les contrecoups du litige et de la décision du tribunal. Ils vont en cour sans pouvoir s'y exprimer et en reviennent les mains vides.

En quoi consiste le système de conciliation navajo? Les Navajos ont toujours fait appel à un conciliateur, le *naat'aanii*, pour rétablir la paix et l'harmonie. Les conciliateurs aidaient à maintenir les relations entre les familles immédiates et élargies. Les parties aplanissaient leurs différends par la discussion en réglant leurs problèmes à l'amiable. Aujourd'hui, les tribunaux navajos font revivre ces méthodes de règlement

des différends. Le système de conciliation navajo vise un objectif : permettre aux parties en présence de régler elles-mêmes leur problème sans l'intervention de juges ou d'avocats.

### ***Le système de conciliation vaut-il mieux que le système de confrontation?***

Faisons certaines comparaisons. Dans le système de justice vertical de type anglo-américain, les gens sont placés dans un ordre hiérarchique. Dans le système de conciliation navajo, les gens sont tous sur un pied d'égalité. C'est un système «horizontal».

Contrairement au système vertical, où entrent en scène des juges, des avocats, des demandeurs et des défendeurs, des huissiers et des agents de police, le processus de conciliation ne divise pas les gens par catégories et encore moins par ordre hiérarchique. Les tribunaux de type anglo-américain sont caractérisés par la coercition et la force. Les affaires sont résolues en appliquant des règles et des règlements. En conciliation, il n'existe aucune règle déterminant la façon dont les choses doivent se passer. La force et la coercition sont complètement laissées de côté. Dans le système anglo-américain, les parties sont toujours étiquetées comme demanderesse ou défenderesse, ce qui n'est pas le cas dans le système de conciliation, où personne n'est traité comme étant le «bon» ou le «méchant». Qu'ils soient riches ou pauvres, instruits ou non, les gens sont tous traités de la même façon. Dans le processus de conciliation, la situation économique ou sociale d'une personne n'entre aucunement en jeu.

Dans les cours de justice de type anglo-américain, l'argent peut parfois permettre de gagner des procès. C'est avec de l'argent qu'on paie les avocats et les meilleurs sont souvent ceux dont les honoraires sont les plus élevés. La partie ayant le plus d'argent peut «acheter» la victoire dans un procès parce qu'elle peut s'offrir les services du meilleur avocat et soutenir les frais de certaines procédures légales. Dans le processus de conciliation, il n'y a pas de frais juridiques à payer, puisqu'il n'est pas engagé d'avocats pour représenter les parties. Un conciliateur veille plutôt à ce que justice puisse être rendue à chacune des personnes impliquées dans le litige. Autre différence : dans le système anglo-américain, les parties ne peuvent pas communiquer librement avec le juge sans porter atteinte aux droits de la partie adverse, tandis que dans le système de conciliation vous pouvez consulter le *naat'aanii* pour qu'il vous aide à trouver une solution au conflit. Celui-ci n'agit pas comme un policier.

La justice rendue par les tribunaux de type anglo-américain est pour ainsi dire une justice «aveugle». Ce n'est pas une véritable justice qui cicatrise les plaies ouvertes pendant le différend et qui rétablit l'harmonie dans la famille, la collectivité et la société. Les systèmes de confrontation favorisent une plus grande détérioration des relations entre les parties qui s'affrontent, plutôt que l'exercice d'une véritable justice. Un homme et une femme qui divorcent, par exemple, se querellent encore plus après le divorce et leurs enfants en restent marqués pour la vie.

Dans le système de conciliation, le *naat'aanii* ne poursuit qu'un seul et unique but : rétablir une véritable justice entre les personnes, les familles et l'ensemble de la collectivité et de la société. Pour ce faire, il laisse au malfaiteur et à sa victime la chance de régler leurs comptes par la discussion. Les Navajos ont toujours cru que plus l'harmonie entre les personnes est rétablie, plus il y a de chances que la famille, la collectivité et la société vivent et fonctionnent de façon harmonieuse. Avec le système de confrontation il n'est guère possible de rétablir ce que les Navajos appellent *k'e bil nil*, c'est-à-dire l'harmonie. Le processus de conciliation vise avant tout à rétablir le bien-être physique, moral, spirituel et émotionnel de toutes les personnes en cause.

On cherche aujourd'hui à faire revivre cette tradition. Chaque collectivité navajo se choisit des conciliateurs. La nation navajo compte en tout 110 collectivités. Actuellement, 54 d'entre elles se sont choisi un total de 114 conciliateurs. Le choix des conciliateurs, au sein d'une collectivité, est fondé sur leur respectabilité, leur intégrité et leurs bonnes mœurs. Quand une collectivité ne s'est pas choisi de conciliateur, le tribunal navajo peut en nommer un.

Il n'est pas nécessaire que le conciliateur possède des connaissances particulières, qu'il occupe un poste dans la société ou qu'il détienne des diplômes pour pouvoir exercer son rôle de pacificateur. Il lui suffit de savoir comment s'y prendre pour amener des gens à discuter ensemble de leurs problèmes. Dans les tribunaux de conciliation, les conciliateurs aident à régler des affaires de tous genres, tant de nature civile que criminelle.

### ***Le système de conciliation navajo rétablit-il vraiment la paix et l'harmonie?***

Le système de confrontation ne règle pas les problèmes des gens. L'imposition de méthodes qui entrent en conflit avec la notion qu'ont les gens du bien et du mal ne règle rien en définitive. Les Navajos sont confrontés aux mêmes problèmes que l'ensemble de la société américaine – violence familiale, phénomène des gangs, combats et échauffourées, inconduite, ivresse publique et conduite avec facultés affaiblies. La société en général essaie de régler ces problèmes par la force (sous forme de peines d'emprisonnement). Cette méthode ne fonctionne pas et elle ne donnera pas de meilleurs résultats chez les Navajos. Mais si les tribunaux navajos institutionnalisent les concepts navajos en matière de justice reposant sur l'égalité, le dialogue et le règlement à l'amiable, ils répondront ainsi aux attentes qu'ont toujours eues les Navajos.

Les méthodes de confrontation ne tiennent pas compte des notions d'harmonie et de restauration des relations. Elles visent, au contraire, à supprimer le conflit par la force. Comme on l'a vu dans l'affaire Rodney King, à Los Angeles, l'injustice alimente les problèmes et attise la révolte que suscite le manque de volonté des autorités de s'attaquer aux problèmes réels. Nous, les Navajos, nous pensons qu'il faut régler les problèmes des individus afin qu'ils puissent à leur tour résoudre ceux de la communauté.



## Conclusion

La Commission a invité la délégation navajo à venir lui dire comment fonctionne le système de justice navajo. Nous posons les questions suivantes : La façon autochtone d'administrer la justice fonctionne-t-elle? La réponse est oui. Fonctionne-t-elle bien? Là encore la réponse est oui.

Nous appliquions au début la méthode de confrontation en vigueur dans les États américains. Les juges des tribunaux qui nous ont été imposés au début appliquaient leur propre droit, à l'insu du Bureau des affaires indiennes. Il y a dix ans environ, les juges navajos ont décidé de se laisser guider ouvertement par nos valeurs. Nous sommes dans un processus de renaissance, et c'est excitant. Nous nous rendons compte que nous devons modifier le système en vigueur dans les États pour l'adapter à nos valeurs, à nos besoins et à nos aspirations. Dans notre langue, *bozhojii* signifie paix et harmonie. C'est là la pierre d'assise de notre système de justice. Pour nous Navajos, la clé est de faire appel aux valeurs de notre peuple et à un système qui en soit le reflet.

On nous a demandé de faire part aux Canadiens de notre expérience. Il y a des difficultés. Ce n'est pas un système facile à appliquer. Comme le disent nos anciens, «les bonnes choses ne sont pas faciles à obtenir; elles exigent des efforts et de la persévérance».

Vous allez nous poser des questions fondamentales : Quelle est notre notion du «droit»? Qu'entendons-nous par «justice»? Qui sommes-nous comme autochtones? Que ferions-nous si on nous donnait le choix de régler nos propres problèmes?

Premièrement, il ne faut pas avoir peur! La justice est quelque chose de sérieux. Vous voulez et savez comment l'administrer efficacement.

Deuxièmement, donnez aux peuples autochtones la liberté de faire fonctionner la justice.

Troisièmement, appuyez les gouvernements autochtones – donnez-leur les ressources nécessaires pour régler les problèmes locaux.

Quatrièmement, soutenez le processus. Cernez et reconnaissez vos conflits, puis appliquez-vous ensemble à les régler.

Surtout, Mesdames et Messieurs les chefs de gouvernement canadiens, n'essayez pas de dicter une forme de justice. Ne nous dites pas quelles doivent être nos lois. Nous sommes des Navajos. Nous sommes des Dénés. Nous avons nos propres lois, depuis des siècles. Nous avons l'intention de continuer de vivre en Navajos. Nous allons appliquer nos propres lois et nos propres méthodes d'administration de la justice, que cela vous plaise ou non. N'essayez pas de nous en empêcher. Joignez-vous plutôt simplement à nous. Vous apprendrez quelque chose sur vous-mêmes en cours de route.

## Résumé des délibérations



*La commissaire Bertha Wilson, les coprésidents  
Georges Erasmus et René Dussault et les commissaires  
Viola Marie Robinson et Paul Chartrand*



# Ouverture de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires : un nouveau partenariat fondé sur le respect mutuel

M. Murray Sinclair, président de la table ronde, déclare la séance ouverte et demande aux anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung de prononcer la prière d'ouverture. Georges Erasmus, le coprésident de la CRPA, souhaite la bienvenue aux participants et rappelle à l'assemblée l'importance d'«un système judiciaire pour les peuples autochtones, qui ont commencé à réaffirmer leur propre pouvoir d'autodétermination».

M. Erasmus rappelle que le visage de la justice, dans ce pays, a toujours évoqué l'autorité d'un système étranger pour les peuples autochtones. «Si les peuples autochtones veulent pouvoir prendre en main leur existence, la justice est un domaine qu'il faudra prendre très au sérieux», dit-il. Les efforts en faveur de l'autodétermination des autochtones, qui sont axés sur l'autonomie gouvernementale, ne s'étendent pas toujours au contrôle des systèmes judiciaires, mais c'est là un sujet qui justifie un échange de vues complet et un débat sur toutes les questions qui se posent. L'emprise sur le système judiciaire est indispensable pour que les autochtones puissent devenir les gardiens de leur propre territoire. M. Erasmus conclut en demandant s'il serait possible de modifier le système judiciaire actuel afin de tenir compte des besoins des autochtones.

Le juge René Dussault, coprésident de la CRPA, fait observer que la Commission a réussi à tirer profit des nombreuses enquêtes effectuées dans le passé sur les questions relatives à la justice autochtone. Il ajoute que nous savons fort bien que de nombreuses questions restent à définir. Parmi les premières qu'il conviendrait de traiter, il y a cinq questions fondamentales figurant à l'ordre du jour de la table ronde, mais ce ne sont pas les seules. Il faut notamment que nous voyions si le système actuel peut être modifié, et si les changements requis sont simplement administratifs ou ont un caractère plus fondamental.

M. Dussault demande dans quelle mesure le système de valeurs des autochtones peut s'accommoder de la nature contradictoire du système judiciaire. Il faut que nous parvenions à mieux comprendre les questions en jeu. La Table ronde nationale sur les questions judiciaires fait partie d'une série de tables rondes qui, la CRPA l'espère, aideront à élaborer une politique à l'égard de questions d'importance vitale. Toute solution ou recommandation concernant le système judiciaire doit apparaître comme réalisable aux peuples autochtones, et être aussi acceptée par les ministères de la Justice de tout le pays.

La commissaire Bertha Wilson rappelle que lors des voyages effectués par la CRPA dans le pays, au cours desquels la Commission a rendu visite à des collectivités autochtones et a écouté ce que la population avait à dire, elle est parvenue à la conclusion que la question se présente sur deux plans différents, au moins. Le premier est que la justice doit être le critère de mesure des rapports entre les autochtones et les non-autochtones, et qu'il faut créer une nouvelle formule d'association fondée sur le respect mutuel. Sur un second plan, la justice, au sens plus étroit et plus technique du terme, est précisément ce que le système existant n'apporte pas aux peuples autochtones.

«Les autochtones trouvent que le système judiciaire est étranger à leurs moeurs et coutumes», ajoute-t-elle. Le côté conflictuel et contradictoire du processus leur paraît difficile à comprendre et les objectifs que représentent le châtement et la réadaptation leur paraissent incompatibles. Elle affirme que de nombreux membres de la société blanche partagent ce point de vue.

Proportionnellement à sa population, le Canada a plus de personnes derrière les barreaux que la grande majorité des autres pays occidentaux, et chacun sait que des années de détention ne contribuent pas à faciliter leur réinsertion. De nombreux détenus trouvent de nouvelles façons d'exprimer leur colère et leur sentiment de frustration, en commettant des crimes plus graves. «Nous connaissons tous le syndrome de la porte tournante», déclare M<sup>me</sup> Wilson.

«Le moment est venu d'examiner le système judiciaire avec les yeux des autochtones, d'apprendre comment ceux-ci considèrent les infractions et traitent le comportement antisocial dans leurs collectivités», poursuit-elle. Il y a un nombre disproportionné de détenus autochtones et notre système n'a pas mieux fonctionné pour eux que pour les non-autochtones. L'objectif de cette table ronde est d'examiner les raisons de cette situation. M<sup>me</sup> Wilson conclut en exprimant l'espoir que cette réunion de personnes bien informées de ces questions permettra peut-être de transformer le processus judiciaire et de parvenir à une compréhension plus profonde de ce concept.

## **Présentation en panel des documents de réflexion**

M<sup>me</sup> Vina Starr, la présidente du panel, déclare que l'Entente de Charlottetown était peut-être, malgré son échec, la manifestation des efforts déployés pour créer un nouveau contrat social entre les nouveaux Canadiens et les anciens Canadiens – les autochtones. Elle espère que ces efforts serviront de point de départ, aux autochtones

et aux autres, à l'élaboration d'«un système judiciaire représentatif de nous tous». Elle présente M<sup>me</sup> Deborah Hanly, la première des cinq participants.

M<sup>me</sup> Hanly, coordonnatrice de la dimension féminine des recherches à la CRPA, présente le premier document, *Récapitulation des enquêtes, des travaux des groupes d'étude et des commissions sur la justice autochtone*, qui porte sur huit des études entreprises par les gouvernements fédéral et provinciaux, inspirées par la conviction croissante que le système de justice pénale actuel n'a pas répondu aux besoins des autochtones. Plus de 30 études sur le système judiciaire ont été commandées par les gouvernements depuis 1967, et celles-ci ont débouché sur de nombreuses recommandations, dont beaucoup n'ont pas connu de suite.

«Le fait que l'on répète ces recommandations confirme la prise de conscience des lacunes du système existant, ainsi que la nécessité de mesures immédiates», selon M<sup>me</sup> Hanly. Toutes les enquêtes parviennent à la conclusion que les autochtones exposés au système judiciaire sont confrontés à une discrimination à la fois flagrante et systémique qui est l'une des raisons pour lesquelles de nombreux autochtones n'ont pas été traités avec l'esprit de justice qui leur était dû. La majorité des rapports sont axés sur la réforme du système judiciaire actuel, mais au moins deux d'entre eux recommandent clairement des systèmes judiciaires distincts pour les autochtones.

Ces recommandations n'ont pas été mises en oeuvre par manque de volonté politique, ou parce que les initiatives prises sont freinées par les lenteurs de la bureaucratie et par des contraintes financières. On donne souvent la priorité à des réformes qui n'exigent pas de réaménagements importants des structures, de transferts de contrôle ni un consensus entre toutes les parties. Les critiques font observer que ces réformes ne vont pas au coeur du problème : la situation socio-économique marginale des autochtones par rapport à la société dominante.

La majorité des réformes ont été axées sur la police, et les forces policières ont réagi en offrant une formation interculturelle, des programmes d'action positive et des postes de liaison réservés aux autochtones. Mais M<sup>me</sup> Hanly ajoute que le fait que certains programmes existaient avant que les enquêtes qui recommandaient leur établissement soient rendues publiques, inspire des doutes sur l'efficacité antérieure de ces programmes.

Beaucoup croient que d'importantes réformes sociales et économiques sont nécessaires avant que l'expérience qu'ont les autochtones du système judiciaire puisse changer de manière sensible. Le système actuel établit en effet une distinction entre, d'une part, le crime et l'administration de la justice et, d'autre part, les autres questions. Ce ne sera que lorsque la définition de la justice elle-même sera modifiée et qu'elle fera une place aux points de vue des autochtones qu'elle pourra répondre aux besoins de ceux-ci.

De nombreux groupes autochtones se sont déclarés mécontents de l'absence de réactions des gouvernements aux recommandations en faveur de la réforme du système judiciaire. La Manitoba Métis Federation, par exemple, estimait qu'une des recommandations les plus importantes de l'enquête sur la justice autochtone était l'établissement d'un service d'aide à l'enfance et aux familles métis, mais aucune

suite n'a été donnée à cette recommandation. Le droit de regard des Métis sur le bien-être des enfants permet de répondre au problème persistant des heurts des Métis avec le système judiciaire. Cela permettrait en fin de compte de réduire le nombre de personnes qui ont ensuite maille à partir avec la justice.

Les groupes de femmes autochtones se sont également inquiétés de l'efficacité et de la validité des réformes communautaires. Ils craignent en effet que certaines réformes ayant la faveur des dirigeants autochtones et non autochtones n'aient en réalité pour effet d'aggraver la situation actuelle à laquelle de nombreux enfants et femmes autochtones sont confrontés dans leurs collectivités.

M<sup>me</sup> Hanly conclut en soulignant la nécessité d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu dans la Constitution, droit qui aurait un effet marqué sur la structure et la mise en œuvre des mesures de justice communautaire, et permettrait de jeter les bases de systèmes judiciaires autochtones parallèles. «On a trouvé des solutions; elles sont réalisables; le moment est maintenant venu de les mettre en pratique.»

### *Édifier un système judiciaire fondé sur les valeurs autochtones*

Les deux participants suivants examinent les valeurs, les normes et les principes de justice fondamentaux des autochtones. James Dumont, professeur d'études autochtones depuis 1975, présente son document sur la justice et les peuples autochtones. Il explique que les dix minutes qui lui sont accordées ne lui permettent pas d'examiner toutes les questions qui se posent et il commence par exprimer des doutes sur sa capacité de s'exprimer au nom des autochtones. «Si vous voulez vraiment savoir ce que pensent les autochtones, les dernières personnes à qui il faut le demander sont les professeurs et les avocats autochtones eux-mêmes», dit-il. Les autochtones qui occupent ce genre de postes y sont souvent parvenus en prenant leurs distances par rapport à leurs cultures et à leurs collectivités, et ils ont été obligés de mettre de côté leur façon de penser autochtone afin de pouvoir raisonner selon les principes occidentaux du droit, ce qui représente un énorme pas à franchir pour des autochtones.

Dans son document, il étudie ce que sont les valeurs autochtones en général, et pas simplement quels sont leurs liens avec le système judiciaire. Toute société adhère à des valeurs fondamentales qui influent sur tous les comportements et les réactions aux circonstances. «Si nous parvenons à déterminer ce que sont les valeurs, nous pouvons également déterminer ce qui motive les gens, ce qui les amène à réagir d'une manière particulière à certaines situations», déclare M. Dumont.

Lorsque M. Dumont a entrepris ses recherches sur les valeurs autochtones, il croyait qu'autochtones et non-autochtones étaient guidés par des systèmes de valeurs différents du fait que leur comportement et leurs réactions n'étaient pas les mêmes. Il était parti du principe que les valeurs fondamentales étaient différentes ou, peut-être, que les membres des deux groupes s'inspiraient des mêmes valeurs de base, mais en leur donnant un ordre de priorité différent.

Au fil des années, il a poursuivi ses études des enseignements sacrés de la religion Midewiwin, et c'est alors qu'il a commencé à changer de point de vue. Il a découvert

les « quatre couleurs de l'homme », origines de tous les êtres humains. « Une couleur est venue ici et est devenue dominante », dit-il. Cet enseignement est analogue à celui des Iroquois au sujet des deux routes, selon lequel des valeurs fondamentales ont été données aux personnes des deux couleurs. Le maître qui lui dispensait cet enseignement disait que les gens des quatre couleurs avaient des valeurs similaires : la bonté, l'honnêteté, la générosité et la force. Cependant, ce qui fait le fondement même de chaque groupe est différent, et c'est cela qui détermine la manière dont les valeurs sont comprises.

Au cœur des Anishinabés est le feu, mais au cœur de l'homme blanc, il y a la loi, le besoin d'imposer un système d'ordre et de contrôle. Il faut comprendre ces différences fondamentales si l'on veut comprendre les deux groupes. « Chez nous, ce n'est pas clair – comment comprendre le feu ? » Quelques années supplémentaires d'enseignement traditionnel lui ont fait comprendre qu'il existe une « vision » ou un centre spirituel au cœur des peuples autochtones. Cette vision, au sens le plus pur, ne consiste pas simplement à être capable de lire dans l'avenir; c'est une vision capable de tout englober. D'elle naît la valeur qu'est le respect. « Quand votre vision s'aiguise, vous respectez les gens, et ce respect, à son tour, régit la manière dont vous utilisez votre vision », dit M. Dumont. Au cœur même de l'homme blanc est le mouvement et ce qui motive toutes ses activités, ce sont le mouvement et l'action. C'est la raison pour laquelle les deux groupes abordent des valeurs similaires sous un angle différent. « Oui, les autochtones hiérarchisent les valeurs de manière différente, mais c'est parce qu'ils les comprennent différemment », dit-il.

Dans son document, M. Dumont présente plusieurs tableaux comparatifs des valeurs des cultures autochtones et euro-canadiennes. Il tente de montrer comment ce contraste, enraciné dans des siècles d'oppression, aboutit à une « zone de conflit » lorsqu'il y a interaction entre autochtones et non-autochtones. « À cause de notre passé, cela créera automatiquement une situation conflictuelle », dit-il.

M. Dumont conclut en demandant comment et pourquoi la CRPA a été créée. Il estime que la démarche de la Commission était fondée sur l'hypothèse que le système judiciaire actuel reflète la justice et que les valeurs sur lesquelles repose cette hypothèse n'ont pas été explicitées. Si nous faisons partie du système, nous en devenons prisonniers, et la justice est donc définie par les valeurs du système. Il déclare que les commentaires de M<sup>me</sup> Vina Starr au sujet d'un contrat social reflètent un système de valeurs non autochtones. « Pour les autochtones, le problème n'est pas d'établir des rapports fondés sur un contrat social mais sur des liens de gouvernement à gouvernement », dit-il. De même, tout système judiciaire qui n'est pas fondé sur le ressourcement n'est pas autochtone. Dans sa langue, le mot justice signifie « jugement juste et respectueux », avec l'accent sur le respect. L'objectif ultime de toute réforme judiciaire devrait être d'instaurer l'harmonie entre les peuples et de rétablir de bons rapports.

### *Un système judiciaire totalement étranger*

M. Zebedee Nungak, président du Comité de justice inuit présente son document sur les valeurs, les normes et les principes fondamentaux de justice des Inuit du



Nunavik. Il fait tout d'abord remarquer que la transformation radicale de la vie inuit dans l'Arctique au cours des 40 dernières années peut inciter les gens à croire que les Inuit ne possédaient pas de système judiciaire avant leurs premiers contacts avec la civilisation européenne. Contrairement à un rapport de 1939 selon lequel «les Esquimaux sont plus sauvages et rebelles que n'importe quel autre sauvage», les Inuit avaient le sens de l'ordre, du bien et du mal. Cependant, la manière dont ils pratiquaient et appliquaient ces valeurs n'était pas compatible avec les principes européens de justice.

M. Nungak explique que dans la période antérieure aux premiers contacts, les Inuit vivaient dans des camps dont l'emplacement leur était dicté par les saisons et la présence d'animaux sauvages nécessaires à leur subsistance. Ce qui primait sur tout le reste, c'était la survie collective. Tout conflit était réglé par les anciens et les chefs qui jouissaient du respect du groupe, et dont les décisions étaient sans appel. La manière traditionnelle de régler la majorité des différends consistait surtout à donner des conseils pratiques et à recommander le comportement approprié. Dans les cas plus graves, les coupables étaient frappés d'ostracisme ou bannis du clan ou du groupe.

«La survie et la subsistance du groupe étaient le facteur principal qui dictait les décisions concernant le règlement judiciaire et les différends, poursuit M. Nungak. Personne ne contestait l'identité de ceux qui avaient la responsabilité de prendre de telles décisions. Les anciens et les meilleurs chasseurs étaient les chefs et les arbitres incontestés des conflits.»

Lorsque le gouvernement du Canada, représenté par la CRPA, est devenu le principal arbitre de la justice chez les Inuit, les méthodes et coutumes traditionnelles de dispenser la justice ont été complètement remplacées par l'ordre nouveau. Il n'y avait plus de place pour les traditions inuit et plus personne ne se souciait de la manière dont les choses se faisaient auparavant. Un système judiciaire totalement étranger avait alors été imposé aux Inuit, et le rôle des anciens et des chefs avait été rendu inutile. Le nouveau régime judiciaire allait totalement à l'encontre des principes traditionnels sous-tendant la notion inuit de justice. C'étaient maintenant des étrangers parlant une langue inconnue qui réglaient les différends, et la justice était dispensée par des personnes que l'on voyait si rarement qu'il était difficile de savoir ce qu'étaient en réalité ces représentants d'une autorité lointaine. Bien que les Inuit aient fini par participer à la périphérie la plus extérieure du système juridique canadien, ce système demeure, pour l'essentiel, complètement étranger aux valeurs inuit.

«L'absence de mainmise par les Inuit demeure une lacune fondamentale du système, ajoute M. Nungak : À quoi bon étudier des valeurs qui ont été rejetées, considérées comme sans fondement, et totalement balayées par un système judiciaire tout à fait étranger, si ce système continue à fonctionner et à exister sous l'emprise totale et complète de la société dominante?» Les Inuit doivent se méfier d'une entreprise dans laquelle ils risquent d'être entraînés et qui aboutira à l'échec si l'administration et la mise en oeuvre du système demeurent fermement aux mains d'étrangers qui ne comprendront ni ne respecteront jamais ces valeurs comme elles le méritent.

Les différences culturelles entre les sociétés inuit et occidentale permettent de se demander si le droit traditionnel des Inuit peut être appliqué dans ce monde moderne et contemporain. M. Nungak explique que si les Inuit avaient eu un code écrit, les articles de ce code ayant, par exemple, trait à l'achat d'une épouse, contiendraient au moins deux activités considérées comme criminelles dans le système européen. En revanche, les méthodes d'adoption inuit sont beaucoup moins compliquées. M. Nungak se demande si le système actuel est suffisamment souple pour tenir compte des incompatibilités culturelles ou si la solution consiste à établir un système judiciaire distinct pour les Inuit.

Avant de demander aux Inuit quelles sont les valeurs, normes et principes de justice fondamentaux qu'il conviendrait d'inclure dans une réforme du système judiciaire, il faut leur montrer par quel moyen on leur donnerait les pouvoirs requis pour les mettre en pratique. Ne nous demandez pas de mettre à nu l'âme de notre culture dans l'espoir d'obtenir quelque chose qui n'arrivera peut-être jamais. M. Nungak conclut en déclarant que les Inuit ne sont peut-être pas taillés pour cela et que, tels une cheville carrée «ils sont incapables de boucher un trou rond et avant de pouvoir créer un hexagone, il faudra peut-être envisager de trouver un trou à leur mesure».

### *«La façon dont je vois les choses»*

On avait demandé à M<sup>me</sup> Patricia Monture-OKanee, professeure de droit à l'Université d'Ottawa, d'expliquer dans quelle mesure les intérêts des femmes sont pris en considération par les valeurs, les normes et les principes de justice chers aux autochtones. Son document, «Rétablir la justice : Les femmes autochtones et les initiatives en matière de justice dans les années 90», commence par situer la pensée autochtone dans le grand courant de la réflexion universitaire, et M<sup>me</sup> Monture-OKanee commence son exposé en disant combien elle se sent mal à l'aise de se présenter devant une telle assemblée. Elle désigne plusieurs anciens dans le public; «je vois des maîtres dans ce public, et pourtant, c'est moi qui suis sur l'estrade», dit-elle. Elle se présente comme une conteuse d'histoires, quelqu'un qui a su négocier les contradictions, négocier la vérité. Elle répète constamment «la façon dont je vois les choses».

M<sup>me</sup> Monture-OKanee est une citadine de naissance, fille d'une mère blanche et d'un père mohawk, et un certain nombre d'années se sont écoulées avant qu'elle ne commence à explorer ses racines culturelles et à comprendre qu'«il y avait beaucoup de gens au milieu». Avant de proposer un moyen d'édifier un système judiciaire autochtone, il convient d'examiner la question des différences de valeur.

Il faut également discuter du sens de l'égalité. Dans le système euro-canadien, l'égalité est une composante de la «règle du droit», expression qui donne la chair de poule aux Mohawks [...] En tant que Mohawk moi-même, cela n'a rien à voir avec ma conception de l'égalité. Tant que l'on s'appuiera sur le droit pour définir l'égalité, il y aura toujours des problèmes, dit-elle.

«Il faut que nous comprenions le fait d'être autre», poursuit M<sup>me</sup> Monture-OKanee. Ce n'est que si l'on comprend cela que l'on pourra tenir compte des expériences

nombreuses et diverses des gens, et que l'on pourra comprendre ce qu'est la vraie égalité. «Je ne puis me présenter devant vous simplement comme une femme ou une Mohawk. La compréhension que j'ai de mon identité a été passée au crible de cette double expérience.»

La réforme judiciaire doit commencer par un examen des valeurs. Ce qui motive M<sup>me</sup> Monture-OKanee, ce n'est pas l'indigénisation du système judiciaire, «avec des gens à la peau brune qui appliqueraient des lois étrangères»; ce qu'il faut, c'est une double démarche. La discussion d'une réforme judiciaire ne doit pas faire oublier les personnes qui souffrent sous le régime actuel.

M<sup>me</sup> Monture-OKanee trouve quelque chose de «profondément repoussant» au système judiciaire canadien parce que celui-ci est fondé sur la notion de châtement. Le châtement a pour racine la violence, et un système judiciaire fondé sur la violence est une contradiction en soi. Un tel système ne permettra jamais d'instaurer une égalité véritable. La notion d'application coercitive remplace la notion autochtone de communauté et de collectivité, notions sur lesquelles un véritable système judiciaire devrait être fondé.

Passant ensuite au féminisme, M<sup>me</sup> Monture-OKanee déclare qu'il ne lui est pas possible d'adopter les principes essentiels du féminisme traditionnel parce qu'il accorde trop d'importance au système patriarcal et pas suffisamment au colonialisme. Historiquement, les systèmes judiciaires autochtones étaient fondés sur la parenté, la famille. «D'où sommes-nous tous issus? – des femmes. Les premiers enseignants étaient des femmes. Nous avons tous une mère. C'est notre point commun à tous.» La justice devrait être fondée sur l'équilibre et l'harmonie. «Si nous ne parvenons pas à trouver l'harmonie, nous aurons échoué dans notre tâche», dit-elle en conclusion.

## Présentation des projets pilotes

### *Programme de justice communautaire des Territoires du Nord-Ouest*

M. Sam Stevens, administrateur pour les juges de paix des Territoires du Nord-Ouest et représentant du gouvernement de ce territoire, parle de l'initiative du gouvernement en matière de justice communautaire. La population du territoire est constituée à 64 % d'autochtones et croît rapidement. Une augmentation encore plus rapide du taux de criminalité a conduit à un renforcement considérable du système de justice pénale, mais le problème n'a pas été résolu pour autant. Il y a un an, le gouvernement des T.N.-O. a consulté les collectivités autochtones, et c'est de là qu'est né le programme judiciaire communautaire.

Selon M. Stevens, le programme repose sur le principe de la reconnaissance du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale. Le Nunavut choisira son propre système judiciaire; d'autres peuples autochtones n'ont pas encore décidé de quelle manière ils exerceraient ce droit. La province négocie également l'administration de la justice à ce niveau en tenant compte de l'existence des droits communautaires. M. Stevens déclare que le gouvernement tient à ce que le système judiciaire respecte

les principes autochtones de justice; il a favorablement accueilli les suggestions et la participation des collectivités. Il est indispensable qu'un système judiciaire ait un sens pour celles-ci, notamment dans le cas d'un système parallèle mais distinct.

Des améliorations immédiates s'imposent cependant en ce qui concerne le système judiciaire existant. Actuellement, ce système accroît la participation communautaire, selon M. Stevens. Les juges associent les groupes communautaires au traitement des contrevenants. Des tribunaux communautaires se chargent de régler les différends qui surviennent dans les collectivités, et utilisent pour cela des juges de paix. Ces juges sont habituellement des personnes du cru, parfois des anciens, qui ont reçu une formation spéciale.

À Fort McPherson et dans d'autres collectivités, déclare M. Stevens, un comité judiciaire local permet à des groupes et à des représentants d'intérêts très divers de participer à l'élaboration d'un système judiciaire local, avec participation, également, d'organismes provinciaux et d'organismes d'application de la loi. Les anciens et d'autres groupes sont associés à la planification et à la médiation entre les contrevenants et la loi. C'est la collectivité elle-même qui décide de ce qu'elle veut, quand elle le veut; le rôle du gouvernement consiste à apporter son soutien à ces initiatives en assurant la formation, et en fournissant des ressources et une aide financière. Pour le moment, c'est ce dernier facteur qui freine ces initiatives. Mais les collectivités veulent également assumer cette responsabilité. Un certain nombre d'entre elles ont constitué, sans aucune aide, des comités judiciaires. C'est la première étape sur la voie de la création d'un système judiciaire autochtone, mesure qui contribue à accroître la mainmise et la responsabilité de la collectivité.

Manifestement, une forte participation communautaire est indispensable, déclare M. Stevens. La collectivité doit fixer ses propres priorités et le rythme d'application du programme, décider des mesures qu'elle entend prendre, et contrôler le processus tout entier. Il est indispensable que les collectivités autochtones et le gouvernement se respectent mutuellement.

### *Conseil communautaire de Toronto: Services juridiques autochtones*

Jonathan Rudin, directeur général des Services juridiques autochtones de Toronto (ALST), décrit un projet pilote lancé à l'intention des autochtones urbains ayant maille à partir avec la loi. Les ALST fournissent un centre d'aide juridique, des aides judiciaires et des agents de liaison; leur objectif est d'élaborer d'autres formules possibles pour la population autochtone de Toronto, qui compte environ 70 000 personnes, probablement la plus importante du pays. La moitié, environ, des Indiens inscrits au Canada vivent en dehors des réserves, comme (pour des raisons évidentes) presque tous les autres. «Nous ne pouvons pas exclure ces gens-là», déclare M. Rudin.

Le programme du conseil communautaire (CCP) joue le rôle de projet de déjudiciarisation après la mise en accusation pour les autochtones inculpés d'une infraction, déclare M. Rudin au panel. Les clients doivent assumer la responsabilité de leurs

propres méfaits. Ce qui intéresse le CCP, ce n'est pas la culpabilité ou l'innocence; il demande au client «qu'allons-nous faire de vous?». Ce client rencontre un petit groupe avec lequel il discute de son comportement et de ses causes. La démarche est holistique. Après consultation de représentants du système judiciaire, du client, de la victime (s'il y a lieu), et de tout autre organisme pertinent, le CCP décide du châtiement approprié pour l'acte commis – cure de désintoxication, restitution, service communautaire, lettre d'excuses à la victime, par exemple. Le programme n'existe que depuis mars 1992, mais les résultats préliminaires semblent prometteurs.

Le programme a été conçu en consultation avec les anciens et la collectivité autochtone de Toronto, et M. Rudin en esquisse l'historique. Il insiste sur le fait qu'il est très important de comprendre le passé du contrevenant, de lui apprendre à assumer ses responsabilités et de l'intégrer dans la collectivité.

### *Projet d'éducation judiciaire dans l'île de Vancouver sud*

M. Tom Sampson, président du Conseil tribal des premières nations de l'île de Vancouver sud, demande à trois collègues qui s'occupent du Projet d'éducation judiciaire de l'île de Vancouver sud d'intervenir à sa place. Le juge Doug Campbell, le procureur de la Couronne, M. Bob Gillen, et M<sup>me</sup> Cathy Louis, agent de liberté conditionnelle, décrivent le projet, qui assure la coordination entre le système judiciaire et les autorités tribales, y compris les anciens. Lancé au départ à la suite des critiques exprimées par les dirigeants autochtones et non autochtones à l'égard du système judiciaire et destiné à aider la population autochtone de l'île de Vancouver sud à mieux comprendre le système judiciaire, ce projet fait également appel à l'aide et aux conseils des autochtones, ainsi qu'à des projets de déjudiciarisation pour s'occuper des contrevenants. Jusqu'à présent, 188 cas ont été traités dans le cadre du programme. Les décisions judiciaires concernant les contrevenants dont l'inculpation est probable sont prises en consultation avec les anciens et la victime.

Dans leurs présentations, MM. Campbell et Gillen soulignent un avantage secondaire du projet : la compréhension interculturelle et une confiance accrues. Tous deux sont des Blancs qui appartiennent au système judiciaire canadien et qui ont complètement changé d'attitude après avoir été exposés à la culture et aux valeurs autochtones. Ce projet a jeté un pont entre les deux solitudes. L'éducation, en soi, n'est pas suffisante; ce sont les liens et les connaissances personnelles qui permettent de créer l'amitié et la bonne foi entre les deux peuples.

Le système judiciaire canadien est fondé sur un comportement rigide et structuré et il lui faudra un certain temps pour s'adapter, déclare M. Campbell. Dans ce programme conçu pour l'île de Vancouver sud, l'attitude des Salish a joué un rôle important car elle a montré aux autorités judiciaires que le dialogue ne compromet pas l'intégrité et que la culture autochtone a des valeurs et des principes à offrir au système judiciaire – ce qui représente un changement profond d'attitude.

M. Gillen signale que les médias sont intéressés à la manière dont l'île de Vancouver sud traite les cas d'agression sexuelle. Des 188 cas de déjudiciarisation, grâce à l'intervention du projet, seul un portait sur une infraction de nature sexuelle; il

s'agissait d'un cas particulier pour lequel le traitement proposé a été accepté avec l'approbation des anciens.

Selon M. Bates, la violence est endémique dans les collectivités autochtones. Les pensionnats créent des familles dysfonctionnelles qui causent à leur tour un comportement criminel. Le projet ne tolère pas la violence mais ses responsables estiment qu'il faut s'attaquer aux causes sous-jacentes de la violence. La violence sexuelle à l'égard des femmes est une question particulièrement difficile. Les femmes et les enfants ont besoin d'être protégés, défendus et soutenus, et il est indispensable que la collectivité crée immédiatement des structures pour les aider et pour régler le problème des comportements répréhensibles. «Il faut que nous changions leurs conditions d'existence», dit M. Bates.

Les anciens, tant hommes que femmes, sont un élément essentiel de ce programme et ont besoin d'une aide sur le plan de la prévention et du traitement, poursuit M. Bates. Le projet a besoin d'argent pour des dimensions essentielles telles que l'éducation, la formation, et les services. Les autochtones sont prêts à prendre des risques et à exposer leur vulnérabilité; ils ont le courage de dire ce qu'ils pensent, de partager, de faire preuve d'affection et de respect.

Tom Sampson, après avoir remercié ses collègues, insiste sur le fait qu'il est indispensable que la culture dominante tienne compte des points de vue et des valeurs des autochtones et permette l'établissement de liens et de rapports personnels entre les chefs autochtones et le système judiciaire – ce qui constitue le fondement de la confiance mutuelle. La perception que les autochtones et les Euro-Canadiens ont du monde est très différente, et les seconds devraient s'instruire auprès des peuples autochtones. Les anciens disent que les deux systèmes sont différents, et que cette différence tient à la langue.

Lorsqu'on jette des ponts entre les deux cultures, aucune des deux ne doit renoncer à quoi que ce soit, mais pour qu'un système judiciaire, quel qu'il soit, puisse fonctionner, il faut que les deux partagent le pouvoir. «Il n'y aura de coexistence que lorsque la culture dominante nous aura fait une place et aura accepté la manière dont nous vivons depuis des siècles», déclare M. Sampson.

## Discussion

M<sup>me</sup> Cathy Louis, qui participe au projet de l'île de Vancouver sud est également membre de la Commission nationale des libérations conditionnelles; elle déclare qu'il faut que les deux parties prennent le risque d'apprendre à se connaître; l'éducation et la sensibilisation aux cultures des uns et des autres créent le respect et la confiance. Lorsque des non-autochtones découvrent des coutumes salish telles que celles de la Grande hutte et la sucrie, leur attitude change. La société blanche a beaucoup à apprendre des peuples autochtones.

Elsie Zion, professeure navajo à l'Université du Nouveau-Mexique et juge en chef à Albuquerque, déclare : «Ces orateurs m'ont réchauffé le cœur.» Elle insiste sur

l'importance du respect des valeurs des uns et des autres; «il faut écouter et respecter ce que nous disons les uns et les autres, que nous soyons d'accord ou non.»

Le juge de paix de l'Ontario, Joe Morrison, déclare qu'il a essayé d'utiliser les mêmes méthodes que le projet de Toronto et demande quelle est la rétroaction reçue par le conseil communautaire. M. Jon Rudin répond qu'il y a, pour le moment, eu peu de réactions, car le projet est encore tout nouveau, mais que lui et ses collègues ont l'impression que cela se passe bien. M. Rudin parle du problème que pose l'obtention du consentement de la victime lorsqu'on propose un traitement en remplacement d'une sanction pénale dans les cas de violences sexuelles. Il arrive souvent que la victime veuille simplement que son attaquant soit puni et qu'elle refuse d'accepter la formule de la déjudiciarisation, jusqu'à ce qu'elle se rende compte qu'elle n'obtiendra pas nécessairement le résultat qu'elle souhaite.

M. Zebedee Nungak, à la suite des discussions auxquelles ont donné lieu son exposé de ce matin (voir le rapport précédent), déclare qu'il ne refuse pas de travailler dans les limites du système. Le comité d'étude du système judiciaire des Nunavut, qu'il préside, recommandera des améliorations au système judiciaire en consultation avec les travailleurs judiciaires et les anciens. «Nous avons bombardé les intervenants judiciaires de valeurs Inuit pour les faire changer d'attitude.» M. Nungak ne fait cependant pas preuve d'intransigence; il ne s'agit pas de choisir entre «eux et nous». Son comité présentera un rapport en faveur d'améliorations et de réformes destinées à mieux adapter le système aux besoins des Inuit.

Carol Montagnes, directrice exécutive de l'Ontario Native Council on Justice, participe à la sensibilisation interculturelle de membres du personnel judiciaire, notamment le personnel correctionnel, les procureurs de la Couronne, et (bientôt), la police provinciale de l'Ontario. Elle demande aux représentants de l'île de Vancouver sud s'ils sont tout à fait certains que leur travail de sensibilisation change vraiment les attitudes des travailleurs judiciaires euro-canadiens. «Avons-nous vraiment fait du bien, ou nous contentons-nous de créer des racistes sensibilisés aux autres cultures?» M<sup>me</sup> Cathy Louis lui répond que le racisme existe effectivement, mais que l'évolution des attitudes a un effet sur le traitement des contrevenants autochtones, notamment lorsque le personnel commence à comprendre la colère que de nombreux autochtones éprouvent. Elle est convaincue que le changement est bénéfique.

Également en réponse à M<sup>me</sup> Montagnes, M. Doug Campbell cite le cas d'un de ses amis qui avait participé sans entrain à un programme de sensibilisation aux valeurs autochtones. Après le premier jour, cet ami lui avait dit : «C'est intéressant.» Après le deuxième, il avait dit : «D'accord, mais je ne suis pas convaincu.» Il y a cependant eu un déclic, le troisième jour, et son ami lui a dit : «Comment ai-je pu montrer tant d'aveuglement?» M. Bob Gillen parle de sa propre expérience – il raconte comment, entraîné contre son gré à un programme à Kamloops, il avait renoncé à ses vieux principes et en était reparti «sinon remis dans le droit chemin, en tout cas, moins profondément dans l'erreur». M. Morse, l'animateur, déclare que la sensibilité aux autres cultures ne constitue pas une entité unique.

La commissaire Marie Sillett déclare que les commentaires de M. Nungak au sujet des coutumes inuit telles que l'achat des épouses ont créé tout un remue-ménage après la réunion. M. Nungak déclare qu'il a utilisé cet exemple uniquement pour illustrer les différences de valeurs dont devra tenir compte tout nouveau système judiciaire. C'est sans doute un mauvais exemple, dit-il, mais il illustre ce qui était accepté avant le contact avec les Blancs, et n'est plus acceptable aujourd'hui. De telles valeurs étaient fondées sur une entente communautaire et sur des moeurs dominées par le principe de la survie. Au fur et à mesure que le système judiciaire s'ouvrira aux valeurs autochtones, il se peut que nous découvriions que certaines choses n'y ont pas leur place, fait observer M. Nungak; c'est la raison pour laquelle nous aurons peut-être besoin d'un système judiciaire autochtone distinct.

M. Leroy Littlebear évoque la nécessité d'une sensibilité accrue à la culture, aux valeurs et aux pratiques autochtones dans les facultés de droit. «Le système judiciaire a honnêtement tenté de répondre aux besoins des autochtones», dit-il, mais la préparation des étudiants en droit exigera un changement des attitudes et des méthodes d'enseignement. «L'enseignement du droit devrait être tenu responsable de son produit», conclut-il.

James McPherson fait observer que les facultés de droit s'améliorent, et que le nombre accru d'étudiants en droit et d'avocats autochtones créera une différence. Il compatit aux difficultés avec lesquelles les étudiants en droit autochtones sont aux prises. Il pose également des questions au sujet de la collectivité autochtone de Toronto. Comment définir une telle collectivité dans une métropole? Il est simple de le faire dans les petites localités ou dans les réserves, mais non dans les grands centres urbains.

M. Rudin répond que les personnes qu'il représente se définissent elles-mêmes. La collectivité autochtone de Toronto est dispersée. Les organismes existants fonctionnent selon le principe voulant que leurs clients se définissent eux-mêmes comme autochtones. Quelles que soient leurs origines, les autochtones partagent des valeurs communes et se reconnaissent entre eux; l'élément distinctif n'est peut-être pas évident, mais il existe. La collectivité ne ressemble pas à celle d'une réserve, en partie parce que de nombreux autochtones des villes ne peuvent ou ne veulent pas retourner chez eux.

D'autre part, les organismes urbains doivent fonctionner d'une manière assez différente de ceux des réserves, déclare M. Rudin. Dans les réserves, tout se fait en public, ce qui est normal. Le CCP procède de manière plus discrète, étant donné que ses clients ont souvent besoin d'aborder des questions d'ordre personnel. Dans les collectivités auxquelles elles appartiennent, les victimes de mauvais traitements éprouvent peut-être le sentiment de ne pouvoir en parler et décident donc parfois de s'en aller, mais en ville, elles continuent d'avoir besoin de la compagnie d'autres autochtones.

Teressa Nahanee, conseillère constitutionnelle de la Native Women's Association of Canada, demande aux commissaires de ne pas perdre de vue le sexisme et de ne pas oublier les problèmes auxquels sont confrontées les femmes autochtones. Elle



mentionne l'importance accordée par les médias à l'affaire de la violence sexuelle dans l'île de Vancouver sud, dans laquelle le coupable a bénéficié d'une mesure de déjudiciarisation, et elle déclare que la solution adoptée n'était pas adéquate. Elle s'interroge également sur le rôle joué par les femmes dans le projet de l'île de Vancouver sud. Dans le vidéo présenté par ce projet, une sage décrit son retour chez elle, après que son époux lui eut fait subir de mauvais traitements; elle déclare que les chrétiens doivent pardonner et qu'elle est obligée de revenir à cause de ses enfants. M<sup>me</sup> Nahance s'interroge sur la pertinence du message ainsi adressé à l'ensemble de la population.

Le juge Campbell répond que la participation des femmes autochtones au projet de l'île de Vancouver sud jouit d'une priorité élevée. Il a assisté, lors d'une importante conférence à Saskatoon, à un panel spécial de femmes et a beaucoup apprécié leur franchise. «Je ne comprends pas la vie autochtone et je ne me permets donc pas de juger leur présentation, dit-il; nous ne choisissons pas les personnes qui se présentent.» Dans le vidéo, la sage parlait de l'importance qu'avait pour elle sa vie de famille, du fait que cette vie excluait toute autre considération. Le terrible exemple dont elle avait parlé témoignait de la force de ses convictions. «Je ne me permettrais jamais de contester celles-ci», de conclure M. Campbell.

M. Tom Sampson déclare que la traduction crée souvent des problèmes; ce que cette femme avait dit ne correspondait pas à la traduction. Selon M. Sampson, elle parlait du pouvoir et de la force des femmes, de leur capacité de survivre.

M<sup>me</sup> Sillett répète que le message exprimé par de telles images est important. En essayant d'ouvrir le système judiciaire canadien à la culture et aux valeurs traditionnelles, les anciens autochtones peuvent (par exemple) dire que chez eux, les hommes avaient le droit de battre les femmes, et que celles-ci gardaient le silence. Cela donne aux juges l'impression que la violence physique ou sexuelle est une réalité culturelle communément acceptée.

M. Gerry Morin déclare que la langue est un facteur important. La modification des mécanismes du système judiciaire est la première étape, mais le contenu forme l'autre membre de l'équation. «Il n'y a pas que la manière dont vous enseignez, il y a aussi ce que vous enseignez», dit M. Morin dans sa mise en garde contre le danger de distinguer les deux questions. Dans sa langue, le mot «juger» signifie littéralement «arranger les choses», mais il s'apparente également au mot qui veut dire «perdre des choses».

L'éducation se solde par la perte de certains éléments, dit M. Morin, mais on peut toujours préserver intact son moi intérieur. «Nous sommes obligés de marcher dans deux mondes différents»; ses huit années à l'université sont contrebalancées par 31 années dans sa propre collectivité. La culture autochtone et la culture blanche doivent savoir chacune enseigner et donner, mais elles doivent aussi savoir apprendre et prendre. En *common law*, fruit de nombreuses années d'évolution sans apport autochtone, on devra commencer à tenir compte de l'existence des peuples autochtones.

M. Zebedec Nungak cite les paroles du chef Sampson : «Il faut écouter ce que les gens disent tout cru.» Une énumération brute des coutumes inuit en comprendrait deux (l'achat des épouses et la mise à mort sur décision des chefs) qui appartiennent à une époque révolue. Ces coutumes n'avaient rien de plaisant, mais elles existaient. Elles ne figureraient pas dans un nouveau code mais celui-ci comprendrait d'autres coutumes, par exemple, celle de l'adoption et les dispositions concernant le déroulement des procès en inuktitut, étant donné que de 60 % à 65 % des membres de son peuple sont des Inuit unilingues.

M. Brad Morse résume le débat en faisant observer que les deux heures avaient un thème commun : les initiatives dans le domaine de la justice autochtone sont à la limite du système judiciaire canadien, mais ne s'en écartent pas. «Il faut que nous allions au-delà du partage de l'information, qui est important mais facile, pour parvenir au stade où nous partagerons nos idées» et nous devons faire face à de difficiles questions, telles que l'incompatibilité des pratiques traditionnelles et du système judiciaire actuel. Nous avons affaire à des conflits de valeurs et à des lacunes linguistiques, dit M. Morse; nous aurons besoin d'une véritable sensibilisation aux autres cultures.

## La nation navajo : l'expérience américaine

La CRPA a invité le juge en chef Robert Yazzie de la nation navajo à présenter le discours thème. M. Yazzie commence par expliquer l'importance des mères dans la société navajo. «Nous avons un grand respect pour les mères», dit-il. Il remercie les commissaires de l'avoir invité au Canada et d'avoir récemment rendu visite à la nation navajo.

Lorsque M. Yazzie a été nommé juge en chef, il y a quelques mois, on lui a demandé : «Quel est votre concept de la justice navajo?» – et il y réfléchit sérieusement depuis. Pour certains, les tribunaux navajo sont des copies du système judiciaire américain, mais beaucoup des similarités ne découlent pas d'un libre choix ou d'une volonté de son peuple, dit-il. Le système navajo d'agents de la paix montre combien le sens navajo de la justice est différent.

La justice anglo-américaine repose sur un système antagoniste mais la nation navajo s'est orientée vers un système différent. Avec le système d'agents de la paix, il est nécessaire de «bien réfléchir aux choses» et l'on parvient à une résolution au moyen d'un jugement consensuel, sans recourir à des juges, des jurys ou des prisons. Ce système prouve que les coutumes des Navajos survivent à notre époque.

Aux États-Unis, il existe aujourd'hui 170 tribunaux tribaux. Les premiers tribunaux navajos étaient des *Courts of Federal Regulation (CFR)* qui n'appliquaient pas les lois traditionnelles. En fait, les CFR ont été établis «pour détruire le système judiciaire et le mode de vie navajos». Les procédures traditionnelles de mariage et de divorce ont par exemple été interdites. Le gouvernement américain voulait forcer les Navajos à «penser, parler et se comporter comme des anglo-américains», déclare M. Yazzie.

Les *CFR* ne tiennent plus audience en territoire navajo. Les tribunaux tribaux ont été établis en 1959 pour mettre un terme à la juridiction de l'État sur les territoires navajos et, en 1985, le système a été réformé. Le système actuel comprend sept tribunaux judiciaires (cour de district, tribunal de la famille, cour des petites créances, etc.) et des agents de la paix, qui sont issus de la base.

La nation navajo n'a pas de constitution et ses trois organes de gouvernement élaborent, adoptent, et font appliquer les lois après un examen et des délibérations approfondis. Le système comporte des poids et contrepoids, et toutes les délibérations et tous les jugements des tribunaux sont consignés. Dans les cas où il n'existe aucune loi navajo, il arrive que la loi de l'État et la loi fédérale soient appliquées, mais les tribunaux ont aussi pour fonction d'élaborer une nouvelle jurisprudence. «Le tribunal est juste et impartial», de dire M. Yazzie.

Le tribunal instruit des affaires pour lesquelles la peine maximale est six mois de prison ou une amende. Dans le cas d'accusations plus graves, les affaires sont instruites par le tribunal navajo et par le tribunal fédéral. Le tribunal instruit 85 000 affaires dont 24 000 infractions de la circulation. La Cour suprême navajo a instruit 30 affaires et les tribunaux de première instance prononcent également des jugements. Les tribunaux instruisent des affaires dans lesquelles des Indiens sous juridiction indienne sont accusés; ils n'ont aucune juridiction criminelle en ce qui concerne les non-Indiens.

Il y a 17 juges navajos : trois siègent à la Cour suprême et 14 dans des cours de district. Sept juges sont des femmes et trois ont fait des études de droit. Cent quarante employés travaillent pour les tribunaux. La nation navajo ne nomme que des membres de l'Association du Barreau de la nation navajo comme juges. Il y a actuellement 140 membres du barreau, certains indiens, d'autres non indiens. L'examen du Barreau consacre plus de huit heures au droit navajo.

Les tribunaux siègent en anglais et en navajo et l'on fait appel à des interprètes au besoin. L'accusé a droit à un procès avec jury dans les affaires criminelles, mais pas toujours dans les affaires civiles. Le système navajo est un système judiciaire vertical. Par contre, le système anglo-américain est horizontal; on trouve à son sommet des juges dont «le pouvoir d'affecter les vies humaines est inouï», poursuit M. Yazzie.

Le système anglo-américain s'appuie sur la coercition et le contrôle pour forcer les gens à faire ou à ne pas faire quelque chose, dit-il ensuite. «C'est une situation où il y a un gagnant et un perdant, pas deux gagnants. L'un a raison, l'autre a tort. Le but est de punir, pas d'enseigner quelque chose.» Dans ce système, l'accusé est impuissant, il est victime. Le résultat est que «la justice n'est pas ou peu rendue et rien n'est fait pour remédier aux causes sous-jacentes du problème». Les membres de la famille de l'accusé deviennent eux aussi des victimes et n'ont pas leur mot à dire dans ce processus.

Le système des agents de la paix est radicalement différent du système anglo-américain. Les agents de la paix font leur possible pour que les relations avec la famille proche et la famille étendue ne soient pas interrompues. Ils discutent des problèmes, s'entendent avec toutes les parties concernées par le conflit et rétablissent l'harmonie.

L'idée de base du programme est de permettre aux gens de résoudre leurs propres problèmes sans l'interférence de juges ou de procureurs, explique M. Yazzie.

«Le système des agents de la paix est-il meilleur?» La force, la coercition et le contrôle ne sont pas utilisés et les affaires sont réglées en fonction des besoins individuels. Il n'y a ni «bon» ni «méchant» et toutes les parties sont traitées de la même façon. Alors que le système anglo-américain a un prix – les gens qui en ont les moyens peuvent s'offrir les meilleurs avocats – les agents de la paix ne sont pas à vendre. Il n'y a pas d'honoraires à payer et les agents de la paix représentent toutes les parties dans une dispute. «C'est la justice pour tous», dit M. Yazzie. Les agents de la paix rétablissent la vraie justice parmi les individus et restaurent l'harmonie dans les familles, les collectivités et la société.

Rappelant les émeutes de Los Angeles à la suite de l'acquiescement des policiers accusés d'avoir battu Rodney King, M. Yazzie fait remarquer que l'injustice aggrave les problèmes sous-jacents dans les collectivités défavorisées et fait éclater le mécontentement. À son avis, les gens des collectivités sont capables de résoudre leurs propres problèmes.

En s'appuyant sur son expérience du système judiciaire navajo, M. Yazzie offre quatre recommandations à la CRPA :

- N'ayez aucune crainte. La justice autochtone fonctionne, mais cela demande un travail considérable.
- Laissez aux autochtones la latitude dont ils ont besoin pour faire fonctionner leurs systèmes judiciaires.
- Soutenez les gouvernements autochtones en leur fournissant les ressources nécessaires pour accomplir cette tâche.
- Appuyez le processus et aidez à cerner les conflits.

«N'essayez pas d'imposer votre justice aux peuples autochtones et de leur parler de vos lois, conclut M. Yazzie. Nous avons l'intention de continuer à être des Navajos et nous rendrons la justice selon nos propres méthodes, que cela vous plaise ou pas. N'essayez pas de nous arrêter. Joignez-vous plutôt à nous. En chemin, vous apprendrez à mieux vous connaître.»

## **Exploration des modèles communautaires de justice autochtone**

La séance de l'après-midi commence par une allocution imprévue de Kim Campbell, ministre de la Justice, qui réitère son engagement envers la promotion de la réforme de la justice autochtone en collaboration avec les premières nations. Nous ne devons pas laisser les échecs récents dans le domaine constitutionnel «nous faire oublier l'importance de cette tâche, rappelle-t-elle. Je suis certain que le travail que vous faites ici aidera grandement à repérer les chemins sur lesquels nous devons avancer ensemble» pour parvenir à une société plus juste.

M<sup>me</sup> Campbell explique que son mandat en tant que ministre de la Justice lui a permis d'en apprendre davantage sur les autochtones au Canada. «J'ai beaucoup appris sur les espoirs, les besoins et les attentes des autochtones, ajoute-t-elle. J'ai également pris conscience du fait que, pour moi, le processus d'apprentissage ne fait que commencer.»

En s'appuyant sur son expérience, elle énumère une série de questions qui se poseront vraisemblablement au cours du cheminement vers un changement significatif. «Il ne m'a pas été facile d'admettre que, pour certains, nos lois et nos tribunaux sont considérés comme des moyens d'oppression et non comme des mécanismes qui servent à administrer la justice, dit-elle. Je me suis rendu compte que l'administration de la justice, en dépit des bonnes intentions de la plupart des gens qui y travaillent, n'est pas toujours, peu s'en faut, arrivée à répondre aux besoins des autochtones qui, trop souvent, ont affaire à nos tribunaux en tant que contrevenants, victimes et collectivités [...] J'ai appris que les autochtones sont trop souvent aliénés et rejetés par le système judiciaire actuel et que nombre d'entre eux se sentent incapables ne serait-ce que d'aider à déterminer ce qui va arriver aux membres de leur collectivité qui ont maille à partir avec la justice.»

La ministre reconnaît par ailleurs que trop d'autochtones sont incarcérés dans des établissements fédéraux, provinciaux et territoriaux, souvent parce qu'ils n'ont pas assez d'argent pour payer les amendes. «Cela me trouble profondément de penser que certains autochtones purgent actuellement des peines de prison parce qu'ils n'avaient pas la volonté, ou les moyens, de présenter une défense aux accusations portées contre eux. Si c'est le cas d'un seul autochtone, c'en est un de trop.» Elle trouve inquiétant que beaucoup de professionnels de la justice «savent très peu de choses des individus et des collectivités autochtones qu'ils sont censés desservir» et semblent peu disposés à approfondir leur savoir. «Cela aussi doit changer, déclare la ministre. Nous devons nous y employer avec acharnement et dans les plus brefs délais.»

La chose la plus importante dont nous ayons pris conscience, poursuit Kim Campbell, est que «l'heure est venue de passer à l'action. Il est de notre devoir de mettre à profit ce que nous avons appris. Certaines collectivités autochtones, comme celle de l'île de Vancouver sud, ont déjà progressé vers la définition de nouveaux rapports reposant sur la confiance et la collaboration et ont appris en cours de route que l'on attendra parfois de la réforme de la justice autochtone qu'elle satisfasse à des normes auxquelles même le système judiciaire actuel ne pourrait satisfaire».

La ministre rappelle les paroles du chef David Keenan de la première nation tlingit de Teslin, un membre du panel de l'après-midi, qui a également participé à la Conférence sur la justice autochtone qui s'est tenue à Whitehorse, en 1991 : «Quand nous nous tournons vers l'avenir, celui-ci est flou. Aucune carte ne nous indique la route. Aucun chemin n'a été tracé et l'on ne peut pas regarder des deux côtés de l'arbre et voir où l'on va et d'où l'on vient. C'est aux autochtones de décider de l'avenir et ils doivent le faire.» Pour conclure, Kim Campbell déclare que «les membres des collectivités sont peut-être les mieux placés pour tracer le chemin qui nous mènera ensemble dans de nouvelles directions et dans d'autres qui méritent d'être

reprises. Les gens qui empruntent ces chemins et ceux qui en cherchent de nouveaux ne devraient pas sous-estimer l'importance de leur rôle sur la voie du changement.»

### *Le Conseil judiciaire tlingit de Teslin*

Le chef Keenan, le premier membre du panel à prendre la parole lors de la séance de l'après-midi, commence par insister sur la nécessité du changement. «Nous savons pourquoi nous sommes ici, dit-il. Nous savons que le système actuel ne fonctionne pas. Nous savons que l'assimilation de notre peuple au cours des 500 dernières années a échoué» malgré les séquelles des écoles des missionnaires et l'incarcération injuste.

Pour nous remettre de ce passé, nous devons revenir au patrimoine autochtone, dit le chef Keenan. «Nous devons reconnaître que nous avons nos façons traditionnelles de faire les choses. Nous les avons autrefois. Maintenant, nous devons nous en servir.» Il ajoute que les premières nations partagent certaines valeurs de base avec les autres Canadiens, même si elles établissent différemment leurs priorités. Une fois que les non-autochtones auront admis cela, «ils commenceront à comprendre que, ciel, ces gens n'étaient pas que des sauvages au fin fond des forêts».

L'un des dogmes de base du droit traditionnel est que les gens sont responsables les uns envers les autres et envers la collectivité dans son ensemble. «Il faut que vous compreniez que nous fonctionnions un peu différemment [...] mais les normes aujourd'hui sont semblables à celles de la *common law* canadienne.» Les Tlingits préférèrent la guérison à l'incarcération sans pour autant rejeter l'exil intérieur ou la mort lorsqu'une punition sévère s'impose. Mais «si vous arrivez à accepter la méthode, la philosophie selon laquelle personne, en particulier aucun Tlingit, n'est indispensable, alors on peut avancer».

Le défi aujourd'hui est de rassembler des gens moralement qualifiés pour prendre des dispositions au sujet des questions de justice autochtone et d'éviter de se perdre dans les questions de juridiction, poursuit le chef Keenan. En fin de compte, ce sont les collectivités concernées qui devront conférer cette autorité. «On ne peut conférer les pouvoirs aux dirigeants, souligne-t-il. On doit les confier à la collectivité, aux gens[...] et c'est à cela que nous devons nous employer [...] En ce qui me concerne et en ce qui concerne mon peuple, cela doit se faire dans le contexte des négociations au sujet de l'autonomie gouvernementale.»

Citant feu Elijah Smith, un ancien qui dirigeait le mouvement pour l'autonomie gouvernementale au Yukon, le chef Keenan suggère que les obstacles viennent parfois des gens qui appliquent les lois plutôt que des lois elles-mêmes. «Bien souvent, ce sont les attitudes qui ne changent pas», dit-il, mentionnant que cela l'avait contrarié de voir que le gouvernement fédéral avait rejeté toute responsabilité quant aux opinions exprimées dans les rapport du Yukon sur la justice autochtone.

Chez les Tlingits, les dirigeants des cinq clans, ou leurs représentants, siègent aux côtés des juges et participent à la détermination de la peine. Personne n'a besoin d'un historique détaillé de l'affaire «parce qu'ils connaissent la collectivité à fond, explique-t-il. Leur présence dans la salle d'audience s'apparente à celle d'un jury et

commence à communiquer à la collectivité le respect des méthodes et des valeurs traditionnelles. Les anciens commencent à régir l'équilibre des pouvoirs, ce qui est très bien.» Lorsque ceux-ci sont mieux répartis, la collectivité commence à manifester non seulement son pouvoir mais aussi l'appui qu'elle est à même d'accorder. Tout le monde est un policier. En fin de compte, l'intérêt pour la justice et la prise en charge de celle-ci ont «leurs ramifications dans la société [...] et c'est là leur place. Ce cercle est un outil très puissant, extrêmement puissant, parce que vous n'avez pas le sentiment qu'on vous cherche querelle. Vous vous sentez soutenu.»

L'un des problèmes du système actuel, explique-t-il, est qu'il n'existe aucune ressource permettant de recourir à d'autres solutions que la condamnation. L'exploitation sexuelle subie dans les pensionnats peut être à l'origine d'un alcoolisme étant lui-même la cause d'une infraction; malgré cela, le système judiciaire ne prévoit que l'incarcération et aucun service de conseil. «C'est de ressources dont nous avons besoin. Nous ne pouvons nous contenter de refuser les gens ni de les renvoyer dans leur collectivité».

Les Tlingits sont en train de mettre en place un centre de traitement des alcooliques à Teslin, pour que les membres de la collectivité puissent recevoir l'aide dont ils ont besoin sans devoir aller ailleurs et s'intégrer dans une autre culture autochtone. Simultanément, un nouvel établissement correctionnel créera de nouveaux emplois dans la collectivité, et s'inspirera d'une philosophie de ressourcement en vertu de laquelle les gardiens de prison n'ont pas leur place. Selon le chef Keenan, l'établissement travaillera souvent avec des familles entières, plutôt qu'avec des particuliers, pour favoriser une démarche de correction et de ressourcement complète.

### *La Cour de Kahnawake*

Winona Diabo, administratrice du tribunal de la première nation kahnawake près de Montréal, décrit ensuite la façon dont sa collectivité a mis au point, au cours des douze dernières années, un système judiciaire indépendant. «Nous n'avons aucun financement, dit-elle. Nous l'avons fait seuls. Ce sont les contraventions émises par nos gardiens de la paix de Kahnawake qui ont financé cette entreprise. Avec les revenus provenant des amendes, nous payons les salaires de 33 agents, dont quatre femmes, ainsi que d'un certain nombre d'employés du tribunal.» Selon Winona-Diabo, la collectivité s'efforce d'adapter et de faire revivre les valeurs traditionnelles incarnées par la Grande loi de la paix, pour tenir compte des nouveaux défis qui n'existaient pas dans les premières années de la civilisation mohawk. À l'époque, on n'avait pas besoin de punition sévère pour ceux qui avaient enfreint la loi. Aujourd'hui, cependant, la collectivité est confrontée à des infractions d'une nouvelle nature qui reflètent les influences subies plus récemment.

À l'origine, le tribunal mohawk de Kahnawake est né du désir de la collectivité que toutes les affaires relatives aux infractions et à l'application de la loi soient instruites sur place, par une institution dont la totalité du personnel est autochtone. Le procureur est la seule exception et le tribunal a passé un contrat avec un groupe d'huissiers qui délivrent les documents aux gens des collectivités environnantes. Kahnawake a son propre matériel de sténographie; des services d'interprétation de

l'anglais et du français au mohawk sont disponibles sur demande et le tribunal peut tenir des procès entièrement en mohawk. Le tribunal instruit régulièrement des affaires concernant des voies de fait simples, la violation de la paix, des voies de fait sur un agent de police, la résistance à l'arrestation, des infractions routières, des vols de moins de 1 000 \$, des dégâts matériels et des infractions de la circulation aux termes des règlements de la collectivité ou de certaines lois provinciales.

En plus d'éprouver des difficultés de financement, le tribunal a eu du mal à offrir une gamme suffisante de services. On a actuellement besoin d'accroître les activités du tribunal pour adolescents, de créer une cour des petites créances, et de lancer un programme de travailleurs communautaires et un service de médiation. Néanmoins, les juges de Kahnawake sont parvenus à résoudre des problèmes de dégâts matériels, de voies de fait et de conduite en état d'ébriété en appliquant les principes traditionnels. De nombreux conflits ont été réglés par la libération inconditionnelle en stipulant que les contrevenants devaient recevoir des services de conseil des Services sociaux de Kahnawake. M<sup>me</sup> Diabo ajoute que les juges ont également offert officieusement beaucoup de conseils et d'appui dans leur cabinet.

Le Tribunal mohawk de Kahnawake instruit actuellement dans une même séance des affaires concernant des plaideurs autochtones et non-autochtones – en partie parce que la plupart des infractions de la circulation sont commises par des gens de l'extérieur de la collectivité. Le tribunal a parfois été critiqué par des membres de la collectivité qui l'accusent d'être un système de Blancs. Mais, selon M<sup>me</sup> Diabo, on a vraiment essayé de construire un système judiciaire communautaire centré sur les idéaux de la Grande Loi. «Si tout le monde vivait vraiment selon les traditions, dit-elle, un tribunal ne serait même pas nécessaire, l'ordre n'aurait pas besoin d'être maintenu.»

Joyce K. Mitchell, une Mohawk d'Akwesasne qui travaille à temps partiel comme juge de paix à Kahnawake explique que ses responsabilités au tribunal comprennent l'assermentation, les déclarations solennelles et les mandats de perquisition, le renvoi en détention provisoire, l'audition de motions préliminaires, les déclarations sommaires de culpabilité aux termes du *Code criminel* et l'application des règlements de la bande et du conseil mohawks. Elle ajoute qu'elle a beaucoup de latitude dans son poste : le jugement peut-être remis à plus tard en attendant une évaluation de toxicomanie ou pour permettre à un individu de montrer qu'il peut respecter l'ordre et bien se tenir dans la collectivité. «Très souvent, dit-elle, ça marche. Je ne les revois pas.»

Le manque de services de soutien est un problème qui revient souvent. D'après la juge Mitchell, les programmes de travail communautaire manquent de cohérence, même si les obligations de ne pas troubler la paix publique lui permettent de procéder à une médiation directe. «On convoque les parties, elles délibèrent de ce qui s'est passé, me font part de leurs suggestions et je fais mes recommandations», explique-t-elle. En trois ans, deux des jugements de la juge Mitchell ont fait l'objet d'un appel mais ils ont été renvoyés pour un nouveau procès dans la collectivité.

L'un des problèmes du système actuel est que les non-autochtones de l'extérieur de Kahnawake refusent souvent de reconnaître le pouvoir de la collectivité de régler ses



propres affaires. Cette attitude peut également viser l'administration des règlements de la circulation, bien que ceux-ci s'inspirent du *Code de la route du Québec*. «Lorsque cet argument est avancé sur les tribunes politiques, cela crée des tensions et engendre la méfiance à l'égard du système, dit-elle. Les forces politiques ne s'entendent pas toujours au sein de la collectivité [...] C'est normal d'avoir ses opinions. Je les respecte et vous devez respecter les miennes. Je pense que c'est vraiment important dans notre collectivité.»

D'après la juge Mitchell, un système de justice traditionnel permettrait la médiation entre les parties ainsi que le service à la communauté et autres formes de restitution. «Une peine de prison est vraiment dure pour un Mohawk ou un autochtone. Ils ne comprennent pas le système et parfois, ils répondent coupable sans comprendre ce que cela signifie pour eux. Alors j'essaye de ne pas imposer de peines de prison parce que ce n'est pas très bon pour notre peuple. Mais au bout du compte, si une personne ne reconnaît pas ce qu'elle a fait, n'admet pas qu'elle est toxicomane et refuse de changer son comportement, il n'y a parfois pas d'autre solution.» La tradition mohawk prévoit également un système de trois avertissements, le troisième avertissement étant suivi de l'exil intérieur.

### *Projet judiciaire de la première nation d'Attawapiskat*

Reg Louttit, ancien chef de la première nation d'Attawapiskat, dans le nord de l'Ontario, explique comment a été élaboré le modèle du conseil des anciens pour la justice autochtone dans sa collectivité. L'idée du projet, qui se déroule maintenant depuis deux ans, est venue de résidents locaux aux prises avec la douleur de l'incarcération d'un proche à Toronto ou à Sudbury, et des membres de la famille essayant de composer avec leur absence. Le projet a reçu un financement provincial en 1990, puis en 1991, en dépit du fait que le gouvernement a manifesté de sérieuses réticences quant à la poursuite du programme parce que la collectivité n'était pas en mesure de produire de la documentation écrite sur la loi traditionnelle.

«Dans le passé, l'écriture ne faisait pas partie de notre vie, dit M. Louttit. Nous menions une vie de chasse, de pêche, de piégeage et de cueillette et les lois étaient transmises oralement d'une génération à l'autre. Notre collectivité commence maintenant à écrire ses lois et les peines pouvant être imposées aux gens accusés d'infractions.»

L'une des principales priorités du projet judiciaire de la première nation d'Attawapiskat est de remplacer l'incarcération par le service à la communauté. «Nous avons dit : pourquoi enfermer les gens? À quoi cela sert-il de les mettre en prison? Ils en reviennent plus aigris que jamais et continuent à enfreindre la loi. Maintenant, on condamne les contrevenants à couper du bois pour les anciens pendant un mois, à aller chercher l'eau à la rivière, à faire des travaux ménagers dans la collectivité ou à prendre des animaux au piège pour payer, grâce à leurs fourrures, le remplacement d'une fenêtre ou d'une porte cassée. La peine est adaptée à la gravité de l'infraction et à l'âge du contrevenant.»

Non seulement ce type de peine permet d'éviter d'envoyer les gens en prison, mais il permet également de leur faire découvrir des compétences et des métiers utiles. «Au

lieu de faire des dégâts ou de traîner à ne rien faire, dit M. Louttit, ils peuvent gagner de l'argent sur les lignes de piégeage ou en faisant de l'artisanat traditionnel. La collectivité essaye en outre de s'occuper des infractions le plus rapidement possible au lieu d'attendre que le tribunal puisse se réunir. Pour une fenêtre cassée, par exemple, un jugement prononcé le lendemain peut consister tout simplement à faire remplacer la vitre au contrevenant.»

Le modèle d'Attawapiskat a reçu l'appui du système judiciaire non autochtone, déclare M. Louttit. Lorsque la cour se réunit tous les trois mois, les anciens sont invités à juger les affaires avec le juge. C'est une amélioration par rapport à l'ancienne façon de procéder, lorsque les juges imposaient des peines de prison sans connaître les antécédents de l'accusé et de sa famille.

Pour clore la séance, la présidente Rachel Qitsualik fait remarquer que les interrogations sur la justice fondamentale sont communes à de nombreuses collectivités autochtones. Les présentations ont fait ressortir l'existence de deux systèmes judiciaires – un qui est étranger aux gens et ne fonctionne pas et un autre qui essaye d'intégrer le sens de la vie à une approche fructueuse.

## **Dernière séance plénière : examen des modèles des projets pilotes**

Au cours de la dernière séance de la journée, les participants et les membres du panel discutent librement des programmes judiciaires autochtones de Teslin, Kahnawake et Attawapiskat.

Un délégué demande des détails sur les deux jugements du juge de paix de Kahnawake qui ont donné lieu à un recours devant un autre tribunal. Winona Diabo répond que c'était pour des vices de forme et non parce que l'autorité de Kahnawake était contestée. Les deux affaires ont été renvoyées à Kahnawake pour être instruites par un autre juge de paix. «Nous étions très contents», de dire M<sup>me</sup> Diabo.

Une participante souligne le peu de questions émanant de certains des administrateurs haut placés de la justice dans ce pays. Elle demande si les participants non autochtones ressentent la même incertitude que tous les autochtones embrassant une carrière juridique. «Il faut prendre la décision délibérée, la décision très personnelle et profonde, longtemps à l'avance, d'effacer de nos cerveaux et de nos coeurs indiens toutes les valeurs que l'on nous a enseignées, qui nous sont chères et le resteront toujours.» Selon elle, il est nécessaire d'avoir «le cerveau et le coeur blanchis de la sorte» et d'être réceptif aux valeurs de la *common law* «pour pouvoir un jour arriver jusqu'ici parce que nous avons réussi à être délibérément et quotidiennement schizophrènes». Elle se décrit comme ayant le pied droit «solidement planté dans la justice blanche» tout en sachant que son pied gauche «est né et sera enterré du côté indien».

Un autre participant demande au chef David Keenan son avis sur la façon d'introduire la justice traditionnelle dans la société contemporaine et sur les moyens de

faire participer les jeunes générations et les générations plus âgées au processus. Le chef Keenan répond que trois types de droit entrent en jeu – le droit indien, le droit contemporain et le droit indien contemporain. «Nous n'allons pas codifier notre loi indienne, dit-il. Elle ne doit pas être consignée par écrit parce qu'elle doit rester souple.» C'est là le caractère unique d'un système axé sur les circonstances particulières plutôt que sur les précédents établis par le droit jurisprudentiel.

C'est lors de l'élaboration de la constitution tlingit que l'on a commencé à faire participer les jeunes et les anciens et que l'on a rendu aux aînés leur prééminence traditionnelle. Six ans plus tard, dit le chef Keenan, les jeunes sont plus attentifs à ce que disent les anciens. «Il faut parfois prendre le temps de réfléchir un peu et cela leur enseigne la patience qui caractérise traditionnellement notre peuple.»

Reg Louttit, ancien chef de la première nation d'Attawapiskat, pense également que les lois traditionnelles ne devraient pas être codifiées. Il explique que sa collectivité a commencé à rédiger des lignes directrices juridiques générales, «mais nous avons le sentiment qu'elles seront assez diverses pour changer en cours de route» et tenir compte des circonstances particulières. Cela sera particulièrement important lorsque des autochtones et des non-autochtones seront jugés pour la même infraction. «J'espère que notre système suivra cette voie et que nous serons si souples qu'aucune directive, aucun règlement ne nous obligera à voir les choses de façon univoque», dit-il.

Un participant, du ministère du Procureur général de l'Ontario, constate que le projet de justice applicable aux autochtones de la première nation d'Attawapiskat est un exemple d'une collectivité qui prend en main la réforme du système judiciaire autochtone. Il évoque le cas d'un avocat de l'aide juridique qui était venu jeter un coup d'oeil au système pour voir si un client pouvait espérer un procès impartial. L'avocat ne pouvait pas suivre les délibérations parce que celles-ci étaient en cri. Il voyait cependant que les jeunes qui se tenaient devant les anciens prenaient ce qui se passait très au sérieux et que leur attitude était extrêmement différente de celle des gens qui comparaissaient devant le juge qui vient siéger en avion. L'avocat en a conclu que le projet d'Attawapiskat était une expérience importante.

«Mais ce qui est probablement important pour la Commission royale, poursuit-il, c'est la façon dont ce projet est né. Un projet a été soumis au ministère à l'invitation du procureur général de l'époque, Ian Scott, et une étude interne a été entreprise. Pendant ce temps, ils sont allés de l'avant, ont rassemblé le conseil et se sont posés des questions. Ce qu'ils font actuellement n'a rien à voir avec ce qui était proposé dans leur projet initial, et autant que je sache, certains avocats du ministère s'en grattent encore la tête. Voilà pourquoi il est important que nous nous libérions de la paperasserie.»

Un autre participant demande des précisions sur les structures et les procédures du conseil des anciens d'Attawapiskat. M. Louttit explique que trois anciens sont désignés pour instruire les affaires et prononcer un jugement après avoir entendu la preuve présentée par un agent de police spécial et par les membres de la collectivité directement concernés. Les séances se déroulent en cri et sont ouvertes au public. Lorsque la cour criminelle se réunit et que le juge consulte les anciens, les personnes intéressés peuvent également assister à leurs délibérations.

Un délégué demande au panel son avis sur la tradition de l'exil interne, faisant remarquer que cette pratique avait été contestée aux termes de la *Charte des droits et libertés*. La juge Joyce Mitchell, de Kahnawake, répond que le code suivi par les membres de sa collectivité, qui comprend un système traditionnel de trois avertissements, a été approuvé par le ministère des Affaires indiennes. Le chef Keenan dit que sa collectivité a adopté une approche du type «qui aime bien châtie bien» selon laquelle on encourage les gens à rester dans la collectivité et à modifier leur comportement. Les clans tlingits ont entre 25 et 300 membres et celui du chef Keenan est le plus grand. «Si je me couvre de honte en enfreignant la loi, je ne suis pas le seul responsable. Quand vous avez 299 grands Tlingits qui vous talonnent, vous faites un effort pour vous améliorer ou vous partez de votre propre chef.» Selon M. Louttit, sa collectivité hésite à bannir ses membres, même si les étrangers qui vivent à Attawapiskat doivent parfois partir à la suite d'un jugement du conseil de bande, s'ils n'ont pas prêté attention aux avertissements antérieurs.

### *Le système «rien que pour nous»*

Le ministre de la Justice du Manitoba, James McCrae, dit qu'il a été profondément ému par l'exposé du chef Keenan. Le pouvoir, dit-il, vient des gens. Lorsqu'ils exigent quelque chose, le gouvernement écoute ce qu'ils veulent, comme en témoigne le programme judiciaire pour les jeunes de St. Theresa Point, au Manitoba. Le gouvernement a apporté sa contribution et son financement à un programme émanant de la collectivité. «On ne peut pas arrêter les gens», dit-il ensuite, faisant remarquer que de tels programmes font économiser de l'argent à la province et fonctionnent bien dans la collectivité.

Il voit un problème : dans le cas d'un partenariat entre les gouvernements fédéral, provincial et autochtones, il risque d'y avoir des problèmes si l'un d'entre eux veut se retirer. Les fonds peuvent aussi manquer. Les collectivités autochtones ont contribué leur temps et leur argent. Le programme de St. Theresa ne fonctionne qu'avec des bénévoles mais les collectivités autochtones, dans la mesure du possible, devraient apporter leurs ressources. Les responsabilités doivent être partagées entre les trois partenaires.

M. McCrae demande à Reg Louttit des renseignements sur le financement et sur la population desservie par le programme dont il a parlé ainsi que sur le type d'infractions dont s'occupe le programme. M. Louttit n'a pas de chiffres précis mais dit que le projet a coûté environ 100 000 \$ pour les deux premières années et dessert environ 1 340 personnes.

Une participante soulève le problème du manque de respect des non-autochtones à l'égard du système judiciaire mohawk. Le système canadien est un système «rien que pour nous, dit-elle. C'est à l'autorité morale que tout se résume : une loi stricte nous ordonne de danser, poursuit-elle. En quoi cela a-t-il rapport avec notre situation?» Dans l'exercice de sa profession, elle sait que des défendeurs autochtones plaident coupables à la chaîne et vont en prison par douzaines parce que leur défense est insuffisante. Dans les réserves, par contre, les gens peuvent s'appuyer sur leur propre tradition et sur leur sens du droit. Les non-autochtones au tribunal mohawk sont

comme les autochtones dans le système judiciaire canadien. «Nous voulons la justice, pour tous, de notre vivant.»

D'après le chef Keenan, l'autorité morale est inhérente à la tradition autochtone. Elle est difficile à définir et à expliquer mais elle comprend un respect holistique des autres qui doit être ancré dans un respect de soi. Les individus et les collectivités ont souvent besoin d'atteindre un point décisif. Dans sa propre collectivité, après avoir obtenu leur propre constitution, les gens se sont penchés lucidement et sérieusement sur les problèmes auxquels était confrontée la collectivité. «Nous avons cerné nos faiblesses et nos forces; À quoi s'attendaient les gens? Nous avons eu une réunion au cours de laquelle des sentiments refoulés ont débordé et les problèmes sont apparus. Les dirigeants se sont retrouvés sur les genoux», dit le chef Keenan et leur humilité a restauré leur autorité morale.

Ce n'est pas bien de demander de l'argent aux premières nations, poursuit le chef Keenan, alors que leurs ressources sont les gens. Le Canada a les ressources et devrait mieux les utiliser. Si la justice communautaire fait économiser de l'argent au système, cet argent devrait être ré-injecté dans la collectivité. Pour finir, il fait remarquer que le programme judiciaire de sa collectivité n'existerait pas s'il n'y avait pas eu le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, qui n'était pas responsable de la justice autochtone.

Le procureur de la couronne de l'Alberta, James Langston, demande : «Sommes-nous en train de courir après notre queue?» Il est d'avis que les réponses aux questions 1 et 2 sautent aux yeux. Le système judiciaire canadien dit «vous pouvez avoir tous les systèmes judiciaires que vous voulez tant que ce sont les nôtres». Mais M. Langston dit que, maintenant, «nous prenons conscience qu'il existe d'autres façons de faire, qui sont meilleures». Le message doit être communiqué à la société des Blancs : le système judiciaire ne fonctionne pas pour eux non plus. La justice autochtone peut profiter à tous les Canadiens. «À l'action!»

«Les collectivités peuvent mettre les structures en place sans attendre, poursuit M. Langston. Devant l'exemple des agents de la paix, les policiers demandent «Pourquoi ne pouvons-nous pas faire la même chose au lieu de ce que nous faisons?» Posez les bonnes questions, dit M. Langston pour conclure, et les réponses seront évidentes.»

Sam Stevens parle de la solution de l'exil intérieur. Cette pratique pourrait-elle être contestée aux termes de la *Charte des droits et libertés*? On peut voir l'exil intérieur de deux façons : une exclusion permanente de la collectivité ou un exil dans un endroit précis pour une durée précise. Dans les Territoires du Nord-Ouest, on a rarement recours à l'exil intérieur, et c'est toujours avec l'accord de l'accusé et de la collectivité et de concert avec une période de probation.

M. Stevens souligne qu'un système sans statut juridique peut poser des problèmes; il mentionne le cas d'un comité de la justice qui avait condamné l'accusé à la probation et à la restitution. Plus tard, les gens de sa collectivité se sont demandé si ces mesures étaient légales. Une personne s'est renseignée auprès du ministère de la Justice provinciale au sujet de la *Charte des droits et libertés*. L'autorité de la collectivité est bien assise tant que personne ne pose de question, d'ajouter M. Stevens. Le système

judiciaire canadien aurait dû intervenir dans cette cause. «On ne peut faire fi de l'actuel système judiciaire», de dire M. Stevens; la coopération entre les deux est essentielle.

Jon Rudin, des Services judiciaires autochtones de Toronto, dit que les ressources constituaient un problème. La séparation de la justice et des services sociaux n'est pas dans l'intérêt des gens. Son programme fait économiser des sommes d'argent considérables aux services correctionnels mais cet argent ne revient pas aux organisations autochtones qui pourraient s'en servir pour répondre aux besoins de leurs clients. Selon M. Rudin, le ressourcement relève davantage des «services sociaux» que de la «justice» en ce sens que ses clients ont besoin d'une approche holistique. Les services judiciaires autochtones de Toronto ne peuvent pas s'occuper des affaires de violence faite aux femmes, faute de ressources. La compartimentation ne marchera pas; de l'argent pour les questions judiciaires ne suffira pas non plus. C'est la communauté qui sait le mieux ce dont elle a besoin.

Tom Sampson revient à la question de l'exil intérieur. L'île de Vancouver sud a remis cette mesure en pratique il y a quelques années, instituant l'exil à vie avec l'appui du système judiciaire canadien. La police, la tribu et le juge ont été d'accord avec la décision des anciens d'envoyer en exil intérieur un mari et père coupable de mauvais traitements. Sa conjointe a protesté et on lui a dit que si elle ne voulait pas être séparée de son mari, elle pouvait partir avec lui. L'homme, qui ne supportait pas l'idée de perdre ses enfants est allé chercher l'aide dont il avait besoin pour ses problèmes.

M. Sampson répète qu'il est indispensable que les travailleurs judiciaires autochtones et les Blancs se fassent mutuellement confiance – ce qui est difficile, reconnaît-il, à cause du passé et du présent. Des deux côtés, il y a encore de l'hostilité, dit-il, mais nous devons aller à l'encontre de nos attitudes et oublier les statistiques et les dollars.

M. Sampson a également complété son premier exposé, disant que le programme de l'île de Vancouver sud a nommé trois personnes à un comité sur l'éducation, qui pourrait s'adresser aux autres collectivités et leur demander leur aide. Lors de leurs audiences, les anciens observent trois principes : la spiritualité, la conservation et les questions économiques. Ils parlent aux gens, cernent les problèmes, font venir quelqu'un à qui la personne peut parler de son problème (discipline, garde des enfants, etc.). «Nous faisons le travail du système à sa place, dit Sampson, mais les individus au sein du système ne veulent pas lâcher prise.» Les bureaucrates ont grand intérêt à maintenir le système actuel.

Le juge Graydon Nicholas pense que les orateurs ont mis le doigt sur le noeud du problème. Pourquoi y a-t-il de la violence et des infractions? demande-t-il. Qu'est-ce que l'autorité morale? D'où les tribunaux militaires, qui ne desservent qu'un nombre restreint de gens, tirent-ils leur autorité? Il arrive que certaines affaires ne soient pas de la compétence des juges provinciaux. Si l'on a pu enlever aux cours supérieures la responsabilité de juger les jeunes contrevenants, le juge Nicholas a le sentiment qu'on pourrait en faire autant dans le cas des autochtones. Il existe des précédents.

«Tom a mis le doigt sur un point important», selon le juge Nicholas. Les droits des autochtones et toute autorité morale viennent du Créateur. «Les lois de nos anciens

n'ont pas besoin d'être codifiées», dit-il. Le code moral autochtone devrait être reconnu par la société des Blancs.

Quelqu'un fait remarquer que si les représentants de la justice autochtone acceptent des causes qui ne sont pas de leur compétence, on peut les décharger de leurs fonctions. M. Nicholas répond que les deux systèmes peuvent travailler ensemble comme ils le font dans le cas des jeunes contrevenants.

Selon Elsie Zion, juge et professeure navajo, il est essentiel d'écouter les anciens. Ce qu'ils ont à dire vaut la peine d'être écouté. «Ils sont les gardiens de notre encyclopédie tribale. Prenez le temps d'écouter vraiment. Ces discours du fond du cœur ont été merveilleux, ajoute M<sup>me</sup> Zion. Contrairement à l'expérience et aux témoignages personnels, les connaissances sur papier ne peuvent être comprises avec le cœur. Les Blancs et les autochtones doivent parler et écouter, et commencer à s'entraider.»

M<sup>me</sup> Zion raconte une histoire illustrant l'inertie de la bureaucratie : le général Custer, juste avant son dernier voyage vers l'Ouest, décide qu'il sera sans aucun doute le prochain président et nomme son cabinet à l'avance. Il dit au bureau des affaires indiennes de ne pas se faire de souci avec les Sioux; «Je vais m'occuper d'eux. Attendez juste que je revienne.»

Le bureau des affaires indiennes attend toujours.

Reg Louttit mentionne qu'un rapport sur le programme judiciaire de son comité a été publié dans la revue de bord d'une compagnie aérienne. Le président Donald Worme dit que le message «Prenez le pouvoir» l'a inspiré et remercie les présentateurs et les commissaires. Selon le juge Sinclair, cela a été «une journée formidable» et il loue la force et le courage de ceux et celles qui ont pris la parole, les remerciant de leurs bons commentaires et de les avoir partagés si ouvertement.

Après quelques annonces, les anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung recouvrent le feu du conseil et disent une prière de clôture.

## Examen des arguments en faveur d'un système judiciaire parallèle

La seconde journée de la table ronde nationale sur les questions judiciaires débute par une récapitulation des discussions de la première journée, présentée par la commissaire Bertha Wilson qui mentionne «l'excellent débat sur les valeurs chères aux autochtones, dont on devrait tenir compte dans un système judiciaire autochtone. Nous avons également appris que de nombreux programmes visant les contrevenants ont été lancés dans les collectivités autochtones. Conçus de manière à refléter et à exprimer ces valeurs, ces programmes, dont beaucoup ont été entrepris sans aide financière de l'État, fonctionnent de manière satisfaisante.»

M<sup>me</sup> Wilson déclare que les divers modèles constitués par les projets-pilotes peuvent être considérés comme des réformes du système judiciaire actuel, ou comme l'amorce d'un système judiciaire autochtone parallèle. «Aujourd'hui, nous allons attaquer de front la question de savoir si le système actuel peut-être adapté aux besoins des autochtones, ou si ses caractéristiques fondamentales en font quelque chose qui leur est si étranger que la création d'un système parallèle ou distinct s'impose.»

À ce propos, la question se pose de savoir «si la réforme du système actuel ne devrait pas être entreprise en tout état de cause, puisqu'il ne fonctionne pas bien non plus pour les non-autochtones, dit-elle. Ce système ne bénéficierait-il pas de l'adjonction de certaines des valeurs autochtones dont nous avons parlé hier? En d'autres termes, n'est-il pas possible d'ouvrir le système actuel à une conception de la justice plus large, plus généreuse et plus sensible aux autres cultures? Voilà les importantes questions dont nous aurons à traiter aujourd'hui.»



## Une vision en trois dimensions

Première personne à intervenir, Mary Ellen Turpel, professeure à l'Université Dalhousie, commence par redéfinir les paramètres du débat sur un système de justice pénale parallèle. Plutôt que d'essayer de justifier l'octroi d'une plus large place aux traditions judiciaires autochtones, il est plus logique de se demander pourquoi le système actuel a été imposé aux peuples autochtones. «C'est aux autres qu'il appartient de l'expliquer», dit-elle.

M<sup>me</sup> Turpel compare sa propre pratique dans le domaine des droits autochtones et des droits issus des traités avec le travail des cinq autres avocates de son cabinet d'Halifax. Ses collègues sont toutes des féministes blanches; elle-même se considère comme une demi-Blanche et déclare : «Je suis probablement aussi une demi-féministe, en ce sens que, pour moi, l'oppression sexiste n'est qu'un des aspects du problème que connaissent les peuples autochtones.» À cause de l'intérêt qu'elle porte aux droits autochtones, M<sup>me</sup> Turpel dit qu'elle passe beaucoup de temps à débroussailler des voies juridiques peu fréquentées, à faire des recherches historiques et à se quereller avec les fonctionnaires. «Ce que je constate constamment dans mon travail, c'est que ce que ces fonctionnaires coloniaux européens pensaient des autochtones est très important, et en fait, que leur façon de penser l'était encore plus.» Le fait que, sur le plan juridique, les autochtones fussent considérés comme des «animaux sauvages» sans aucun sens de la propriété, revêt «une importance fondamentale lorsqu'on examine les problèmes juridiques des autochtones», dit-elle, ce qui a été encore confirmé en 1991, lorsque le juge McEachern a rendu son verdict dans l'affaire Delgamuukw, en Colombie-Britannique.

M<sup>me</sup> Turpel a découvert l'importance de ce genre d'attitude dans son propre cabinet, lorsqu'elle a présenté un mémoire juridique traitant du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En dictant ce texte, elle avait fréquemment mentionné les droits des peuples autochtones, en anglais «rights of aboriginal peoples», formule qui, dans l'ébauche de transcription, était devenue «rights of average little people», c'est-à-dire «les droits des petites gens sans importance». L'histoire est sans doute amusante, mais «cette méprise touche à quelque chose de plus profond, dit-elle. Remplacer «les peuples autochtones» par «les petites gens» est typique du problème qui se pose dans la société canadienne, et reflète des opinions anciennes qui sont encore profondément enracinées en nous – nous sommes considérés comme de petites gens inférieures à la moyenne.»

M<sup>me</sup> Turpel déclare que sa propre démarche à l'égard du système de justice pénale a été influencée par le passage suivant du rapport de la Commission royale sur le procès de Donald Marshall, fils :

Les autochtones canadiens ont droit à un système judiciaire qu'ils respectent et qui les respectent eux-mêmes, un système qui dispense la justice d'une manière respectueuse de leur histoire, de leur culture et de leur langue. [traduction]

Selon M<sup>me</sup> Turpel, cette citation fait intervenir le principe de respect réciproque, c'est-à-dire qu'en dispensant la justice, le système doit respecter ceux par qui il est

lui-même respecté. Cela signifie également que le système de justice pénale doit être respectueux des droits des peuples autochtones, y compris le droit fondamental à l'autodétermination. En fin de compte, la notion de respect réciproque est un critère d'évaluation du système actuel et de la valeur des réformes locales. M<sup>me</sup> Turpel pousse le raisonnement encore un peu plus loin en proposant une «vision en trois dimensions» de la justice autochtone : différence, diversité et destruction.

En ce qui concerne les différences, «bien que beaucoup de Canadiens et Canadiennes pensent que c'est simplement là une idée que les autochtones se font, ceux-ci sont en fait différents sur le plan culturel, politique, spirituel et linguistique. Cette différence est profonde et varie» d'une collectivité à une autre. La différence est culturelle, et non biologique, déclare M<sup>me</sup> Turpel, alors que les définitions de la race données au XIX<sup>e</sup> siècle étaient fondées sur le quantum sanguin. Mais les efforts que l'on déploie pour déterminer ce en quoi les peuples autochtones sont différents se heurtent en général à l'une des deux attitudes suivantes sur le plan judiciaire : ou bien les Indiens sont trop indiens, en ce sens que leurs systèmes judiciaires sont censés être primitifs et non civilisés, ou bien ils ne le sont pas suffisamment, en ce sens qu'ils ont perdu leur caractère distinct. «Vous devez avoir oublié qu'on a dit du droit britannique lui-même que c'était un véritable habit d'arlequin et un fatras d'éléments hétéroclites», dit-elle.

L'allusion à la diversité est motivée par le vaste champ de l'expérience et de l'histoire autochtone dont il faudrait tenir compte dans un système de justice pénale renouvelé. Mais M<sup>me</sup> Turpel dit que c'est la troisième dimension, celle de la destruction, qui est la plus difficile à vivre et à expliquer.

«Le système politique et judiciaire actuel, qui a été imposé aux autochtones, a eu des effets incroyablement destructifs», dit-elle. La *Loi sur les Indiens* «a enlevé toute autorité et tout pouvoir de décision aux autochtones et les a placés entre les mains d'autres personnes, ailleurs, qui sont censées mieux savoir se servir de ces pouvoirs... Cette relation de tutelle est fondamentalement une relation raciste et colonialiste», et elle est injustifiable.

Le legs de la *Loi sur les Indiens*, dit-elle, est le suivant : «Les diverses formes de prise de décisions des autochtones, leur culture et leurs traditions ont été sapées à la base dans la société canadienne». Ce qu'il y a de plus triste dans cette destruction, et de plus difficile à confronter, «c'est le fait que de nombreux autochtones en sont venus à se considérer eux-mêmes comme des colonisés, ce qui veut dire qu'ils se croient maintenant inférieurs... ces éléments destructifs sont très importants et, à mon avis, la responsabilité du système judiciaire dans ce domaine est très grande». Elle cite sept éléments fondamentaux de ce système qui vont à l'encontre de la tradition autochtone : les crimes sont commis contre l'État, la nature contradictoire du système, la présentation de défenses et de mises en accusation écrites, la notion d'une classe professionnelle d'avocats et de juges, la participation de jurys dont les membres sont des étrangers pour les parties au litige, la notion d'impartialité, et les principes de châtement.

En conclusion, M<sup>me</sup> Turpel déclare que les problèmes administratifs que pose le système de justice pénale ont un caractère en général superficiel. Les problèmes plus

graves ont trait aux principes fondamentaux sur lesquels le système lui-même est fondé. Elle demande instamment que «l'on accorde la plus grande latitude possible à l'examen des options qui permettraient aux autochtones d'établir des systèmes fondés sur leurs propres valeurs», étant donné que les premières nations n'ont nullement l'obligation de justifier la création d'un système parallèle.

## Une conversation au fil du temps

M. Jeremy Webber, professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill, porte son attention sur les objections les plus fréquentes à un système parallèle que présentent les Canadiens non-autochtones. Il déclare que son document a pour objet de présenter trois paradoxes fondamentaux qui se dégagent lorsqu'on discute de l'opportunité de créer un système judiciaire autochtone distinct :

- La plupart des Canadiens reconnaissent l'importance que revêt le maintien des contacts culturels. Mais en même temps, tous ceux d'entre nous qui réfléchissent à ce que représentent nos cultures se rendent compte que celles-ci ne sont pas fermées, ne sont pas rigides, ne sont pas figées dans le temps. La question qui se pose est de savoir comment combiner ce à quoi nous sommes attachés avec de constantes critiques et une réforme appropriée.
- Le langage des droits individuels ne semble pas s'accorder avec les pratiques autochtones. Mais bien que les systèmes de justice autochtones accordent une forte prépondérance aux droits collectifs, il est tout aussi évident que l'autonomie individuelle est un élément absolument fondamental des cultures autochtones.
- Les Canadiens et les Canadiennes accordent beaucoup d'importance aux normes d'égalité, et toute division des pouvoirs fondée sur la race les inquiète. L'évolution récente des relations raciales aux États-Unis montre cependant clairement qu'être «distinct mais égal» représente un principe qui n'est pas synonyme d'égalité. Il faut concilier cela avec le fait que les autochtones réclament un système judiciaire parallèle qui fait largement appel au langage de l'égalité.

Le problème tient en grande partie aux insuffisances de notre langue, dit M. Webber. Mais si les non-autochtones se donnaient la peine d'étudier leur propre expérience judiciaire, ils seraient sans doute fort surpris de voir la faveur dont jouit un système distinct. La nervosité qu'inspire une réforme du système judiciaire autochtone est souvent due au fait que les structures judiciaires non-autochtones existantes sont mal comprises, et point encore plus important, que les éléments culturels intégrés dans ces structures sont également mal compris.

M. Webber déclare que l'on pourrait régler ces questions en examinant les facteurs qui inspirent la fidélité à sa propre culture, puis en s'attaquant aux objections particulières contre un système parallèle. En ce qui concerne le premier point, il dit que la culture comporte des valeurs, des principes, des règles, et des ensembles de convictions très spécifiques «qui donnent l'impression qu'elle est très statique et, je crois, regrettamment statique». En fait, les cultures sont beaucoup plus dynamiques, et «le meilleur moyen de se les représenter est peut-être de les imaginer comme une

conversation au fil du temps, qui conserve malgré tout son propre caractère particulier». Les références culturelles sont fondées sur une expérience historique distincte, dit-il, mais il est impossible de les figer dans le temps. Les cultures ont des ressources internes qui leur permettent d'évoluer, en fait, ce qui est important dans le maintien de sa propre culture, c'est précisément cette continuité du débat. Ce point revêt une importance vitale, car nous comprenons nos identités et nos rôles culturels, «en nous situant dans notre histoire et dans le continuum du temps» et en nous rattachant ainsi au passé.

La rupture tentée avec les cultures autochtones est critiquable «à cause de son effet sur la compréhension de l'identité des autochtones en tant que peuple, sur leur capacité de se comprendre eux-mêmes dans le contexte de leur passé, du hiatus provoqué dans cette continuité historique».

La première objection précise que l'on peut exprimer à l'égard d'un système parallèle est qu'il asservirait les droits individuels aux droits collectifs. M. Webber propose deux réactions possibles; il fait tout d'abord observer que le souci du maintien de l'individualité n'est pas la seule influence qui s'exerce dans le système judiciaire britannique. «À mon sens, cela n'a jamais été vrai d'aucun système judiciaire», dit-il. Les systèmes européens ont également trouvé un certain nombre de mécanismes qui permettent de tolérer la diversité tout en respectant l'individualité. «Nous sommes souvent aveugles à la diversité même que l'on rencontre dans les traditions judiciaires d'inspiration européenne», notamment la différence entre le *common law* et l'approche des pays d'Europe continentale à l'égard de la procédure pénale. Le second argument est que la protection de l'individualité est fonction du contexte historique, si bien que «lorsqu'on fait valoir que les droits de l'individu risquent d'être compromis, cela se ramène souvent à des questions de confiance dans les institutions» et de garanties.

La seconde série importante d'objections s'appuie sur le principe d'égalité, selon lequel «l'idée que les autochtones se défilent d'une manière ou d'une autre» en établissant un système judiciaire distinct. M. Webber déclare que nous ne voyons pas souvent l'objection de nature plus viscérale, qui «consiste simplement à dire que, pour qu'un pays existe, les mêmes règles doivent s'appliquer à tous. Il ne s'agit donc pas vraiment de mesurer le bien-être individuel – mais plutôt d'une question de nationalisme, d'une conception de la nation qui doit être confrontée directement.»

Dans la mesure où l'on considère que les systèmes judiciaires autochtones ont un fondement racial, dit M. Webber, il est indispensable de «s'attaquer de front» à la question des différences culturelles, qui a une importance fondamentale et de «rechercher honnêtement une solution.» Une des clés de cet argument est, qu'en dépit d'une «forte coïncidence entre l'ethnicité autochtone et la culture autochtone d'aujourd'hui», il est possible de montrer que les sociétés autochtones ont toujours été ouvertes, et qu'un système de justice parallèle serait fondé non seulement sur l'ethnicité, mais aussi sur des considérations d'ordre territorial.

En conclusion, M. Webber souligne l'importance du rôle que jouerait un système judiciaire distinct dans le rétablissement de la continuité culturelle des premières

nations. La nécessité d'un régime distinct dépend de la mesure dans laquelle une société peut trouver sa place dans le système existant, si bien que, pour certaines collectivités, un système totalement parallèle ne serait peut-être pas nécessaire.

## L'«*émergence*» : les collectivités prennent déjà les choses en main

John Giokas, expert-conseil du secteur privé et ancien employé du ministère de la Justice fédéral, examine les mécanismes requis pour aménager le système judiciaire actuel de manière à tenir compte des préoccupations des peuples autochtones. «Le thème fondamental que je présente peut se résumer en un mot, *émergence*, déclare-t-il. Je crois à l'émergence d'un ordre nouveau au Canada», qui s'étend à tout ce qui touche aux rapports entre les peuples autochtones et les Canadiens et Canadiennes non autochtones. Cet ordre nouveau n'a pas encore totalement pris forme, mais les premières nations commencent à en distinguer les grandes lignes, alors que le reste du Canada essaie de rattraper son retard.

M. Giokas dit que, selon lui, la question principale est de savoir le rôle que le gouvernement peut jouer pour faciliter le changement dans le cadre du régime constitutionnel actuel. Ce rôle pourrait être fondé sur les principes suivants :

- Le système judiciaire actuel a failli à ses responsabilités à l'égard des autochtones;
- La solution est de confier plus de responsabilités aux autochtones afin de leur permettre de définir et de régler les problèmes judiciaires selon leurs propres méthodes;
- Les définitions et solutions adoptées dans différentes collectivités refléteront la diversité des peuples autochtones;
- Les définitions et solutions autochtones ne peuvent avoir d'existence propre en dehors du système judiciaire actuel, du moins pas au début.

M. Giokas définit les trois thèmes qui sous-tendent les difficultés qui sont apparues dans la justice à l'égard des autochtones : les taux disproportionnellement élevés d'arrestations, de condamnations et d'incarcérations; la prédominance d'une discrimination flagrante et systémique; et l'aliénation profonde et croissante des autochtones vis-à-vis des systèmes judiciaires actuels. Du point de vue des gouvernements, c'est l'aliénation communautaire qui constitue le problème le plus grave, d'autant plus qu'il a été lié aux luttes politiques visant à l'établissement d'une nouvelle formule de partage des pouvoirs en faveur des premières nations.

Il est reconnu que les problèmes de justice pénale dans les collectivités autochtones sont liés à des facteurs socio-économiques, déclare M. Giokas. Bien qu'on ait beaucoup débattu des causes et des rapports précis entre les questions sociales et judiciaires, on reconnaît en général qu'une responsabilité accrue des autochtones dans le domaine judiciaire est un des éléments de la solution. «C'est inévitable, étant donné la mobilisation des peuples autochtones du monde entier et du Canada depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale», et l'importance accrue donnée aux questions touchant les droits de la personne dans notre pays et à l'étranger. «C'est ce langage que nous

parlons maintenant; nous nous sommes quelque peu familiarisés avec lui», et le souci des droits de la personne commence à dominer le débat.

M. Giokas déclare qu'un des obstacles clés à un accroissement des responsabilités des autochtones tient à la nécessité d'établir un lien entre le débat sur les droits de la personne, de caractère plus abstrait, et les problèmes quotidiens de justice pénale auxquels sont confrontées les collectivités autochtones. Les récentes discussions ont débouché sur une fausse dichotomie entre l'optique axée sur les droits de la personne (ce que l'on appelle parfois le programme politique) et une démarche communautaire plus empirique. «Tout est paralysé, en attendant l'épuisement du débat.»

Le véritable problème, selon M. Giokas, est qu'il ne peut y avoir de formule unique pour passer à l'action. Quelle que soit la formule retenue, le point de départ de la réforme se trouvera toujours au niveau communautaire – en fait de nombreuses collectivités ont tout simplement pris le taureau par les cornes, plutôt que d'attendre la fin du débat. Le ministère de la Justice est au courant de l'existence d'une centaine de projets communautaires lancés dans le domaine judiciaire, mais M. Giokas estime qu'il y en a actuellement plusieurs centaines. De nombreuses collectivités pratiquent déjà le droit coutumier autochtone, dit-il, parfois à l'insu du gouvernement fédéral.

En dépit de cela, «il faut tenir compte des deux pôles du débat, et, à mon avis, le gouvernement ne pourra jouer un rôle utile que si ses initiatives et ses efforts sont liés au programme permanent poursuivi par les collectivités autochtones». Afin de faciliter le changement au niveau communautaire, dit-il, Ottawa devra traiter les autochtones comme des associés, et modifier ses formules de partage des coûts afin de permettre une aide financière à long terme. L'adoption de nouvelles mesures fiscales fera beaucoup pour convaincre les provinces que le gouvernement fédéral prend la collaboration au sérieux – à l'heure actuelle, dit-il, le gouvernement «n'est tout simplement plus un associé crédible dans certains des domaines où les coûts sont partagés».

M. Giokas appelle également à une plus large utilisation de mécanismes substitutifs de règlement des différends, de manière à tirer parti de la souplesse du système actuel. La même démarche peut être utilisée pour la détermination de la peine. «S'il y a quelque chose qui caractérise le système de justice pénale, c'est son ouverture et sa souplesse, dit-il. Il peut être exploité.» Les praticiens ont également un rôle important à jouer : si les avocats de la défense faisaient leur travail, dit-il, les juges entendraient beaucoup plus souvent parler de questions de différence culturelle, de manque d'équité et des conditions inappropriées de mise en liberté provisoire.

En dernière analyse, le gouvernement doit être prêt à s'engager dans deux processus de réforme simultanés. Le premier consisterait à réparer le système actuel, tandis que le second donnerait toute latitude aux collectivités de prendre des initiatives. Il faudrait que le gouvernement cesse de se préoccuper de ne pas savoir exactement dans quelle direction s'orientent les systèmes communautaires, dit M. Giokas, et qu'il reconnaisse qu'«il s'agit d'un mouvement irrésistible vers l'adoption de nouvelles formules de partage des pouvoirs».

## Avantages pour les populations non autochtones

Roderick A. Macdonald, de l'Université McGill, examine les avantages qu'offrirait une réforme de la justice pénale à certains groupes de la société non-autochtone, notamment les femmes, les pauvres et les membres des minorités visibles. Il montre combien il est important de comprendre la différence entre les notions de justice et de droit, faisant observer qu'«en particulier dans les milieux juridiques, il est très facile de confondre les deux». Dans une quête de la justice grâce à un système judiciaire reconnaissable, c'est l'accès à cette justice qui a eu tendance à revêtir le plus d'importance. Cette préoccupation a contribué à une «substitution de la forme», qui fait que la conception des structures, notamment celles des tribunaux et de l'aide judiciaire, a priorité sur l'accessibilité des principes fondamentaux de la justice.

Une fois que le principe de justice se trouve dissocié des principes du droit et de la théorie de la justice, «des perspectives beaucoup plus larges s'ouvrent à la conception que se font les gens ordinaires de la justice», et une démarche universelle et monopolistique perd alors de son importance au profit de formes différentes de «justice sociale». De même, il importe de comprendre à quel point notre critique du système judiciaire a été motivée par un programme de justice pénale. En tant que président d'un groupe d'étude du Québec sur l'accès à la justice civile, M. Macdonald dit qu'il a remarqué que «l'expérience qu'ont la plupart des gens de la justice se situe au niveau des interactions quotidiennes» dans les familles, les quartiers et les collectivités. «En fait, la notion d'accès à la justice, la préoccupation à l'égard du système de justice pénale dans la compréhension du système judiciaire est un symptôme supplémentaire de la substitution du fond.»

M. Macdonald fait également observer que le débat sur l'accès est structuré en faveur des solutions «que nous, et moi-même en tant que professeur d'université et avocat, aurions tendance à recommander». Il note que la «métaphore instrumentaliste» de l'élimination des obstacles concrets à l'accès suppose que l'accès parfait est possible, en dépit du fait que le groupe d'étude du Québec ait très tôt constaté que les obstacles majeurs se situent au niveau de la connaissance et de la psychologie. «Lorsqu'on considère les faiblesses du système judiciaire en ce qui concerne l'ensemble des Canadiens, et de certains groupes et segments de la société en particulier, force est de reconnaître que les principales d'entre elles ne sont pas de celles que l'argent et la restructuration des institutions permettront de corriger. Fondamentalement, ce sont des faiblesses sur le plan de l'attitude, des perceptions et de la connaissance.»

Le groupe d'étude du Québec était aussi parvenu à la conclusion que les questions d'accès revêtent une importance particulière aux points de création et d'administration de la loi. Cela signifie que l'aliénation à l'égard des processus au niveau politique, administratif et exécutif est beaucoup plus profonde que l'aliénation et le manque d'accessibilité aux tribunaux et aux autres instances de règlement des différends». Si cette impression existe, cela signifie que les Canadiens et les Canadiennes se sentent intimidés lorsque leurs problèmes sont définis en termes juridiques, qu'ils ont tendance à ne pas faire confiance à la logique d'un système judiciaire étranger à la situation

socio-économique et culturelle, et qu'ils sont découragés par un système qu'ils trouvent lointain et peu compréhensif.

Entre-temps, le système lui-même répond à une logique qui favorise certaines classes de citoyens par rapport à d'autres. Les femmes, les groupes culturels, les handicapés, les jeunes, les personnes âgées, les pauvres – ainsi que les peuples autochtones – trouvent tous que le système ne tient pas compte de leurs situations particulières, que ce soit sur le plan de ses règles de fond, de ses structures institutionnelles, de ses procédures, des remèdes qu'il offre, de sa conception monolithique et universaliste de la justice.

M. Macdonald conclut que pour pouvoir régler ces questions, il est important d'admettre que ce que nous appelons les différends et les mécanismes substitutifs de règlement des différends «sont, en fait, des créations du système judiciaire». En réalité, la plupart des gens comprennent qu'ils sont en situation de conflit bien longtemps avant que le système ne considère qu'il s'agit d'un différend.

Au cours d'une brève période d'échanges, un participant demande à M. Macdonald de préciser pourquoi il considère que l'État n'est pas la seule source de droit et de normes juridiques dans la société moderne. M. Macdonald répond que le groupe d'étude du Québec a constaté que le public est profondément aliéné du fait de l'indifférence du système judiciaire à l'expérience des uns et des autres. Cela devient un problème d'accès important, en particulier si l'on estime que la justice est la création officielle de l'État. Tout sociologue ou anthropologue est capable de mentionner de multiples systèmes normatifs qui sont déjà en place pour régler les rapports interpersonnels au sein de la société. «La question est de savoir dans quelle mesure l'accès à la justice est une question de systèmes judiciaires qui, en eux-mêmes, sont une construction artificielle», dit-il. Pour les partisans du pluralisme judiciaire, «il est possible que l'inaccessibilité du système officiel constitue un avantage». Il dit combien il est important d'accepter la légitimation des multiples systèmes existant déjà et d'accroître les ressources dont les gens disposent pour établir leurs propres systèmes.

Le juge Alf Scow conclut la séance en exprimant sa confiance à l'égard de la mission de la Commission royale. Il déclare que le débat a permis d'examiner bon nombre des problèmes d'un système judiciaire qui n'est pas parvenu à tenir compte des différences culturelles. Les gouvernements et les systèmes judiciaires n'ont pas prêté attention aux problèmes que les premières nations soulèvent depuis des années. Mais le juge ajoute qu'ils se sent encouragés par le fait que la Commission a repris l'examen des mêmes problèmes, et que M<sup>me</sup> Kim Campbell, ministre de la Justice, a «laissé entendre hier que l'on va faire quelque chose».

Le juge Scow déclare également combien il est important de situer le débat sur les questions judiciaires dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*. Cette loi «contient tant de dispositions inéquitables, tant de dispositions draconiennes, qu'elle a entraîné la destruction presque totale des fondements culturels des premières nations de ce pays», dit-il. Entre autres choses, une des dispositions de cette loi proscrit des cérémonies autochtones depuis 75 ans, interdisant ainsi la transmission de l'histoire orale et des valeurs. «La question de l'autonomie gouvernementale est un élément



très important des délibérations de cette Commission, car l'accès à cette autonomie signifie que nous assumerons la responsabilité de notre avenir.»

## Débat sur les questions fondamentales de la table ronde

### *Question 1a) Réforme du système actuel*

Le président de la table ronde, M. Murray Sinclair, explique la formule des trois séances de discussion qui se dérouleront durant la conférence. Trente-six participants, soit douze par séance, ont été choisis par la Commission royale pour discuter des questions fondamentales placées à l'ordre du jour. La première séance, présidée par le directeur général du Ralliement national des Métis, M. Marc LeClair, explore la possibilité d'adapter le système judiciaire actuel d'une façon qui permette de refléter les besoins des autochtones. Il ouvre le débat en faisant remarquer qu'un des problèmes soulevés lors des séances précédentes est le caractère contradictoire du système judiciaire.

M. Leroy Littlebear, professeur d'études amérindiennes à l'Université de Lethbridge, déclare que la question est de savoir si le système peut ou non être modifié de façon à tenir compte des notions amérindiennes du droit et de la justice. À son avis, les autochtones et les non-autochtones ont des façons fondamentalement différentes d'aborder ces notions.

Toute société a des mécanismes de contrôle social qui lui permettent de résoudre ses litiges, souligne-t-il, et les autochtones ont intériorisé ces mécanismes de contrôle. Parce qu'ils ont intériorisé ces méthodes de contrôle social, les autochtones «n'éprouvent pas le besoin d'avoir des mécanismes de contrôle externes élaborés et complexes». D'un autre côté, les non-autochtones n'intériorisent pas les contrôles sociaux et leur société se caractérise par des mécanismes de contrôle social externes élaborés, tels que la police, les tribunaux et les services correctionnels. Il convient donc de se demander si l'on peut adapter un système externe à caractère contradictoire d'une façon qui tienne compte de l'attitude fondamentalement différente des autochtones face à la justice.

M. Littlebear explique ce qu'est une théorie de la justice fondée sur l'antagonisme : une lutte verbale qui précède un verdict de culpabilité ou d'innocence. Dans ce genre de système, chaque membre de la tribu concerné par le litige raconte une histoire qui favorise sa version des faits et tente de discréditer la version de son opposant. Une fois les histoires racontées, un chaman applique les codes traditionnels permettant de rendre un verdict. Le chaman, c'est-à-dire le juge, «évitte de façon miraculeuse une application erronée des faits. À partir des mensonges racontés par les deux camps, le juge est censé en arriver à la vérité. Est-il possible, dans ce genre de système, d'en arriver réellement à la vérité?», se demande M. Littlebear.

Le système à caractère contradictoire est axé sur la détermination d'un coupable; l'accusé est alors trouvé coupable ou non coupable. Aucun effort n'est fait pour atténuer quelque peu la notion de culpabilité, le juge n'étant pas placé pour prendre

en considération le contexte du délit. Si c'est là le système que les autochtones sont appelés à aider à réformer, la réponse est non. «Il doit y avoir un système judiciaire distinct pour répondre aux besoins forts différents des autochtones», conclut M. Littlebear.

### «Nous ne sommes pas à l'aise face au processus contradictoire»

Le procureur en chef du district judiciaire de Lethbridge et Macleod, en Alberta, M. James Langston, déclare que, durant une récente réunion du corps de police autochtone, un agent lui a signalé que lui et d'autres agents se sentaient mal à l'aise de présenter des preuves devant le tribunal. Selon M. Langston, le constable autochtone lui a affirmé : «Nous ne sommes pas à l'aise avec le processus contradictoire.»

«Nous ne comprenons pas votre culture», dit-il aux participants autochtones, ajoutant toutefois que les non-autochtones peuvent en arriver à comprendre les différences. Il fait part d'une autre histoire : lors d'une affaire d'agression sexuelle, la victime a été incapable de désigner l'accusé au tribunal parce que l'accusé était un conseiller spirituel respecté. D'après M. Langston, les autochtones et les non-autochtones ne vibrent pas au son du même tambour. Les deux groupes utilisent peut-être les mêmes mots, mais le sens qu'ils leur accordent est différent.

M. Langston mentionne qu'il éprouvait à la fois du respect et de la crainte pour une sage faisant partie d'un groupe de discussion sur la justice, à la réserve des Gens-du-Sang. Il apprend beaucoup de cette femme, qui relève souvent les erreurs qu'il commet. Un autre ancien, qui faisait partie du même groupe, a attendu plusieurs rencontres avant de dire à M. Langston qu'ils s'étaient rencontrés au tribunal, il y a plus de 15 ans. M. Langston avait alors engagé des poursuites à l'endroit de l'ancien parce qu'il avait abattu des saules afin de construire une hutte de purification. «Si j'avais su à ce moment ce que je sais aujourd'hui, je ne l'aurais pas poursuivi en justice», affirme M. Langston.

Le processus contradictoire est inopportun, poursuit-il, et l'on devrait adapter le système afin de trouver d'autres moyens de résoudre les différends. Il suggère que de nombreuses réserves pourraient prendre la responsabilité de traiter les litiges au sein de la collectivité, en faisant appel au système conventionnel si nécessaire. M. Langston rappelle enfin qu'une fois, il a été pris d'une immense admiration devant un édifice pour la danse du soleil. «Une société qui peut construire un édifice pour la danse du soleil peut certainement s'autogouverner», conclut-il.

La directrice générale du Dene Cultural Institute, M<sup>me</sup> Joanne Barnaby, se rappelle avoir été appelée à témoigner comme experte dans une affaire impliquant un ancien, accusé d'agression. Bien qu'elle manifeste un intérêt particulier pour la culture de son peuple, elle ne se considère pas comme une «experte». Aussi a-t-elle essayé de se sortir de cette situation, mais sans succès. Pour se préparer, M<sup>me</sup> Barnaby a passé quelques jours avec l'ancien pour discuter des circonstances de l'incident. Elle a alors découvert que l'homme était déprimé, qu'il se sentait sans valeur et que son estime personnelle était faible. Après avoir passé les quarante premières années de sa vie à vivre un mode de vie traditionnel, il avait déménagé en ville il y a 20 ans. C'est

à ce moment que sa vie a commencé à se désagréger. Il perdit son rôle de leader et n'avait aucun statut au sein de sa nouvelle collectivité. Il avait l'impression qu'il n'avait plus rien à donner. L'ancien réagit en exprimant sa colère et n'hésita pas à reconnaître sa culpabilité dans l'agression.

Durant le procès, «le type de questions qui ont été posées étaient totalement hors de propos», affirme M<sup>me</sup> Barnaby. Les questions ne tenaient aucun compte de l'état dépressif de l'ancien ni du besoin qu'il avait de guérir. On se demandait plutôt si on n'allait pas lui retirer son permis de port d'arme. Même son propre avocat ne comprenait pas le besoin continu qu'avait l'ancien d'aller chasser et trapper.

Après cet événement, on a demandé à M<sup>me</sup> Barnaby d'aider à mettre sur pied un programme d'éducation judiciaire. Elle et son organisme ont toutefois décidé que leur temps serait mieux utilisé à travailler au sein des différentes collectivités. «Je suis convaincue que les seuls à pouvoir tirer parti de cette sensibilisation, ce sont les gens de chez nous. Nous devrions nous décoloniser et nous occuper des symptômes de notre oppression.»

Au début, le ministre de la Justice et procureur général du Manitoba, M. James McCrac, a hésité à participer à la table ronde. Toutefois, après une journée et demie, il affirme : «Je suis à ma place ici et j'ai besoin d'y être, c'est certain.» M. McCrac doute que quiconque ici présent nie que le système judiciaire ne répond pas aux besoins des autochtones. À son avis, «grâce aux autochtones, nous pourrions bien, un jour, nous retrouver avec un système judiciaire qui répondrait mieux à nos besoins».

«Il faut garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas d'un problème d'envergure régionale mais bien nationale et que les solutions seront aussi diversifiées que le sont les premières nations elles-mêmes», ajoute M. McCrae. On ne peut traiter la question de la justice séparément des autres aspects de la société, et on ne peut résoudre les problèmes judiciaires sans tenir compte de l'ensemble des questions socio-économiques. N'accorder de l'importance qu'à la réforme du système judiciaire est une bien piètre façon de venir à bout de l'ensemble de ces problèmes.

Il est mal à l'aise devant la formulation de la première question, qui sépare les éléments fondamentaux du système judiciaire actuel de ses aspects administratifs. D'après lui, il faut aborder les deux en même temps. La première étape à franchir est de rapprocher les attitudes des autochtones et des non-autochtones face à la justice et d'abolir le caractère contradictoire du système. Il espère que la CRPA va accorder une attention très particulière aux recommandations qu'elle a formulées sur les réformes et les systèmes parallèles.

Le changement devrait être axé sur la mise sur pied de programmes de justice communautaires, affirme M. McCrae. L'ensemble des factions existant au sein des collectivités autochtones et non-autochtones doivent prendre part au processus. Ce qu'il faut éviter, ce sont les discussions interminables, pendant que les collectivités autochtones attendent désespérément qu'on leur fasse justice. «Il nous faut proposer des solutions dès maintenant», souligne-t-il. Sans vouloir faire avorter le débat sur les systèmes de justice parallèles, l'urgence de la situation exige qu'on y accorde une attention immédiate. Il estime que la voie la plus pratique est de réformer le système actuel.

M. McCrae est fortement convaincu que la solution se trouve dans la mise sur pied de nouveaux modèles de résolution des conflits, conçus par les collectivités. Ces modèles sont des façons, pour les collectivités, d'élaborer des méthodes qui répondent à leurs besoins en matière de justice. Il fait remarquer que le programme modèle, mis sur pied à la réserve de St. Theresa Point, a permis de régler des centaines d'affaires au cours des dernières années. Seuls six enfants ont été renvoyés au système judiciaire externe. Les modèles existent, rappelle-t-il. On devrait consacrer moins de temps à étudier le problème qu'à mettre au point des solutions pratiques.

M. McCrae est d'avis que la réforme judiciaire ne peut aller de l'avant sans qu'il y ait une participation du fédéral, des provinces et des autochtones. «L'idéal est un système tripartite. Mais, ajoute-t-il, il doit également y avoir une volonté politique au sein des collectivités autochtones.»

### **La violence familiale : le besoin de changement est criant**

M. McCrae souligne qu'un des secteurs où il est urgent de faire des changements est celui de la violence familiale, ajoutant que, après avoir pris connaissance des deux façons distinctes de traiter le problème, il appuie les propositions des femmes autochtones. «Je souhaite qu'on discute de cette question cruciale», dit-il, mentionnant par ailleurs que les femmes autochtones doivent participer à tous les stades de la réforme judiciaire. M. McCrae conclut que des améliorations doivent être apportées au système judiciaire, et que le processus d'adaptation doit être mené avec l'entière participation des autochtones.

Alain Bissonnette, titulaire de la chaire Gordon F. Henderson sur les droits de la personne, à l'Université d'Ottawa, constate pour sa part qu'il est important de considérer les mythes fondamentaux sur lesquels repose le système judiciaire. Par exemple, il se demande où situer le système judiciaire dans le paradigme de la justice. «Où se trouve la limite entre la justice et l'injustice?», interroge-t-il.

Il existe au moins deux modèles de justice qui peuvent être appliqués tant à la société autochtone qu'à la société non-autochtone. M. Bissonnette fait remarquer que, jusqu'au XI<sup>e</sup> siècle, les collectivités d'Europe prenaient une part importante dans le processus judiciaire. On attendait des individus qu'ils se sentent responsables de leur collectivité et vice versa; la cohésion sociale était d'une importance extrême.

Dans l'autre modèle, la justice est assurée par une intervention extérieure. Le meilleur exemple est celui de la Cour suprême. «Tout le monde peut commettre une erreur, sauf la Cour suprême», fait remarquer M. Bissonnette. Dans ce genre de système, l'individu est livré à lui-même. La notion de châtement est liée au modèle hiérarchique de la religion; l'accusé fait face à Dieu pour son jugement et il y a toujours une élite qui interprète les règlements.

Ces deux systèmes exercent une tension sur toute société, et M. Bissonnette insiste sur le fait que les autochtones n'ont pas à choisir l'un ou l'autre de ces modèles. Tenir compte du conflit qui existe entre ces systèmes signifie participer à un processus continu de négociation et de discussion sur les questions judiciaires. De même,

les autochtones qui choisissent d'utiliser leur propre système judiciaire peuvent parfois faire appel à l'aide de personnes extérieures à la collectivité.

Il fait remarquer qu'aux premiers stades de l'actuel système judiciaire, l'État n'a pas à reconnaître les mécanismes permettant de maintenir l'ordre social. «Maintenant, il existe des collectivités autochtones qui déclarent ne pas avoir besoin d'une reconnaissance de l'État.» M. Bissonnette est d'avis que la question de la justice est toujours liée à celle de l'autorité et à la confiance que l'on accorde à cette autorité.

M. Réjean Paul est juge à la Cour supérieure du Québec. En tant que président de la Commission des Cris-Naskapis, il a agi durant les six dernières années à titre de médiateur dans les litiges qui opposent le fédéral, la province, et les Cris et les Naskapis. À son avis, ses interventions ont eu du succès parce que sa médiation ne revêt pas un caractère officiel et qu'elle est sensible aux besoins de toutes les parties en cause.

Dans son rôle de juge à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, admet-il toutefois, «je me sens inutile quand je vais dans les collectivités». Il donne l'exemple d'un procès qu'il dirigeait un jour dans une petite collectivité de 125 habitants. L'affaire portait sur un délit mineur, la preuve étant clairement en défaveur de l'accusé. Il a expliqué aux membres du jury ce qu'était le fardeau de la preuve, mais après les avoir entretenus de la question pendant au moins une demi-heure, le jury n'a délibéré que pendant une minute avant de rendre son verdict : non coupable. Stupéfait, M. Paul s'entretint avec le chef. «Quelque chose m'a-t-il échappé?», lui a-t-il alors demandé. «Non, a répondu le chef. Le type n'était pas coupable. Nous le savions bien à l'avance.» Chacun sait ce qui se passe dans sa collectivité, et M. Paul estime qu'ils n'ont pas besoin de lui pour leur dire quoi faire.

«Le temps est venu d'apporter des changements», poursuit-il. Il suggère de modifier le Code criminel afin de permettre qu'un conseil des anciens puisse, dans chaque collectivité, appliquer le système dont la collectivité a besoin. Si nécessaire, le conseil pourrait demander à un juge de l'extérieur d'intervenir. Ce système pourrait être mis en place immédiatement dans les collectivités éloignées, bien que ce soit une autre histoire pour les collectivités urbaines. M. Paul a profondément réfléchi à la question, sans pouvoir pour autant offrir de solutions. Entre temps, conclut-il, «nous faisons de notre mieux pour travailler dans le cadre du système actuel».

M<sup>me</sup> Teresa Nahanee est conseillère constitutionnelle à l'Association des femmes autochtones du Canada. Elle commence son intervention en mentionnant que, dans son cours de droit pénal à l'Université d'Ottawa, elle trouve pénible d'entendre les étudiants non autochtones discuter des autochtones comme s'il s'agissait d'une classe inférieure de citoyens.

### Une forme de justice à rabais

«Il n'a rien d'incorrect, ce système judiciaire», déclare M<sup>me</sup> Nahanee. Il a été conçu pour protéger «les gens comme eux des gens comme nous», et c'est pourquoi tant d'autochtones se retrouvent maintenant en prison. Dans ce genre de système, les autochtones plaident coupables. On rend une justice à rabais en donnant aux accusés

autochtones des avocats de l'aide juridique, qui les encouragent à plaider coupable pour accélérer le processus. L'efficacité permet de diminuer les dépenses administratives. «Quel est le but du droit pénal au Canada?», demande-t-elle. Ce système n'a jamais assuré la protection des autochtones.

M<sup>me</sup> Nahanee se dit particulièrement préoccupée du sort des femmes autochtones qui doivent faire face à de la violence au sein de leur propre foyer. «Les femmes autochtones veulent que cesse la violence», dit-elle. On a déclaré que le châtement n'est pas un concept traditionnellement autochtone, mais M<sup>me</sup> Nahanee fait remarquer que plusieurs cultures autochtones ont pratiqué le bannissement et la peine de mort. Prétendre que le châtement n'est pas un élément de la justice autochtone, c'est vivre avec une conception idéalisée de ce qu'est cette justice. «Pour les femmes et les enfants autochtones, nous ne vivons pas à une époque idéale. C'est plutôt la pire des époques.»

Les femmes autochtones veulent que les crimes violents soient punis, poursuit-elle. L'Association des femmes inuit travaille actuellement en collaboration avec le système judiciaire des Territoires du Nord-Ouest pour que les juges imposent des peines plus lourdes pour les crimes de nature violente, des peines qui soient semblables à celles imposées dans les autres régions du pays. Actuellement, les peines qui sont habituellement infligées pour un crime violent commis contre une personne sont de deux ans moins un jour. Des peines plus lourdes voudraient dire que les contrevenants seraient envoyés dans des établissements fédéraux, à l'extérieur des T.N.-O. Pour l'Association des femmes, toutefois, imposer des peines plus sévères est le meilleur moyen de protéger de nombreuses femmes dans leur collectivité.

Elle mentionne qu'en Suède, les cantons ont mis fin à l'habitude de faire venir des juges de l'extérieur dans les collectivités éloignées. Les juges sont maintenant élus par la collectivité, et les membres de ces collectivités exercent une plus grande emprise sur le processus. M<sup>me</sup> Nahanee rappelle que le problème ne se trouve pas dans le système. Tant que nous serons sous son influence, ajoute-t-elle, il nous faudra tenir compte des règles, tout en essayant de les transformer. Par exemple, le *Code criminel* pourrait être modifié pour assurer une meilleure protection aux femmes canadiennes et autochtones, conclut-elle.

M.L. Jacques Auger est le coordonnateur des affaires autochtones au ministère de la Justice du Québec. Depuis de nombreuses années, il travaille comme intermédiaire entre les groupes autochtones et le gouvernement. Ses commentaires insistent sur l'importance de la communication. Les problèmes de communication se trouvent au cœur de tout problème, déclare M. Auger. Il se demande ce que serait la situation actuelle si les Européens et les Canadiens avaient davantage écouté les autochtones au fil des ans.

Depuis maintenant plusieurs années, son gouvernement se penche sur la question des autochtones et du système judiciaire. Il en est venu aux mêmes conclusions que les autres gouvernements du pays. M. Auger fait remarquer qu'on a récemment essayé de remédier aux problèmes, entre autres par un sommet sur la Justice, tenu en février, où l'on a discuté des questions de justice et d'administration de la justice qui concernent les autochtones. Le ministre de la Justice du Québec avait déclaré que le système judiciaire ne répondait pas aux besoins des autochtones.

On devrait améliorer le système dans toute la mesure du possible, et « nous devrions travailler avec les autochtones grâce à des partenariats » visant à élaborer des modèles de justice communautaire qui tiennent compte des facteurs socio-économiques sous-jacents à ces problèmes. M. Auger termine en affirmant qu'un système judiciaire devrait répondre aussi bien aux besoins des autochtones qu'à ceux des non-autochtones.

Le vice-président de l'Inuit Tapirisat du Canada, Chesley Anderson raconte à l'auditoire l'histoire du contact de son peuple avec les Européens. Au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'arrivée de l'Église moravienne a commencé à influencer sur la structure sociale. L'Église amena des contacts avec l'extérieur : éducation, commerce, biens associés au commerce. À l'époque où l'Église moravienne s'est installée, les problèmes survenant dans la collectivité étaient pris en charge par les anciens. Le nouveau système judiciaire a été introduit par la GRC.

Le rôle et l'influence des anciens se sont estompés de sorte que, maintenant, il existe des collectivités qui, dans cette région, détiennent les plus hauts taux de suicide du Canada. Le tribunal est constamment débordé. Son peuple est sur le bord de l'éclatement. « Les Inuit en ont assez », soutient M. Anderson. « Nous ne voulons plus personne de l'extérieur. » Son peuple doit reprendre le chemin, long et ardu, qui le mènera vers la santé.

« De toute évidence, le système n'a pas fonctionné pour nous », poursuit-il. « La justice doit être rendue par la collectivité et faire appel aux moyens traditionnels de guérison. Il y aura un double système et il faudra une médiation, mais ce genre de système peut fonctionner », dit-il. « Il nous faut investir le système judiciaire si nous voulons qu'il travaille en notre faveur. »

M. Anderson fait remarquer que l'autodétermination a été principalement axée sur les réclamations territoriales et qu'en ce moment, le processus est bloqué. Il faut toutefois agir pour remédier à la situation dès maintenant. Le taux élevé de suicide indique que les gens ne tiennent pas le coup, nombre de ces victimes ne sachant pas comment s'adapter aux nouvelles façons de vivre. Il a pris connaissance du cas de certains jeunes qui, pour « utiliser le système », planifient d'aller en prison durant l'hiver. « Le châtimement signifie qu'on pourra loger au chaud pendant l'hiver », fait-il remarquer.

Faisant référence aux commentaires de M<sup>me</sup> Nahanee concernant les femmes inuit qui demandent que l'on impose des peines plus sévères, M. Anderson mentionne que, si l'on voulait infliger une peine plus lourde, on pourrait amener le contrevenant à retourner dans sa collectivité pour faire face au problème et en venir à bout. « Il nous faut un processus de guérison », mentionne-t-il. Son peuple a traditionnellement accordé de la valeur aux droits collectifs, alors que maintenant, l'attention se porte sur les droits individuels. On ne pourra pas résoudre les problèmes en ne considérant que les individus; il faut examiner la collectivité pour comprendre la cause des problèmes.

Faisant remarquer que le temps file, le président, Marc LeClair, invite le chef de l'Assemblée des premières nations (APN), Ovide Mercredi, à se prononcer sur la

question de la réforme du système judiciaire. «Je croyais qu'en ne disant rien, j'affirmais quelque chose», répond M. Mercredi.

La question fondamentale, poursuit-il, est de savoir si les autochtones veulent revoir le statu quo en guise de mesure de rechange pour leur système parallèle. Il ne fait aucun doute que le système peut être transformé; la question est de savoir si la volonté politique existe. Il se demande si le fait d'adapter le système actuel n'aurait pas pour effet d'engendrer «une assimilation accrue pour le peuple que je représente.»

Son peuple a toujours affirmé son autorité sur la juridiction, procédant au changement des structures au sein des collectivités, même quand des organismes externes affirmaient que ces changements étaient impossibles. Avec le temps, les transformations se font permanentes. Il s'agit de décider où on concentre ses énergies, affirme M. Mercredi. Son peuple a décidé de se concentrer sur «le rétablissement de sa compétence en matière d'administration de la justice». L'APN attend que le gouvernement fédéral annonce une réforme véritable et reconnaisse la compétence des premières nations en matière de justice.

M. Mercredi explique que la guérison, le châtement et la culpabilité sont toutes des caractéristiques d'un système judiciaire. Chaque société se fait une idée de ce qu'est le châtement. «Nous vivons au sein de petites collectivités où les gens savent exactement ce qui se passe et où il y a peu d'intimité.» La réforme du système commence par la volonté politique de mettre en place un système judiciaire qui soit le reflet des besoins communautaires. «L'out système judiciaire doit, pour fonctionner, gagner le consentement et le soutien de la population», ajoute-t-il.

L'élaboration d'un système judiciaire autochtone aurait évolué à partir d'un système qui reconnaît à la population le droit inhérent à l'autodétermination, affirme-t-il. «Notre peuple est plus enclin à continuer sur le sentier des droits inhérents qu'à accepter de se faire dire quoi faire pour réformer le système actuel, qui a été la cause d'une grande souffrance.»

Marc LeClair fait remarquer que les participants ont souligné le besoin de systèmes judiciaires axés sur la collectivité et demande s'il est possible d'entreprendre un dialogue qui permette de faire avancer la question. James McCrae affirme qu'il insisterait pour avoir les trois parties à la table de négociation; un processus tripartite est nécessaire en raison des réalités du financement. Il ne voit rien de mal à ce qu'en dernière analyse, on vise à obtenir un système judiciaire distinct pour les autochtones, mais les besoins des collectivités autochtones sont maintenant énormes. Les habitants de ces collectivités «ne peuvent pas attendre que M. Mercredi et moi-même nous prononcions sur la question».

M. Mercredi réaffirme son point de vue : la voie vers une réforme du système judiciaire pourrait être la reconnaissance fédérale, par une loi ordinaire, du droit inhérent à l'autodétermination. Le système actuel ne dessert pas bien son peuple, et lui offrir de travailler au sein de ce système est un gaspillage d'énergie. Il suggère que si la réglementation des jeux de hasard était abolie, par exemple, les frictions relatives à cette question seraient éliminées, ce qui créerait un climat propice au dialogue constructif. Le gouvernement pourrait «libérer le terrain» de l'administration



de la justice, donnant ainsi l'occasion aux collectivités autochtones d'introduire leur propre système. Il existe d'autres avenues juridiques, dit-il. «Notre lecture» de certains traités actuels, ajoute-t-il, indiquent que les premières nations ont compétence en matière de justice.

Le président d'assemblée Marc LeClair, résume la réponse à la question sur la réforme du système de la façon suivante : «Oui et non». On s'entend pour dire que le secteur de la justice devrait être rapatrié par les autochtones, mais que les moyens pour y arriver sont très importants.

## Débat sur les questions fondamentales de la table ronde

### *Questions 1 b) et 2 : La réforme du système*

Le juge Murray Sinclair ouvre la réunion en présentant les participants. Peut-on réformer le système de justice pénale? demande-t-il. Le président du débat, Donald Worme, fait remarquer que «Peu importe la distance parcourue, vous n'arriverez jamais à votre destination si vous prenez le mauvais chemin.» Un changement fondamental est nécessaire, poursuit M. Worme. Il est peut-être trop tôt pour définir en détail les mécanismes de ce changement mais nous devons «étouffer les grandes lignes».

Gerry Morin soulève la question de la surveillance policière. Ce n'est que récemment que le système d'administration de la justice a commencé à inclure les autochtones; jusqu'à maintenant, «nous n'étions pas représentés dans cette infrastructure». Le problème vient de ce que l'enquête et les poursuites sont faites par la GRC; or, cela n'est pas synonyme d'impartialité. Des affaires récentes, comme celles de Donald Marshall ou de David Milgaard donnent à penser que la police n'est pas aussi impartiale qu'elle le prétend et ignore ou fait parfois disparaître les preuves qui pourraient affaiblir sa cause. M. Morin évoque ensuite le racisme qui existe dans les établissements correctionnels. «Comment les gens peuvent-ils se corriger quand ils entendent les propos racistes qui les entourent?» Contrairement aux employés non-autochtones, les employés autochtones des prisons, fait-il remarquer, n'appelleront pas le délégué du personnel syndiqué.

M. Morin évoque le meurtre de Leo Lachance et l'enquête qui a suivi. En ce qui concerne la question de l'informateur, le tribunal a déclaré que l'intérêt de la population passe avant tous les autres. Mais si l'on ne peut répondre aux questions, que faisons-nous ici? demande M. Morin. Les peuples autochtones ne font-ils pas partie de la population et leurs intérêts ne devraient-ils pas être représentés? Ce n'est pas la vérité que veulent les plaignants. «Ils s'abritent derrière la loi et ne s'intéressent pas à la justice», ajoute-t-il.

Le problème a sa source, dans une certaine mesure, dans la nature même du droit coutumier qui a été élaboré au fil des siècles sans la contribution des autochtones. Ce n'est que depuis les années 60 que les autochtones ont ne serait-ce que le droit de vote.

M. Worme rappelle aux participants que les cours canadiennes sont au service de la loi et non de la justice et il invite Gilles Favreau, commissaire adjoint des opérations à la GRC, à répondre. M. Favreau explique que la GRC essaye depuis plusieurs années d'avoir de meilleurs rapports avec les autochtones. Le système peut-il être réformé? Le système de justice pénale sert mal le public et est devenu trop complexe; même les avocats sont d'accord sur ce point. M. Favreau note que certains programmes de déjudiciarisation qui existent dans les réserves fonctionnent bien, également avec la participation de la GRC.

«Nous devons aller de l'avant et trouver des solutions immédiates; on s'occupera du long terme plus tard», dit M. Favreau. Il reconnaît que la GRC a fait des erreurs dans le passé et il voit, pour l'avenir, une coopération plus poussée avec les collectivités, une plus grande sensibilité et des programmes judiciaires de remplacement. Par ailleurs, M. Favreau est d'avis que nous devons tous admettre qu'il existe de vrais criminels : «Il ne s'agit pas seulement de graffiti et de fenêtres cassées.» Tous ceux qui travaillent dans ce système imparfait doivent prendre conscience qu'il y a aussi des affaires plus graves nécessitant une approche différente. Dans une réserve où vivent 700 personnes, il y a 800 arrestations par an, ce qui est indicatif de profonds problèmes.

Frank McKay, président de l'Association des chefs de police des premières nations, dit que les collectivités autochtones ont mis sur pied leurs propres corps policiers parce qu'ils n'étaient pas satisfaits de la GRC; elles ont vu trop de problèmes interculturels. Il fait allusion aux commentaires d'Ovide Mercredi sur la nécessité d'une volonté politique. «Nous avons cette volonté», dit M. McKay, mais le financement est un problème constant.

Pour ce qui est du traitement des contrevenants, son expérience a montré à M. McKay que la prière et les conseils des anciens donnent de bons résultats; les jeunes écoutent vraiment, même s'il faut beaucoup de discussions et de temps pour que le changement se produise. La police offre également des services de conseil. Les policiers autochtones font partie de la collectivité et font tout ce qu'ils peuvent, compte-tenu des restrictions financières. En réponse à une question de M. Worme sur la violence faite aux femmes, M. McKay déclare que la violence conjugale est un problème grave, souvent lié à l'alcool. La police travaille avec les conseillers et les services sociaux dans les réserves. «Est-ce que par «réforme», on entend aller au-delà de l'application de la loi et assumer d'autres rôles?», demande M. Worme. «Quoi que veulent les autochtones, dit M. McKay, les policiers font partie de la collectivité et nous ferons le nécessaire.»

M. Favreau admet que la GRC aurait dû depuis longtemps recruter des autochtones pour servir dans les réserves. «Avant, nous arrivions dans un village ou nous postions un agent de police sur place pendant un ou deux ans, ou bien nous ne faisons qu'une brève apparition.» Maintenant, déclare M. Favreau, la police compte plus de 400 autochtones dans ses effectifs et son objectif est d'en avoir 1 500. Mais la GRC aurait dû prévoir ces problèmes.

Le juge Allan Cawsey, président du groupe de travail sur le système de justice pénale et son impact sur les Indiens et les Métis de l'Alberta, dit que sa province n'a guère

d'expérience dans le domaine de l'application de la loi autochtone. Il pense que les gens souhaitent voir la police se montrer plus sensible à la culture autochtone mais par ailleurs, il a entendu des jeunes dans les établissements correctionnels dire : «On ne veut pas d'une police de bande; on veut une vraie police».

**«Qui sait vraiment ce qui se passe dans une collectivité?  
Ceux qui y vivent.»**

Jean-Charles Coutu, qui coordonne les tribunaux dans le nord du Québec, évoque la répartition inégale des populations autochtones au Québec. «Nous avons plus de 30 collectivités autochtones dans ma région. Pourquoi, demande-t-il, avec tous les efforts qui ont été faits dans le passé, a-t-on fait si peu de progrès?» La réponse, selon lui, est le manque de volonté politique et l'ignorance qui caractérisent les échelons supérieurs de la fonction publique. Au Québec, la population autochtone, peu importante (50 000 personnes), n'est pas rentable sur le plan politique. Nous devons modifier les attitudes, poursuit M. Coutu. Le présent rapport incitera peut-être les décideurs à ouvrir leurs yeux et leurs oreilles.

Selon lui, un système judiciaire autochtone distinct est impossible dans l'immédiat. Les collectivités autochtones ont besoin de plus de temps pour élaborer de nouveaux systèmes, ne serait-ce que pour cerner les problèmes auxquels elles font face et étudier les causes fondamentales. Les autochtones ont renoncé au contrôle social, le confiant d'abord à l'Église puis à la GRC et enfin à la Sûreté; cela va prendre longtemps à la collectivité pour regagner cette maîtrise. Le système judiciaire ne peut résoudre les problèmes sociaux.

Régis Larivée, conseiller juridique du sous-ministre de la Sécurité publique du Québec, fait remarquer qu'il existe un écart considérable entre le nombre relativement élevé de policiers autochtones au Québec et le nombre plus bas partout ailleurs dans le pays. Devrions nous avoir un système judiciaire autochtone parallèle? M. Larivée craint que cela ne soit difficile dans la pratique, étant donné la petite taille des collectivités autochtones. Une analyse sera nécessaire pour les domaines hautement spécialisés. Un système autochtone autonome travaillant en collaboration avec les forces de police existantes permettrait à celles-ci d'apporter leur expérience et leurs compétences. Les autochtones devraient contrôler leur propre police, selon M. Larivée. «Ceux qui savent vraiment ce qui se passe dans une collectivité sont ceux qui y vivent.» Nous devons leur donner les ressources nécessaires.

Dans le Grand Nord, poursuit M. Larivée, la police est la première sur les lieux et a davantage de responsabilités. Il faut qu'il y ait la volonté politique de donner à la police les outils dont elle a besoin tout en adaptant le système judiciaire canadien pour qu'il réponde aux besoins des autochtones. «Si la justice est imposée de l'extérieur, et non de l'intérieur, la police ne sert à rien.»

**Les oubliés : les Métis**

Sheila Genaille, présidente du Ralliement national des femmes métisses, directrice de la recherche pour la Nation métisse de l'Alberta et conseillère auprès du comité

pour la réforme constitutionnelle, insiste sur le fait qu'il y a trois peuples autochtones au Canada : les Indiens, les Inuit et les Métis. «Nous sommes exclus de la Commission royale, dit-elle, et nous ne tolérerons plus d'être laissés de côté.» Le peuple métis a écouté trop de promesses et il veut le changement tout de suite. Ils sont les oubliés du Canada, rien de plus. «Les Métis sont peut-être une jeune nation autochtone, mais ils font partie de ce pays et sont des édificateurs de cette nation.»

Est-il possible d'adapter le système actuel? Oui et non répond M<sup>me</sup> Genaille. Le changement est nécessaire à court terme mais de simples palliatifs ne suffiront pas à résoudre les problèmes des Métis en ce qui concerne le système actuel. Quoi qu'il arrive, les Métis continueront «à avoir affaire au système judiciaire». Si l'on admet qu'il devrait y avoir un système judiciaire autochtone, il ne faut cependant pas perdre de vue la réalité. Les recommandations passées, et elles sont nombreuses, devraient être mises en application «pour sauver les Métis qui risquent, autrement, d'être perdus. Mais, dans l'interim, l'on doit adapter le système en consultant les Métis et avec leur accord».

Pour ce qui est de la question 2, la mise en place de «méthodes holistiques et adaptées à la culture métisse pour la résolution des conflits» améliorerait la situation des enfants, des personnes âgées et des pauvres, entre autres, qu'ils soient Métis ou non-Métis. M<sup>me</sup> Genaille cite l'exemple des tribunaux d'appel métis pour le règlement des conflits (*Métis Settlements Appeal Tribunal*) qui se servent de techniques particulières pour dissiper les tensions entre les parties, parvenir à un équilibre entre celles-ci et restaurer l'harmonie. Ce système communautaire permet les différences entre les individus au lieu d'imposer l'uniformité. Il est souple et peut-être adapté en fonction des circonstances. Ce modèle, conclut M<sup>me</sup> Genaille, pourrait être bénéfique à la société canadienne dans son ensemble.

Larry Chartrand, directeur du programme de droit autochtone à l'Université de l'Alberta, ajoute que le tribunal est pour les Métis et les non-Métis et a un champ d'application très vaste qui englobe, entre autres, le comportement en société.

Le recrutement de policiers autochtones, selon M. Chartrand, est un pas dans la bonne direction. Mais cela n'est pas suffisant. Nous devons également augmenter la sensibilité aux autres cultures. «Ne créez pas plus de conflits que vous n'en résolvez», met en garde M. Chartrand. Ce n'est, par exemple, pas la bonne solution d'avoir des policiers métis dans une réserve indienne. Et pour ce qui est des autochtones dans les corps policiers, qu'en est-il de leurs rapports avec leurs collègues? Il cite l'exemple d'un agent de police autochtone qui a démissionné parce que ses collègues estimaient qu'il «arrêtait trop» car il arrêtrait autant de Blancs que d'autochtones. M. Chartrand demande aussi à ce que soient reconnues les différences culturelles entre les différentes nations autochtones. Il est important que les agents de police conviennent bien à la collectivité.

Selon M. Chartrand, l'alcoolisme est symptomatique de l'impuissance fondamentale résultant de l'imposition des valeurs d'une culture étrangère. Quels sont les programmes qui rendront son pouvoir à la collectivité? Certaines collectivités n'ont peut-être pas encore la réponse à cette question et l'on ne devrait pas les inciter à la

précipitation si elles ne sont pas prêtes pour une réforme. Le processus et l'habilitation sont des mots clés.

M. Chartrand parle ensuite du concept de la détermination de la peine par le cercle, où un juge permet à la collectivité de former un cercle et de prononcer une sentence. Cette technique donne à la collectivité le sens qu'elle a une emprise sur une justice qui est la sienne. C'est la collectivité qui devrait décider comment prendre et comment exercer le pouvoir. L'État canadien a été édifié en excluant les peuples autochtones; peut-il maintenant aider ces peuples à reprendre la place qui leur revient?

«Vous êtes juge. Pouvons-nous nous accommoder du système de justice pénale?» demande M. Worme au juge James Igloliorte de l'Île-du-Prince-Édouard et du Labrador. La solution ultime, selon M. Igloliorte, est l'autonomie gouvernementale. «Un problème profond nécessite un changement profond.» Tous les changements immédiats ne peuvent être que des bouche-trous, le but étant l'autonomie gouvernementale. «Les erreurs que l'on pourra faire avec l'autonomie gouvernementale ne seront rien comparées aux problèmes et aux erreurs associés au système canadien», selon M. Igloliorte.

Le message doit être transmis à un organisme en particulier : la Couronne. Il n'existe pas de mot pour «La Couronne» dans le langage autochtone, mais c'est à la Couronne que l'on doit dire ce dont les autochtones ont besoin. Ce qu'il nous reste à faire, poursuit-il, c'est de décider le message que nous voulons lui communiquer.

Selon James Graham, sous-ministre adjoint des services correctionnels de la Colombie-Britannique, le système judiciaire actuel est en difficulté. Le défi pour les autochtones consiste à aider le système à trouver de meilleures façons de traiter les autochtones autant que les non-autochtones. Il lui semble que cela serait dans l'intérêt de tous. C'est dans les zones urbaines que le défi sera le plus grand. M. Worme demande si le système fonctionnerait mieux s'il était géré exclusivement par les autochtones.

Répondant aux remarques du juge Cawsey, Frank McKay prend la défense de la police autochtone en Alberta et rappelle que les insuffisances chroniques de financement entraînent d'autres difficultés au niveau du recrutement et de la formation. Le recrutement d'autochtones par la GRC n'est pas un problème selon lui mais il pense que ces agents sont gênés par la politique de la GRC, ce qui a des répercussions sur leur rendement. Il trouve choquant que l'on puisse mettre en doute le pouvoir de la prière pour ce qui est de remettre les contrevenants sur le droit chemin. Ce scepticisme, lui semble-t-il, est un vote de censure à l'égard du mode de vie autochtone.

## Définir la justice

Selon Gerry Morin, le problème en ce qui concerne la justice est de la définir. Il a essayé, un jour avec un ami, de trouver une traduction dans la langue autochtone du mot «hippopotame» et ils sont arrivés à quelque chose comme «un cochon aquatique à la grande bouche, au gros derrière et aux pieds larges du pays de l'homme noir». Maintenant que nous avons réglé la question de l'hippopotame, voyons ce que veut dire «justice», déclare M. Morin.

En réponse à M. McKay, Gilles Favreau fait remarquer que les criminels endurcis ne croient pas au pouvoir de la prière et ne sont pas réceptifs à celle-ci. Il décrit ensuite certains programmes que la GRC est en train de mettre en place pour augmenter le recrutement d'autochtones et pour sensibiliser son personnel aux préoccupations des autochtones, comme les dispenses pour les autorisations d'entrée, les programmes de sensibilisation à la spiritualité autochtone et un corps consultatif chargé de corriger les directives. Si les policiers de la GRC doivent suivre les directives, ils ont dans certains domaines la latitude d'aller, par exemple, «parler avec un ancien pour trouver une solution». M. Worme fait remarquer que M. Favreau semble d'avis qu'un changement administratif est suffisant mais qu'il doute que quiconque soit d'accord.

Le juge Coutu met l'accent sur la recherche d'un nouveau modèle judiciaire qui comprendra le transfert du pouvoir. «Tous ceux qui sont au pouvoir font des erreurs, dit-il, et l'important est de reconnaître ces erreurs et d'en tirer une leçon.» Il est d'accord avec l'idée de l'autonomie gouvernementale au niveau local, en augmentant le pouvoir le cas échéant, et en appelle à la participation des femmes et des jeunes aux nouvelles initiatives. Les jeunes vivent dans un contexte différent que les anciens ne comprennent peut-être pas toujours.

Le juge Coutu conjure tous les participants de ne pas voir seulement ce qui nous différencie mais aussi ce qui nous rapproche. Le système des Blancs aussi souhaite l'harmonie et la réconciliation, dit-il. Nous voulons tous la même chose. Le problème est que la société des Blancs est prisonnière de codes. «Nous nous sommes tissé une camisole de force, nous nous sommes emprisonnés. Nous devons nous libérer ensemble de cette camisole de force», poursuit-il. Nous devons revenir aux valeurs de base, conclut le juge, et retrouver l'harmonie que nous recherchons tous.

## **Le cercle de l'après-midi explore les questions fondamentales**

La deuxième journée de la table ronde s'est terminée par un cercle où les participants ont débattu les questions et les préoccupations soulevées au cours des séances précédentes.

Le juge Allan Cawsey fait part des connaissances qu'il a acquises en tant que président d'un groupe de travail provincial sur la justice autochtone. «Nous sommes partis du principe que le gouvernement souhaitait connaître les répercussions du système actuel sur les autochtones», dit-il, faisant remarquer qu'il avait personnellement pu constater ces répercussions du point de vue d'un juge, d'un procureur et d'un agent de police. «La seule partie de la culture autochtone dont je n'ai pas fait l'expérience est d'être envoyé en prison par un policier raciste.»

Un participant adresse ensuite sa première remarque à la Commission royale. Il conjure les membres de la Commission de garder présent à l'esprit le fait que les réserves ont toutes des besoins différents et que 60 % des autochtones vivent dans des centres urbains. «D'après moi, on ne peut établir un système qui desserve tout le monde équitablement.»

«Deuxièmement, note-t-il, la plupart des contrevenants à qui nous avons affaire sont jeunes. Ce sont des enfants. Ce sont des gosses. Si on ne s'en occupe pas comme il faut, ils nous reviennent adultes. À côté de cela, fait-il remarquer, c'est rarement pour avoir cassé une vitre ou écrit des cochonneries sur les murs que les gens sont envoyés en prison. Ils ont commis un crime contre la société, soit contre les leurs, soit contre la société dans son ensemble, et une sanction s'impose. Or, pour le moment, tout ce que nous avons, ce sont les prisons.» Dans tous ses voyages, ajoute-t-il, le groupe de travail s'est fait dire qu'il fallait absolument trouver des solutions autres que l'incarcération.

Selon le même participant, la surveillance policière, l'éducation, les services correctionnels et autres aspects de la justice autochtone doivent être communautaires «avec l'appui total de la collectivité et sans qu'aucune initiative ne soit imposée à la collectivité par la culture extérieure. Tout ce qui a marché en ce qui concerne les autochtones a émané des autochtones. Je ne vois rien qui ait marché qui leur ait été imposé d'en haut». À présent, l'Alberta a un système correctionnel communautaire dans la réserve des Indiens du Sang et un pénitencier communautaire à Hobbema.

Il suggère en outre que des dispositions seront toujours nécessaires dans un système traditionnel en ce qui concerne la libération sous caution, ne serait-ce que pour s'assurer que les gens se présentent devant un conseil d'anciens ou un conseil communautaire, comme requis

Pour finir, le participant parle des avantages pour les collectivités non autochtones. «Bien sûr, tout changement apporté à un système conçu pour répondre en 1900 aux besoins de l'Angleterre victorienne sera bon pour l'ensemble de la société», déclare-t-il. La réconciliation et la réadaptation sont toutes deux très importantes et «la détermination de la peine pourrait-elle avoir de meilleur objectif que de rendre une personne équilibrée à la société après que cette personne ait commis une infraction»? Il spécifie que toute réforme qui est dans l'intérêt des collectivités autochtones améliorera également le sort des pauvres et des minorités culturelles.

Le participant suivant aborde la question de l'objet de base du système de justice pénale. «Beaucoup d'entre nous qui travaillons dans ce milieu risquons d'avoir nos propres idées préconçues et je suis prêt à parier que celles-ci sont très formelles», dit-il. Mais on pourrait également présenter la justice pénale comme un élément du contrôle social, «même si ce n'est ni l'élément clé ni le seul élément». Ce changement de perspective «ouvre toutes sortes d'horizons pour ce qui est des organismes qui peuvent également jouer un rôle dans le milieu de l'ordre social». À partir de là, il n'y qu'un pas à faire pour dire que la police peut jouir d'un degré de latitude qui était plus acceptable il y a cinquante ans qu'aujourd'hui. Tout ceci résulte en une approche holistique davantage axée sur la collectivité.

En même temps, il met en garde contre les bonnes intentions à mauvais escient. Un juge peut par exemple reconnaître que l'imposition d'une peine discontinuë constitue une approche moins punitive sans se rendre compte que l'accusé, vivant à 80 kilomètres de la prison et n'ayant pas de voiture, ne peut satisfaire aux conditions fixées par la peine. Dans ce scénario, une infraction relativement mineure est

aggravée par un défaut de comparaître «et le voilà devenu un délinquant dangereux simplement parce qu'il a été pris dans le système. Posons les bonnes questions et les réponses suivront».

D'après ce participant, il faut commencer par prendre quelques risques. «Nous reconnaissons tous que le système ne fonctionne pas; très bien, alors quelle est la réponse? Nous devons faire preuve d'innovation dans notre approche si nous voulons le changer [...] et nous allons trébucher et nous n'allons pas le changer parfaitement.» Lorsque la collectivité propose une meilleure idée, «nous n'avons peut-être pas besoin d'une structure formelle de comités judiciaires. Peut-être avons-nous besoin d'un peu de bon sens [...] Si les personnes à cette table, les anciens, nous ont appris quelque chose, c'est qu'ils adoptent une perspective plus large, plus holistique et c'est la perspective que nous devons adopter».

### *Où sont les anciens?*

Joe Morrison, un juge de paix et ancien des Ojibwas du nord-ouest de l'Ontario fait remarquer qu'il n'a pas encore entendu de discussion sur la place de la tradition dans le processus de réforme judiciaire. Il existe partout au Canada des personnes attachées à la tradition qui ont été reconnues comme des anciens par les leurs mais elles n'ont pas été invitées à la table ronde pour partager leur sagesse. «Ce sont elles qui détiennent le savoir et l'histoire orale de leur collectivité sur la façon dont les choses étaient faites.» Au lieu de faire participer les anciens, la Commission royale a invité des universitaires à prendre part à la discussion et «vous essayez de prendre une décision sur ce qui est préférable pour les autochtones.»

Pour bien faire, poursuit-il, «nous ne devrions pas être assis ici. Nous devrions être dans la collectivité, à parler avec les gens qui sont directement touchés par les décisions que vous allez prendre ici». Il suggère en outre que l'on modifie les lois pour qu'il soit possible de recourir aux foyers de guérison plutôt qu'aux prisons, la plupart des autochtones étant en prison pour des infractions relatives à l'alcool.

La sage Flora T'abobondung demande que l'on pardonne plus facilement à ceux qui ont enfreint la loi. «On ne devrait pas rabaisser tous ceux qui ont fait quelque chose de mal», dit-elle, rappelant que la tradition veut que l'on se respecte et que l'on s'aide les uns les autres. «C'est à nous en tant qu'anciens, en tant que mères et pères, d'enseigner à nos enfants à respecter la vie, à respecter tout ce que le Grand Esprit nous donne sur cette terre.» Elle souligne en outre l'importance de la compréhension interculturelle entre les autochtones et les autres Canadiens. «Nos ancêtres partageaient et c'est pour cela que je pense que nous devons vous faire part de nos sentiments à votre rencontre pour que vous compreniez nos façons de faire et que nous comprenions les vôtres», ajoute-t-elle. «La meilleure façon est de travailler ensemble pour construire une nation où nous puissions élever nos enfants et bien communiquer. Nous avons le même cœur, le même corps et le même esprit et nous devons comprendre que nous ne sommes qu'un.»



### *Oser se poser en juge*

L'ancien Ernie Benedict dit qu'il est satisfait du dialogue qui a eu lieu dans le cadre de la table ronde et fait remarquer qu'il a vu de nombreuses occasions où la loi n'avait pas été appliquée équitablement. Parmi les premières nations, poursuit-il, les contacts passés avec le système judiciaire ont engendré le sentiment suivant : «Comment peut-on se poser en juge des autochtones quand on est soi-même un intrus sur notre terre?». On s'attend à ce que tout le monde entre dans une cour de justice «avec les mains propres», note M. Benedict, mais «j'ai vu des cas où le juge a loué une parcelle de terre indienne et poursuivi ensuite les autochtones pour avoir péché dans le lac même au bord duquel il passe l'été. Cela n'apparaît pas dans les déclarations qui ont été faites jusqu'à maintenant et c'est pourquoi je le mentionne maintenant.»

En anglais, le système judiciaire actuel appelle les juges des «lords» et les membres du jury des «pairs», d'après des traditions qui ont vu le jour en Europe. Mais ces références sont contradictoires et troublantes pour beaucoup de gens «et j'espère qu'elles seront un jour interdites parce que déplacées», déclare M. Benedict. «S'il est vrai que tous les hommes sont créés égaux, et sont également responsables de leurs propres actions, de leur propre corps, de tout ce qui est sous leur emprise, cette égalité devrait être reflétée dans le système judiciaire. Ceux qui prononcent des jugements doivent être des semblables» et même les accusés devraient avoir leur mot à dire en ce qui concerne le jugement du tribunal, comme c'est le cas dans le système judiciaire iroquois traditionnel.

M. Benedict cite ensuite un cas dans l'État de New York, où un membre de la nation Onondaga a été jugé coupable d'un meurtre. La collectivité a demandé à ce qu'on lui accorde un an pour mettre de l'ordre dans ses affaires; non seulement il a pourvu aux besoins de sa famille mais il a également pu envoyer des cadeaux à la famille de la victime. Il s'est rendu de plein gré à la fin de l'année et a été exécuté, devenant la première personne à être pendue dans le comté. «Le jour doit venir où cette égalité dont nous parlons sera l'égalité de tous, même de ceux que nous considérons comme des délinquants», dit M. Benedict en conclusion.

### *«Mettre le système en état d'arrestation»*

C'est Renée Taylor, une avocate autochtone de Colombie-Britannique, qui a pris la parole ensuite. Elle a soulevé la question de la punition déjà discutée à la séance du matin. Selon elle, de nombreuses femmes autochtones ont besoin d'être protégées contre la violence, éventuellement au moyen de peines de prison plus longues pour les contrevenants. Se décrivant elle-même comme quelqu'un qui «vit constamment dans la zone où les deux mondes se rencontrent», elle note que «la plupart des gens admettent au fond que, pour la majorité des crimes non accompagnés de violence, pour les crimes contre les biens, la prison ne convient pas». Mais pour certaines formes de comportements anti-sociaux, «on a sans aucun doute besoin de quelque chose d'autre».

Un certain nombre de modèles de peines de remplacement connaissent des succès aux États-Unis, poursuit-elle. Et «il se passe quelque chose de remarquable» dans des collectivités canadiennes comme Round Lake, où des auteurs de mauvais traitements et leurs victimes participent à des cercles d'amitié, sans qu'aucune accusation n'ait été déposée. Dans ce type de situation, on demande aux professionnels chargés de faire un rapport de ne pas assister à ces séances, pour que les problèmes puissent être traités au sein de la collectivité. L'incarcération constitue parfois la bonne solution pour les infractions graves, mais les contrevenants reviennent parfois «fous, fous, fous», explique-t-elle. Le problème vient en partie du fait qu'il est rare que des programmes de réadaptation soient disponibles dans les prisons.

Cette participante cite ensuite le cas d'un client qui avait été accusé de diverses infractions à la suite d'un incident où il avait trouvé un groupe de motards se baignant nus sur ses terres et avait essayé de les faire partir. Elle raconte qu'elle avait essayé de téléphoner à l'agent qui s'était chargé de l'arrestation pour déterminer ce qui s'était réellement passé «parce qu'il y a toute cette latitude dont nous parlons ici». Il avait répondu que les Indiens «s'enivrent» et ne savent plus ce qu'ils font; le procureur avait ensuite décrit les autochtones comme «des gens plaisants quand ils sont sobres, gentils, simples». Elle dit qu'elle a vu des douzaines de cas de ce type.

«Mon propos n'est pas de critiquer les efforts qui ont été faits, conclut-elle. Je pense que l'on doit accueillir de bon coeur tout ce que les gens peuvent faire pour aider. Mais la question ultime est de savoir si ce système peut être adapté. Je ne pense pas, parce que tant de gens dans le système n'ont pas de mauvaises intentions, parce qu'ils ne haïssent pas les Indiens au départ [...] mais il leur manque la perspective historique ou culturelle.» Selon elle, tous les chefs de services de l'Administration devraient s'engager à modifier les attitudes, et «si quelque chose doit être arrêté, c'est le système».

Selon une autre participante, les autochtones et les non-autochtones doivent continuer à travailler ensemble «parce que, au fond, nous sommes tous apparentés dans le cercle de la vie». Elle dit qu'elle a vu les esprits et les attitudes évoluer grâce à un procédé d'éducation interculturelle dans le cadre duquel les gens n'hésitaient pas à prendre des risques et à examiner leurs propres croyances et leurs propres valeurs.

La juge Joyce King-Mitchell, de Kanhawake et Akwesasne, revient à la question de l'exil intérieur, disant avoir pitié d'un participant qui n'a pas compris le concept. «Je me demande combien d'autres mots de notre langue ne sont pas compris par les non-autochtones», note-t-elle. Elle explique que l'exil intérieur est un système de valeurs dans lequel on demande aux gens d'emporter leurs valeurs ailleurs s'ils ne peuvent respecter les normes de la collectivité. «Nous ne voulons nous débarrasser de personne, souligne-t-elle. Nous voulons juste qu'ils emportent leurs valeurs ailleurs où elles seront appréciées.»

Vina Starr dit que son rêve serait que tous les Canadiens et les Canadiennes, «pendant leur vie, puissent être fiers de ce qu'ils peuvent partager et puissent tenir haut la tête sur la scène internationale avec quelque chose de nouveau. Cet élément nouveau peut être le remplacement du contrôle social par la collectivité, le contrôle

social ne devenant nécessaire que lorsque l'homme n'est pas entier au départ et n'est pas élevé pour devenir entier. La seule chose qui mérite nos efforts est ce qui demande du courage et du travail. Je crois que nous sommes tous prêts à nous atteler à la tâche».

La présidente de la séance, Rachel Qitsualik, remercie les membres du cercle de lui avoir accordé l'honneur de présider la séance, faisant remarquer que, toute la journée, elle a «hésité entre l'envie de pleurer et l'envie de crier de joie». Le président de la table ronde, Murray Sinclair, compare la journée à des montagnes russes et remercie les personnes présentes d'y avoir participé, «certains d'entre vous pour avoir créé les monts, d'autres les vallées». Il fait remarquer que certains délégués ont traité quelques questions extrêmement difficiles et affirme que la réforme du système actuel jouit de solides appuis.

«Il est clair que l'on doit répondre oui, dit-il, pour toutes les raisons qui ont été débattues ici aujourd'hui.» Passant à la question fondamentale de savoir si le système peut actuellement être réformé, il déclare que «nous laissons aux commissaires le soin de réfléchir à cela». La journée se termine par des prières dites par les anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung.

## Présentation des mémoires

Après les prières d'ouverture dites par les anciens Ernie Benedict et Flora Taboboudung, la commissaire Bertha Wilson souligne qu'en étudiant la possibilité d'adapter le système de justice pénale existant, la table ronde avait pu déterminer quels éléments fondamentaux du système nécessitent un changement radical. On assiste déjà à un certain changement grâce à l'intervention de certains mécanismes de résolution des différends, adaptés aux diverses cultures, qui fonctionnent bien et sont acceptés, bien qu'ils appartiennent au système judiciaire existant. M<sup>me</sup> Wilson propose une approche différente : la création d'un système judiciaire distinct. Elle veut savoir à quoi ressemblerait un tel système, quels seraient ses liens avec le système judiciaire canadien, si les femmes autochtones seraient mieux servies par un système judiciaire autochtone et si la Constitution permet la création d'un système judiciaire autochtone distinct. En conclusion, elle a ajouté que c'était là des questions complexes. Vina Starr, l'animatrice de la séance suivante, présente les participants.

### **Mandamin : relations**

Tony Mandamin, de la nation odawa, est avocat et membre des Services de police d'Edmonton. Pendant la préparation de son intervention, il a eu de la difficulté à décrire les liens entre l'actuel système judiciaire et un système autochtone. Ce que nous appelons le système judiciaire canadien, c'est un énorme appareil composé de nombreux éléments destinés à s'opposer au comportement criminel. Ce n'est pas un système monolithique, mais un ensemble complexe d'éléments. M. Mandamin a eu peine à décrire un système de justice autochtone. En effet, bien qu'il connaisse les systèmes judiciaires autochtones, il n'a pu en identifier aucune structure officielle.

Tony Mandamin est d'accord avec Leroy Littlebear pour décrire la loi autochtone comme une «intériorisation de la norme sociale». Les autochtones se laissent guider par leur éducation, l'exemple des autres et les pressions sociales. Ils se servent rarement d'un appareil de justice pénale pour contrer les déviations à la norme. Quand un de ses membres commet une infraction, la communauté autochtone concentre son énergie sur la restauration de la norme. Par conséquent, un système de justice autochtone est une innovation se fondant sur la tradition afin de donner naissance à une structure de justice pénale qui n'existait pas auparavant.

Rappelant la définition de la culture, à savoir une conversation à travers les âges, M. Mandamin nous propose sa propre définition : la culture est l'expérience des êtres humains à travers les âges; elle évolue tout comme l'expérience. Afin d'illustrer l'évolution de la culture autochtone, Tony Mandamin cite l'exemple des traditions entourant le mariage : sa grand-mère a épousé, à 16 ans, l'homme que ses parents avaient choisi pour elle. Cependant, des années plus tard, lorsqu'une femme a pris contact avec elle pour lui proposer de marier son petit-fils, M. Mandamin lui-même, elle a refusé, estimant que les choses étaient désormais différentes. Les cultures évoluent et s'adaptent, sans pour autant que cela soit un signe d'assimilation. M. Mandamin précise que Donald Marshall a été reconnu coupable de meurtre pour la seule raison qu'il était autochtone, et ce, malgré que son peuple cohabite avec les Eurocanadiens depuis 400 ans. Le fait qu'il soit toujours micmac en dit long sur la ténacité de la culture autochtone.

M. Mandamin évoque la complexité du système judiciaire actuel; le gouvernement fédéral adopte des lois que les provinces administrent et nomme les juges des cours provinciales. Les provinces administrent les corps de police, mais le gouvernement fédéral est responsable de la GRC qui peut offrir ses services sous contrat à la police provinciale, tout en continuant de relever du gouvernement fédéral. Les règlements provinciaux sont analogues mais peuvent varier et sont parfois en contradiction avec les droits issus de traités. «L'imbrication des compétences fédérales et provinciales est complexe, de déclarer M. Mandamin, et là-dessus vient se superposer la *common law*».

M. Mandamin estime qu'il faudrait commencer par supprimer le mot «système» lorsqu'on se penche sur la justice autochtone. Les peuples autochtones sont aussi variés que les différentes nations d'Europe. Les systèmes seront différents selon le secteur auquel il s'appliquent, tout comme les compétences provinciales ne s'appliquent pas à l'extérieur des limites de la province. Il croit que la justice autochtone sera une justice communautaire qui se développera à partir de la base et qui restera circonscrite à l'intérieur des limites de la communauté.

M. Mandamin précise qu'une certaine parenté avec le système judiciaire canadien permettrait de bénéficier de ressources utiles et garantir une sorte de stabilité. Les deux systèmes administreraient à peu près les mêmes lois, avec quelques variantes. Il rappelle que le Code criminel est une liste d'infractions et que la plupart des cultures s'entendent généralement sur la définition du comportement criminel. Une agression est une agression, quelle que soit la culture.

Il envisage des liens entre les gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones, comme dans le cas de l'accord tripartite albertain. L'exercice concomitant de la justice est un mécanisme possible, mais cela peut bien entendu donner lieu à des problèmes. La province de l'Alberta a refusé, par exemple, d'intenter des poursuites contre les personnes enfreignant le règlement de la circulation pied-noir, adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Mais M. Mandamin a trouvé des moyens de résoudre ce problème.

En Alberta, les tribunaux autochtones (l'équivalent des commissions judiciaires) servent de comités de détermination de la peine et sont efficaces, étant donné qu'ils appliquent des méthodes proches des méthodes traditionnelles. Le système de justice pénale vise avant tout à déterminer la culpabilité ou l'innocence et la sentence est pratiquement secondaire. En revanche, pour la justice autochtone traditionnelle, la parole d'un individu est trop importante pour que l'accusé ne dise pas toute la vérité sur son infraction; lorsque la communauté intervient, le délinquant a déjà reconnu son infraction et expliqué ce qui l'avait incité à agir de la sorte. Il ne reste donc qu'à déterminer quel sera son sort. La détermination de la peine se fait en cinq minutes dans un tribunal canadien, alors qu'elle peut prendre deux heures dans un tribunal autochtone.

M. Mandamin fait remarquer que le système judiciaire canadien ne permet pas à la communauté elle-même de se prononcer et qu'elle a diminué l'autorité des chefs et des anciens, empêchant ainsi la communauté d'exercer un contrôle sur ses propres membres. En Alberta, les juges commencent à faire marche arrière. Si les juges témoignent du respect pour les chefs et les anciens, la population les imitera. Le résultat sera la responsabilisation de la communauté. Lorsque les communautés auront pris l'habitude de régler les questions mineures, elles auront acquis le pouvoir de prendre en main le contrôle des questions plus importantes, mais ce sont aux individus eux-mêmes de décider de l'ampleur et du rythme de ce processus.

Quant aux relations avec les différents organes de justice autochtone, M. Mandamin s'explique ainsi : « Nous sommes habitués au consensus ». Il suppose que les systèmes de justice autochtone convergeront et adopteront des lignes plutôt similaires, comme c'est le cas pour les législations provinciales. Le droit autochtone pourrait s'appliquer à tous les crimes, mais les infractions aux droits issus des traités seraient du ressort de tribunaux spéciaux.

M. Mandamin estime que le système judiciaire canadien est suffisamment souple pour qu'une partie de ses pouvoirs soit déléguée au système judiciaire autochtone. Impossible de savoir, toutefois, si cela se produira. Il s'attend à ce que la justice autochtone adopte des valeurs communes et à ce qu'elle fasse participer les anciens, mais dans des structures différentes. Il entrevoit un système complémentaire, mais sert l'avertissement suivant : « Nous ne pouvons négocier sans pouvoir et le seul pouvoir dont nous disposons actuellement, c'est la misère de notre peuple. Pour négocier, les autochtones ont besoin de certains atouts. Nous avons entendu des belles paroles, de déclarer M. Mandamin, maintenant nous voulons des résultats. »

## Zion : l'expérience navajo

James Zion, avocat au tribunal tribal navajo et ancien procureur général adjoint du Nouveau-Mexique commence par dire que le mot navajo qui signifie avocat, peut se traduire littéralement par : «celui qui a toujours raison». Pour les Navajos, qui ont le sens de l'ironie, ce mot désigne également un pédant qui ne connaît pas les bonnes manières navajo.

M. Zion présente l'histoire du droit et des institutions autochtones après le contact avec les Européens. Les premiers décrets espagnols imposèrent aux bureaucrates coloniaux l'obligation de suivre les lois et les coutumes indigènes et le Mexique avait des tribunaux autochtones jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. La proclamation royale de 1763 reconnaissait implicitement la validité des gouvernements et de la loi autochtone qui sont la pierre angulaire de la Constitution américaine. Au XVIII<sup>e</sup> et au XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence a renforcé cette approche. Le congrès américain régit les relations entre les nations autochtones mais pas leurs affaires intérieures. M. Zion précise que les précédents historiques autorisent les peuples autochtones à revendiquer aux termes de la common law indienne leur droit fondamental de maintenir leurs systèmes judiciaires.

Toutefois, le différend relatif aux compétences a entraîné une dégradation généralisée. M. Zion cite le cas d'une tribu du Montana où le financement insuffisant pour faire respecter la justice tribale et la non-intervention du gouvernement ont permis, à une époque où tous les gens ont des fusils, le retour à l'ancien système du règlement de compte. M. Zion a observé des systèmes judiciaires autochtones qui fonctionnent encore en Saskatchewan, même s'ils ne sont pas officiellement reconnus. Les communautés dissimulent certains problèmes aux autorités extérieures afin de les résoudre elles-mêmes, ne faisant appel aux institutions de l'extérieur que lorsque cela est vraiment nécessaire.

«Qu'est-ce que la loi?», demande M. Zion. Il définit la loi comme un ensemble de normes, de choses à faire et ne pas faire, de valeurs, de principes et d'émotions définis par les institutions et appliqués à des problèmes donnés. Selon lui, il s'agit d'une approche à deux volets comprenant d'une part les valeurs et d'autre part les institutions. «À qui appartient ces valeurs et ces institutions?», demande-t-il. C'est dans une perspective d'assimilation que l'État a invité les peuples autochtones à adopter ces valeurs et institutions. Il y a des problèmes au niveau du financement et de la formation des avocats autochtones, mais le véritable problème touche les valeurs. Le système ne permet pas aux autochtones d'appliquer leurs propres normes.

Certaines institutions comme les commissions permettent éventuellement une meilleure représentation des autochtones, mais, elles aussi, se réclament de valeurs non autochtones. Les tribunaux autochtones sont perçus, à tort, comme des instruments d'assimilation parce qu'ils appliquent les procédures institutionnelles américaines et (techniquement) des valeurs non autochtones mais en fait, ils appliquent leurs propres valeurs. Parallèlement, des institutions traditionnelles appliquant des valeurs traditionnelles, parfois légèrement adaptées, continuent à survivre.

Pour M. Zion, la leçon à tirer de la réalité passée et présente est simple : il ne faut pas limiter la justice. Empruntons au système blanc ce qui convient aux autochtones,

mais laissons de côté les luttes d'influences et les conflits de compétences. Il faudrait faire appel aux forces de l'extérieur uniquement lorsque la justice autochtone s'avère incapable de résoudre un problème grave. Pour cela, il suffit de conclure une entente pratique avec le système judiciaire canadien. M. Zion ajoute que les tribunaux navajos reconnaissent les autres tribunaux tribaux, constituant ainsi une certaine communauté entre les nations.

M. Zion est sensible au ton personnel des délibérations. Il habite dans une petite localité. Lorsqu'il s'y est installé, on lui a dit qu'un de ses voisins était un cambrioleur. Il s'est alors demandé comment il pourrait s'y prendre pour protéger sa maison. Il a décidé de sympathiser avec le cambrioleur. Il y a toujours des solutions à de telles situations. Il demande que l'on cesse de présenter les hommes autochtones comme des brutes et les femmes comme des victimes passives. Il souligne également que le moment est venu de reconnaître plutôt que d'accorder aux peuples autochtones le droit et le pouvoir de prendre en main leurs propres affaires.

## Nahanee : danse avec un gorille

Teressa Nahanee, conseillère en matière constitutionnelle de l'Association des femmes autochtones du Canada, commence par remercier les personnes qui l'ont aidée à préparer son exposé. Elle pose les deux questions fondamentales suivantes : quelles seraient les compétences et la structure des systèmes judiciaires autochtones et les systèmes seraient-ils assujettis à la *Charte des droits et libertés*? M<sup>me</sup> Nahanee précise qu'en raison du rejet de l'Accord de Charlottetown, il nous faudra accepter pendant plusieurs années encore le régime juridique et constitutionnel actuel.

D'après son expérience, le mot féminisme est un mot grossier. Les femmes présentent l'expérience personnelle qui les amène à percevoir les choses autant avec leur cœur et leur corps qu'avec leur intellect. Toute formule de justice autochtone ou d'autonomie gouvernementale doit tenir compte de ces connaissances. La Cour d'appel fédérale y a été sensible dans sa décision du mois d'août dernier exigeant que les associations de femmes autochtones soient consultées lors des négociations constitutionnelles.

Les propositions en matière de justice soulèvent des inquiétudes graves chez les femmes autochtones. Sur 500 projets pilotes actuellement en cours, seulement 40 sollicitent la participation active de femmes. Les programmes de justice communautaire soulèvent souvent les protestations des femmes, surtout lorsqu'ils permettent aux délinquants sexuels d'échapper à la justice. Les femmes autochtones dénoncent les sentences clémentes imposées aux délinquants qui agressent sexuellement des femmes et des enfants.

«On a beaucoup parlé des différences culturelles et de la nécessité de rendre le système de justice pénale plus sensible, déclare M<sup>me</sup> Nahanee. Mais qui définit la justice?» Il faudrait consulter les femmes lors de la définition des pratiques culturelles. Les femmes ont été soumises à une discrimination sexuelle légale et même privées des droits de vote et de propriété. Depuis 20 ans, les femmes ont dû se battre pour mettre fin à la discrimination. M<sup>me</sup> Nahanee affirme clairement que les



femmes sont tout à fait opposées aux pratiques traditionnelles telles que la polygamie et le proxénétisme.

Les sentences dont écoper actuellement les délinquants sexuels révèlent une insensibilité flagrante à l'égard des femmes et sont une véritable honte, précise M<sup>me</sup> Nahanee. La sanction est peut-être étrangère à la tradition autochtone, mais il faudrait appliquer aux auteurs des crimes contre les femmes et les enfants les sentences prévues par le Code criminel, ce qui n'est pas souvent le cas. Les délinquants sexuels autochtones devraient écoper des mêmes sentences que les non-autochtones. La guérison peut bien avoir lieu à l'extérieur de la communauté, mais les délinquants doivent être exclus de cette communauté.

Les femmes inuit réclament des peines d'emprisonnement plus sévères pour ces crimes, rapporte M<sup>me</sup> Nahanee. Une lettre d'excuse et une peine d'emprisonnement d'une semaine ne suffisent pas à dissuader les auteurs d'agressions sexuelles et certains hommes aiment bien passer les mois d'hiver en prison. Dans l'état actuel des choses, les victimes souffrent plus que leurs bourreaux. Par ailleurs, il est intolérable que la victime d'un inceste, par exemple, doive quitter son foyer. Il faudrait expulser l'auteur de l'agression, plutôt que de punir la victime.

Le système judiciaire canadien considère les femmes autochtones comme de sous-êtres humains. Il faut également mettre fin à ce genre de chose. La justice autochtone fait l'objet de deux points de vue différents : celui des hommes qui considèrent que les hommes autochtones sont défavorisés par le système de justice pénale et celui des femmes, qui considèrent que les femmes autochtones sont les victimes des hommes autochtones. M<sup>me</sup> Nahanee demande de «dénoncer les condamnations trop clémentes qui ne rendent pas justice aux femmes qui doivent rester dans leur communauté». Elles réclament l'abolition du patriarcat. «Les femmes doivent pouvoir prendre leur avenir en main et participer à la décolonisation de la société. Il ne faut pas que la sécurité de la personne et la vie des femmes fassent les frais de l'harmonie sociale.»

En ce qui a trait à la dichotomie entre les droits individuels et les droits collectifs, M<sup>me</sup> Nahanee affirme que les femmes ne sont pas plus acharnées à défendre leurs droits personnels que les droits collectifs. La plupart des femmes autochtones vivant en milieu urbain ne peuvent retourner chez elles et doivent lutter pour être réadmissées dans leur communauté, pour participer au rétablissement des systèmes de justice et des structures communautaires.

M<sup>me</sup> Nahanee fait remarquer que, depuis trois jours, les réunions sont dominées principalement par les hommes et que peu de femmes autochtones sont représentées. Les femmes doivent prendre part au processus de prise de décisions, autant pour elles-mêmes que pour les sept prochaines générations. À l'avenir, il faudrait que les tribunes comptent 50 % de femmes. Les femmes ont été exclues du processus constitutionnel. «Nous voulons faire entendre notre voix», de déclarer M<sup>me</sup> Nahanee.

Les principes et droits garantis par la *Charte des droits et libertés* devront continuer de s'appliquer dans les systèmes de justice autochtone. Sans ces droits, les femmes ne pourront donner leur aval à de tels systèmes.

M<sup>me</sup> Starr évoque le rôle joué par l'Association des femmes autochtones du Canada pour rectifier les injustices du passé, en particulier le long combat en faveur du projet de loi C-31 et exprime sa tristesse au sujet du traitement auquel les femmes ont été soumises.

### **Macklem : l'autorité législative**

Faisant allusion aux déclarations de M. Zion, le professeur Patrick Macklem de la Faculté de droit de l'Université de Toronto se présente comme un pédant. Il passe en revue les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982 afin de vérifier si les dispositions constitutionnelles actuelles permettent la création d'un système judiciaire autochtone. Ce faisant, il laisse de côté l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que la *Charte des droits et libertés*, qui ont déjà été examinés.

En raison de l'échec de l'Entente de Charlottetown, cette réforme nécessitera le recours aux tribunaux, à des négociations de traités et d'autres ententes et à des mesures statutaires. Selon M. Macklem, il faudra voter des lois pour harmoniser le système de justice pénale et la justice autochtone. L'émergence de la justice autochtone obligera les gouvernements fédéral et provinciaux à libérer des espaces, ce qui nécessitera des transferts de législation et de compétences. Il s'interroge sur la souplesse du cadre constitutionnel actuel.

M. Macklem estime que la réforme constitutionnelle est inutile pour l'instauration de la justice autochtone. Les pouvoirs existent déjà et la Constitution ne présente aucun obstacle; c'est uniquement une question de volonté politique. M. Macklem pose deux questions — premièrement, quels sont les niveaux de gouvernement, provincial ou fédéral qui ont le pouvoir de déterminer la compétence des tribunaux autochtones? Deuxièmement, quelles seraient les conséquences des dispositions constitutionnelles concernant l'organisation judiciaire? Il souligne que le Canada ne peut créer un système judiciaire autochtone, puisqu'un tel système serait fondé non pas sur le droit canadien, mais sur le droit autochtone.

Toutefois, il faudra adopter de nouvelles lois pour assurer la mise en place et l'établissement de liens avec le système de justice pénale.

Le paragraphe 92(14) de la Constitution donne compétence aux provinces en matière d'administration de la justice. Il reste néanmoins à préciser si les tribunaux autochtones créés par les provinces seraient fondés à appliquer la loi fédérale, par exemple, les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La jurisprudence actuelle semble être favorable et un transfert général de compétences serait probablement accepté par les tribunaux. La prudence recommanderait que les provinces accordent aux tribunaux autochtones compétence en matière d'application de la loi provinciale et que le Parlement leur transfère des compétences en matière d'application des lois fédérales.

La Constitution confère au gouvernement fédéral le pouvoir de créer ses propres tribunaux, mais le transfert de compétences porterait uniquement sur les lois fédérales applicables et existantes. Par exemple, le gouvernement fédéral pourrait

transférer le pouvoir de faire respecter la common law autochtone, la Loi sur les Indiens, le Code criminel et les autres lois fédérales, mais pas les lois provinciales d'application générale.

Les dispositions de la Constitution se rapportant à l'organisation judiciaire chargent le gouvernement fédéral de la nomination, de la rémunération et de la révocation des juges des paliers supérieurs des cours provinciales (cours supérieures, de district et de comté). Ces dispositions se prêtent à deux interprétations possibles : soit elles permettent de protéger l'appareil judiciaire de toute ingérence provinciale; soit elles permettent au gouvernement fédéral d'influencer l'application de la loi fédérale par les cours provinciales.

Si les provinces confèrent aux tribunaux autochtones une compétence égale à celle des cours supérieures, de district ou de comté, les juges doivent, techniquement, se conformer aux dispositions prévues par l'organisation judiciaire et appartenir, entre autres, au barreau de la province. Toutefois, il est possible de contourner ces exigences si les nominations se conforment à une politique plus vaste. Il est probable que les provinces ne seront pas nécessairement liées par ces dispositions. Cependant, si le gouvernement fédéral crée des tribunaux autochtones, les dispositions en matière d'organisation judiciaire ne devraient pas s'appliquer, puisque le gouvernement aurait ainsi voix au chapitre et puisque la charte protège l'indépendance judiciaire.

M. Macklem conclut que la Constitution actuelle permet de reconnaître le droit inhérent à la justice autochtone et que seule la volonté politique fait défaut.

## **Dernière discussion de la table ronde**

### ***Questions 3 à 5 : Des systèmes de justice autochtone distincts***

L'animateur Brad Morse, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, souligne aux 13 participants à la dernière discussion de la table ronde que bon nombre des points ont déjà été analysés en détail et qu'il souhaite un échange libre au cours duquel les interventions seront limitées à trois minutes.

Graydon Nicholas, juge de la cour provinciale de Woodstock, au Nouveau-Brunswick, prend la parole le premier pour présenter une plume d'aigle qu'une de ses soeurs lui a donnée pour l'appuyer dans le combat pour les droits des autochtones. «Voilà où se trouvent les réponses», dit-il en brandissant la plume d'aigle, déclarant ensuite qu'il souhaite garder le silence pendant tout le reste du temps qui lui est imparti.

Après trois minutes de silence, Lorene Clark, sous-ministre de la Justice du Yukon, affirme qu'il incombe aux gouvernements de s'adapter aux besoins des autochtones. C'est en confrontant les programmes judiciaires à l'expérience pratique des autochtones que l'on saura s'ils donneront de bons résultats. Au cours de cette phase de développement, il est important de tenir compte de la diversité des environnements dans lesquels vivent les autochtones.

M<sup>me</sup> Clark estime qu'il est crucial de bâtir une solide infrastructure, un processus permettant le déroulement des discussions et des négociations en toute sécurité. Elle donne en exemple la récente entente tripartite conclue entre son gouvernement, le gouvernement fédéral et le Council for Yukon Indians. «Une fois que l'entente est en place, on peut songer à l'application», précise-t-elle, mais il est extrêmement important de disposer d'une infrastructure solide.

Mary Ellen Turpel, professeur de droit à l'Université Dalhousie, reproche au système judiciaire actuel de pénaliser deux fois les autochtones. En premier lieu, les autochtones souffrent de discrimination et de racisme et l'appareil judiciaire refuse de reconnaître leurs différences et de leur accorder un traitement spécial. Il est possible de remédier immédiatement à ce type de victimisation; par contre, il est plus difficile de faire cesser le deuxième niveau de victimisation. Il y a de graves problèmes de violence et de criminalité dans les communautés autochtones, en particulier de la violence perpétrée par des hommes contre des femmes. Les autochtones ne sont pas plus enclins à la violence que les non-autochtones, le phénomène de la violence est le résultat de centaines d'années de victimisation. M<sup>me</sup> Turpel demande que l'on s'attaque à ces deux niveaux de victimisation.

«Si nous voulons, poursuit-elle, que le système judiciaire canadien remédie à cette situation, il faut permettre aux victimes de participer au processus. La solution ne consiste pas à multiplier les incarcérations.» L'incarcération contribue uniquement à saper l'estime de soi et à aggraver le sentiment de victimisation. Les systèmes traditionnels de justice autochtone permettent à tous de participer à toutes les étapes du processus de guérison. Elle ajoute que les femmes en particulier ont une connaissance spéciale de la justice qu'on ne saurait négliger. Le véritable défi pour le système judiciaire canadien sera de tenir compte du point de vue féminin lors de l'élaboration de solutions.

Cynthia Desmeules-Bertolin, associée de Biamonte, Cairo et Shortreed, estime, quant à elle, que la question des compétences n'a pas été bien examinée. La plus grande partie des débats concernant l'instauration de systèmes parallèles sous-entend que les compétences seront fondées sur l'assise territoriale. Or, les Métis, faisant partie d'une communauté qui a été déplacée et marginalisée, ne disposent pas d'une telle assise territoriale. Les statistiques judiciaires ne tiennent pas compte du nombre de Métis inculpés, mais elle estime qu'ils sont nombreux.

M<sup>me</sup> Desmeules-Bertolin pense que l'appareil judiciaire autochtone devrait être une émanation du gouvernement autochtone. Les Métis vivant en milieu urbain ne sont pas moins autochtones que les Amérindiens qui vivent dans des réserves. «Les compétences doivent être déterminées en fonction du statut de chaque personne», conclut-elle.

Robert Mitchell, ministre de la Justice et procureur général de la Saskatchewan, rappelle qu'au cours des dernières négociations constitutionnelles, plusieurs gouvernements «ne pouvaient se détacher de l'idée qu'une assise territoriale était indispensable à l'exercice du pouvoir législatif». Il n'approuve pas lui-même cette idée fondée sur la notion européenne de souveraineté liée au sol. Les personnes qui

quittent un territoire sont censées relever d'un autre territoire. Il préfère que les gouvernements demeurent responsables de leurs ressortissants, quel que soit l'endroit où ils vivent. Ces approches présentent certains problèmes, mais ils ne sont pas insolubles.

«Nous devons décider dès le départ qu'un système de justice autochtone ne doit pas nécessairement être associé à une assise territoriale, de poursuivre M. Mitchell. Sinon, nous devons sacrifier la moitié des autochtones du Canada.»

Charlene Belleau, coordinatrice du Programme de lutte contre la violence familiale de la bande de Canim Lake, raconte qu'en tant qu'intervenante de première ligne, elle passe son temps à venir en aide aux victimes des pensionnats. «Le programme serait inutile, dit-elle, s'il ne servait à rien d'autre qu'à traumatiser plus encore les victimes.»

L'élaboration de nouvelles formes de justice obligera le gouvernement et tous les intervenants du système à prendre des risques. Elle cite l'expérience qu'elle a accumulée lors de la présentation de colloques interculturels à diverses organisations. Au bout d'un certain temps, elle a insisté pour que les cadres eux-mêmes soient les premiers à suivre la formation. Les résultats ont été spectaculaires. La possibilité de participer a beaucoup changé les attitudes, dit-elle ... le changement doit progresser de haut en bas.

«J'aimerais vous demander de nous accorder le droit à l'erreur», de poursuivre M<sup>me</sup> Belleau, ajoutant qu'elle souhaitait que le pouvoir de prise de décisions soit décentralisé et non plus concentré à Ottawa ou dans les capitales provinciales.

Brad Morse fait remarquer que les décideurs disent souvent que le changement doit provenir de la base. C'est une approche qui leur permet d'attendre tranquillement qu'il se passe quelque chose.

Roger Tassé, ancien sous-ministre québécois de la Justice souligne que le système auquel il a été fait allusion est à la fois très complexe et très spontané. Il a toujours été intrigué par la façon dont le changement se produit et «étonné par la difficulté de provoquer le changement. Il n'est pas nécessaire, ajoute-t-il, de modifier la loi pour changer le système.»

Le système judiciaire est un système vaste composé de nombreux sous-systèmes naturels qui relèvent de leurs propres cultures, poursuit-il. Ces sous-systèmes sont essentiellement populaires et le changement sera provoqué par les gens qui y croient.

M. Tassé fait remarquer que le système judiciaire est le dernier recours; on y fait appel lorsque tous les autres moyens ont échoué. Il ajoute que les habitants des communautés autochtones souhaitent le changement et connaissent les causes de leurs problèmes.

### *Les systèmes doivent être compatibles*

Cynthia Desmeules-Bertolin poursuit son raisonnement sur la justice pour les Métis. Un système judiciaire pour les Métis serait fondé sur le statut, appliquerait les

principes de justice courants pour déterminer par exemple quelles sont les lois qui s'appliquent et aurait recours au système de résolution des différends.

Pour elle, la façon de définir les liens entre les deux systèmes présente un certain danger. Il faudrait que la définition de ces liens soit négociée. En fait, il s'agit de délimiter les pouvoirs. Il faudrait éviter qu'une cour supérieure ait le pouvoir d'affirmer que les décisions d'un tribunal autochtone ne sont pas valables. Il faut, ajoute-t-elle, que les systèmes soient compatibles.

Sharon McIvor, coordonnatrice en matière judiciaire de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), affirme que l'application de sentences plus longues et l'incarcération plus fréquente des délinquants ne donnent pas de bons résultats. «Mais tant que les autochtones relèveront du système judiciaire canadien, tant que les femmes et les enfants seront violés et que les délinquants devront purger des peines moins sévères», le message que recevront les autochtones et les non-autochtones, c'est que les crimes perpétrés contre les autochtones sont moins graves. L'AFAC veut que les lois s'appliquent pareillement aux autochtones et aux non-autochtones. «En tant que victimes, nous voulons, dit-elle, un traitement équitable.»

Ron George, président du Conseil des autochtones du Canada souligne que le thème général de la conférence est le besoin de guérison. La plupart des systèmes judiciaires autochtones règlent les problèmes selon une approche traditionnelle. Par exemple, son propre système traditionnel gitksan-wet'suwet'en, qui protège les droits individuels et les droits collectifs, est surtout axé sur la prévention des conflits.

Il fait remarquer que la justice militaire, qui a compétence sur les individus, fonctionne sans problèmes depuis de nombreuses années, parallèlement au système civil. Il existe beaucoup d'autres exemples de systèmes parallèles. C'est le cas par exemple des gouvernements hors réserve qui pourraient servir de modèles à un système judiciaire pour les autochtones qui ne disposent pas d'assise territoriale. «Il ne s'agit pas de déterminer si cela est possible, mais plutôt quand ce système sera instauré.»

Michael Jackson, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, examine la question soulevée par M. Tassé : comment changer le système? Selon lui, il est logique de commencer par demander l'avis des personnes qui participent aux projets pilotes sur la détermination de la peine; ayant récemment fait l'expérience de nouvelles approches, ils sont bien placés pour nous expliquer pourquoi le système ne fonctionne pas.

Les systèmes de justice parallèles, poursuit M. Jackson, doivent être fondés sur le respect, la collaboration et la reconnaissance des différences. Il souligne que la justice autochtone doit être communautaire.

La justice doit faire l'objet d'une réforme systématique. De nombreux projets pilotes en matière de réforme judiciaire ont échoué à cause de la mutation de certains de leurs participants, obligeant leurs remplaçants à repartir à zéro.

M. Jackson attire l'attention des commissaires de la CRPA sur un projet de loi actuellement déposé au Parlement qui propose, pour la première fois, d'inclure dans le Code criminel une définition du système de justice pénale. Il demande à la CRPA

de recommander que cet énoncé fasse place également aux principes de justice autochtone. «Le gouvernement devrait, dit-il, reconnaître l'énorme contribution faite par les peuples autochtones», ajoutant que cette reconnaissance est facile, mais qu'elle nécessite une volonté politique.

Brad Morse se souvient de la conférence sur la justice de 1975, qui avait présenté de nombreuses recommandations entérinées par le gouvernement. «Dix-sept ans plus tard, on répète encore la même chose et on ne sait toujours pas comment s'y prendre.»

Harvey Longboat est un chef héréditaire de la Confédération des Six Nations Haudenasauncc. Il rappelle que son peuple a signé, en 1664, un traité international avec le gouvernement hollandais, et plus tard avec le gouvernement britannique. Ce traité caractérisé par le Wampum double, était fondé sur la paix, la droiture et le respect.

Le gouvernement canadien n'a jamais reconnu ce traité, dit-il, et la Confédération a été chassée, à la pointe des fusils de la GRC, de son siège traditionnel. Cependant, elle continue de fonctionner et de croire dans le Wampum double. «Nous cheminons sur deux voies parallèles, de déclarer M. Longboat, caractérisées par le respect mutuel.»

### *«Seul le Créateur a le pouvoir de juger»*

Son gouvernement traditionnel est un système matriarcal où «les femmes jouent un rôle très important dans tous les domaines.» Seul le Créateur a le pouvoir de juger, dit-il, précisant qu'au cours des années qui ont suivi le contact avec les Européens, la Confédération a remis aux non-Indiens tous les membres de la Confédération coupables de meurtres, de vols et de viols.

Une assise territoriale est très importante, poursuit M. Longboat, faisant remarquer que les séances de la table ronde ont débuté par une prière à la Terre mère. «Comment pouvons-nous respecter notre mère si nous n'avons pas de terre?».

Il explique que le Wampum double illustre la relation entre deux personnes, côte à côte. Il raconte que sa grand-mère l'avait prévenu du danger d'avoir un pied dans deux canots différents. En effet, la tempête peut séparer les deux embarcations et ceux qui ont un pied dans chaque canot disparaîtront dans l'eau, perdant leurs racines autochtones. «Gardez les deux pieds dans votre canot, recommande M. Longboat, c'est ce qui vous permettra d'avoir la perspicacité nécessaire pour continuer à collaborer avec les non-Indiens.»

Il s'est demandé comment il était possible de parler de justice sans tenir compte de tout le reste, car c'est «tout le reste» qui cause le problème. Il ajoute que le développement économique boude les communautés autochtones, parce que les non-autochtones «craignent de perdre leur emprise sur nous».

Norm Inkster, ancien commissaire de la GRC, déclare, quant à lui, qu'il a «toujours hésité à parler de systèmes». En effet, les systèmes imposent des règles, il préfère parler de «communautés». M. Inkster précise que, pendant de nombreuses années, la GRC s'est repliée sur elle-même. «À certaines époques, nous avons collaboré étroitement avec les autochtones, mais à d'autres moments, nos relations ont été

caractérisées par le manque d'harmonie.» Pendant un certain temps, la GRC estimait que son rôle était d'imposer la loi aux autochtones; puis, de faire respecter la loi «au nom des autochtones». Désormais, le moment est venu de faire respecter la loi «en collaboration avec» les autochtones. La GRC a entamé des pourparlers avec les communautés autochtones afin d'abattre les obstacles à la collaboration.

M. Inkster évoque la «communauté de justice» qui peut servir de catalyseur du changement. En tant que communauté, nous devons trouver un moyen de faire obstacle aux problèmes. La communauté de justice est un continuum qui se prête lui-même au changement. Il fait remarquer que le pays est de plus en plus varié dans sa composition culturelle et ethnique et que tous les membres de la communauté de justice doivent conjuguer leurs efforts et viser l'avenir plutôt que de ressasser les problèmes du passé.

Barry Stuart, de la cour territoriale du Yukon dit apporter des bonnes et des mauvaises nouvelles à la table ronde sur la justice : «La bonne nouvelle, c'est que les communautés ont déjà leurs propres systèmes judiciaires; la mauvaise nouvelle, c'est qu'elles n'ont pas eu besoin de beaucoup d'avocats et de spécialistes pour leur expliquer comment s'y prendre.»

«Nous avons privé les communautés de leur capacité à régler les conflits», poursuit M. Stuart. Depuis quelques années, il a participé à une cinquantaine de cercles de discussion chargés d'étudier le cas d'environ 150 délinquants. La participation de la communauté est essentielle dans ces cercles et les participants s'intéressent moins à l'infraction elle-même qu'aux problèmes sous-jacents. Il est arrivé à M. Stuart de quitter un cercle sans avoir réglé le cas du délinquant. Toutefois, il était ravi que l'infraction ait permis d'aborder les problèmes véritables.

Dans le passé, les communautés ont beaucoup trop fait confiance aux spécialistes et aux interventions de l'extérieur pour résoudre leurs problèmes. De nos jours, on reconnaît que ce sont les gens qui comprennent les vrais problèmes qui détiennent les solutions. Il souligne qu'il faut permettre aux communautés d'évoluer à leur propre rythme. «Si nous imposons des changements trop rapides, sans donner à la communauté le temps de s'y faire, la communauté perd sa capacité à résoudre le problème d'une manière fondamentalement différente.»

Robert Mitchell affirme que le rôle des gouvernements et des spécialistes n'est pas nécessairement de créer un système judiciaire dans les communautés, mais plutôt de trouver un moyen d'appuyer et d'encourager les communautés à se prendre en main. «Nous devons résister, dit-il, à la tentation de nous ingérer et d'imposer nos solutions. Nous devons laisser les communautés évoluer d'elles-mêmes.» Le changement est un long processus qui ne peut pas s'appliquer du jour au lendemain.

Il est d'accord avec le chef national de l'Assemblée des premières nations Ovide Mercredi pour reconnaître que la solution est la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, mais donne également raison au ministre de la Justice du Manitoba James McCrae qui a déclaré (la veille) qu'il faut intervenir immédiatement. «Nous devons, dit-il, être souples et prêts à céder la place.»



Charlene Belleau confirme, elle aussi, que les gouvernements et les spécialistes doivent appuyer les mesures communautaires. Elle ajoute que de nombreux non-autochtones sont intéressés à appliquer un processus de guérison dans leurs propres communautés. Brad Morse signale que le nouveau jargon à la mode dans la société canadienne dominante, s'inspire des méthodes traditionnelles autochtones. C'est le cas de la notion de «guérison».

### **«Éviter de rénover le système en conservant une architecture coloniale»**

Mary Ellen Turpel exprime certaines inquiétudes relativement à plusieurs idées présentées. Faisant allusion à la métaphore utilisée par M. Inkster évoquant la reconstruction de la GRC, M<sup>me</sup> Turpel précise qu'il est important «d'éviter de rénover le système en conservant une architecture coloniale». Elle veut savoir qui entreprendrait les rénovations et qui déciderait des rénovations nécessaires.

Elle pose à M. Stuart une question concernant son rôle dans les cercles de discussion, lui demandant s'il avait le pouvoir de renverser les décisions prises par les communautés. M. Stuart précise qu'au départ, il avait le pouvoir de renverser les décisions de la communauté, mais que désormais, la décision se prend par consensus. Un délégué de l'assistance pose la question suivante à M. Stuart : «Si vous n'êtes pas le juge, quel est votre rôle dans un tel cercle?» «C'est une bonne question», de répondre M. Stuart. Selon Brad Morse, le succès des cercles de discussion dépend de la volonté du système existant de leur laisser le champ libre.

M<sup>me</sup> Turpel souligne qu'il est extrêmement important de faire en sorte que le changement touche aussi bien les institutions que les individus. Les institutions doivent appuyer les mesures afin qu'elles puissent se poursuivre après le départ de leurs auteurs. Elle estime qu'en l'absence de soutien de la part des institutions, les 400 mesures communautaires recensées constituent un véritable «miracle». Brad Morse ajoute que beaucoup de projets pilotes ont totalement cessé d'exister lorsqu'ils ont épuisé tous les fonds dont ils disposaient.

Cynthia Desmeules-Bertolin regrette d'avoir à «continuellement justifier notre existence» au système en place. Selon elle, les exigences du système sont paternalistes. Elle rappelle souvent aux communautés que le moyen le plus simple de régler les conflits n'est pas d'appeler la police, mais de leur trouver elles-mêmes une solution. Selon elle, les communautés peuvent régler elles-mêmes leurs problèmes, mais elles ont besoin de structures pour appuyer leurs efforts.

M<sup>me</sup> Desmeules-Bertolin estime que la Constitution actuelle justifie pleinement l'établissement par les autochtones d'un système judiciaire et ajoute que l'article 101 sur le pouvoir de constituer un tribunal pourrait être invoqué dans certains cas particuliers. Elle fait remarquer que le gouvernement dépense chaque année 50 à 60 000 \$ pour l'incarcération d'un seul Métis et propose que ces fonds soient versés directement aux communautés afin de financer les programmes en matière de justice.

Michael Jackson est convaincu que beaucoup de gens souhaitent le changement, au fond d'eux-mêmes, mais, qu'en réalité, les individus ne peuvent pas produire le changement. Pour le moment, c'est entièrement sur les individus que repose la volonté des communautés autochtones de reprendre le contrôle de leurs responsabilités judiciaires. «Pour chaque juge favorable à une telle initiative, dit-il, il y en a 100 qui n'ont pas tiré les leçons du colonialisme.» Il se dit encouragé par le fait qu'un grand nombre d'individus appuient les changements, mais fait remarquer que le grand avantage du système navajo, aux États-Unis, tient au fait que son autorité est concrétisée dans une institution. Il faut reconnaître le droit des communautés à exercer la justice et les gouvernements doivent fournir les ressources nécessaires pour assurer le fonctionnement du système.

Barry Stuart affirme qu'il y a, au Canada, des centaines de juges qui cherchent un moyen différent d'exercer leurs fonctions. Brad Morse fait remarquer qu'il y a peut-être des gens bien intentionnés actuellement dans l'appareil judiciaire, mais que rien ne garantit que cette bonne volonté se maintiendra.

Norm Inkster souligne que les communautés doivent régler elles-mêmes leurs problèmes et qu'il est urgent que les gouvernements consacrent des ressources aux initiatives en matière de justice. «Nous ne pouvons plus attendre», dit-il. Charlene Belleau fait remarquer que les gouvernements ont toujours prétexté le manque de ressources pour financer les programmes. Elle demande à la CRPA de recommander que le gouvernement verse, pour toute personne à qui une communauté parvient à faire éviter l'incarcération, le montant qu'il aurait fallu dépenser pour l'entretenir en prison.

Dans l'assistance, le juge en retraite Alf Scow intervient pour dire que la solution ne consiste pas simplement à s'en remettre aux autochtones pour le règlement de tous les problèmes. À mesure que les autochtones continueront à progresser sur tous les fronts, les communautés auront besoin d'un développement économique réel et de meilleurs contacts avec le monde des affaires. C'est pourquoi il est important, ajoute-t-il, de prévoir des mesures de protection tenant compte de l'éthique autochtone.

M. Scow ajoute que plus de 80 % des membres de sa communauté d'origine vivent hors-réserve et ont perdu le droit de s'exprimer en tant qu'autochtones. «Je proteste contre le fait que les autochtones qui vivent hors-réserve ne peuvent contribuer à bâtir l'avenir.» Brad Morse ajoute que l'on n'a pas encore décidé ce qu'il adviendrait des non-autochtones vivant sur les territoires autochtones.

Dans l'assistance, Sam Stevens, administrateur des programmes judiciaires des T.N.-O., demande à Norm Inkster s'il est prêt à demander dès demain à ses agents de conclure avec les communautés des protocoles d'entente couvrant les relations entre la communauté et la police, une entente écrite sur les besoins en matière de police et de ressources. M. Inkster répond que les agents de la GRC ont pour mandat permanent d'examiner ces questions avec les communautés. «Toutefois, je refuse, ajoute-t-il, d'imposer à chaque communauté où nous offrons des services de police, un modèle conçu à Ottawa. M. Stevens estime qu'un engagement écrit est nécessaire. M. Inkster réplique qu'il est réticent à appliquer le même modèle à toutes les

communautés. «Si votre communauté veut un protocole d'entente, rétorque-t-il, il suffit qu'elle en rédige un.»

Le juge de l'Ontario Joe Morrison, présent dans l'assistance, commente la situation des non-autochtones vivant dans des communautés autochtones. Il fait remarquer qu'en cas de mariage entre personnes de communautés différentes, la tradition autochtone exigeait qu'un partenaire accepte de s'installer dans une autre communauté et d'en respecter les lois. De nos jours, les non-autochtones qui s'installent sur des territoires autochtones du Nord, ne respectent pas les lois de la communauté où ils vivent. Il fait remarquer qu'une communauté autochtone est comme une ville différente qui a ses propres règlements. Il aimerait que la CRPA se penche directement sur ce problème.

M. Morrison ajoute qu'un problème important du système judiciaire existant tient au fait que le pouvoir est extérieur aux communautés. Lorsque les gens sont contrôlés de l'extérieur, ils ont l'impression de ne plus être maîtres de leurs propres communautés. «Nous ne pouvons continuer à imposer notre volonté aux autres», dit-il. Il rappelle que de nombreux traités ont été signés sur la base que les autochtones et les non-autochtones conjuguaient leurs efforts pour résoudre les problèmes et qu'il est temps de mettre fin aux décisions unilatérales et d'entamer un processus de partage du pouvoir.

La juge de la cour provinciale de la Saskatchewan Patricia Linn, présente dans l'assistance, déclare aux participants à la table ronde que beaucoup de juges sont sensibles aux préoccupations des autochtones et souhaitent des changements au niveau communautaire. M<sup>me</sup> Linn se promet, lorsqu'elle sera de retour dans sa province après la table ronde, de faire son possible pour collaborer avec les communautés. Elle ajoute que tous les programmes de réforme judiciaire ne pourront se poursuivre sans des mesures de soutien concrètes.

### *«Il faut du courage de part et d'autre»*

Un membre de l'assistance, faisant allusion aux commentaires de M. Longboat concernant le Wampum double, estime qu'il faut revenir aux principes de base des relations entre les autochtones et les non-autochtones. Les deux communautés doivent être séparées mais se respecter mutuellement. «Il faut du courage de part et d'autre pour instaurer de nouvelles relations, dit-il. L'initiative doit venir des deux côtés.» Il ajoute qu'il faut tolérer certaines erreurs. Les premières tentatives de réforme seront chancelantes et ne plairont peut-être pas à tous, mais «il est indispensable d'appuyer les premières tentatives et de leur donner la chance de se développer».

Graydon Nicholas espère que les intervenants qui ont parlé de ressources avaient en tête les ressources humaines plutôt que les ressources financières. Il déplore en effet que la survie des nouveaux systèmes judiciaires dépende des amendes ou que les nouvelles structures soient instaurées aux dépens de nos droits fondamentaux. Il souligne que d'importants progrès ont été réalisés depuis qu'il a commencé à s'intéresser aux questions de justice autochtone, en 1967. Il espère que dans 25 ans, les non-autochtones viendront d'eux-mêmes demander conseil aux autochtones.

Jonathan Rudin, des Aboriginal Legal Services estime que la question du pouvoir est essentielle : «Nous ne pouvons pas nous fonder uniquement sur la bonne volonté et la confiance.» Selon lui, il est indispensable que les institutions accordent leur appui aux programmes et aux initiatives, car si un tel appui fait défaut, les opposants aux systèmes demanderont immédiatement la suspension des programmes, dès la première erreur. «Il est certain, dit-il, que les autochtones feront des erreurs dans les programmes qu'ils administreront.» Les gouvernements sont toujours prêts à céder leurs responsabilités, mais pas leurs pouvoirs. M<sup>me</sup> McIvor affirme que l'assimilation des autochtones se poursuit mais qu'elle se fait plus discrète; le gouvernement cherche toujours à conserver sa mainmise sur les autochtones.

Dans l'assistance, le professeur de droit Patricia Monture-OKanee se montre impatiente. «Je n'aime pas ce que j'entends, dit-elle, la vision est trop étroite». Elle dénonce l'utilisation de mots comme «déjudiciarisation» ou «solutions de rechange», car ce sont des mots creux qui ne signifient rien. «Le système continue à nous être imposé, dit-elle; nous passons d'une colonisation franche à une colonisation pernicieuse.»

Selon M<sup>me</sup> Monture-OKanee, pour que le changement soit véritable, il faut mettre fin aux relations fondamentalement coercitives. Se souvenant de ses «amis et soeurs» morts en prison, elle affirme que les autochtones sont aux prises avec les problèmes de leurs frères et soeurs détruits par le système actuel.

«La violence conjugale et les agressions sexuelles n'existaient pas dans les communautés traditionnelles, ajoute-t-elle, parce que les femmes avaient du pouvoir». Les termes «solutions de rechange» et «déjudiciarisation» reflètent l'incapacité à reconnaître le pouvoir et l'autorité des femmes.

Dans les années 70, M<sup>me</sup> Monture-OKanee était la seule autochtone de la faculté de droit. Elle a connu l'isolement et le manque de soutien. De nos jours, il y a 35 étudiants autochtones à la faculté de droit où elle enseigne, mais une enquête récente a démontré que ces 35 personnes éprouvent, elles aussi, un sentiment d'isolement et un manque de soutien. «On ne pourra rien changer, conclut-elle, tant qu'on ne changera pas fondamentalement l'attitude face aux femmes.»

Charlene Belleau commente une remarque faite le jour précédent par un participant à la table ronde qui estimait que la prière est inefficace contre le crime. Elle se dit choquée par cette remarque. «La prière est une partie importante de la guérison, dit-elle. Je demande l'aide du Grand Esprit. Je prie pour me sentir bien. Il est important de prier pour nous-mêmes et pour ce que nous entreprenons.»

M<sup>me</sup> Belleau raconte que les anciens de sa communauté avaient prédit qu'elle et ses collègues consacraient la plus grande partie de leur vie à collaborer avec des non-autochtones pour changer le système. Quand elle est découragée, elle se rappelle que les anciens lui ont dit qu'elle était assez forte pour traverser les difficultés et pour faire en sorte que les autochtones des générations futures n'aient plus à souffrir.

Dans l'assistance, Al Hamilton, du Manitoba, se dit déçu par le manque de sensibilité de la communauté canadienne à la situation que la CRPA a reçu pour mission

d'examiner. Les Canadiens, dit-il, refusent de reconnaître les préjudices que le système judiciaire a imposés aux autochtones. M. Hamilton mentionne plusieurs de ces préjudices et ajoute qu'il est fort possible qu'il faille traiter les autochtones différemment pour atteindre une égalité réelle.

«Je ne pense pas que ce soit une situation complexe qui nécessite des années de débat», ajoute-t-il. La solution consiste à reconnaître que les droits autochtones issus de traités ne se sont jamais éteints et que l'article 35 de la Constitution reconnaît les droits des autochtones. Une fois que cela est établi, «il n'y a qu'un pas à franchir pour reconnaître les droits des autochtones à diriger leur propre système judiciaire». Il conclut que les gouvernements et les milieux judiciaires doivent céder la place aux autochtones afin de leur permettre de créer leur propre système judiciaire.

Dans l'assistance, Clem Chartier, représentant le Ralliement national des Métis, se dit déçu que la table ronde ait minimisé les préoccupations des Métis. «J'ai l'impression d'être un intrus», dit-il. Il a essayé en vain, la veille, de présenter le point de vue des Métis. On lui a répondu que l'ordre du jour était complet. Pourtant, quand la ministre de la Justice fédérale s'est annoncée, on a suspendu l'ordre du jour pour lui permettre de présenter une allocution. On lui a proposé de participer à une des tables rondes, mais il a refusé tant il était outré.

M. Chartier, se rapportant à la possibilité évoquée par le coprésident de la CRPA Georges Erasmus dans l'édition de ce jour du *Globe and Mail*, d'instaurer une enquête spéciale sur les questions inuit, demande : «Pourquoi pas nous?» Il affirme que la CRPA ne prend pas les Métis au sérieux et qu'elle devrait envisager de demander au premier ministre de supprimer de son mandat la référence aux Métis.

M. Chartier poursuit avec quelques observations personnelles : «Cette table ronde devait porter sur les questions judiciaires, mais on ne parle que de justice pénale. Il faudrait s'intéresser à autres choses qu'aux délinquants autochtones.»

«Qui est le véritable criminel?», demande M. Chartier aux participants à la table ronde, avant d'énumérer certaines actions du gouvernement fédéral, notamment : la création de la police montée pour lutter contre les Métis et occuper leurs terres; l'attaque de Batoche par l'armée; la pendaison de Louis Riel coupable d'avoir défendu les droits de son peuple. «Tant que la décolonisation n'aura pas eu lieu, les solutions que vous tentez d'envisager dans le cadre de cette tribune seront limitées. Est-ce que nous nous intéressons aux véritables criminels?»

Ron George fait remarquer qu'il a reçu une importante documentation pour préparer la table ronde, mais que «cette documentation n'était absolument pas pertinente pour les Métis et les autochtones hors-réserve». Les Métis sont toujours marginalisés, dit-il. Les programmes destinés aux autochtones sont presque toujours conçus pour ceux qui vivent dans les réserves.

M. George se demande pourquoi les discussions sur l'autonomie gouvernementale aboutissent généralement à la question des coûts. Il fait remarquer que le gouvernement soulève cette question uniquement lorsqu'il est question de l'autonomie gouvernementale des gens de couleur. Personne ne s'est inquiété par exemple, de

l'aide qu'il a fallu fournir aux pêcheurs de Terre-Neuve lorsque le moratoire sur la pêche aux morues a été imposé.

La racine du problème se trouve dans les attitudes, et les solutions qui ne chercheront pas à modifier les attitudes ne feront que limiter les dégâts. Il faut s'attaquer à l'éducation, sinon le problème perdurera « jusqu'à ce que les enfants apprennent la vérité sur les autochtones, déclare M. George. On ne devrait même pas remettre en cause la capacité des autochtones. Il ne s'agit pas de savoir si nous pouvons accéder à l'autonomie gouvernementale mais de savoir quand nous pouvons le faire. »

## Le compte rendu du rapporteur

James McPherson, doyen de la Faculté de droit Osgoode Hall, de l'Université York, a accepté de faire fonction de rapporteur et de résumer les différents thèmes présentés au cours des trois jours de débats. M. McPherson commence par remercier les anciens pour leurs prières. C'est à Vienne qu'il a pour la première fois fait l'expérience du terme « rapporteur ». Il avait fallu trois heures au rapporteur pour faire un compte rendu des délibérations de la conférence. M. McPherson remercie tous les intervenants qui ont présenté des exposés par oral ou par écrit à la table ronde sur la justice.

M. McPherson a cerné neuf thèmes différents abordés au cours du débat et présente huit points à approfondir. Les thèmes identifiés sont les suivants :

- Le système judiciaire actuel, en particulier le système de justice pénale, a trahi les autochtones. Cela tient principalement aux conceptions fondamentalement différentes qu'ont les Eurocanadiens et les autochtones de la justice et du processus judiciaire. Pour les Européens, la justice c'est l'équité, alors que pour les autochtones, la justice c'est la restauration de l'harmonie, de la paix et de l'équilibre. Le système eurocanadien est contradictoire et ne reflète pas la façon de penser des autochtones, ni leur manière de résoudre les problèmes. M. McPherson signale que le diagramme intitulé « Zone de conflit », qui se trouve dans le mémoire de James Dumont, illustre cette différence.
- Le système judiciaire, en particulier le système de justice pénale, est trop centralisé, trop légaliste, trop formel et trop différent des communautés autochtones auxquelles il est censé s'appliquer. M. McPherson renvoie à la distinction entre le contrôle social externe et intérieur, faite par Leroy Littlebear. Il rappelle la remarque faite par la juge Mitchell signalant que sa formation officielle avait porté sur des questions techniques et de procédures, alors que la formation sur le tas portait sur les techniques comme le counselling, la médiation et l'intervention auprès de suicidaires.
- Le moment est venu d'entreprendre une grande réforme.
- La mise en oeuvre d'une réforme ne présente aucun problème de juridiction (se reporter au mémoire de M. Macklem sur les questions de constitution et de juridiction), et les mécanismes existent; le rapporteur renvoie aux ententes tripartites

présentées par M. McCrae. Ce point s'applique aux services de santé, aux services sociaux, à l'éducation, ainsi qu'à la justice.

- La majorité des personnes présentes sont en faveur d'un système judiciaire distinct pour les autochtones, mais tous ne sont pas d'accord. Ovide Mercredi, par exemple, estime qu'il faut d'abord établir l'autonomie gouvernementale sur laquelle viendront se greffer les systèmes judiciaires. D'autres préconisent une réforme radicale mais planifiée et concertée du système actuel qui se traduirait éventuellement par la création de systèmes distincts. D'autres encore préfèrent encourager une réforme locale éclectique à la base et laisser les choses évoluer d'elles-mêmes.
- Les arguments théoriques en faveur d'un système de justice autochtone distinct sont convaincants (cf. Turpel); les arguments contre ne le sont pas (cf. les objections formulées par Webber sur la base de la liberté personnelle et de l'égalité). M. Mandamin met en relief la confusion du système existant. La compétence des tribunaux sera-t-elle déterminée en fonction du statut de l'accusé, de celui du plaignant, en fonction du choix de l'accusé, de la nature de l'infraction ou du territoire sur lequel a eu lieu l'infraction? Comme le précise M. Mandamin, toutes ces options sont déjà prévues par le système judiciaire actuel.
- Il y aura plusieurs systèmes judiciaires distincts. Cette pluralité est rendue nécessaire par l'histoire. Comme l'a fait remarquer M. Giokas, «les cultures autochtones sont souvent aussi différentes ou même plus que celles des pays d'Europe. En outre, comme l'a signalé M. Mandamin, diverses communautés du Canada ont déjà lancé des programmes en matière de justice autochtone. Il serait irréaliste et inopportun de penser que ces programmes communautaires donneront naissance à un seul et même système judiciaire autochtone.
- D'excellents modèles de justice autochtone sont proposés dans diverses régions du Canada. Il convient de les définir, d'analyser leurs qualités et leurs défauts et d'encourager ceux qui donnent de bons résultats. Selon les termes du chef de police McKay : «Le moment est venu de transformer les projets pilotes en programmes permanents» et de les appliquer dans d'autres communautés.
- Comme l'a dit la bande de South Island dans son exposé, la réforme proviendra de conversations et de négociations entre les gouvernements et les nations. «Toutes les formules qui donnent de bons résultats pour les autochtones ont été proposées par les autochtones eux-mêmes», de souligner le juge Cawsey. La population et les institutions non autochtones doivent se rendre à l'évidence et accepter que la justice autochtone se développera qu'elles le veuillent ou non; elles doivent appuyer ces programmes, se renseigner sur les sociétés autochtones et comprendre et appuyer la justice autochtone.

M. McPherson présente ensuite les points qui méritent une analyse plus approfondie :

- Il faut adopter une méthode d'analyse de la justice autochtone, afin de pouvoir examiner des solutions pratiques. La théorie existe déjà, il faut désormais examiner les applications pratiques.

La Commission royale devrait se pencher sur les formules et expériences en cours, afin de disposer d'études de cas détaillées et d'en extraire les principes généraux et de définir quelles sont les formules qui donnent de bons résultats et quelles sont les caractéristiques importantes : le territoire, la population, le point d'intervention, le processus, l'organisation, les décisions de fond, les liens avec les autres secteurs, les autres facteurs. Il y a quelques années, par exemple, l'Assemblée des premières nations a publié une étude sur l'éducation autochtone. M. McPherson recommande que la CRPA examine le premier volume de cette étude décrivant les projets d'éducation communautaire et analysant les éléments positifs et négatifs de ces programmes.

La justice autochtone devrait plus se concentrer sur l'intervention précoce, et la prévention de la criminalité et faire appel au jugement de la police et de la poursuite. M. McPherson est surpris que les participants à la table ronde aient mis l'accent sur les procès et la détermination de la peine. Il s'attendait plutôt à ce qu'on privilégie l'éducation communautaire et l'intervention précoce. Faisant allusion à l'anecdote racontée par le juge Paul qui avait condamné l'auteur de graffiti à repeindre une école communautaire, M. McPherson fait remarquer que les anciens auraient probablement opté pour une sentence analogue. Le processus judiciaire devrait encourager plus tôt ce genre de partenariat.

Il faudrait s'attaquer de front au problème des ressources. Ron George, du Conseil national des autochtones du Canada, a été le premier parmi les participants à aborder ce problème. Lorsque les gouvernements prétendent qu'ils n'ont plus de ressources disponibles, «il faudrait identifier plusieurs bonnes formules et en établir les coûts de manière précise, déclare M. McPherson, puis les comparer aux coûts d'achat d'un sous-marin ou des voyages des députés fédéraux et provinciaux dans les pays chauds aux mois de janvier et de février, ou des services fournis par des avocats-conseils, des consultants en communication, des agences de publicité, etc.».

M. McPherson souligne qu'il faudrait reconnaître la tension qui oppose les tenants de l'autonomie gouvernementale et certaines femmes autochtones qui craignent les conséquences de l'autonomie. Pour illustrer le problème, il prend l'exemple de la vague et du ressac; la vague, c'est le mouvement puissant, visible et homogène qui tend vers la réhabilitation, la restitution, la réconciliation et l'harmonie dans le traitement des délinquants; mais il existe un autre courant tout aussi fort, moins visible et opposé, le ressac, qui vise à assurer la protection et la sécurité des femmes et des enfants dans les communautés autochtones. «Il faut effectuer des recherches et présenter des recommandations, déclare M. McPherson, au sujet des incidences sur les femmes qu'auront les systèmes judiciaires autochtones», tout comme dans le cas du système canadien.

Il faut également effectuer des recherches afin de trouver des moyens de remplacer le système juridique contradictoire pour les délinquants autochtones, aussi bien dans les communautés autochtones que dans les centres urbains. Le juge Paul a proposé de modifier le *Code criminel* de manière à donner aux communautés le choix de l'appliquer ou non. On pourrait mettre sur pied, dans les centres urbains,



des projets pilotes réunissant la police, les avocats de la poursuite, l'avocat de la défense et le personnel des services sociaux. On pourrait également faire appel aux anciens plus tôt au cours du processus judiciaire, et pas seulement au moment de la détermination de la peine.

- M. McPherson ajoute qu'il sera nécessaire également d'effectuer des recherches et de présenter des recommandations sur des systèmes judiciaires autochtones distincts. Il a noté une certaine opposition voilée au cours des audiences ainsi que dans les rapports précédents, au sujet d'un système distinct. La Commission royale est bien placée pour examiner cette question.
- Enfin, nous aurons besoin d'effectuer des recherches sur la mise en oeuvre, d'ajouter M. McPherson. Comme l'a déclaré le juge Cawsey au cours d'une conversation privée, «la mise en oeuvre nécessite beaucoup plus de concentration et d'efforts» que de simples recommandations. En 25 ans, trente études ont été consacrées aux relations entre les autochtones et la loi, mais, de manière générale, les résultats de ces études n'ont jamais été appliqués. La Commission devra présenter d'autres modèles de mise en oeuvre et de négociation et recommander des stratégies d'application efficaces. Il propose deux modèles possibles de négociation tripartite avec participation égale, ainsi que des mécanismes de compte rendu permettant au Parlement d'effectuer un suivi annuel de l'application des recommandations. M. McPherson souligne que la mise en oeuvre doit faire l'objet de mesures énergiques.

En conclusion, il demande aux participants de rester à l'écoute, de poursuivre leur réflexion et d'essayer de comprendre. La langue pose parfois problème, comme l'a montré Gerry Morin en présentant la définition d'hippopotame (voir le rapport précédent) : selon M. Morin, le mot autochtone qui traduit le verbe «juger», signifie littéralement «rétablir les choses», mais il est également très proche du mot «perdre». Cependant, le Canada sait surmonter les problèmes linguistiques. Notre but, conclut M. McPherson, est double : d'une part, nous voulons instaurer un meilleur système judiciaire et, d'autre part, nous voulons nous en servir le moins possible.

Réagissant à la présentation du rapporteur, une femme de l'assistance se dit déçue que les préoccupations des femmes aient reçu si peu d'attention dans le rapport. «Nous avons consacré notre temps et notre énergie, dit-elle, pour faire en sorte que les femmes ne soient pas laissées pour compte, mais M. McPherson s'est contenté de mentionner les femmes comme victimes de violence et non pas comme participantes à part entière.» Elle demande au rapporteur pourquoi il n'avait pas jugé bon d'évoquer les préoccupations des femmes. M. McPherson répond que la participation des femmes est cruciale et qu'il n'avait pas l'intention, dans son rapport, de nier leur rôle.

## Mot de la fin

La commissaire Bertha Wilson fait l'éloge de toutes les personnes qui ont participé à la conférence. Elle remercie en particulier toutes celles qui ont présenté des mémoires, soulignant la grande qualité de ces documents. Elle exprime sa gratitude

au juge Murray Sinclair, aux animateurs, aux panelistes et aux participants à la table ronde, aux anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung, au rapporteur ainsi qu'à tous les membres de l'assistance qui ont pris la parole ou qui ont écouté les débats et enfin au personnel de la Commission royale.

Le coprésident de la CRPA Georges Erasmus présente ses remerciements et ajoute qu'il a beaucoup appris au cours de cette table ronde. Il souligne le courage de ceux qui ont pris la parole, précisant qu'il a rarement connu un tel degré d'échanges. Un énorme travail nous attend et, selon l'expression de Patricia Monture, nous sommes à l'aube d'une ère nouvelle. M. Erasmus espère que le changement se concrétisera suffisamment rapidement pour permettre de sauver les peuples autochtones menacés. Il voit dans cette conférence le début d'une ère d'ouverture et de confiance et peut-être d'un nouveau partenariat avec le Canada.

M. Erasmus prend acte des contestations des femmes et des Métis, précisant qu'il faudrait les prendre en compte. Il regrette que les chefs métis n'aient pas été invités. Réagissant au commentaire concernant la place réservée aux femmes dans le rapport, M. Erasmus rappelle que les sociétés autochtones ont adopté les rôles masculins de la société blanche, qui sont étrangers à leur tradition. Les autochtones veulent le changement afin de redonner aux femmes leur pouvoir traditionnel. Mais, pour que cela soit possible, il faudra que la société autochtone et la société non autochtone acceptent de changer. «Nous devons changer, conclut-il, si nous voulons revenir aux principes fondamentaux qui font des autochtones un peuple différent. C'est le cas notamment du partage des pouvoirs entre les hommes, les femmes, les adultes et les enfants.» C'est un partage et non pas un abus de pouvoir.

Le coprésident de la CRPA René Dussault déclare partager l'opinion de M. Erasmus. «Nous n'avons pas la science infuse, dit-il, même si nous sommes une Commission royale.» La Commission a une tâche double qui consiste à se mettre à l'écoute de la population et des communautés tout en recueillant le point de vue des experts. La Commission aura pour tâche de combiner ces deux apports afin de produire un rapport qui sera utile et significatif. La Commission se donne pour tâches de redonner aux autochtones ce qui leur appartient, de rétablir l'harmonie et d'ouvrir la voie vers l'application des réformes.

M. Dussault ajoute que la Commission publiera le compte rendu de la Table ronde sur les questions judiciaires, le compte rendu du rapporteur, ainsi que les résumés quotidiens. Ce document permettra à ceux qui n'ont pu prendre part à la table ronde de mieux connaître les questions judiciaires autochtones et s'assurer de la meilleure diffusion possible du message. En conclusion, M. Dussault précise que la justice n'est qu'un élément de l'ensemble et que la CRPA a l'intention de montrer les relations entre les différents éléments.

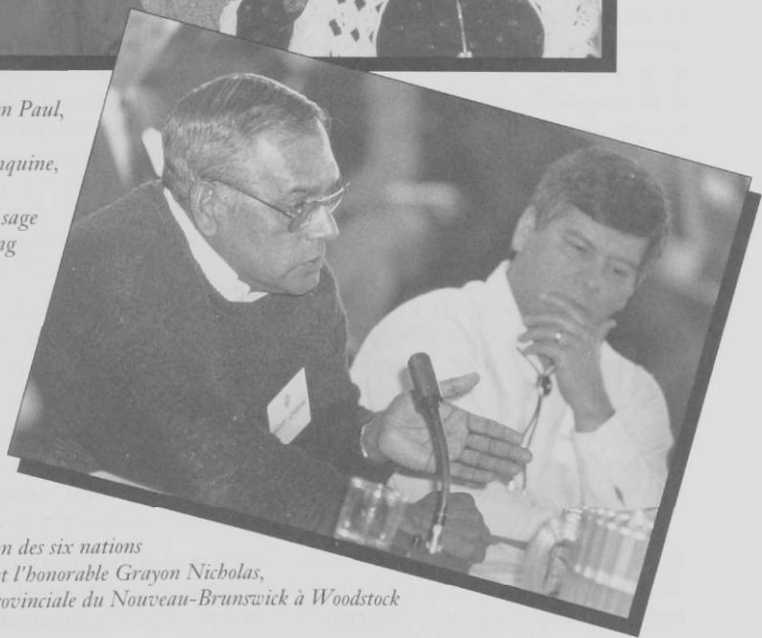
Murray Sinclair remercie toutes les personnes concernées, en particulier les anciens qui, au cours d'un débat parfois difficile, ont contribué à instaurer un climat de calme en donnant l'exemple de leur courage et de leur bienveillance. Les anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung éteignent le feu du Conseil et font les prières de clôture.



## Annexes



*L'honorable Réjean Paul,  
juge du Québec  
d'ascendance algonquine,  
la commissaire  
Mary Sillett et la sage  
Flora Tabobondung  
(Parry Sound,  
Ontario)*



*Harvey Longboat,  
de la Confédération des six nations  
Haudenasaunee, et l'honorable Grayon Nicholas,  
juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick à Woodstock*



# Une table ronde sur les questions judiciaires

## Introduction

Depuis quelques années, le système de justice pénale et ses conséquences pour les autochtones ont fait l'objet de nombreuses études et d'un grand nombre de recommandations. Citons, entre autres, le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada sur les peuples autochtones et la justice pénale (1991), le rapport de la Commission d'enquête manitobaine sur la justice autochtone (1991), le groupe d'étude sur le système de justice pénale et ses conséquences sur les Indiens et les Métis de l'Alberta (1991), la Commission royale sur l'affaire Donald Marshall (1989), le rapport du Comité d'examen de la justice par les Métis de la Saskatchewan (1992) et le rapport du Comité d'examen de la justice par les Indiens de la Saskatchewan (1992).

De manière générale, toutefois, très peu de mesures ont été prises pour mettre en oeuvre les recommandations des enquêtes antérieures. Cette lacune a été dénoncée par les autochtones: ils ont affirmé, dans les mémoires présentés à la Commission royale, qu'ils estimaient le système judiciaire incapable de répondre à leurs besoins.

Beaucoup d'autochtones sont convaincus que le système actuel est discriminatoire, qu'il ne répond pas aux besoins de leurs collectivités, qu'il ne reflète pas leurs valeurs culturelles et que ses répercussions sur les inculpés autochtones sont beaucoup plus défavorables que sur les inculpés non autochtones.

Les autochtones considèrent le système actuel comme étranger, imposé par la société blanche dominante et profondément insensible à leurs traditions et valeurs. Environ 12 % des détenus des pénitenciers fédéraux sont d'origine autochtone, alors

que la population autochtone ne représente qu'à peu près 4 % de l'ensemble de la population canadienne. Dans les provinces des Prairies, les autochtones représentent environ 15 % de la population, alors que 60 % des détenus sont d'origine autochtone. À la lumière de ces données, il est clair qu'il faut remanier en profondeur ce système judiciaire qui sert si mal les autochtones.

Les gouvernements reconnaissent de plus en plus la nécessité de mettre en place un système de justice pénale qui tienne compte des besoins culturels des autochtones. La Commission royale se demande si l'on peut y parvenir en modifiant le système actuel ou s'il serait préférable de mettre en place un système de justice pénale spécifique aux autochtones. Voilà la question que la Commission souhaite débattre et à laquelle elle aimerait trouver réponse au cours de cette table ronde.

Si un système distinct s'avère nécessaire, on ne sait pas exactement quelles en seraient les caractéristiques. Les études et enquêtes réalisées jusqu'à présent ne précisent pas quelle signification il faudrait accorder au principe d'un système distinct de justice pénale et quel en serait le contenu. Au cours de la table ronde, nous entendrons le point de vue de spécialistes autochtones et non autochtones de la justice pénale.

Le premier jour de la table ronde, les participants examineront la mise en oeuvre des recommandations des enquêtes antérieures, ainsi que les projets pilotes en matière judiciaire réalisés dans diverses collectivités autochtones. Les deuxième et troisième jours, la discussion portera sur plusieurs questions fondamentales (voir ci-dessous) concernant la nature et la portée des changements nécessaires pour mettre en place un système judiciaire respectueux des besoins des peuples autochtones.

## **Le but de la table ronde**

La table ronde est destinée à faciliter la discussion concernant l'élaboration et la mise en oeuvre d'un système judiciaire capable de combler les lacunes du système actuel à l'égard des autochtones. La table ronde s'appuiera sur l'analyse et les recommandations d'enquêtes antérieures; elle permettra de réunir de précieuses informations qui pourront s'avérer utiles pour la formulation de solutions pratiques.

À la suite de la table ronde, nous produirons un rapport qui fera l'analyse et la synthèse du débat, et présentera une série de questions pour orienter les discussions ultérieures dans ce domaine. Un résumé des débats sera remis quotidiennement aux participants. La Commission royale s'inspirera des résultats de la table ronde pour l'élaboration de ses recommandations.

## **Les conseillers de la table ronde**

Le juge Douglas Campbell, de la Colombie-Britannique, le juge Jean Charles Coutu, du Québec, et le juge en chef adjoint C. Murray Sinclair, du Manitoba, ont conseillé la Commission relativement au déroulement, aux formules de débat et aux modalités techniques de la table ronde.

## Les participants à la table ronde

Les personnes invitées à participer à la table ronde ont été choisies en fonction des critères suivants :

1. Les participants, autochtones et non autochtones, spécialistes des questions judiciaires.
2. Des personnes qui ont de l'expérience dans la création et la mise en œuvre de systèmes judiciaires pour les autochtones.
3. La Commission a recherché un certain équilibre au niveau des sexes, de l'âge et de l'identification aux peuples autochtones.

## Les questions fondamentales

Les questions fondamentales qui seront soumises à la discussion au cours de la table ronde sont les suivantes :

### Question 1

Le système judiciaire actuel défavorise les autochtones. (Se reporter aux rapports de commissions antérieures.) Peut-on adapter le système actuel afin de combler ces lacunes?

- a) La difficulté d'adaptation tient-elle à certaines caractéristiques fondamentales du système existant telles que
  - i) le caractère contradictoire du processus, y compris la méthode d'évaluation de la crédibilité?
  - ii) la prépondérance de la sanction sur la guérison? et les concepts de culpabilité et d'innocence? ou
- b) Les difficultés tiennent-elles plutôt aux aspects administratifs du système existant tels que la police, le système correctionnel, les mises en liberté sous caution, l'attitude du personnel œuvrant au sein du système, etc.?

### Question 2

L'adaptation du système actuel entraînerait-elle des réformes utiles :

- a) pour la société en général, en mettant davantage l'accent sur la restitution, la réconciliation et la réinsertion sociale?
- b) pour certains membres de la société tels que les pauvres, les femmes et les minorités culturelles?

### Question 3

S'il s'avère impossible d'adapter le système actuel pour remédier aux lacunes, faudrait-il créer un ou plusieurs systèmes judiciaires autochtones indépendants?



- a) Quels seraient les liens entre un ou plusieurs systèmes judiciaires autochtones et le système existant?
- b) Quels seraient les liens entre les divers systèmes judiciaires des différentes collectivités autochtones?

Plus précisément,

- c) Est-ce que le ou les systèmes judiciaires autochtones auraient compétence pour se prononcer sur tous les crimes ou seulement sur certains d'entre eux?
- d) Sur quelle base la compétence des systèmes judiciaires autochtones serait-elle invoquée?
  - i) lorsque l'accusé est autochtone? non autochtone?
  - ii) lorsque le plaignant est autochtone? non autochtone?
  - iii) pour certains types d'infractions?
  - iv) lorsque l'infraction est commise sur un certain territoire?

Que se passera-t-il lorsqu'un des accusés sera autochtone et que l'autre ne le sera pas?

- e) Est-ce que les décisions rendues par un système judiciaire autochtone pourraient faire l'objet d'un appel auprès d'un tribunal supérieur du système judiciaire existant?

#### Question 4

Est-ce que le principe d'un ou plusieurs systèmes judiciaires distincts poserait des difficultés dans le cadre constitutionnel actuel? Par exemple, la création d'un système de justice pénale autochtone pourrait se heurter à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui interdit aux gouvernements fédéral et provinciaux de créer des structures judiciaires qui suppriment la compétence des cours supérieures à l'égard des actes criminels.

#### Question 5

Comment les principes de base et les droits reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* seraient-ils appliqués par un système judiciaire autochtone?

# Table ronde sur les questions judiciaires

## Programme

### PREMIER JOUR LE MERCREDI 25 NOVEMBRE

8 h 30 - 8 h 45

#### Ouverture de la table ronde

*Ouverture de la séance*

Le juge en chef adjoint C. Murray Sinclair, président de la table ronde

*Prière d'ouverture*

Les anciens Ernie Benedict et Flora Tabobondung

*Mot de bienvenue*

Georges Erasmus et le juge René Dussault

Coprésidents de la Commission royale

8 h 45 - 9 h 00

#### Objectifs de la table ronde et présentation des membres

L'honorable Bertha Wilson, commissaire, Commission royale

9 h 00 - 10 h 30

#### Présentation des documents de réflexion

*Document de réflexion A*

Récapitulation des travaux et recommandations présentés dans le cadre d'enquêtes et d'études antérieures et examen de leur mise en application.

*Document de réflexion B*

Quels sont les valeurs, les normes et les principes fondamentaux de justice des autochtones?

*Document de réflexion C*

Dans quelle mesure les intérêts des femmes sont-ils pris en considération par les valeurs, les normes et les principes de justice chers aux autochtones?

*Période de discussion*

*Sous la présidence de Vina Starr*

10 h 30 - 10 h 45

#### Pause

10 h 45 - 12 h 45

#### Présentation des projets pilotes

Présentation des modèles et expériences découlant de certaines initiatives judiciaires autochtones.

1. Le programme de justice communautaire (T.N.-O) : Samuel Stevens

2. Le projet d'éducation judiciaire de l'île de Vancouver sud : Tom Sampson

3. Le Conseil communautaire de Toronto et les Services juridiques autochtones :

Jonathan Rudin

*Période de discussion*

*Sous la présidence de Brad Morse*

**PREMIER JOUR  
LE MERCREDI 25 NOVEMBRE**

12 h 45 - 14 h 30

**Déjeuner en présence du juge en chef Robert Yazzi, de la nation Navajo**  
Présentation de l'expérience américaine.

---

14 h 30 - 16 h 30

**Présentation des projets pilotes**

Présentation des modèles et expériences découlant de certaines initiatives judiciaires autochtones.

4. Conseil judiciaire tlingit de Teslin : le chef David Keenan
5. Projet judiciaire de la première nation d'Attawapiskat : Joe Louttit
6. Tribunal mohawk de Kahnawake :  
Winona Diabo et le juge de paix fédéral Joyce K. Mitchell

*Période de discussion*

*Sous la présidence de Rachel Qitsualik*

---

16 h 30 - 17 h 30

**Séance plénière**

Discussion sur les projets pilotes  
*Sous la présidence de Don Worme*

---

17 h 30

**Prière de clôture animée par les anciens**

---

18 h 00 - 20 h 00

**Réception**

**DEUXIÈME JOUR  
LE JEUDI 26 NOVEMBRE**

8 h 30 - 8 h 45

**Ouverture des travaux de la deuxième journée**

*Ouverture de la séance*

Le juge en chef adjoint C. Murray Sinclair, président de la table ronde

*Prière d'ouverture*

Les anciens

*Présentation de l'ordre du jour et des objectifs de la deuxième journée*

L'honorable Bertha Wilson

DEUXIEME JOUR  
LE JEUDI 26 NOVEMBRE

8 h 45 - 10 h 15

### Présentation des documents de réflexion

#### *Document de réflexion D*

Analyse des raisons fondamentales favorables à la création d'un système judiciaire autochtone parallèle.

#### *Document de réflexion E*

Peut-on adapter le système judiciaire existant de manière à remédier à certaines lacunes qui portent préjudice aux autochtones dans des domaines tels que la police, les services correctionnels, la mise en liberté sous caution, l'attitude du personnel œuvrant au sein du système, etc.?

#### *Document de réflexion F*

L'adaptation du système actuel entrainera-t-elle des réformes utiles?

- pour la société en général, en mettant l'accent davantage sur la restitution, la réconciliation et la réinsertion sociale?
- pour certains membres de la société tels que les pauvres, les femmes et les minorités culturelles?

#### *Période de questions*

*Sous la présidence de Brad Morse*

10 h 15 - 10 h 30

Pause

10 h 30 - 12 h 30

### Débat sur les questions fondamentales de la table ronde

*Formule* : Douze personnes choisies parmi les participants seront invitées à examiner la question fondamentale 1 a) à la lumière du document de réflexion D. Au cours des séances suivantes, on procédera à une rotation des différents participants à la table ronde.

*Sous la présidence de Marc LeClair*

#### Question 1 a)

La difficulté d'adaptation tient-elle à certaines caractéristiques fondamentales du système existant telles que

- le caractère contradictoire du processus, y compris la méthode d'évaluation de la crédibilité?
- la prépondérance de la sanction sur la guérison?
- les concepts de culpabilité et d'innocence?

12 h 30 - 13 h 30

Déjeuner-buffet

**DEUXIÈME JOUR  
LE JEUDI 26 NOVEMBRE**

13 h 30 - 15 h 30

**Débat sur les questions fondamentales de la table ronde**

*Formule* : Même formule que pour le débat de la matinée; douze personnes différentes seront choisis parmi les participants.

*Sous la présidence de Don Worme*

**Question 1 b)**

Les difficultés d'adaptation du système actuel tiennent-elles plutôt aux aspects administratifs du système existant tels que la police, le système correctionnel, les mises en liberté sous caution, l'attitude des personnes qui œuvrent au sein du système, etc.?

**Question 2**

L'adaptation du système actuel entraînerait-elle des réformes utiles :

- a) pour la société en général, en mettant davantage l'accent sur la restitution, la réconciliation et la réinsertion sociale?
- b) pour certains membres de la société tels que les pauvres, les femmes et les minorités culturelles?

15 h 30 - 15 h 45

**Pause**

---

15 h 45 - 17 h 00

**Séance plénière de débat sur les questions fondamentales**

*Formule* : Séance plénière de débat sur trois questions fondamentales : 1 a), 1 b) et 2.

*Sous la présidence de Rachel Qitsualik*

---

17 h 00

**Prière de clôture par les anciens**

**TROISIÈME JOUR  
LE VENDREDI 27 NOVEMBRE**

8 h 45 - 9 h 00

**Ouverture des travaux de la troisième journée**

*Ouverture de la séance*

Le juge en chef adjoint C. Murray Sinclair, président de la table ronde

*Prière d'ouverture*

Les anciens

*Présentation de l'ordre du jour et des objectifs de la troisième journée*

L'honorable Bertha Wilson

**TROISIÈME JOUR  
LE VENDREDI 27 NOVEMBRE**

9 h 00 - 10 h 30

**Présentation des documents de réflexion**

*Document de réflexion G*

Doit-on envisager un système judiciaire autochtone unique ou plusieurs systèmes différents?

- a) Quels seraient les liens entre un ou plusieurs systèmes judiciaires autochtones et le système existant?
- b) Quels seraient les liens entre les divers systèmes judiciaires des différentes collectivités autochtones?

*Document de réflexion H*

Est-ce que le principe d'un ou plusieurs systèmes judiciaires distincts poserait problème dans le cadre constitutionnel actuel?

*Document de réflexion I*

Point de vue des femmes autochtones relativement aux compétences et à la structure d'un ou de plusieurs systèmes judiciaires autochtones parallèles et comment les principes de base et les droits reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* seraient appliqués par un ou plusieurs systèmes judiciaires parallèles.

*Période de questions*

*Sous la présidence de Vina Starr*

10 h 30 - 10 h 45

**Pause**

10 h 45 - 12 h 45

**Débat sur les questions fondamentales de la table ronde**

*Formule* : Même formule que pour les débats précédents; douze personnes différentes seront choisies parmi les participants.

*Sous la présidence de Brad Morse*

**Question 3**

S'il s'avère impossible d'adapter le système actuel pour remédier aux lacunes, faudrait-il créer un ou plusieurs systèmes judiciaires autochtones indépendants?

- a) Quels seraient les liens entre des systèmes judiciaires autochtones distincts et le système existant?
- b) Quels seraient les liens entre les divers systèmes judiciaires des différentes collectivités autochtones?

**Question 4**

Est-ce que le principe d'un ou plusieurs systèmes judiciaires distincts poserait des difficultés dans le cadre constitutionnel actuel? Par exemple, la création d'un système de justice pénale autochtone pourrait se heurter à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui interdit aux gouvernements fédéral et provinciaux de créer des structures judiciaires qui suppriment la compétence des cours supérieures à l'égard des actes criminels.

**Question 5**

Comment les principes de base et les droits reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* seraient-ils appliqués par un système judiciaire autochtone?

TROISIÈME JOUR  
LE VENDREDI 27 NOVEMBRE

12 h 45 - 13 h 45

**Déjeuner-buffet**

---

13 h 45 - 14 h 45

**Séance plénière**

*Formule* : Débat en séance plénière sur les questions fondamentales 3, 4 et 5.

*Sous la présidence de* Don Worme

---

14 h 45 - 15 h 45

**Compte rendu du rapporteur**

James MacPherson, doyen de la Faculté de droit (Osgoode Hall) de l'Université York

*Compte rendu du rapporteur*

*Séance plénière*

Tous les participants

*Sous la présidence de* Marc LeClair

---

15 h 45 - 16 h 00

**Clôture de la table ronde**

*Allocution de clôture*

L'honorable Bertha Wilson

*Prière de clôture*

Animée par les anciens

# Participants et observateurs

## **Anciens**

Ernie Benedict, sage mohawk d'Akwesasne, Ontario

Flora Tabobondung, sage, chef des premières nations de Parry Island pendant 26 ans.

## **Président de l'assemblée**

C. Murray Sinclair, juge en chef adjoint, Cour provinciale du Manitoba

## **Auteurs**

James Dumont, professeur d'études autochtones, Université de Sudbury

John Giokas, avocat, membre du barreau de la Colombie-Britannique et de l'Ontario

Roderick A. MacDonald, ancien doyen de la faculté de droit, Université McGill; directeur du programme Le droit et la société, Institut canadien des recherches avancées

Patrick Macklem, professeur à la faculté de droit, Université de Toronto

Leonard (Tony) Mandamin, président de Mandamin and Associates

Patricia A. Monture-OKanee, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa

Teressa Nahanee, conseillère auprès de l'Association des femmes autochtones du Canada

Zebedeo Nungak, vice-président de Makivik Corporation, président de l'Inuit Justice Task Force

Mary Ellen Turpel, professeur adjoint, Université Dalhousie

Jeremy Webber, professeur à la faculté de droit, Université McGill

James W. Zion, avocat auprès des tribunaux de la direction judiciaire de la nation navajo



**Animateurs**

Marc LeClair, Ralliement national des Métis

Bradford Morse, professeur de droit, Université d'Ottawa

Rachel Qitsualik, anciennement coordonnatrice adjointe de la Division d'interprétation juridique du ministère de la Justice des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife

Vina A. Starr, avocate, V. Starr and Associates, Colombie-Britannique

Donald E. Worme, Wardell, Worme and Piché, ancien président de l'Indigenous Bar Association

**Rapporteur**

James C. MacPherson, doyen de la faculté de droit, Osgoode Hall, Université York

**Juges autochtones**

L'honorable Ken Bellerose, juge de la Cour provinciale de la Saskatchewan

L'honorable Thomas Goodson, juge de la Cour provinciale de l'Alberta

L'honorable James J. Igloliorte, juge de la Cour provinciale de Terre-Neuve, juge itinérant au Labrador.

L'honorable John Joe, juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

L'honorable Joyce King Mitchell, juge de paix à Akwesasne, Ontario, et Kahnawake, Québec, désignée par le gouvernement fédéral

L'honorable Joe Morrison, juge de paix de l'Ontario

L'honorable Graydon Nicholas, juge de la Cour provinciale, Woodstock, Nouveau-Brunswick

L'honorable Réjean Paul, juge de la Cour supérieure du Québec, juge suppléant des Territoires du Nord-Ouest

L'honorable Alf Scow, juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

L'honorable Timothy C. Whetung, Cour de justice de l'Ontario

L'honorable Terry Vyse, Cour de justice de l'Ontario

**Représentants des gouvernements**

*Canada*

L'honorable A. Kim Campbell, c.p., c.r., députée, ministre de la Justice et procureur général du Canada

*Terre-Neuve*

L'honorable Edward Roberts, c.r., membre de l'Assemblée, ministre de la Justice et procureur général de Terre-Neuve et du Labrador

*Île-du-Prince-Édouard*

Gerry Steele, conseiller du premier ministre en matière constitutionnelle

***Nouvelle-Écosse***

Allison Scott, représentante de la Nouvelle-Écosse aux négociations constitutionnelles

***Nouveau-Brunswick***

Bruce Judah, conseiller juridique, ministère de la Justice, Nouveau-Brunswick

***Québec***

Jim Carter, conseiller politique auprès du ministre des Affaires autochtones du Québec

Régis Larivée, conseiller juridique, bureau du sous-ministre de la Sécurité publique du Québec

L. Jacques Auger, coordonnateur des Affaires autochtones, bureau du sous-ministre de la Justice, Québec

***Ontario***

Shin Imai, avocat, ministère du Procureur général, Élaboration de la politique

***Manitoba***

L'honorable James C. McCrae, ministre de la Justice et procureur général du Manitoba

***Saskatchewan***

L'honorable Robert Mitchell, c.r., ministre de la Justice et procureur général

***Alberta***

James H. Langston, c.r., procureur de la poursuite en chef du district judiciaire de Lethbridge et Macleod, Alberta

***Colombie-Britannique***

James Graham, sous-ministre adjoint, Services correctionnels, ministère du Procureur général

***Territoires du Nord-Ouest***

Samuel Stevens, directeur des juges de paix, ministère de la Justice, Great North West Territories

***Yukon***

Lorenne M.G. Clark, sous-ministre de la Justice

**Universitaires, avocats et autres représentants**

Chesley Andersen, vice-président de l'Inuit Tapirisat du Canada

Joanne Barnaby, directrice générale du Dene Cultural Institute

Charlene Belleau, coordonnatrice des services d'aide aux victimes de violence familiale, bande de Canim Lake

Alain Bissonnette, président du comité Gordon Henderson du tribunal des droits de la personne du Québec

L'honorable Beverly Browne, juge de la Cour territoriale, Territoires du Nord-Ouest

Melina Buckley, Association du Barreau canadien

L'honorable Douglas Campbell, Cour provinciale de la Colombie-Britannique,  
directeur du Western Judicial Education Centre

L'honorable Robert Allan Cawsey, juge en chef de la cour provinciale de l'Alberta,  
président du Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the  
Indian and Métis people of Alberta

Clem Chartier (en remplacement d'Yvon Dumont), membre du Barreau  
de la Saskatchewan, porte-parole national du Ralliement national des Métis

Larry N. Chartrand, directeur du programme de droit autochtone,  
Université de l'Alberta

L'honorable Jean-Charles Coutu, juge de la Cour provinciale du Québec

Vince Del Buono, président-fondateur de la Society for the Reform of  
Criminal Law.

Cynthia Desmeules-Bertolin, du cabinet d'avocats Biamonte, Cairo and Shortreed

Winona Diabo, administrateur du tribunal mohawk de Kahnawake, au Québec

Blaine C. Favel, chef de la nation crie Poundmaker

Gilles Favreau, sous-commissaire aux opérations, Gendarmerie royale du Canada

Martha Flaherty, présidente de Pauktuutit, Inuit Women's Association of Canada

Sheila Genaille, présidente, Métis National Council of Women

Ron George, président, Conseil national des autochtones du Canada

Bob Gillen, avocat-conseil régional, Commission nationale des libérations  
conditionnelles, Colombie-Britannique

Donna Greschner, professeur de droit, Université de la Saskatchewan

L'honorable A.C. Hamilton, juge en chef adjoint du Manitoba,  
membre de la Commission d'enquête sur la justice autochtone

Norman D. Inkster, commissaire de la GRC

Roger Jones, Nahwegahbow, Jones, Hawken

David Keenan, chef du conseil tlingit de Teslin

Glen Lewis, analyste des politiques, Public Prosecutor's Office, Manitoba

L'honorable Patricia M. Linn, juge de la cour provinciale de la Saskatchewan,  
présidente des Saskatchewan Indian and Métis Justice Review Committees

Leroy Littlebear, professeur d'études autochtones américaines,  
Université de Lethbridge, Alberta

Harvey Longboat, représentant de la confédération des six nations Haudenasaunee

Reg Louttit, instigateur du projet pilote judiciaire de la première nation  
d'Attawapiskat

Sharon McIvor, coordonnatrice en matière de justice, Association des femmes  
autochtones du Canada

Frank McKay, président de la First Nations Chiefs of Police Association

Ovide Mercredi, chef national de l'Assemblée des premières nations  
 Carol V. Montagnes, directeur général, Ontario Native Council on Justice  
 Gerry Morin, avocat, Pandila-Morin-Meekma  
 Kathy Peterson, Peterson, Schules and Hudson  
 James Potts, inspecteur et agent de liaison avec les autochtones,  
 Gendarmerie royale du Canada  
 Daniel Préfontaine, c.r., sous-ministre adjoint, Justice Canada  
 Jonathan Rudin, directeur du Community Council Project,  
 Aboriginal Legal Services, de Toronto  
 Tom Sampson, président du First Nations of South Island Tribal Council  
 L'honorable Barry Stuart, Cour territoriale du Yukon  
 Roger Tassé, ancien sous-ministre de la Justice, conseiller juridique,  
 Fraser and Beatty  
 Renée Taylor, avocate  
 Robert Yazzie, juge en chef, Cour suprême de la nation navajo

### **Observateurs**

Birgitta Ahlén, ambassade de Suède  
 Alex Akiwenzie, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien  
 Gerald R. Alfred, représentant du Conseil mohawk de Kahnawake  
 Don Armitage, Secrétariat d'État  
 Don Avison, Justice Canada, Initiative de justice autochtone  
 Phil Bluehouse, direction judiciaire de la nation navajo  
 Helen Brazier, avocate, spécialiste du droit autochtone, ministère de la Justice  
 Carolann Brewer, Assemblée des premières nations  
 John Briggs, conseiller spécial, Assemblée des premières nations  
 Dean Bruyere, Ontario Native Council on Justice  
 Michael A. Bush, représentant du Conseil mohawk de Kahnawake  
 Shirley Campbell, Western Judicial Education Centre  
 Gabriel Roy Christopher, bande indienne de Canim Lake  
 Cathy Compton, Commission des revendications des Indiens  
 Martin Dixon, bande de Canim Lake  
 Terry Doxtator, directeur, Association nationale des centres d'amitié  
 Bill Glaister, BGNS  
 Nancy Greenway, Direction des citoyens autochtones, Secrétariat d'État  
 Jim Greeyes, ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique

- Jack Hicks, analyste des politiques, Inuit Tapirisat du Canada  
Margaret Horn, Solliciteur général Canada  
Michael Jackson, professeur, école de droit, UBC  
Noel Knockwood, Service correctionnel Canada  
Victoria LaBillois, Direction des citoyens autochtones, Secrétariat d'État  
Robert Lanaki, Makivik Corporation  
Glen Lewis, analyste des politiques, bureau du Procureur général,  
ministère de la Justice, Winnipeg, Manitoba  
Margaret MacDonald, ministère du Procureur général de la Nouvelle-Écosse  
George Miller, Commission canadienne des droits de la personne  
David Millette, ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada  
Bill Montour, Assemblée des premières nations  
Wendy Moss, Inuit Tapirisat du Canada  
Victor James Muise, Federation of Newfoundland Indians  
Leon Pearce, Haut-commissariat de l'Australie  
Richard Powless, Assemblée des premières nations  
Sheila Purdy, conseillère spéciale, questions autochtones,  
bureau du chef de l'Opposition  
Henry B. Quinney, Première nation de Saddle Lake  
Jean Rochon, Secrétariat des Affaires autochtones, Gouvernement du Québec  
Peter Russell, département de sciences politiques, Université de Toronto  
Kelly Saunders, ministère de la Justice du Manitoba  
Joan Scow, Vancouver, C.-B.  
Dona Jean Seymour, Ottawa, Ontario  
Ande Somby, Faculté de droit, Université de Tromsø, Tromsø, Norvège  
Arthur Thomas, Ottawa, Ontario  
Josée Touchette, Justice Canada  
Romola Trebilcock, conseiller principal en politiques, Direction générale  
de la police autochtone, Solliciteur général Canada  
Anita Tuharsky, Direction des citoyens autochtones, Secrétariat d'État  
Gerard Webb, président de la Federation of Newfoundland Indians  
Tyler Woods, Indigenous Law Society, Ottawa, Ontario  
Elsie B. Zion, juge en chef à la cour d'appel d'Albuquerque et professeure à  
l'Université du Nouveau-Mexique

*Pour plus de renseignements :*

**Commission royale sur les peuples autochtones**

C.P. 1993, succursale B

Ottawa (Ontario)

K1P 1B2

**Téléphone :** (613) 943-2075

**Télocopieur :** (613) 943-0304

**Appels sans frais :**

1-800-363-8235 (anglais, français, chipewyan)

1-800-387-2148 (cri, inuktitut, ojibwa)



















NLC/B.N.C.



3 3286 50145 3001

ISBN 0-660-94150-3



9 780660 941509

preuve de hardiesse et de bonne volonté, qualités qu'ils n'ont pas encore manifestées à l'égard des peuples autochtones. Les conférences constitutionnelles autochtones des années 80, la débâcle de l'Accord du lac Meech et l'échec de l'Accord de Charlottetown en témoignent.

## **Conclusion**

Les valeurs, les normes et les concepts de justice fondamentaux des Inuit? Qu'on nous montre tout d'abord comment on nous permettrait de les mettre en pratique, ensuite nous vous les enseignerons. Il se peut que nos notions de justice soient incompatibles avec celles de la société occidentale. Si c'est le cas, il faudra trouver un accommodement. Et s'il devenait impossible de le faire, alors il faudra que la société occidentale se rende à l'idée que des systèmes judiciaires distincts sont peut-être la seule solution permanente.

# **Annexe A**

## **Les tribunaux et les autres mécanismes de règlement des différends : Constatations du groupe de travail**

Les consultations que le groupe de travail a menées en 1991 et en 1992 auprès des collectivités du Nunavik ont notamment porté sur les solutions de rechange aux tribunaux en matière de règlement des différends. Cette expression recoupe les différents mécanismes et procédures auxquels il est possible de recourir pour résoudre des litiges (d'ordre civil ou criminel) sans avoir à passer par le système judiciaire traditionnel.

Comme chacun le sait, les tribunaux ont pour rôle de trouver des solutions justes et équitables aux divers problèmes et conflits juridiques qui leur sont soumis. Peu importe qu'il s'agisse de poursuites civiles (une personne qui en poursuit une autre pour violation de contrat ou pour dommages-intérêts, par ex.) ou criminels (homicide, voies de fait, vol, etc.), les tribunaux sont censés résoudre ces conflits au moyen de procédures impartiales obéissant aux règles de la justice naturelle et respectant les principes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. L'un des éléments fondamentaux du processus décisionnel des tribunaux repose sur l'hypothèse qu'une procédure contradictoire constitue la meilleure façon de trouver la vérité. Cela signifie que les deux parties à un litige sont considérées comme des adversaires qui viennent s'affronter devant un juge selon certaines règles de procédure et d'établissement de la preuve. Soumis à ce cadre étroit, les différents intervenants, à savoir le demandeur et le défendeur, doivent se livrer à un combat devant le juge (ou devant le juge et le jury). Chacune des parties affronte l'autre afin de prouver ce qu'elle avance (dans