

CA.2.1996-358

c. 2

Par-delà les divisions culturelles



UN RAPPORT SUR LES AUTOCHTONES
ET LA JUSTICE PÉNALE AU CANADA



Commission royale
sur les peuples autochtones



**National Library
of Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

MAR 4 1996

*Par-delà
les divisions
culturelles*

Un rapport
sur les autochtones
et la justice pénale
au Canada



Commission royale
sur les peuples autochtones

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

*Par-delà les divisions culturelles :
un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*

Publ. aussi en anglais sous le titre :

*Bridging the cultural divide:
a report on Aboriginal people and criminal justice in Canada*

ISBN 0-660-95139-8

N° de cat. Z1-1991/1-41-8F

1. Autochtones – Canada – Droit.

2. Justice pénale – Administration – Canada.

3. Policiers autochtones – Canada.

I. Canada. Commission royale sur les peuples autochtones.

II. Titre : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada.

E78.C2B7414 1995

971'.00497

C95-980297-5

Photo de la couverture : Fred Cattroll

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1996

En vente au Canada

chez votre libraire local

ou par la poste auprès du

Groupe Communication Canada – Édition

Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue Z1-1991/1-41-8F

ISBN 0-660-95139-8



Groupe	Canada
Communication	Communication
Canada	Group
Édition	Publishing



Royal Commission on
Aboriginal Peoples



Commission royale sur
les peuples autochtones

À Son Excellence
le Gouverneur général en conseil

Qu'il plaise à Votre Excellence

Nous avons l'honneur de vous présenter, conformément à l'alinéa 9 du décret P.C. 1991-1597 pris le 26 août 1991, un rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones concernant la reconnaissance et l'établissement de systèmes de justice autochtones.

Respectueusement soumis,

René Dussault, j.c.a.
Coprésident

George Erasmus
Coprésident

Paul L.A.H. Chartrand
Commissaire

J. Peter Meekison
Commissaire

Viola Robinson
Commissaire

Mary Sillett
Commissaire

Bertha Wilson
Commissaire

février 1996
Ottawa, Canada

Table des matières

Préface	xii
Introduction	1
1. Les conceptions du droit et de la justice chez les autochtones : réalités historiques	13
2. La situation actuelle	29
L'échec de notre système de justice	30
Une injustice notoire : la surreprésentation des autochtones	32
Discrimination systémique et taux de criminalité chez les autochtones	37
Les causes profondes de la surreprésentation et de la criminalité autochtones	44
Le droit à l'autonomie gouvernementale et le pouvoir d'établir des systèmes de justice autochtone	60
La justice et son rapport avec l'autonomie gouvernementale	60
L'argument en faveur du contrôle de la justice par les autochtones	64
Une évolution nécessaire : les orientations futures	84
3. Les initiatives autochtones en cours dans le domaine de la justice	90
Les services de police autochtones	91
L'indigénisation	102
La nomination de juges de paix et de juges autochtones	103
Les travailleurs judiciaires autochtones	106
Les programmes de sensibilisation à la culture autochtone	109
Les dispositions de la <i>Loi sur les Indiens</i>	110
Les pouvoirs de réglementation conférés par les articles 81 et 83	111
Les tribunaux prévus à l'article 107	113
Programmes de déjudiciarisation et initiatives connexes	114
Conseils des anciens et cercles de consultation	120
Initiatives touchant les jeunes contrevenants	128
Initiatives autochtones dans les prisons canadiennes	138

Deux études de cas	161
Les Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto	161
Historique et création	161
Le fonctionnement du projet	166
Les prochaines étapes	171
Le processus holistique de réconciliation de la Première nation de Hollow Water	173
Historique et création	173
Le fonctionnement du projet	175
Les prochaines étapes	182
Conclusion	183
1. L'aspect communautaire des projets	183
2. La nécessité d'une bonne préparation	184
3. Les besoins différents en matière de ressources	187
4. L'inutilité des distinctions de statut	189
5. Vers la création de systèmes de justice autochtone distincts	191
4. Un cadre conceptuel et constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone	193
Les systèmes de justice autochtone : un retour au futur	195
Les tribunaux tribaux aux États-Unis : hier et aujourd'hui	196
L'avenir au Canada	214
Un processus autochtone régissant les procès : des orientations possibles	219
Les systèmes de justice autochtone : grandes lignes	233
La question des compétences	236
Les types de compétences	236
L'expérience des tribunaux tribaux	236
Le fondement juridictionnel des systèmes de justice autochtone	240
Le cadre constitutionnel	240
À la recherche d'un fondement constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone : la répartition des pouvoirs	245
À la recherche d'un fondement constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone : l'organisation judiciaire	248
Les systèmes de justice autochtone et les pouvoirs législatifs	254

La résolution des conflits de compétence	272
La nature des problèmes susceptibles de se poser	272
Les choix des nations autochtones en matière d'infractions et de contrevenants	276
Le choix du tribunal par l'accusé	277
Compétence territoriale et courtoisie judiciaire	279
Conclusion	280
L'application de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> aux systèmes de justice autochtone	281
Contexte	281
Un éventail de moyens pour protéger les droits individuels	288
L'article 33 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	292
La sécurité des femmes et des enfants dans les systèmes de justice autochtone	293
L'intégrité du processus décisionnel	300
Les structures d'appel	303
Des systèmes de justice autochtone pour les citoyens	306
5. La réforme du système de justice actuel	309
Des recommandations à mettre en œuvre	310
Les coûts de la justice	317
Les agents du changement	323
6. Principales constatations et conclusions et liste des recommandations	336
Constatations et conclusions	336
Recommandations	339

Membres de la Commission royale sur les peuples autochtones



*René Dussault, j.c.a.
Coprésident*



*Georges Erasmus
Coprésident*



*Paul L.A.H. Chartrand
Commissaire*



*J. Peter Meekison
Commissaire*



*Viola Marie Robinson
Commissaire*



*Mary Sillett
Commissaire*



*Bertha Wilson
Commissaire*

Préface



Il est aujourd'hui difficile de lire un journal, d'écouter la radio ou de regarder la télévision sans être confronté à des questions de crime et de châtement, que ce soit dans les nouvelles, les documentaires ou les œuvres dramatiques. Cependant, les effets de la justice pénale sur les autochtones du Canada se manifestent dans des lieux qui, par leur éloignement, échappent à l'attention des journalistes et à l'indiscrétion des caméras. Pour ces autochtones, la justice pénale n'est pas le produit de situations dramatiques, réelles ou imaginaires, mais un système où ils occupent plus de place que tout autre Canadien, aussi bien comme victimes que comme délinquants. La proportion excessive d'autochtones devant les tribunaux et dans les prisons fédérales, provinciales et territoriales permet de douter que la société canadienne soit aussi juste qu'elle le prétend.

Au cours des sept dernières années, des commissions d'enquête, d'un océan à l'autre, ont examiné l'expérience que les autochtones ont du système de justice pénale et sont parvenues à la conclusion qu'ils sont mal servis par ce système. Loin de corriger les problèmes auxquels ils doivent faire face au sein de leurs nations, de leurs collectivités et dans leur vie personnelle, il les exacerbe. Dans une large mesure, ces problèmes sont le résultat d'un passé de spoliations et d'oppression culturelle. Comme nous l'avons expliqué dans notre rapport spécial sur le suicide, *Choisir la vie*, le nombre élevé de cas de désintégration sociale que révèlent les suicides et les crimes représente l'héritage de ces politiques historiques pour les autochtones d'aujourd'hui.

Dans le présent rapport, nous examinons l'expérience historique et contemporaine vécue par les autochtones dans le contexte de la justice pénale actuelle afin d'es-

sayer de mieux comprendre pourquoi ceux-ci sont surreprésentés dans ce système. Notre mandat, naturellement, ne nous oblige pas seulement à esquisser les grandes lignes d'une explication, il nous impose aussi la responsabilité d'établir un cadre de changement. Ce cadre comporte deux éléments distincts et pourtant reliés l'un à l'autre. Le premier est la réforme de la justice pénale actuelle afin d'en faire un système plus respectueux de l'expérience des autochtones et plus réceptif à celle-ci; le second élément est l'établissement de systèmes de justice autochtone dans le cadre de l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale.

Le premier élément a littéralement fait l'objet de centaines de recommandations de la part des groupes de travail et commissions d'enquête qui nous ont précédés.

Dès le début, nous avons décidé qu'il ne servait à rien que notre commission répète leur travail ou reprenne toutes leurs recommandations. Nous avons plutôt cherché à fournir un cadre général pour la mise en œuvre des recommandations visant à réformer le système actuel de justice pénale.

Nous avons plutôt voulu mettre l'accent sur le second élément de la réforme, c'est-à-dire la reconnaissance et l'établissement de systèmes de justice autochtone. Cette reconnaissance fait partie intégrante du droit à l'autonomie gouvernementale. L'élaboration de systèmes fondés sur la conception autochtone de la justice et de ses mécanismes aidera à long terme les autochtones à résoudre les problèmes de criminalité de façon à responsabiliser les victimes, les contrevenants et les collectivités et à favoriser leur guérison. Dans ce rapport, nous avons donc tenté d'établir un cadre conceptuel et constitutionnel suffisamment large pour que les autochtones puissent élaborer leurs propres systèmes de justice; nous sommes également attaqués aux difficiles questions que soulève l'intégration de ces systèmes dans le fédéralisme canadien.

Les lecteurs devront également tenir compte du fait que beaucoup de questions soulevées ici seront examinées plus en détail dans notre rapport final. Ce sera notamment le cas de la portée du droit à l'autonomie gouvernementale et de la manière dont nous envisageons les gouvernements autochtones comme un des trois ordres de gouvernement au Canada. Cela ne signifie pas que les lecteurs devront réserver leur jugement sur nos recommandations jusqu'à la publication de ce rapport final, mais nous les leur présentons aujourd'hui sous cette forme parce que nous considérons qu'elles sont indispensables à l'instauration d'une justice réelle et durable pour les peuples autochtones de ce pays.



René Dussault, j.c.a.
Coprésident



Georges Erasmus
Coprésident

Introduction



La première difficulté pour quiconque rédige un rapport sur la justice, tient au fait que, «lorsqu'un autochtone considère les institutions judiciaires canadiennes, il a l'impression d'être totalement plongé dans un monde d'injustice sans savoir où est le siège de la justice, sans même savoir si elle est possible¹».

Lorsque les autochtones se sont exprimés devant les commissions d'enquête sur la justice qui ont siégé ces dernières années de la Nouvelle-Écosse à la Colombie-Britannique ainsi qu'à nos propres audiences, ils ont décrit la multitude de façons dont ils ressentent l'injustice d'un système qui leur paraît étranger et oppressif.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a bien su exprimer ce sentiment d'injustice dans son résumé des témoignages des autochtones du Manitoba. Ils ont parlé de services de police qui, parfois passifs et parfois trop zélés, manquent habituellement de sensibilité et sont souvent insultants. Ils ont parlé de lois et de tribunaux qui ne tiennent aucun compte de facteurs culturels importants et qui les soumettent à des procédures incompréhensibles et à des retards excessifs avant de se prononcer. Ils ont parlé d'un système pénal dur et improductif. Ils ont parlé de procédures de libération conditionnelle qui retardent leur sortie de prison. Ils ont parlé d'une aide à l'enfance et de systèmes judiciaires à l'intention des jeunes qui séparent ceux-ci de leurs familles et de leurs collectivités. Ils ont aussi parlé d'atteintes

¹ P.A. Monture-OKanee et M.F. Turpel, «Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Law: Rethinking Justice» (1992) *U.B.C. Law Review* (numéro spécial sur la justice autochtone), p. 249.

historiques à leurs droits, de trahisons et d'injustice, et ils ont évoqué leur vision du rétablissement de l'harmonie sociale dans leurs collectivités.

Le chef Allan Ross, de Norway House, a décrit à l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba la manière dont son peuple se représentait le visage de «dame Justice» :

Tout ceux qui font partie du système judiciaire savent que dame Justice n'est pas aveugle lorsqu'il s'agit des autochtones. Elle n'est que borgne. Pour nous, elle a un œil ouvert et dispense la justice de manière inégale et souvent très sévère. Sa robe est déchirée. Ce qu'elle nous offre, ce n'est pas l'égalité mais l'asservissement. Elle fait de nous des citoyens de deuxième classe dans notre propre pays².

L'ancien des Anishnabe, Art Solomon, parle des souffrances que continuent à subir hommes, femmes et jeunes chez les autochtones, entraînés malgré eux sous «les roues de l'injustice».

Ils disent que
les roues de la justice
tournent lentement.

Oui, nous le savons.
Mais pourtant elles tournent,
Et tournent
Et tournent encore.

On a l'impression
qu'elles ne s'arrêteront jamais³...

La question fondamentale que se posent tous les Canadiens est la suivante : les autochtones doivent-ils mener leur existence dans le cercle de la justice ou faut-il que leurs vies continuent à être brisées sur la roue de l'injustice?

La seconde difficulté, lorsqu'on rédige un rapport sur des questions de justice, est que les Canadiens non autochtones considèrent aujourd'hui que, dans notre société, l'exercice de la justice est une activité extrêmement spécialisée, réservée à des professionnels. La justice pénale, qui est l'élément le plus intrusif et le plus coercitif de ce système, est le domaine des agents de police, des avocats, des juges, des agents de probation, des administrateurs pénitentiaires et des membres des commissions de libération conditionnelle. Dans bien des cas, il est difficile pour les profanes de saisir le langage spécialisé des professionnels et de se retrouver dans le labyrinthe d'organisations qui caractérise la bureaucratie moderne. Outre qu'il

² Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, volume 1, «The Justice System and Aboriginal People», Winnipeg, 1991, p. 6 [ci-après Rapport de l'AJIM].

³ A. Solomon, «The Wheels of Injustice» dans *Songs for the People: Teachings on the Natural Way*, Toronto, W.C. Press, 1990, p. 126.

est spécialisé, le domaine de la justice est très compartimenté. Les programmes des facultés de droit canadiennes reflètent les multiples facettes d'une profession qui englobe notamment le droit des affaires, le droit familial, le droit successoral, le droit criminel, le droit de propriété et, depuis peu, les droits de la personne et le droit environnemental.

Les autochtones voient la justice sous un jour différent. Ils ont en effet leur propre vision du monde où ils vivent et ils conçoivent de manière holistique les rapports entre les êtres humains et les responsabilités qu'ils ont les uns envers les autres et à l'égard du monde matériel et spirituel.

Dans son mémoire à la Commission, l'Assemblée des Premières nations expliquait cette approche holistique.

[TRADUCTION] Bien que les Premières nations n'adhèrent pas à une vision du monde ou à un code moral unique, leur approche des questions judiciaires présente des points communs. Aux yeux des Premières nations, un système de justice n'est pas une simple série de règles ou d'institutions qui régissent le comportement individuel ou prescrivent les procédures d'une justice abstraite. La justice représente plutôt une forme de l'ordre naturel au sein duquel une relation existe entre tous les êtres et toutes les choses. Les actes individuels reflètent l'harmonie naturelle de la collectivité et du monde lui-même. La justice doit être une expérience ressentie, plus qu'une simple idée. Il faut donc que ce soit une expérience interne, et non un ordre imposé de l'extérieur, sans rapport avec l'expérience qu'a chacun de la réalité.

Pour les Premières nations, la justice a toujours été l'expérience quotidienne commune des membres de la collectivité, faisant partie des enseignements, des valeurs et des traditions qui assurent la cohésion de la société. En bref, elle fait partie de la trame même de l'existence des autochtones et aussi du sens des responsabilités éprouvé par chacun d'entre eux à l'égard des autres ainsi que des créatures et des forces dont dépend toute vie humaine. Il est difficile de séparer l'idée de justice des autres concepts qui informent la manière dont les Premières nations en sont venues à se connaître elles-mêmes et à connaître le monde. La justice n'est pas non plus statique. Elle évolue avec la Première nation et s'adapte aux circonstances de manière à maintenir l'harmonie et l'équilibre⁴.

⁴ Assemblée des Premières nations, «Reclaiming Our Nationhood, Strengthening our Heritage», mémoire à la Commission royale sur les peuples autochtones, préparé sous l'égide du Programme d'aide financière aux intervenants, Ottawa, 1993, p. 65 [ci-après mémoire PAFI].

Il faut bien comprendre que les diverses conceptions qu'ont les autochtones de la justice font partie de la trame sociale et politique de leur existence au lieu de constituer un processus juridique formel distinct. Dans une proposition au ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique intitulée *Unlocking Aboriginal Justice*, les Premières nations gitksane et wet'suwet'en ont décrit la justice telle qu'elles la conçoivent :

Pour un Gitksan ou un Wet'suwet'en, il n'existe pas de transaction ou d'institution purement juridique. Tous les événements de la vie quotidienne et de la vie officielle comportent des éléments sociaux, politiques, spirituels, économiques ainsi que juridiques⁵.

Pour les Gitksans et les Wet'suwet'en (comme pour beaucoup d'autres Premières nations vivant sur la côte ouest de la Colombie-Britannique), le banquet (ou potlatch) est le pivot du système. Bien qu'il serve à confirmer officiellement le règlement des différends, il sert à des fins beaucoup plus générales car il reflète et incarne la manière holistique dont fonctionnent de nombreuses institutions autochtones. Dans le cadre de leur lutte constante pour obtenir la reconnaissance et le respect des droits ancestraux par les tribunaux du Canada, les chefs héréditaires ont décrit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, lors de l'affaire *Delgamuukw c. B.C.*, la manière dont cette tradition essentielle remplit des fonctions correspondant à celles d'une multitude d'institutions distinctes dans la société non autochtone, dont une seule porte le nom de système judiciaire.

[TRADUCTION] Lorsque, comme ils l'ont toujours fait dans le passé, les chefs héréditaires des maisons des Gitksans et des Wet'suwet'en se réunissent dans la salle de banquet, les événements qui s'y déroulent ont un caractère à la fois politique, juridique, économique, social, spirituel, cérémoniel et éducatif. Le travail logistique d'accumulation et d'emprunt qu'exige la préparation d'un banquet et le paiement des dettes au cours de celui-ci ont un caractère multidimensionnel; économique parce que le banquet est le centre de gestion du crédit et de la dette; social, parce que le festin dynamise le réseau constant de liens de réciprocité et permet de renouveler les contrats sociaux et les alliances entre groupes familiaux. Le festin est le cadre légal où se fait la transmission des noms des chefs, où les limites des territoires et des lieux de pêche sont déterminées publiquement, actes confirmés par les noms des chefs héréditaires qui leur sont donnés. La reconnaissance publique du titre et des pouvoirs devant une assemblée de chefs confirme dans l'esprit de tous la légitimité de la transmission du nom et des droits de propriété. Le festin peut également

⁵ «Unlocking Aboriginal Justice: Alternative Dispute Resolution of the Gitksan and Wet'suwet'en People», proposition soumise au procureur général de la Colombie-Britannique par les Gitksans et les Wet'suwet'en, 1987.

servir à régler les différends et à établir des relations paisibles sur le plan national, c'est-à-dire au sein de chaque maison et entre celles-ci, et sur le plan international, avec des peuples voisins.

L'atmosphère du festin est imprégnée du pouvoir du monde spirituel représenté par les emblèmes utilisés pendant la fête et évoqué dans les chansons et les danses. De plus, le caractère public et cérémoniel qui entoure les dons, le paiement des dettes, la reconnaissance et la légitimisation du statut et de l'autorité des chefs ainsi que de la propriété des territoires, et le maintien des règles de réciprocité sont autant d'aspects du festin qui ont une grande importance sur le plan éducatif. Leur pratique, leur répétition et leurs multiples combinaisons pendant le déroulement du festin permettent d'exprimer les valeurs fondamentales de la culture et de les transmettre d'une génération à l'autre.

Les chefs héréditaires ont aussi averti la Cour de ne pas se laisser tromper par l'absence de repères «juridiques» précis lorsqu'il s'agit de comprendre la nature des lois autochtones.

Au cours de ce procès, vous entendrez les témoins gitksans et wet'suwet'en mentionner constamment leurs lois. Vous n'entendrez jamais parler d'une législature gitksane; vous n'entendrez jamais parler d'une cour suprême wet'suwet'en qui abriterait une instance judiciaire spécialisée chargée d'interpréter et d'appliquer la loi; et jamais vous ne verrez de policiers gitksans ou d'huissiers wet'suwet'en qui gagnent leur vie en appliquant la loi gitksane et wet'suwet'en. Ce dont le tribunal entendra parler, c'est des principes et des règles qui établissent les valeurs gitksanes et wet'suwet'en fondamentales, sur lesquels est fondé l'ordre social, et qui permettent le règlement pacifique des différends⁶.

Dans notre analyse et nos recommandations, nous accorderons toujours une place prépondérante à la conception holistique de la justice qu'ont les autochtones.

La troisième difficulté à laquelle nous nous sommes heurtés dans la rédaction d'un rapport sur les questions judiciaires est étroitement liée à la première et à la seconde. Ce qui se produit dans un domaine distinct tel que celui de la «justice pénale» ne peut pas être isolé du contexte plus général des expériences vécues par les autochtones dans la société canadienne et dans le cadre des régimes juridique et politique de notre pays. C'est le thème important que la professeure Mary Ellen Turpel a développé à notre Table ronde nationale sur les questions judiciaires :

⁶ Déclaration préliminaire des chefs gitksans et wet'suwet'en dans *Delgamuukw c. B.C.*, reproduite dans Gisday Wa et Delgam Uukw, *The Spirit in the Land*, Gabriola (Colombie-Britannique), Reflections, 1989, pp. 31, 35.

Ainsi, pour comprendre ce qui s'est produit dans la tragédie de Helen Betty Osborne [une des affaires qui ont mené à l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba], 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 seize années après leur crime. 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 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.

[...] 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 pénale⁷.

Conçues dans cet esprit, nos recommandations concernant les questions de justice autochtone doivent être considérées comme faisant partie d'un ensemble intégré dans lequel on reconnaît que les causes profondes du taux de criminalité élevé chez les autochtones et de leur surreprésentation dans nos prisons sont intimement liées à notre analyse globale et aux recommandations présentées dans nos autres rapports. C'est pour cette raison que, dans le présent document, nous nous sommes efforcés de reprendre les principes qui, comme nous le recommandions dans une étude constitutionnelle antérieure, *Partenaires au sein de la Confédération*⁸, devraient constituer l'assise des rapports entre autochtones et non-autochtones.

Nous jugeons essentiel de placer notre examen des questions de justice applicables aux autochtones dans le contexte le plus large possible, ce que nous nous sommes efforcés de faire. Tout ce que nous avons entendu dire et tout ce que nous avons lu dans les rapports d'autres commissions d'enquête sur la justice nous amène à conclure que, pour comprendre la situation actuelle des autochtones face au système judiciaire, il faut se placer dans le contexte historique des rapports entre autochtones et non-autochtones. Le sentiment d'oppression et d'illégitimité qui caractérise aujourd'hui la manière dont les peuples autochtones perçoivent et vivent le système de justice, remonte très loin dans le passé.

Le procès et l'exécution de Louis Riel, qui avait essayé de faire reconnaître et respecter un territoire métis par les autorités canadiennes, a marqué d'une trace indélébile la mémoire collective des Métis. L'injustice apparente du procès venait s'ajouter aux actes passés de dépossession des Métis. Le procès et l'exécution de huit chefs cris qui s'étaient alliés avec Riel et les Métis et qui furent tous pendus à la potence de la caserne de la Police montée du Nord-Ouest à Battleford (Saskatchewan), le 27 novembre 1885, est un souvenir qui continue à assombrir

⁷ M.E. Turpel, «L'adaptation du système canadien de justice pénale aux autochtones : un peu de latitude, s'il vous plaît!» dans Commission royale sur les peuples autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Rapport de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1993, pp. 169-170.

⁸ Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1993.

la vie des descendants de ceux qui ont été exécutés pour trahison, essentiellement pour avoir défendu leur terre.

Pourtant, les procès de Louis Riel, de Poundmaker, de Big Bear et des autres «criminels» métis et indiens n'ont pas été les seuls. Il y a eu bien d'autres incidents dont il est rarement fait mention dans les livres d'histoire du Canada mais qui demeurent bien vivants dans les histoires orales des peuples autochtones et qui, plus qu'une simple toile de fond, forment l'inébranlable assise de l'expérience que les peuples autochtones ont de la justice canadienne. Les enquêtes plus récentes, effectuées d'un bout à l'autre du pays, ont montré combien il était important de comprendre cette expérience historique et d'accepter le fait que l'épilogue de cette histoire n'a pas encore été écrit, et en fait ne pourra jamais l'être tant qu'une nouvelle relation n'aura pas été établie entre autochtones et non-autochtones. Dans son rapport sur la Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry de Colombie-Britannique, le juge Sarich définissait ainsi le contexte historique des manifestations contemporaines d'injustice :

[TRADUCTION] Dès le début de l'enquête, il s'est avéré que les autochtones de la région de Cariboo-Chilcotin se plaignaient non seulement de la police et du système judiciaire, mais aussi de toutes les formes d'autorité non autochtones ayant une incidence sur leurs vies. Ces plaintes insistantes ne datent pas d'hier. Elles sont le résultat d'un conflit de valeurs et de croyances culturelles et sont motivées par le comportement passé et présent de représentants non autochtones de l'autorité. Ces plaintes remontent à l'époque des premiers contacts avec les Européens.

Dans toutes les collectivités à l'ouest du Fraser, on décelait encore une colère et un ressentiment à peine dissimulés inspirés par la fourberie des responsables de la pendaison des chefs chilcotins en 1864, à Quesnel. Les chefs de village parlaient avec passion de la profanation de leurs tombes, de l'épidémie de petite vérole qui a tué tant des leurs, et de la brutalité des constructeurs de route de Waddington.

D'un ton accusateur, les chefs ont également conté comment certaines agences gouvernementales se sont emparées de leurs terres, en particulier celles qui sont aujourd'hui utilisées par l'armée canadienne pour les essais d'armes. Ils ont également protesté contre les nombreuses exploitations d'élevage clôturées qui ont été conquises sur ce qu'ils considèrent comme leurs terres ancestrales, et du cas d'un village entier contraint d'aller s'installer ailleurs afin de faire place à une de ces exploitations⁹.

⁹ *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (Colombie-Britannique), le juge Anthony Sarich, commissaire, 1993, p. 26.

Dans ce passage, le juge Sarich fait allusion à la pendaison des chefs tsilhqot'n en 1864. Cette exécution, comme la pendaison de Louis Riel et des chefs cris dans le Territoire du Nord-Ouest 21 ans plus tard, est gravée dans l'histoire orale des Tsilhqot'n, pour qui elle représente l'injustice la plus flagrante. Bien que ces événements remontent à 130 ans, ils symbolisent pour les Tsilhqot'n les attitudes qui, depuis un siècle, caractérisent leurs rapports avec les habitants de la Colombie-Britannique. Il est bon de les rappeler.

Les chefs tsilhqot'n ont été pendus après le meurtre de non-autochtones employés à la construction d'une route. D'après les documents parvenus jusqu'à nous, cette attaque avait été déclenchée pour des motifs complexes et, bien que le traitement réservé aux autochtones employés à ces travaux ait indiscutablement suscité plusieurs griefs, une des causes principales avait été l'intrusion des autorités coloniales sur le territoire tsilhqot'n sans signature préalable d'un traité. Robin Fisher décrit en ces termes la réaction de la société coloniale à ces meurtres :

[TRADUCTION] Au début, les colons ne parvenaient pas à croire qu'un groupe de Blancs «forts, robustes et intrépides» ait pu être massacré presque jusqu'au dernier par une douzaine de «lâches sauvages». Mais dès que les circonstances furent établies, les colons ont clairement indiqué qu'ils ne traiteraient pas à la légère toute menace contre leur présence dans les colonies. *Ces meurtres marquaient un point tournant dans l'histoire des relations raciales et ils ont révélé l'attitude de beaucoup de colons à l'égard des Indiens susceptibles de s'opposer à la conquête du pays.* Pendant tout le mois de mai 1864, les journaux de Victoria ont réclamé à cor et à cri le châtiement des meurtriers [...] Le 1^{er} juin, le *British Colonist* décrivait le meurtre des ouvriers et, notant qu'il était vain d'attendre les réactions des autorités, il appelait les citoyens à prendre l'affaire en main. Il y avait, faisait observer l'éditorialiste, des centaines d'hommes prêts à se porter volontaires, qui n'auraient de cesse que «tous les membres de cette tribu de vils meurtriers soient pendus haut et court aux branches des arbres de leurs propres forêts». Le même soir, tout à fait dans le style du Far West américain, les habitants de Victoria tinrent une réunion publique au cours de laquelle 129 hommes se portèrent volontaires pour prendre les armes contre les Indiens responsables. Des personnes telles que Amor De Cosmos révélèrent publiquement leur «antipathie et leur haine» pour les Indiens [...] Un certain C.B. Young rappela cependant au public que la justice devait être la même pour tous et qu'il n'était pas juste que les Blancs construisent des clôtures autour des champs de pommes de terre des Indiens ou installent un terrain de cricket sur les terres de la réserve indienne de Nanaimo. Mais la plupart des habitants de Victoria présents étaient indifférents à une telle logique, et lorsque quelqu'un déclara que

les Indiens responsables des meurtres devaient être pendus sur place, sa proposition fut accueillie par des acclamations générales [...] Les autorités rejetèrent l'offre des volontaires, mais les chefs des Indiens tenus responsables des meurtres n'en ont pas moins être capturés, jugés et pendus. On voulait ainsi signifier aux Indiens qu'il valait mieux ne pas réagir à la présence des Européens par la violence et que des mesures punitives sévères seraient prises contre ceux qui attaquaient les colons¹⁰.

Dans son rapport, le juge Sarich a écrit qu'aujourd'hui encore, les Tsilhqot'n considèrent la pendaison de leurs chefs comme une injustice :

[TRADUCTION] Les habitants de tous les villages ont soutenu que les chefs pendus comme meurtriers, à Quesnel Mouth, en 1864, avaient pris le sentier de la guerre pour défendre leur territoire et leur peuple. On a écrit beaucoup de choses sur les faits qui ont conduit au procès de ces chefs devant le juge Matthew B. Begbie mais bien peu reposent sur des certitudes. Les Tsilhqot'n ont la mémoire longue. Ils continuent de vénérer ces chefs et citent les effets de la petite vérole sur leurs ancêtres, les incursions des Blancs sur leurs terres, et le traitement que leur ont fait subir les ouvriers qui construisaient la route, recrutés par Alfred Penderill Waddington, pour justifier leur action guerrière. *Pour beaucoup d'autochtones, le procès et les exécutions qui l'ont suivi ne sont rien d'autre qu'un geste politique dans un processus délibéré de colonisation*¹¹.

Les Tsilhqot'n ont aussi continué à soutenir que ce procès était injuste même s'il s'était déroulé selon les règles de la common law britannique. Comme l'a écrit le juge Sarich :

[TRADUCTION] Il semble que même le juge Begbie ait douté que la justice avait été servie dans le procès des chefs chilcotins de Quesnel Mouth en 1864. Selon certains, les chefs avaient été amenés à se rendre et à faire des déclarations incriminantes par le magistrat Cox, qui leur aurait promis l'immunité. Beaucoup d'autochtones demeurent convaincus que le procès et les pendaisons étaient plus un spectacle organisé pour les impressionner qu'un effort sincère pour établir la vérité. Quelle que soit la vérité, cet épisode a laissé une blessure au flanc de la société tsilhqot'n. Le temps est venu de la guérir¹²

¹⁰Robin Fisher, *Contact and Conflict: Indian-European Relations in British Columbia, 1774-1890*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1977, pp. 108-109 [nous soulignons].

¹¹Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, cité à la note 9, p. 8 [nous soulignons].

¹²Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, p. 30. À un colloque sur la guerre tsilhqot'n de 1864 et sur la Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry de 1993 (organisé par le musée d'anthropologie de l'Université

L'année 1864 peut paraître bien lointaine mais, comme le juge Sarich s'en est aperçu, l'attitude des Blancs qui traitaient les Indiens en inférieurs et les politiques gouvernementales du siècle écoulé ont eu un effet cumulatif qui apparaît aujourd'hui dans les rapports entre les Tsilhqot'n et le système de justice. Voici ce que le juge Sarich a déclaré au sujet des accusations de racisme portées par les Tsilhqot'n contre la police :

[TRADUCTION] L'attitude de la population non autochtone dans laquelle presque tous les agents de police sont recrutés pose aussi un problème. La *Loi sur les Indiens* repose sur le postulat que les autochtones sont incapables de gérer leurs vies, qu'ils ne peuvent pas évoluer dans la société non autochtone et qu'ils sont inférieurs aux non-autochtones. Il y a si longtemps que ces arguments sont utilisés par le ministère des Affaires indiennes et acceptés sans discussion par la population non autochtone, que ces fausses vérités en sont venues à être acceptées inconsciemment. L'état de dépendance, la pauvreté, l'attitude autodestructrice auxquels les autochtones ont été réduits par une politique réfléchie du gouvernement confirmaient tacitement cette «vérité». Les preuves de cette situation abondent : depuis le geste spontané de condescendance qui consiste à appeler les autochtones par leur prénom dans une situation officielle, jusqu'au poème dont l'humour cache le mépris, en passant par la remarque irréfléchie d'un agent de police ne manquant pourtant pas de qualités et de sensibilité en d'autres circonstances, devant des enfants d'une école primaire auxquels il déclarait que son travail consistait à «arrêter les Indiens ivres et à les mettre en prison». La même attitude se retrouvait ailleurs, en particulier chez ceux qui demandaient négligemment quel était l'objet et le travail de la Commission.

La manière dont beaucoup d'agents traitaient les autochtones montrait que, même en uniforme, ils conservaient cette attitude. Dans leur travail de maintien de l'ordre, cela explique pourquoi

de la Colombie-Britannique et la First Nations House of Learning), tenu le 19 novembre 1994, le juge Cunliff Barnett a déclaré que l'examen des données historiques soulève de graves doutes au sujet de l'équité du procès, étant donné l'identité de l'avocat qui avait été chargé de représenter les chefs tsilhqot'n. Le tribunal avait en effet désigné un avocat qui était également un des directeurs d'une entreprise qui tentait de construire une route traversant le territoire tsilhqot'n et dont les affaires s'étaient ressenties de l'agitation créée par les Tsilhqot'n. Comme le faisait remarquer le juge Barnett, «On peut se permettre de penser qu'il n'a pas fait preuve de tout l'enthousiasme souhaité dans sa défense de dernière minute des [chefs tsilhqot'n].» Le juge Barnett a également exprimé des doutes sur l'équité du jugement de deux Tsilhqot'n condamnés pour le meurtre des ouvriers à un procès qui s'était déroulé plus tard à New Westminster. Le juge était en effet un certain Henry Crease, procureur général de la province, qui avait été spécialement désigné pour cette tâche. En tant que procureur général, Crease était le procureur en chef de la colonie et il est bien douteux qu'il se soit comporté avec impartialité.

ils sont prêts à accepter sans discussion les accusations portées contre les autochtones tout en faisant la sourde oreille aux explications que ceux-ci peuvent donner. Cela explique aussi sans doute le manque de respect apparent à l'égard des droits des autochtones ainsi que les actes d'agression et l'arrogance auxquels ceux-ci sont souvent soumis¹³.

Les Tsilhqot'n, comme d'autres peuples autochtones qui ont témoigné devant notre commission, ont déclaré sans ambages au juge Sarich que pour comprendre leur expérience de l'injustice, il fallait la replacer dans son contexte historique le plus large, et que la reprise du contrôle de leur propre existence faisait également partie de leur lutte pour la justice au sens le plus large du terme.

[TRADUCTION] Ils réclament le droit de décider pour eux-mêmes. Ce qu'ils recherchent, c'est la justice telle qu'ils la conçoivent et ce qu'ils veulent, c'est en être les architectes. Mais pour eux, cette justice est un tout qui comprend non seulement leurs organismes de contrôle social dans leurs collectivités, mais aussi le contrôle de leurs terres et de leurs ressources¹⁴.

Cette vision plus large de la justice est liée à la reconnaissance du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale et à la reconnaissance des droits ancestraux et des droits issus de traités quand interviennent des revendications de terre et de ressources. Elle est partagée et approuvée par notre commission, qui s'est d'ailleurs appuyée sur elle pour formuler les recommandations contenues dans le présent rapport.

¹³Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, p. 11. Ces observations du juge Sarich trouvent un écho dans le rapport de l'Australian Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody sur la situation créée dans ce pays par le rôle historique des policiers comme agents de colonisation.

[TRADUCTION] Les agents de police partageaient naturellement toutes les caractéristiques de la société dans laquelle ils avaient été recrutés, notamment l'idée de leur supériorité raciale par rapport aux aborigènes et celle de la supériorité des Blancs en général; étant membres d'une organisation centralisée extrêmement disciplinée, ils avaient peut-être des idées plus arrêtées que la plupart des gens; mais à cela venait s'ajouter le fait que la police exécutait sur le terrain les politiques du gouvernement, ce qui la plaçait constamment en situation de conflit avec les autochtones. L'agent de police était le bras droit des autorités, celui qui faisait observer les politiques de contrôle et de supervision; c'était souvent lui qui venait enlever leurs enfants aux autochtones et qui arrêtait ceux qui étaient accusés d'enfreindre les droits des colons. Beaucoup de ces activités se déroulaient aux abords d'établissements non autochtones où les traditions de violence et de brutalité étaient les plus fortes. (Australie. Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, *National Report: Overview and Recommendations*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1991, p. 10.)

¹⁴Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, p. 27.

1

Les conceptions du droit et de la justice chez les autochtones : réalités historiques

 Les Canadiens non autochtones sont fiers de vivre dans un pays reconnaissant la primauté du droit, d'entretenir des rapports mutuels et d'avoir des droits et des responsabilités qui ne sont pas déterminés par l'autorité arbitraire de quelque despote. Les lois et les institutions juridiques canadiennes actuelles sont issues de deux grands courants historiques distincts, la common law anglaise et le droit civil français. Si l'on remonte encore plus loin, on constate que beaucoup de concepts du droit occidental existaient déjà dans la pensée juridique romaine et grecque.

Le développement et l'implantation de cette conception occidentale du droit sont considérés comme un des apports les plus importants de la civilisation occidentale, un fleuron qui a cependant son revers. On a même dit qu'une des tragédies de l'histoire occidentale était due au fait que, de par leur appartenance à une culture spécifique, les systèmes juridiques occidentaux étaient demeurés aveugles au droit en vigueur dans d'autres sociétés. Dans le cas des peuples autochtones, non seulement au Canada mais aussi ailleurs dans le monde, cela s'est traduit par le rejet de systèmes culturels complexes, considérés comme non «légaux», et par le dénigrement de sociétés uniquement régies par des «coutumes primitives». La même attitude de rejet a marqué la conception occidentale de la fonction gouvernementale chez les autochtones, bien que son existence fût évidente. Francis Jennings, chercheur qui a étudié les documents historiques anciens sur les rapports entre les peuples autochtones et les gouvernements coloniaux, a fort bien décrit les origines du rejet, par les Européens, de traditions juridiques et politiques autochtones qui étaient antérieures à celles de Rome et d'Athènes.

[TRADUCTION] Les Européens affirmaient que les Indiens n'avaient pas de structures gouvernementales, mais lorsqu'ils traitaient avec les chefs indiens, ils utilisaient le protocole diplomatique réservé aux États souverains. Il est abondamment prouvé que les collectivités indiennes avaient des structures d'association politique inconciliables avec un état d'anarchie. C'est à l'anthropologie que l'on doit le concept fondamental de l'État fondé sur la parenté, c'est-à-dire une communauté de familles et de clans dans laquelle certaines des fonctions directives de la société sont remplies individuellement par les groupes apparentés alors que d'autres sont assignées à des agents et à des conseillers choisis collectivement.

Dans une telle structure – et les observateurs européens se sont hâtés de le noter – il n'y avait pas de loi au sens européen du terme, non plus que de mécanismes spécialisés d'application des lois. C'étaient cependant des agents légitimement désignés qui prenaient les décisions exécutoires et, avant que l'intervention des Européens ne vienne saper l'autorité des chefs, les décisions occasionnelles comme les coutumes durables pouvaient donner lieu à des sanctions sévères. Dans une collectivité où tous les hommes étaient armés, il n'était pas nécessaire d'avoir une force de police spécialisée; n'importe qui pouvait être désigné comme garde ou comme bourreau. Les observateurs du début du XVII^e siècle ont raconté que les grands chefs de la tribu infligeaient parfois eux-mêmes des châtiments corporels aux criminels.

Les familles étaient aussi tenues de protéger leurs membres, et la menace d'une vengeance sanctionnée par la coutume était un efficace moyen de dissuader les contrevenants possibles. Dans un tel contexte social, ces sanctions donnaient de meilleurs résultats que les procédures de la justice pénale européenne; Adriaen Van der Donck notait avec étonnement combien les crimes étaient rares chez les Indiens de l'Hudson. «Chez nous, ajoutait-il, on entretient une police vigilante, et pourtant les crimes sont plus fréquents que chez eux.» Ne comprenant pas les fonctions de sanction établies par des moyens qu'il avait lui-même décrits, il ne parvenait pas à comprendre pourquoi il y avait si peu de crimes «chez des gens qui n'avaient aucun respect pour l'administration de la justice». *Van der Donck n'était capable de reconnaître une procédure équitable que lorsqu'elle était appliquée sous les formes qu'on lui avait enseignées. Il montrait là un manque de perspicacité qu'il partageait avec d'autres Européens de son époque et des générations futures*¹⁵.

¹⁵ Francis Jennings, *The Invasion of America: Indians, Colonialism and the Cant of Conquest*, New York, W.W. Norton, 1976, pp. 111-112 [nous soulignons].

Bien que les premières descriptions européennes de la justice autochtone mentionnent fréquemment sa «sauvagerie» et sa «barbarie», les réactions des autochtones aux forfaits commis étaient beaucoup plus modérées que les «codes sanglants» de l'Angleterre et de l'Europe. La comparaison que fait Francis Jennings entre la manière dont les sociétés autochtone et européenne traitaient le meurtre illustre bien les différences fondamentales entre les traditions juridiques européennes et autochtones qui déterminaient le rôle de la loi et le processus de maintien de la paix.

[TRADUCTION] Parmi les crimes communs aux deux sociétés, le meurtre mérite une attention spéciale. Il avait une signification différente pour les Indiens et pour les Européens et était donc puni différemment. En Europe, le meurtre était un crime contre l'État; chez les Indiens, c'était un crime contre la famille de la victime. Le droit européen exigeait que le meurtrier paye de sa vie pour réparer sa faute à l'égard de l'État; selon la coutume indienne, il devait consacrer sa vie à la famille de la victime. En Europe, l'État faisait appréhender le meurtrier; chez les Indiens, c'était à la famille de le faire. Les observateurs européens considéraient que cette coutume indienne était une «revanche» et épilogaient sans fin sur la sauvagerie que cela révélait. Pourtant, en comparaison de l'État et de son acharnement, la tribu utilisait un mécanisme qui avait été conçu avec soin et précision pour limiter les épanchements de sang. La loi du talion avait été rapidement remplacée par l'obligation pour les membres de la famille du meurtrier de remettre des objets ou des biens précieux à celle de sa victime. Cette coutume (connue des siècles plus tôt sous le nom de *wergild* dans l'Angleterre de l'époque anglo-saxonne) était un mécanisme général de maintien de l'équilibre dans les sociétés indiennes car elle prévenait le recours obligatoire à la vengeance pour mettre fin aux conflits entre familles. Bien que le terme «conflit» ait été librement utilisé par ceux qui condamnaient cette société dite sauvage, Marion W. Smith n'a pas réussi à trouver le phénomène qu'il décrivait. «Un véritable conflit, fait-il remarquer, avec la menace d'actes de violence persistants entre des groupes, est un phénomène étonnamment rare au Nouveau Monde.»

Les Européens comprenaient la coutume du *wergild* et l'appliquaient dans leurs rapports avec les Indiens, mais unilatéralement. Les Européens payaient le prix du sang pour éviter que les Indiens ne se vengent pour le meurtre d'un des leurs, mais ces derniers n'étaient pas autorisés à payer pour se faire absoudre du meurtre d'un Européen. Dans le second cas, les Européens exigeaient que l'Indien accusé soit jugé par un tribunal européen. Lorsque le coupable présumé n'était pas appréhendé, c'était parfois son village ou sa tribu entière qui étaient punis. *C'était une question de*

*sémantique. Lorsqu'il s'agissait d'un Indien, la vengeance était un acte de sauvagerie; lorsqu'il s'agissait d'un Européen, cette revanche était un acte approuvé par une justice civilisée*¹⁶.

Cet aveuglement culturel n'a pas seulement empêché les Blancs de vraiment comprendre les systèmes de justice autochtone; en les décrivant, à tort, comme «non civilisés», on trouvait la justification morale nécessaire pour imposer la conception occidentale du droit et de la justice à des domaines géographiques et conceptuels de plus en plus étendus. L'impérialisme moral, culturel et économique qu'impliquait l'application des lois et de la justice occidentales s'est exprimé on ne peut plus clairement la première fois que des Inuit ont dû comparaître devant un tribunal canadien.

C'était en 1917. Deux chasseurs inuit, Sinnisiak et Uluksuk, avaient été inculpés du meurtre de deux prêtres catholiques. Les deux chasseurs prétendaient qu'il s'agissait d'un acte de légitime défense de leur part car ils avaient cru que les prêtres, armés de fusils, allaient les tuer. Au procès tenu à Edmonton, le procureur de la Couronne avait d'abord félicité les membres de la Police montée du Nord-Ouest pour avoir arrêté les accusés après «une véritable épopée de voyages et d'aventures dans des terres désolées». Puis, dans sa déclaration préliminaire au jury, il avait expliqué pourquoi ce procès, qu'il considérait comme «absolument unique dans l'histoire de l'Amérique du Nord», était si important.

[TRADUCTION] Il est particulièrement important pour la raison suivante. Les notions de justice ont été inculquées aux Indiens des Plaines, aux Pieds-Noirs et aux Cris, ainsi qu'aux Chippeweyans, aux Sarcees et aux Stoneys. On leur a enseigné que la justice n'est pas simplement synonyme de châtiment; qu'elle ne comporte pas la moindre trace de vengeance; que c'est une justice impartiale qui permet à la personne accusée d'un crime d'être jugée de manière juste et impartiale [...]

Ces sauvages des contrées lointaines, ces cannibales, les Esquimaux des régions arctiques, devront apprendre à reconnaître l'autorité de la Couronne britannique et accepter le fait que l'autorité de la Couronne et du Dominion du Canada, dont ces contrées font partie, s'étend jusqu'aux confins du Nord glacé. Il est absolument nécessaire qu'ils comprennent qu'ils sont passibles de la loi, tout comme l'ont appris les peuples des Territoires indiens et des Territoires du Nord-Ouest; que leur vie et leurs rapports avec leurs semblables, de quelque race qu'ils soient, Blancs ou Indiens, doivent respecter à tout le moins les grands principes de cette loi, la loi de la civilisation, qui doit être observée dans les étendues désertiques de l'Amérique du Nord, sur les rivages de l'océan Arctique, et sur les glaces des mers polaires, jusqu'au pôle lui-même. Il faut leur

¹⁶Jennings, *The Invasion of America*, pp. 147-149 [nous soulignons].

apprendre à respecter les principes de la justice, et pas simplement à s'y soumettre, pour qu'ils sachent qu'ils ont eux-mêmes droit de s'en prévaloir, de recourir à la loi, de recourir à la justice britannique, et d'en bénéficier au même titre que tous les autres. *Le code des sauvages – œil pour œil, dent pour dent, vie pour vie – doit être remplacé chez eux par le code de la civilisation.* Il faut qu'ils apprennent, qu'ils soient esquimaux ou non, que la mort n'est pas la seule punition possible pour celui qui pousse ou bouscule quelqu'un, qui profère des jurons ou fait preuve de malhonnêteté; que pour de telles infractions, notre civilisation et notre justice interdisent qu'un homme puisse être abattu d'un coup de fusil, poignardé, tué ou assassiné. Il faut qu'ils apprennent qu'un geste un peu violent ne justifie pas le meurtre et il faudra bien leur faire comprendre que la mort n'est pas «le seul châtement que les Esquimaux connaissent» ou doivent connaître. Si c'est ainsi qu'ils conçoivent la justice, j'espère que lorsque l'issue de ce procès sera connue dans les régions arctiques, il sonnera le glas de toutes ces idées sauvages.

Une des idées les plus remarquables du gouvernement, et la raison pour laquelle ce procès est si important, est que, *pour la première fois dans l'histoire de ces habitants de l'Arctique, ces êtres préhistoriques, qui vivent pratiquement encore à l'âge de pierre, seront mis en contact avec la justice de l'homme blanc et apprendront ce qu'elle est.* On leur enseignera que le crime sera rapidement suivi d'une arrestation, l'arrestation d'un procès, et que si la culpabilité est établie le châtement ne se fera pas attendre. Vous comprenez certainement, Messieurs, combien tout ceci est important : des Blancs parcourent ces terres désolées; des Blancs vivent sur le rivage du Grand lac de l'Ours; des Blancs se rendent jusqu'aux rivages de l'océan Arctique; et s'il faut accorder foi à l'existence signalée de dépôts de cuivre près de l'embouchure de la rivière Copper Mine, ils seront sans doute encore plus nombreux à aller voir ce qui s'y trouve et travailler dans les mines. Il faut bien faire comprendre aux Esquimaux que la vie d'autrui est sacrée, qu'ils n'ont pas le droit de tuer pour une peccadille, sous prétexte qu'on les irrite.

De même qu'il est aujourd'hui possible pour un Blanc de traverser le pays des Pieds-Noirs, celui des Cris ou celui de n'importe lequel de nos Indiens, sous la protection de la justice, il est devenu nécessaire de pouvoir aussi circuler en toute sécurité parmi les tribus du Grand Nord¹⁷.

¹⁷R.G. Moyles, *British Law and Arctic Men: The Celebrated 1917 Murder Trials of Sinnisiak and Uluksuk, First Inuit Tried Under White Man's Law*, Burnaby (Colombie-Britannique), Simon Fraser University for the Northern Justice Society, 1989, pp. 38-39 [nous soulignons].

Tous les juristes occidentaux n'ont pas été aussi aveuglés par de tels postulats de supériorité culturelle et morale, lorsqu'ils ont décrit la justice autochtone. Les ouvrages de certains des avocats et anthropologues les plus distingués de ce siècle nous offrent un puissant antidote à la myopie culturelle que révèlent les descriptions plus anciennes de cette justice. Dans une des œuvres classiques de la jurisprudence et de l'anthropologie modernes, *The Cheyenne Way*, publiée en 1941, Karl Llewellyn et E. Adamson Hoebel démontraient tout le raffinement des lois et des procédures des Cheyennes. Dans un ouvrage écrit une vingtaine d'années plus tard, *The Cheyenne Indians of the Great Plains*, Hoebel résumait certaines des réalisations et des caractéristiques importantes du système judiciaire des Cheyennes.

[TRADUCTION] Sur le plan opérationnel, ce système se distingue par son raffinement juridique. Par raffinement juridique nous entendons la création et l'utilisation de formules et de processus qui permettent de résoudre efficacement les problèmes de droit, et cela de manière à ce que les valeurs et les objectifs fondamentaux de la société puissent être réalisés au lieu de se heurter à un légalisme rigide. Ce raffinement permet de définir les rapports entre les personnes, pour répartir les pouvoirs, et d'éliminer les conflits d'intérêts (cas problèmes) afin de réduire les tensions sociales internes et de promouvoir le bien-être individuel et le maintien de la cohésion du groupe. Nous avons déjà parlé de cette qualité exceptionnelle des Cheyennes; ce n'est pas seulement qu'un excellent travail juridique s'effectue chez eux, mais c'est que la *majorité* des Cheyennes, pas seulement les «avocats» ou les «grands avocats» parmi eux [...] règlent leurs affaires avec une élégance qui témoigne d'une grande intuition juridique, qualité que nous reconnaissons chez nos meilleurs juges; c'est aussi que la *majorité* d'entre eux ont en fait produit un pourcentage élevé de travaux dont les plus grands et les plus exceptionnels de nos juristes pourraient s'enorgueillir¹⁸.

La méthode des Cheyennes est conforme aux principes de reconnaissance et de respect que nous considérons comme les éléments critiques de la compréhension et de la restructuration des rapports entre les peuples autochtones et le reste des Canadiens. Les peuples autochtones continuent cependant à éprouver des difficultés à se faire reconnaître et respecter par les tribunaux canadiens comme l'a montré récemment l'expérience des Gitksans et des Wet'suwet'en. En réponse aux déclarations des chefs héréditaires de ces deux Premières nations de la Colombie-Britannique voulant qu'ils se «gouvernent eux-mêmes conformément à leurs lois, qu'ils maintiennent leurs institutions et exercent leur autorité sur leur territoire

¹⁸E. Adamson Hoebel, *The Cheyennes, Indians of the Great Plains*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960, p. 50 (référence omise).

par le biais de ces institutions», le juge en chef McEachern, de la Cour suprême de Colombie-Britannique, concluait :

[TRADUCTION] Je reconnais volontiers que les Gitksans et les Wet'suwet'en ont élaboré des coutumes et des pratiques tribales concernant les chefs, les clans, les mariages et autres questions de ce genre, mais je ne suis pas convaincu que leurs ancêtres aient adhéré à des coutumes universelles ou même uniformes concernant les terres en dehors des villages [...]

Les plaignants ont en effet des institutions établies, mais je ne suis pas certain que toutes celles qui existent aujourd'hui aient été reconnues par leurs ancêtres [...] Je doute que les ancêtres se soient comportés comme ils l'ont fait à cause de ces «institutions». Je crois plutôt qu'ils l'ont fait à cause d'instincts de survie qui variaient d'un village à l'autre¹⁹.

La manière dont le juge en chef rejetait ainsi les lois et les institutions gitksanes et wet'suwet'en a suscité des critiques. Dans son rapport provisoire, le rapporteur spécial des Nations Unies pour l'étude sur les traités écrivait que ce genre de déclaration [TRADUCTION] «montre que des critères ethnocentriques occidentaux profondément enracinés sont encore monnaie courante dans l'attitude des milieux judiciaires d'aujourd'hui à l'égard du mode de vie autochtone²⁰».

Avant d'étudier certains des témoignages entendus par cette commission et bien d'autres au sujet de la nature des systèmes de justice autochtone au Canada, nous pensons qu'il serait bon d'examiner une autre comparaison. Avec les peuples autochtones du Canada, les Maoris sont ceux qui ont défendu le plus vigoureusement, aussi bien en Nouvelle-Zélande/Aotearoa que sur la scène internationale, leurs droits ancestraux et leurs droits issus de traités, qui les autorisaient à maintenir et à élaborer leurs propres systèmes de gouvernement, notamment des systèmes de justice distincts. Cette comparaison est importante car elle apporte des arguments très solides en faveur de l'existence et de la survie de processus de justice autochtone distincts qui doivent être reconnus et acceptés au même titre que les deux expressions principales de la tradition juridique occidentale – la common

¹⁹ *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97 pp. 372-373. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cassé la décision du juge de première instance qui concluait que les droits ancestraux avaient été éteints en Colombie-Britannique par les lois précoloniales ([1993] 5 W.W.R. 97).

²⁰ Miguel Alphonso Martinez, rapporteur spécial, «First Progress Report on the Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Populations» (documentation des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1992/32), 25 août 1992, par. 130. Voir aussi Michael Asch, «Errors in *Delgamuukw*: An Anthropological Perspective» dans *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*, sous la direction de Frank Cassidy, Lantzville (Colombie-Britannique), Oolichan Books et Institut de recherche en politiques publiques, 1992, pp. 221-243.

law et le droit civil. Autrement dit, il y a là un puissant argument en faveur de l'élargissement du pluralisme juridique au Canada afin de ménager la place honorable qui revient aux lois et aux mécanismes de justice autochtone.

Dans un rapport au ministère de la Justice de Nouvelle-Zélande, Moana Jackson, une avocate maorie, décrit ainsi le système de justice maorie :

[TRADUCTION] Bien que le système maori partageât avec les *Pakeha* [terme maori pour décrire les colons non maoris] un code de conduite clairement établi, il s'appuyait sur des conceptions différentes. Le régime de restrictions imposées au comportement qu'il impliquait demeurait étroitement lié aux principes spirituels et religieux les plus profonds de la société maorie, si bien qu'*au lieu de représenter une réalité extérieure, la loi faisait partie intégrante de la vie des Maoris* [...]

Dans ce domaine, les idéaux traditionnels des Maoris sont inspirés par une combinaison de convictions religieuses et mystiques qui se sont matérialisées dans les traditions orales et les croyances sacrées. Ces idéaux constituent un système s'appuyant sur un ordre spirituel qui a pourtant été élaboré de manière rationnelle et pratique afin de régler les questions de *mana* [autorité], de sécurité et de stabilité sociale. Comme tous les autres, le système maori s'appliquait aussi bien aux questions collectives qu'à celles de caractère plus individuel. Les lois de Tangaroa s'appuyaient donc sur des précédents. Il y avait en outre des lois spécifiques mais reliées les unes aux autres pour le règlement des différends ainsi que pour l'évaluation et l'application de sanctions communautaires dans les cas d'atteinte à l'ordre public.

Les raisons pour lesquelles certaines personnes pouvaient enfreindre les mécanismes de contrôle social, les « causes » des « infractions », étaient comprises dans le même contexte philosophique que celui des lois elles-mêmes. Le comportement antisocial était dû à un déséquilibre du bien-être spirituel, émotionnel, physique ou social d'un individu ou d'une *whanau* [famille élargie ou clan]; les lois conçues pour corriger ce comportement étaient le fruit d'un processus de contrôle reposant sur la reconnaissance des liens existants entre toutes les forces et tous les comportements. Dans un tel contexte, il fallait s'attaquer aux « causes » du déséquilibre, aux motifs de l'infraction, pour pouvoir régler un différend, quel qu'il fût – si bien qu'au cours du processus de guérison, ces causes prenaient plus d'importance que l'infraction elle-même.

C'est pour cette raison que l'accent était mis sur les préoccupations collectives plutôt qu'individuelles : les droits de l'individu

étaient indissociables du bien-être de sa *whanau*, sa *hapu* [sous-tribu] et son *iwi* [tribu]. Chacun devait souscrire à des obligations réciproques liées aux précédents légués par des ancêtres communs. Bien qu'ils fussent oraux, ces précédents délimitaient clairement les règles du comportement social [...]

La justification de ces droits et de ces obligations, les principes sur lesquels elle s'appuyait, a été déterminée par la pensée et par les précédents ancestraux. Les raisons d'un acte, et les sanctions auxquelles il pouvait donner lieu, faisaient partie de l'ensemble de liens holistiques définis par ces précédents et imprimés dans la généalogie ancestrale ou *whakapapa*. La *whakapapa* elle-même créait un lien entre les précédents et la terre par le jeu des histoires tribales, tissant ainsi les fils indissociables de la trame de l'existence des Maoris [...]

Selon ce système, c'était la famille qui était responsable des actes du délinquant et pas seulement celui-ci, ce qui renforçait le sentiment d'obligation collective réciproque. Les conséquences des actes d'un individu ou d'un groupe pouvaient donc se répercuter sur la *whanau*, la *hapu*, ou même l'*iwi*, puisque les précédents ancestraux qui déterminaient la sanction établissaient également les responsabilités et les devoirs familiaux [...] L'utilisation du *murū* [paiement de compensation] permettait non seulement de faire justice mais aussi de montrer clairement que tous les membres des *whanau* de l'agresseur et de la victime y participaient. L'influence toujours présente de la *tapu* [l'idée selon laquelle toute vie est un don sacré] créait une perception collective de ce qu'était un comportement *tika* ou correct puisque tout le monde avait un lien avec sa source [...] Ces idées, loin d'être d'affreuses superstitions comme le prétendaient les missionnaires, formaient un ensemble cohérent de théories et de sanctions dont dépendait la société. Elles intégraient et reflétaient les idéaux maoris de contrôle et de responsabilité collectifs dans le cadre d'un système d'obligations familiales. Les règles du comportement n'étaient pas partagées entre le droit civil et le droit pénal puisqu'un acte « criminel » de violence ou un acte « civil » de négligence influait sur le même ordre fondamental : l'équilibre entre l'individu, le groupe et les ancêtres.

Les sanctions imposées pour toute infraction visaient à rétablir cet équilibre. La *whanau* de l'agresseur était donc informée de ses responsabilités collectives, celle de la victime obtenait réparation et retrouvait ainsi la place qui lui revenait, et les ancêtres étaient apaisés puisque les précédents qu'ils avaient établis avaient été acceptés [...]

Ces précédents ont été améliorés avec le temps et ils ont été utilisés d'une manière manifestement différente de celle de la jurisprudence occidentale. Ils créaient cependant un sentiment de contrôle qui était efficace puisqu'il était fondé sur des principes unificateurs reconnaissant la nécessité de l'ordre social et l'importance de l'équilibre des affaires communautaires²¹.

Si l'on quitte les Maoris et les Cheyennes pour examiner les systèmes de justice des peuples autochtones au Canada, on constate qu'au cours de ces dernières années, les Premières nations et les collectivités autochtones ont mieux défini la nature et les composantes de ces processus dans les mémoires qu'ils ont soumis à notre commission et à d'autres enquêtes portant sur la justice. L'examen de certains de ces mémoires nous a révélé le caractère distinct mais aussi les points communs des systèmes de justice autochtone au Canada.

Le rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee nous en offre un aperçu fondé sur les mémoires soumis par quatre collectivités de la nation ojibwa du nord de l'Ontario.

[TRADUCTION] Les sociétés autochtones avaient leur propre conception de la justice et du règlement des différends. Les lois autochtones visaient surtout à maintenir l'harmonie dans la société puisque l'interdépendance était imposée par un mode de vie axé sur la chasse et la cueillette. Les différends étaient réglés par une personne connue des deux parties, contrairement au système de justice eurocanadien dans lequel on recourait à des mécanismes impersonnels. Lorsqu'un différend éclatait, les autres membres de la collectivité étaient en général impliqués dans celui-ci et il existait un système de règlement bien compris de tous. Il y avait entre le droit coutumier, de tradition orale plutôt qu'écrite, et les systèmes de justice autochtone un rapport similaire à celui qui s'établit entre la common law et le système de justice eurocanadien.

Les crimes n'étaient pas considérés comme touchant un État abstrait mais comme un préjudice causé à un groupe de personnes. Les réunions communautaires où les coupables devaient «rendre des comptes» jouaient donc un rôle important dans l'enquête, l'évaluation, la détermination de la peine et même, à cause de la honte qu'elles pouvaient inspirer, dans le châtement. Le système judiciaire lui-même était considéré sous un angle totalement différent du système européen par les non-autochtones. Son but premier était de protéger la collectivité et de faciliter l'atteinte de ses objectifs. Il accor-

²¹ Moana Jackson, *The Maori and the Criminal Justice System, He Whaiapaanga Hou, A New Perspective*, partie 2, New Zealand Department of Justice, 1988, pp. 36-44 [nous soulignons].

dait donc beaucoup plus d'importance à la modification du comportement qu'à la punition des coupables d'infractions passées. Le counselling jouait donc un rôle beaucoup plus important que la sanction. En fait, celle-ci n'était qu'une solution de dernier ressort utilisée pour protéger une collectivité contre une activité extrêmement perturbante, lorsque les efforts de réinsertion du délinquant avaient échoué²².

La tribu des Blood en Alberta expliquait en ces termes sa conception traditionnelle de la justice au Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta, groupe de travail présidé par le juge Cawsey.

[TRADUCTION] Les conceptions traditionnelles de la justice étaient fondées sur le principe de «à chacun son dû». Cela impliquait le renvoi aux critères moraux de la tribu. Le comportement acceptable était défini en fonction des intérêts concurrents de la tribu. Cependant, si l'occasion se présentait, les intérêts individuels et ceux du groupe étaient sacrifiés à l'intérêt supérieur de la tribu tout entière. Des sanctions sociales avaient donc été élaborées afin de protéger les intérêts individuels comme tribaux, avec les mécanismes appropriés d'application. Pour la tribu des Blood, l'instrument utilisé était l'*Ikunubkabtsi* qui était appelé à régler les différends, à exécuter les sanctions, à maintenir l'ordre et l'équilibre tribal et à protéger le groupe ou à repousser les agressions extérieures. L'*Ikunubkabtsi* était ordinairement composé de chefs ou de dirigeants tribaux, de chefs religieux, d'anciens et/ou de guerriers respectés²³.

Le groupe de travail Cawsey a également entendu des témoignages de la Fédération des établissements métis concernant le règlement des différends chez les Métis.

La méthode traditionnelle [d'administration de la justice] consistait à faire comparaître le contrevenant devant la communauté pour être interrogé par les anciens et les chefs du village. Il était alors réprimandé devant l'ensemble du groupe. Lorsque ce système était utilisé, il y avait très peu de récidivistes. Le même système pourrait fonctionner aujourd'hui si la participation des collectivités métisses était pleine et complète, avec pour ainsi dire aucune intervention de la part des gouvernements provincial et fédéral²⁴.

²²Rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee, préparé pour le procureur général (Ontario) et pour le ministre responsable des Affaires autochtones et le solliciteur général (Ontario), juillet 1990. La citation est tirée du mémoire de la nation New Saugeen.

²³*Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta*, 1991, volume 1, p. 3 [ci-après *Justice on Trial*].

²⁴*Justice on Trial*, volume 1, p. 31.

À notre table ronde sur la justice, Zebedee Nungak, président de l'Inuit Justice Task Force for Nunavik, nous a décrit le système de justice traditionnelle des Inuit du Nunavik.

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 contrat 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 [littéralement des personnes au visage pâle, au visage blanc] 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 [...]

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 signa-

lées à titre de pourvoyeurs et même, dans certains cas, de dirigeants de leur propre groupe ou clan [...]

Dans le cas contraire (et il était rare qu'un contrevenant refuse de se plier aux sanctions imposées par les dirigeants), on prenait des 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 avant de prendre une mesure aussi draconienne²⁵.

L'Independent First Nations Alliance (IFNA), qui représente quatre collectivités des Premières nations dans le nord-ouest de l'Ontario, a décrit dans un mémoire d'intervenant à notre commission comment le contrôle social s'exerçait au sein de ces collectivités dans les années 20 et 30, avant que le système de justice euro-canadien ne leur soit imposé. Cette description est fondée sur le récit d'anciens qui se souviennent d'une époque où les problèmes de la collectivité étaient réglés par celle-ci et non pas par des personnes qui tiennent leur autorité du gouvernement. Le compte rendu suivant décrit ce processus au lac Big Trout :

[TRADUCTION] Les Premières nations du lac Big Trout ont signé un traité en 1929. Deux des anciens interrogés par l'IFNA ont connu cette époque et se souviennent des événements [...] Les Indiens se rassemblaient au lac Big Trout en été et ils regagnaient leurs territoires de chasse et de piégeage voisins en hiver. Beaucoup de collectivités de la région constituaient autrefois des territoires de chasse et de piégeage en hiver pour les groupes qui passaient leurs étés au lac Big Trout [...] Les anciens Jeremiah McKay et Maryanne Anderson ont décrit comment le maintien de l'ordre était assuré chez les peuples du lac Big Trout au lendemain de l'arrivée des Européens. On utilisait des «cercles» pour maintenir l'ordre dans la société. En été, les chefs de la communauté se réunissaient dans ces cercles afin d'examiner ce qui s'était produit dans les groupes d'hiver et de maintenir l'ordre dans le camp d'été. Ces cercles étaient constitués de représentants des petits groupes d'hiver, des chefs du groupe formé pour l'été et de chefs spirituels.

²⁵Zebedee Nungak, «Les valeurs fondamentales, les normes et les concepts de justice chez les Inuit du Nunavik» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, pp. 86-87.

En outre, chacun des groupes formés pour l'hiver avait un ou plusieurs «gardiens désignés» qui avaient pour rôle de les superviser et de rendre compte au Cercle lors du rassemblement d'été. Il n'existe pas en français de terme spécifique applicable à de telles personnes. Pour décrire leur rôle au sein de la collectivité, Jeremiah McKay combinait trois termes : *oganawengike*, le gardien, *odibaa-jimoog*, celui qui rend compte, et *onagachebeka*, celui qui observe. C'est le premier qui est le plus fréquemment utilisé. Ces rôles pouvaient être confiés à une ou plusieurs personnes. Jeremiah McKay décrit le fonctionnement du système :

S'il arrivait quelque chose dans les petits établissements constitués pour l'hiver, l'*odibaa-jimoog* [celui qui rend compte] tenait les réunions sur place. Il était chargé de veiller à ce que tout se passe bien. S'il se produisait quelque chose de pas trop grave, il gardait l'incident pour lui-même plutôt que d'essayer de le régler immédiatement. Et il ne discutait avec personne de ce qu'il faisait. Lorsque le groupe revenait au lac Big Trout, en juin, le chef de la bande rencontrait l'*oganawengike* [le gardien] afin de discuter avec lui de ce qui c'était passé pendant l'hiver. L'*oganawengike* présentait son rapport au chef et c'était ainsi que celui-ci apprenait ce qui s'était produit dans les groupes.

Le chef s'attaquait immédiatement aux problèmes. On constituait un cercle afin d'en discuter. Le chef y amenait la personne qui avait fait l'objet d'un rapport et lui disait «Qu'as-tu à dire? Est-il vrai que tu as fait cela?»

La personne à qui on posait cette question répondait habituellement «Oui, c'est vrai.»

Le chef commençait alors à lui parler. Lorsqu'il avait fini, les autres lui succédaient. Le chef spirituel était le dernier à parler à cette personne. Cette méthode donnait de bons résultats.

Il s'agit là d'une description d'un processus très formel de maintien de l'ordre et d'évaluation du comportement individuel. Le but n'est pas d'imposer une sanction mais de faire comprendre à la personne à qui l'on parle qu'il est important d'avoir le comportement approprié²⁶.

²⁶Independent First Nations Alliance (IFNA), «Genowin Disomin/Gunowen Disomin – Keeping Ourselves: A Comparison of Justice in Four First Nations», mémoire PAFL, 1993, pp. 18-20.

Comme le montre clairement le mémoire de l'Independent First Nations Alliance, la vie de la collectivité du lac Big Trout a profondément changé depuis l'époque décrite par Jeremiah McKay.

[TRADUCTION] En l'espace d'une vie, de collectivité paisible administrant sa propre justice, la Première nation du lac Big Trout s'est transformée en une collectivité instable, contrainte de faire de plus en plus appel à un système de justice qui n'avait pas été conçu pour elle, qui fonctionne mal et qui met en danger les critères et les valeurs traditionnels des habitants du lac Big Trout.

Le processus du cercle n'est plus utilisé, et cette Première nation doit maintenant recourir aux tribunaux provinciaux de l'Ontario et à la police provinciale de cette province, qui représentent le système de justice eurocanadienne [...] La Cour provinciale de l'Ontario, venue par avion de Kenora, siège régulièrement dans la collectivité. Les chiffres précis ne sont pas disponibles, mais d'après les renseignements recueillis, le taux de criminalité augmente et l'alcool joue un rôle dans la majorité des délits [...] Les anciens et les chefs de la collectivité ne sont que trop conscients de la tragédie qu'ils traversent. Ils reconnaissent que leur collectivité est menacée par une ingérence croissante de l'extérieur. Ils comprennent parfaitement ce que signifie la très récente perte de contrôle social de la collectivité²⁷ [...]

Les habitants du lac Big Trout, comme beaucoup d'autres autochtones qui ont témoigné devant la Commission ou lui ont soumis des mémoires, ont dit combien il était important, pour reprendre le contrôle de leur vie et de leur collectivité, de rétablir les valeurs et les institutions qui les avaient nourris. La déclaration finale de l'Independent First Nations Alliance montre très clairement que, lorsque les peuples autochtones se tournent vers leur passé, ils ne se laissent pas aller au romantisme ni à la nostalgie mais vont au contraire puiser aux sources profondes des forces qui leur permettront de tracer les voies de leur avenir.

[TRADUCTION] Nous ne voulons pas terminer par un regard en arrière. Comme l'ancien Albert Peters, en fait comme tous les anciens, nous préférons conclure en exprimant notre espoir dans l'avenir. Concluons donc, comme le faisait Albert Peters un beau jour d'été, dans sa maison du lac Pikangikum où les membres de son peuple se réunissent de temps immémorial :

Je vous remercie de me laisser évoquer un passé que je connais bien. Autrefois, les Premières nations n'avaient besoin de personne pour leur dire quoi faire. Personne ne nous disait

²⁷IFNA, «Genowin Disomin/Gunowen Disomin», pp. 32-33.

quoi faire autrefois. Maintenant, nous voulons retrouver ce que nous avons perdu. Nous l'avons perdu parce que quelqu'un nous a proposé une méthode prétendument meilleure. Maintenant, nous essayons de nous préserver, de nous gouverner nous-mêmes. Nous essayons de retrouver ce que nous avons perdu, ce qui est bien pour nous²⁸

²⁸IFNA, «Genowin Disomin/Gunowen Disomin», p. 62.

2

La situation actuelle

 La Commission, plus que dans toute autre partie de son mandat, a pu appuyer ses travaux sur un grand nombre d'enquêtes, de rapports et de conférences portant sur la situation actuelle des autochtones et sur notre système judiciaire. Certains de ces travaux, effectués par des organismes fédéraux de portée pancanadienne, traitaient de questions intéressant la justice pénale dans son ensemble²⁹, alors que d'autres se limitaient à l'examen du système correctionnel³⁰. D'autres encore étaient de portée provinciale, abordant dans certains cas des questions particulières ou mettant l'accent sur l'expérience vécue par certains peuples autochtones³¹.

C'est après lecture de ces rapports et en nous fondant sur les résultats de nos propres recherches et de nos audiences que nous avons tiré nos deux principales conclusions. La première est qu'il existe un remarquable consensus sur certaines questions de fond, en particulier sur le fait que notre système de justice a lésé les

²⁹ Association canadienne correctionnelle, *Indians and the Law*, Ottawa, 1967; *Les autochtones et la justice*, rapports de la Conférence nationale et de la Conférence fédérale-provinciale sur les autochtones et le régime de justice pénale, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1975; Commission de réforme du droit, *Renvoi de la Ministre – Les peuples autochtones et la justice pénale: égalité, respect et justice à l'horizon*, rapport n° 34, Ottawa, 1991.

³⁰ Groupe d'étude sur les autochtones au sein du régime correctionnel fédéral, *Rapport final*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1988; *La création de choix*, rapport du Groupe d'étude sur les femmes purgeant une peine fédérale, Ottawa, 1990.

³¹ Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution (Nouvelle-Écosse, 1989); rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee (Ontario, 1990); *Justice on Trial*, rapport du Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta, 1991; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, 1991; *Report of the Saskatchewan*

autochtones; la deuxième conclusion est que, nonobstant les centaines de recommandations formulées par les commissions et groupes de travail, les autochtones sont toujours aux prises, en 1996, avec un système qui les défavorise.

L'échec de notre système de justice

Dans leur introduction, les auteurs du rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba condamnent sévèrement et sans équivoque notre système de justice.

[TRADUCTION] Le système de justice a lésé les autochtones du Manitoba sur toute la ligne. Il s'est avéré insensible à leurs besoins et inaccessible, et il a causé l'arrestation et l'incarcération d'un nombre manifestement disproportionné d'autochtones. Les autochtones qui font l'objet d'une arrestation sont plus susceptibles que les autres citoyens de se voir refuser la libération sous caution, d'être placés en détention avant procès, et de n'avoir, avec leur avocat, que de brefs entretiens; enfin, la probabilité d'être incarcéré est plus élevée chez les autochtones.

Les autochtones n'ont pas seulement été lésés par notre système de justice pendant plus d'un siècle; leurs droits ont été ignorés et battus en brèche³²

Notre table ronde nationale de trois jours sur les questions judiciaires en est venue sans hésitation à la même conclusion fracassante. Le rapporteur, James MacPherson, a résumé ainsi les exposés des participants fédéraux, provinciaux, territoriaux et 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'administrer³³.

Indian Justice Review Committee, 1992; Report of the Saskatchewan Metis Justice Review Committee, 1992; Report on the Cariboo-Chilcotin Aboriginal Justice Inquiry (Colombie-Britannique, 1993); La Justice pour et par les autochtones, rapport et recommandations du Comité de consultation sur l'administration de la justice en milieu autochtone, présenté au ministre de la Justice et au ministre de la Sécurité publique du Québec, 17 août 1995.

³² AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 1. Voir aussi Commission de réforme du droit du Canada, *Les peuples autochtones et la justice pénale*, cité à la note 29, p. 16.

³³ James MacPherson, «Compte rendu du rapporteur» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 4.

Robert Mitchell, qui à titre de procureur général et de ministre de la Justice de la Saskatchewan s'est penché sur ces questions autant que tout autre ministre, en est venu, dans un mémoire déposé devant cette commission, à une conclusion qui s'impose avec la force de l'évidence :

[TRADUCTION] Notre système de justice pénale est coupable de graves manquements envers les peuples autochtones. En effet, il n'a tenu aucun compte des différences culturelles; il ne s'est pas attaqué aux préjugés flagrants et systémiques à l'endroit des autochtones; et il leur a refusé le droit de participer à l'élaboration et à la prestation des services. Il faut que cela cesse³⁴.

M. Mitchell n'est pas le seul, dans les sphères politiques, à admettre l'échec de notre système de justice. À la conférence fédérale-provinciale-territoriale des ministres de la Justice qui s'est tenue à Ottawa les 23 et 24 mars 1994, les ministres ont reconnu [TRADUCTION] «que le système de justice a trahi – et trahit toujours – les aspirations des peuples autochtones et qu'une approche holistique comprenant le processus de guérison approprié constitue un élément essentiel de la réforme de la justice à l'égard des autochtones³⁵».

La ministre fédérale de la Justice, Kim Campbell, a joint sa voix à ce consensus lors de son exposé devant la Table ronde nationale sur les questions judiciaires :

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 [...] 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 justice³⁶.

³⁴ Robert Mitchell, c.r., ministre de la Justice et procureur général de la Saskatchewan, mémoire à la CRPA, 7 mars 1994, p. 2.

³⁵ Cité dans Richard Gosse, «Charting the Course for Aboriginal Justice Reform Through Aboriginal Self-Government» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, mémoires présentés à une conférence sur les peuples autochtones et la justice, sous la direction de Richard Gosse, James Youngblood et Roger Carter, Saskatoon, Purich Publishing, 1994, p. 29.

³⁶ *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 448.

*Une injustice notoire :
la surreprésentation des autochtones*

Les enquêtes antérieures ont abondamment documenté les répercussions, sur la vie des autochtones – hommes, femmes et adolescents –, des injustices dont ils sont victimes. La preuve la plus manifeste de cet état de choses est la surreprésentation des autochtones dans le système de justice pénale. Il en a été fait état pour la première fois en 1967 dans le rapport de l'Association canadienne de justice pénale, *Les Indiens et la loi*, et en 1974, dans le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada, *La délinquance chez les autochtones et la loi*. **Depuis lors, rapports et enquêtes n'ont pas seulement confirmé l'existence de cette surreprésentation; ils ont démontré, ce qui est encore plus alarmant, que la situation s'aggrave au lieu de s'améliorer.**

La surreprésentation des autochtones dans les prisons canadiennes a, à juste titre, fait l'objet d'une attention toute particulière puisque l'emprisonnement prive les gens de leur liberté et représente la peine la plus sévère que la société canadienne puisse infliger. L'Association du Barreau canadien s'est penchée en 1988 sur l'emprisonnement des autochtones, soutenant qu'il était du devoir des avocats de mettre cette question à l'avant-scène des débats publics et gouvernementaux.

[TRADUCTION] Pour nous, membres du Barreau, les statistiques ont un visage. Nous rencontrons ces gens dans les tribunaux et les prisons de ce pays et nous sommes témoins des injustices incessantes perpétrées à leur endroit, injustices que nous-mêmes, en tant que représentants de notre société, infligeons paradoxalement au nom de la justice pénale¹⁷.

L'Association a brossé ce tableau plutôt sombre de la gravité de cette injustice :

[TRADUCTION] Les statistiques sur la criminalité sont souvent mal comprises par le public et sujettes à différentes interprétations des spécialistes en la matière. Dans le cas des statistiques établissant les effets du système de justice pénale sur les autochtones, les chiffres sont si consternants que toute fausse interprétation et tout malentendu quant à l'ampleur du problème sont manifestement exclus. Les statistiques gouvernementales, qui s'appuient sur différentes définitions du terme «autochtone» et qui sous-estiment vraisemblablement le nombre de détenus qui se considèrent comme autochtones, montrent que presque 10 % de la population des pénitenciers fédéraux est autochtone (y compris environ 13 % de la population des prisons fédérales réservées aux femmes) comparativement à 2 % de la population canadienne.

¹⁷ Michael Jackson, *Locking Up Natives in Canada*, rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur l'incarcération et la libération, 1988; repris dans (1989) 23 *U.B.C. Law Review* 220. Ce rapport a été adopté en 1989 par l'Association du Barreau canadien, à son assemblée annuelle.

Dans les régions du Nord et de l'Ouest, où les collectivités autochtones sont relativement nombreuses, la surreprésentation est encore plus marquée. Dans la région des Prairies, les autochtones forment environ 5 % de la population totale et 32 % de la population carcérale; dans la région du Pacifique, ils constituent environ 12 % de la population des pénitenciers alors que moins de 5 % de la population de la région est d'ascendance autochtone. Fait plus troublant encore, cette disproportion s'accroît. Ainsi, en 1965, quelque 22 % des prisonniers du pénitencier de Stony Mountain étaient autochtones; en 1984, leur proportion était passée à 33 %. Il n'est pas irréaliste de croire qu'en l'absence de changements radicaux, le problème s'aggraverait encore en raison de la forte croissance démographique des autochtones.

Si alarmante que puisse être la situation au sein du système fédéral, elle l'est encore plus dans un certain nombre de systèmes correctionnels provinciaux de l'Ouest. En Colombie-Britannique et en Alberta, les autochtones, qui constituent 3 et 5 % de la population provinciale, représentent 16 et 17 % des admissions en milieu carcéral. Au Manitoba et en Saskatchewan, les autochtones constituent respectivement 6 et 7 % de la population et représentent 46 et 60 % des admissions dans les prisons.

[Une] étude faite en Saskatchewan concrétise l'incidence de ses conclusions en signalant que pour un Indien inscrit âgé de 16 ans en 1976, la probabilité d'être incarcéré au moins une fois avant l'âge de 25 ans était de 70 % (ce groupe d'âge est celui qui court le plus haut risque d'incarcération). La probabilité correspondante pour les Indiens non inscrits ou les Métis était de 34 %; pour un jeune garçon non autochtone de la Saskatchewan, elle était de 8 %. Autrement dit, en Saskatchewan, la prison symbolise pour les adolescents autochtones l'avenir que leur réserve la société, au même titre que l'école secondaire et le collège pour tous les autres Canadiens. *Dans un contexte historique, la prison est, pour bon nombre de jeunes autochtones, l'équivalent de ce que les pensionnats étaient pour leurs parents*³⁸.

L'Association fait une mise en garde: [TRADUCTION] «en l'absence de changements radicaux, le problème s'aggraverait». Les commissions d'enquête instituées depuis la publication de *Locking Up Natives in Canada* ont vigoureusement condamné cet état de choses et démontré, de manière incontestable, que la situation n'a pas changé. Selon le rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, la proportion d'autochtones dans la population du centre de détention de Stony Mountain, qui était de 33 % en 1984, avait atteint 46 % en 1989. En 1983, les autochtones

³⁸*Locking Up Natives in Canada*, p. 215 [nous soulignons].

constituaient 37 % de la population de la prison provinciale Headingly; en 1989, ce pourcentage était de 41 %. En 1989, les femmes autochtones représentaient 67 % de la population carcérale au centre de détention pour femmes de Portage, et 61 % des détenus dans les établissements pour les jeunes délinquants étaient des autochtones. Au total, les autochtones formaient 56 % de la population de tous les établissements correctionnels du Manitoba (fédéraux et provinciaux) en 1989. Pourtant, les autochtones représentent un peu moins de 12 % de la population du Manitoba, et on doit donc conclure [TRADUCTION] «que les autochtones, selon leur âge et leur sexe, sont jusqu'à cinq fois plus nombreux au sein de la population carcérale que dans la population en général³⁹».

Les chiffres fournis au groupe de travail sur la justice pénale et ses effets sur les populations indiennes et métisses de l'Alberta confirment également que la surreprésentation autochtone s'accroît en Alberta. En fait, puisque le taux d'incarcération des personnes mises en accusation dans cette province vient au deuxième rang dans le pays, la surreprésentation y a des effets encore plus prononcés qu'ailleurs. Les hommes autochtones forment 30 % de la population masculine des prisons provinciales, et les femmes autochtones, 45 % de la population féminine. La conclusion la plus alarmante du rapport du groupe de travail, en ce qui concerne les jeunes délinquants autochtones, tient au fait que [TRADUCTION] «leur surreprésentation dans le système de justice pénale est encore plus marquée» que pour les adultes, et les prévisions démographiques indiquent que la situation ne fera que s'aggraver.

[TRADUCTION] Les prévisions indiquent qu'en l'an 2011, les délinquants autochtones admis dans les centres correctionnels fédéraux et provinciaux de l'Alberta représenteront 38,5 % de toutes les admissions dans ces centres, contre 29,5 % en 1989 [...] Dans certains groupes d'âge, par exemple celui des jeunes de 12 à 18 ans, on prévoit que les délinquants autochtones constitueront 40 % de la population admise dans les établissements correctionnels en l'an 2011⁴⁰.

La plupart des chiffres récents concernant la Saskatchewan montrent à l'évidence que l'intrusion des lois pénales dans la vie des autochtones augmente au lieu de diminuer. John Hylton, conseiller en matière de justice et de politique gouvernementale, a examiné de près la situation dans cette province. Il a établi le nombre total des admissions et celui des autochtones dans les établissements correctionnels provinciaux pour les années 1976-1977 et il les a ensuite comparés aux chiffres de 1992-1993. Les résultats conduisent à un certain nombre de conclusions inquiétantes.

³⁹Rapport de l'AJJM, cité à la note 2, volume 1, pp. 101-102.

⁴⁰*Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 8, p. 17.

[TRADUCTION]

1. Entre 1976-1977 et 1992-1993, le nombre des admissions dans les centres correctionnels de la Saskatchewan est passé de 4712 à 6889, soit une augmentation de 46 %, à une époque où la population provinciale est restée pratiquement stable. Le taux d'accroissement était de 40,7 % pour les hommes et de 111 % pour les femmes.
2. Pendant la même période, le nombre d'autochtones admis dans les établissements correctionnels de la Saskatchewan est passé de 3 082 à 4 757, une augmentation de 54 % (48 % pour les hommes et 107 % pour les femmes).
3. En 1976-1977, les autochtones représentaient 65,4 % des admissions, contre 69,1 % en 1992-1993.
4. Entre 1976-1977 et 1992-1993, l'augmentation du nombre d'autochtones incarcérés comptait pour 77 % de l'accroissement du nombre total d'admissions.

Ces données indiquent clairement que le problème de la représentation disproportionnée des autochtones dans le système de justice pénale de la Saskatchewan, au lieu de se résorber, ne fait que s'accroître [...] Les prévisions préparées au début des années 80, et jugées excessives par certains, se sont avérées dans certains cas trop prudentes, particulièrement en ce qui concerne l'admission des femmes autochtones⁴¹

La surreprésentation des autochtones dans les prisons de ce pays, tout en offrant le visage de l'injustice dans sa forme la plus répressive, n'est qu'un des éléments de l'ensemble. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a commandé un grand nombre d'études portant sur d'autres composantes d'un système qui, d'un bout à

⁴¹John H. Hylton, «Financing Justice Systems» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 155 [nous soulignons]. Les chiffres les plus récents publiés par le Centre canadien de la statistique juridique montrent qu'en comparaison des années 1986-1987, alors que les prisonniers autochtones constituaient 10 % des personnes admises dans les établissements fédéraux, le pourcentage était passé à 12 % en 1993-1994. Selon les données les plus récentes du Système d'information des cadres du Service correctionnel du Canada en date du 20 février 1995, 13 % des détenus fédéraux étaient autochtones. Les chiffres relatifs aux admissions dans les établissements provinciaux varient en fonction de la province. Ainsi, alors que le pourcentage des détenus autochtones s'est accru en Saskatchewan (les chiffres pour 1993-1994 étant de 72 %, soit 3 % de plus que ceux cités par Hylton pour 1992-1993), au Manitoba, il était passé de 51 à 47 %. Dans les Territoires du Nord-Ouest, le pourcentage est resté stable bien qu'il faille noter que cette stabilité s'applique à une population de détenus où les autochtones représentent 90 % des admissions. Les autochtones représentent 63 % de la population totale des Territoires du Nord-Ouest. (Statistique Canada, Centre canadien de la statistique juridique, *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1993*, pp. 67 et 90.)

l'autre, traite les autochtones différemment du reste de la population. Le rapport d'enquête précisait ceci :

[TRADUCTION] La surreprésentation des autochtones est l'aboutissement d'une série de décisions prises par ceux qui détiennent le pouvoir dans le système judiciaire. L'examen de ces décisions indique que chacune d'elles a un caractère discriminatoire à l'endroit des autochtones [...]

- Dans les prisons manitobaines, plus de la moitié des détenus sont des autochtones.
- Les autochtones mis en accusation sont plus susceptibles de se voir refuser une libération sous caution.
- Les autochtones passent plus de temps en détention préventive que les non-autochtones.
- Les autochtones mis en accusation sont plus susceptibles d'être poursuivis sous des chefs d'accusation multiples que les autres accusés.
- Les avocats passent moins de temps avec leurs clients autochtones qu'avec leurs autres clients.
- Les contrevenants autochtones courent deux fois plus de risques que les non-autochtones d'être incarcérés.

La surreprésentation des autochtones se produit à presque toutes les étapes de la procédure judiciaire, depuis la mise en accusation jusqu'à la détermination de la peine⁴².

Dans une société qui accorde beaucoup d'importance à l'égalité devant la loi, la simple existence de ces statistiques désolantes sur la surreprésentation des autochtones devrait suffire, semble-t-il, à placer le redressement de cette injustice en tête de liste des priorités nationales en matière de droits de la personne. Toutefois, si impressionnantes que soient ces statistiques, nous sommes convaincus qu'il est tout aussi important de comprendre ce que cachent ces chiffres dénotant de façon incontestable le drame individuel et social que le système pénal en est venu à représenter pour les autochtones. Pour bien comprendre la nature des mesures qu'il faudra adopter à l'échelle nationale pour provoquer un véritable changement, il faut, d'abord et avant tout, cerner les causes premières de cette injustice.

⁴²Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 86. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba s'est appuyée, pour constituer sa base de données, sur une étude de la Cour provinciale menée par le ministère de la Justice du Manitoba en 1986, qui avait constitué un échantillon aléatoire de sujets autochtones et non autochtones à Winnipeg, à Thompson, au Pas et dans neuf réserves du nord du Manitoba. Les responsables de l'enquête ont chargé Dansys Consultants, une firme spécialisée dans l'analyse statistique appliquée au système judiciaire, d'effectuer un examen indépendant des données produites dans le cadre de l'étude de la cour provinciale. Voir Dansys Consultants, «Manitoba Aboriginal Justice Study», étude réalisée pour l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, Ottawa, mai 1991.

Discrimination systémique et taux de criminalité chez les autochtones

Une surreprésentation aussi importante que celle que nous venons de décrire indique soit que les autochtones commettent un nombre de crimes excessif, soit qu'ils sont les victimes d'une discrimination systémique. L'examen d'études et de rapports récents dans le domaine de la justice confirme qu'il y a combinaison des deux phénomènes.

La commission royale sur le procès de Donald Marshall Jr concluait ceci :

[TRADUCTION] Le fait que Donald Marshall Jr était autochtone a contribué à l'injustice dont il souffre depuis 1971. Nous sommes convaincus que certaines personnes appartenant au système judiciaire auraient fait preuve de plus de rigueur dans leur travail, de plus de prudence, ou d'un plus grand souci de l'équité si Marshall avait été blanc⁴³.

Un travail de recherche préparé pour cette commission par Scott Clark, intitulé *The Mi'Kmaq and Criminal Justice in Nova Scotia*, constatait que :

[TRADUCTION] Certains facteurs systémiques dans la justice pénale de la Nouvelle-Écosse sont préjudiciables aux contrevenants qui vivent dans des collectivités autochtones ou en sont originaires. Les services policiers spécialement conçus pour les collectivités autochtones sont relativement inefficaces. Les procédures judiciaires, notamment la représentation par un avocat devant les tribunaux [sont] souvent très éloignées des autochtones tant sur le plan matériel que sur celui des concepts. De la même manière, à cause du manque de compréhension manifesté par de nombreux membres du personnel judiciaire à l'égard de la situation et des aspirations socio-économiques des Micmacs, ceux-ci sont souvent traités différemment et de manière inacceptable. Les services de probation et de libération conditionnelle sont fondamentalement injustes à l'égard des autochtones car ils ne tiennent aucun compte de leur situation socio-économique. On passe officiellement outre aux processus judiciaires autochtones, pour ne pas dire qu'on agit sciemment pour les affaiblir⁴⁴.

En Alberta, le rapport Cawsey concluait aussi qu'il y a [TRADUCTION] «de la discrimination systémique dans le système pénal». Il examinait en particulier le fait que la police niait l'existence d'une discrimination raciale en Alberta.

⁴³Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution [ci-après enquête Marshall], *Volume 1: Findings and Recommendations*, 1989, p. 162.

⁴⁴Enquête Marshall, *Volume 3: The Mi'Kmaq and Criminal Justice in Nova Scotia*, 1989, p. 52.

[TRADUCTION] Dans leurs mémoires, les services de police de l'Alberta réagissent en général de la même manière : nous ne traitons pas les gens différemment en fonction de leur race, la race ne joue aucun rôle dans les fonctions policières. Au premier abord, cela peut paraître satisfaisant, mais la question de la discrimination systémique demeure. Cela signifie que l'application de critères uniformes, de règles communes et d'un même traitement à des personnes différentes constitue une forme de discrimination. Autrement dit, lorsque l'on traite des personnes différentes de la même manière, cela peut avoir des conséquences préjudiciables, créer des injustices ou les faire souffrir [...]

Il est clair que l'application uniforme de politiques opérationnelles aux autochtones donne parfois des résultats injustes ou excessivement durs pour eux. Que les raisons soient géographiques, économiques ou culturelles, nous sommes bien forcés de reconnaître que l'application de politiques uniformes peut avoir un effet discriminatoire⁴⁵.

Avant de décrire certaines des façons dont la discrimination systémique contribue à la surreprésentation des autochtones dans le système de justice pénal, il importe d'examiner les éléments d'information dont on dispose sur l'incidence et la nature de la criminalité autochtone. Il existe en effet un lien significatif entre la discrimination systémique et les taux de criminalité, ce qui a des répercussions très importantes sur les types de changements à apporter.

Selon les données dont on dispose, les taux de criminalité sont plus élevés chez les autochtones que chez les non-autochtones. S'appuyant sur des chiffres de 1985, le rapport du Groupe d'étude du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes concluait que :

- Les taux de criminalité des Indiens qui habitent une réserve sont sensiblement plus élevés que ceux des Indiens à l'extérieur des réserves et que les taux de criminalité de la population en général; [...]
- Le taux de crimes violents [...] par millier de personnes dans les réserves fait six fois la moyenne nationale, et le taux des crimes contre la propriété est le double de la moyenne nationale; pour les autres infractions au Code criminel, le taux est quatre fois la moyenne nationale⁴⁶.

Dans les zones urbaines, où vivent plus de 40 % des autochtones, les données indiquent que ceux-ci commettent plus de crimes et perturbent plus souvent l'ordre public que des groupes analogues de non-autochtones, mais qu'ils

⁴⁵ *Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 2, p. 46.

⁴⁶ *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord canadien, 1990, p. 3.

commettent proportionnellement moins de crimes violents que les Indiens vivant dans les réserves⁴⁷.

S'appuyant sur les taux de criminalité de 1989-1990 pour les régions du Manitoba où la GRC est chargée de maintenir l'ordre, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (AJIM) a constaté que le taux de criminalité dans les réserves indiennes était 1,5 fois supérieur à celui qu'on trouve en dehors des réserves. Après étude des données de la cour provinciale, elle a également constaté que, dans les réserves étudiées, 35 % des crimes appartenaient aux quatre catégories suivantes : voie de fait, vol par effraction, vol de moins de 1 000 \$, méfait public. Les autochtones ont été inculpés pour moins de crimes contre la propriété que les non-autochtones, mais pour plus de crimes contre la personne et d'infractions aux lois provinciales⁴⁸.

Dans une étude approfondie effectuée par le Grand Conseil des Cris en 1991, fondée sur l'information extraite des rapports de police journaliers, des dossiers actifs, des dossiers des tribunaux de la jeunesse et des adultes, et d'entretiens avec des membres de la collectivité, on a constaté que le taux de criminalité dans neuf collectivités criées était nettement plus élevé que les taux de criminalité au Québec et au Canada. Dans ces collectivités, le taux des voies de fait était plus de cinq fois supérieur à la moyenne au Québec et plus de trois fois supérieur à la moyenne nationale. Il existait cependant des différences importantes entre les collectivités criées et, comme l'étude le signale, il est assez difficile d'interpréter ces données à cause de l'absence d'information concernant les caractéristiques et la gravité des voies de fait et la mesure dans laquelle elles sont comparables. La recherche sur les Cris a également montré qu'une grande partie des cas de violence contre la personne concernaient des membres de la famille, souvent lorsque les protagonistes avaient trop bu. Le nombre élevé de ces cas de violence interpersonnelle, en particulier en milieu familial, et le lien étroit avec l'abus d'alcool, correspondent aux constatations faites dans un certain nombre d'autres études⁴⁹.

Ayant conclu que le taux de criminalité était plus élevé chez les autochtones (mais qu'il variait considérablement d'une collectivité à l'autre), l'AJIM a également déterminé que la discrimination systémique contribuait beaucoup à cette situation. Le groupe de travail Cawsey parvenait à la même conclusion. Dans les deux rap-

⁴⁷ Centre canadien de la statistique juridique, *Aboriginal Crime in Urban Centres*, Ottawa, Statistique Canada, 1991. L'ensemble des recherches sur la nature et l'étendue des crimes commis par les autochtones a été examiné par Robert Depew dans « Aboriginal Policing: A Research Perspective », étude réalisée pour la CRPA, 1994. Cette étude, comme d'autres qui sont citées dans le présent rapport, a été effectuée dans le cadre du programme de recherche de la Commission; à ce titre, elle sera incorporée à la documentation qu'on mettra à la disposition des chercheurs et des autres intéressés après l'achèvement des travaux de la Commission, et ce, sur divers supports (publications, CD-ROM, archives, etc.).

⁴⁸ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 87.

⁴⁹ Carol La Prairie, *Justice for the Cree: Communities, Crime and Order*, Grand Conseil des Cris (du Québec), 1991, pp. 62-63.

ports, le zèle excessif des services de police était considéré comme une des causes de cette discrimination systémique. Le professeur Tim Quigley a décrit ce phénomène et sa contribution aux taux plus élevés de criminalité chez les autochtones.

[TRADUCTION] La police utilise la race comme indicateur pour les patrouilles, les arrestations, les incarcérations [...] Par exemple, la police urbaine a tendance à visiter les bars et les rues où les autochtones se réunissent, plutôt que les clubs privés fréquentés par des gens d'affaires blancs [...] Cela ne signifie pas nécessairement que la police est toujours raciste (encore que certains de ses membres le soient); elle s'appuie en effet sur des bases empiriques lorsqu'elle considère qu'il y a un nombre proportionnellement plus élevé d'autochtones ayant des activités criminelles. Mais effectuer des patrouilles ou affecter des agents de police d'après [ce principe] peut être comme une prophétie qui se réalise : les patrouilles faites dans les zones fréquentées par les groupes considérés comme ayant une propension à la criminalité en découvriront certainement des exemples; lorsqu'on affecte plus d'agents à des détachements dans les zones à forte population autochtone, leur présence accrue permettra certainement de détecter plus d'activités criminelles.

Considérez par exemple l'ivresse publique, qui est une infraction provinciale. La police arrête rarement les Blancs qui sont en état d'ébriété. Il n'est donc pas surprenant que cela crée un ressentiment chez les autochtones arrêtés simplement parce qu'ils sont ivres. Il arrive alors fréquemment qu'un autochtone soit accusé d'obstruction, de résistance à l'arrestation ou de voies de fait contre un agent de la paix. Presque inévitablement, il est incarcéré [...] Pourtant, ce sont les critères policiers tenant compte de la race et l'application sélective de la loi qui sont responsables, dans une certaine mesure, de cet enchaînement d'événements⁵⁰.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a aussi examiné l'effet systémique des attitudes de la police envers les autochtones.

[TRADUCTION] Les statistiques sur la criminalité révèlent entre autochtones et non-autochtones des différences qui sont dues, au moins en partie, à la manière dont le comportement des premiers est catégorisé et stigmatisé. Cela peut arriver parce que, dans une certaine mesure, la police a tendance à diviser la société en «personnes respectables» et en «criminels». Elle considère que les criminels présentent certaines caractéristiques qui incitent l'agent

⁵⁰Tim Quigley, «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, pp. 273-274.

à intervenir. La police tend donc à arrêter, pour des infractions mineures, un pourcentage plus élevé de personnes qui sont visiblement différentes des membres de la société dominante, ce qui est le cas des autochtones, pour la simple raison qu'elle croit que ces personnes tendent à commettre des crimes plus graves. Les membres de groupes perçus comme dangereux pour l'ordre public peuvent se permettre beaucoup moins d'écarts de comportement avant que la police n'intervienne. C'est ce qui se produit, par exemple, lorsqu'un groupe de jeunes autochtones se rassemblent dans un parc. Comme on croit que leur présence peut annoncer des actes illicites, ils sont soumis au contrôle de la police⁵¹.

Il n'y a pas que les forces de police canadiennes à manifester parfois un zèle excessif. Un rapport néo-zélandais parvient à la même conclusion en établissant que la police considère que le taux de criminalité est plus élevé chez les Maoris et qu'elle modifie en conséquence ses stratégies de contrôle.

Les policiers, en tant qu'agents et membres de la société, savent que les délinquants maoris sont très nombreux [...] Certains agents, influencés par cette perception, en viennent aisément à croire que les hommes maoris sont plus portés au crime, ou que c'est chez eux que l'on rencontre plus fréquemment certains types de comportement. Il est inévitable que de telles convictions aient une influence, même inconsciente, sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires.

Ces perceptions individuelles et ces stéréotypes sont renforcés par les attitudes intrinsèques de l'institution policière, toujours consciente des préoccupations et des valeurs de la société dans son ensemble. Si la société, par exemple, a l'impression que les actes criminels commis par des bandes de voyous, qui semblent surtout le fait de Maoris, sont en hausse, on augmente les forces de police affectées dans ces secteurs. Cela entraîne une augmentation du nombre des arrestations dont des Maoris font surtout l'objet, ce qui entretient l'impression qu'il y a beaucoup de criminels chez eux. Les risques que cette perception encourage la police à abuser de ses pouvoirs discrétionnaires s'en trouvent donc également accrus. C'est un processus cyclique d'«amplification de la déviance» dans lequel stéréotypes et perceptions contribuent à l'adoption de politiques qui perpétuent le climat d'injustice⁵².

Il est intéressant de noter que plusieurs études que nous avons examinées concluaient que certaines collectivités autochtones connaissaient les deux extrêmes,

⁵¹ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 107.

⁵² Jackson, *The Maori and the Criminal Justice System*, cité à la note 21, pp. 120-121.

qu'elles souffraient à la fois du zèle excessif et de l'indifférence de la police. Jean-Paul Brodeur, dans une étude réalisée pour le Grand Conseil des Cris, fait les commentaires suivants sur ces recherches :

[TRADUCTION] Dans une étude commandée par le gouvernement du Canada, le gouvernement de la Saskatchewan et les Nations indiennes, les auteurs Préfontaine, Opekokew et Tyler sont parvenus à la conclusion que les collectivités autochtones se plaignaient du fait que, dans les cas d'infractions simples ou mineures, la loi était appliquée avec une sévérité excessive. Dans son étude sur le maintien de l'ordre chez les autochtones par la GRC, Loree conclut également que les mesures d'application de la loi étaient proportionnellement plus rigoureuses dans les collectivités autochtones que dans les autres et qu'au contraire, les activités de maintien de l'ordre et les autres services occupaient une place proportionnellement moins importante. Depew décrit particulièrement bien la situation :

Malgré certaines similarités entre les profils des contrevenants autochtones et non autochtones, la prédominance des infractions mineures et de celles qui sont liées à l'alcool est la raison principale d'une surreprésentation des autochtones dans le système correctionnel, phénomène inquiétant dans de nombreuses régions du pays [...]

Les autochtones semblent également être exposés au zèle excessif ou au contraire insuffisant de la police, ce qui peut créer une disproportion du nombre des arrestations et des inculpations d'autochtones dans un cas ou une sous-utilisation des services de police dans l'autre⁵³

Le manque de zèle de la police est un problème qui a été relevé par Pauktuutit – l'association des femmes inuit du Canada – dans un rapport intitulé *Inuit Women and Justice*. Pauktuutit considère le problème comme particulièrement préoccupant dans certaines petites collectivités inuit où il n'existe pas de services de police communautaires. Dans une annexe documentant ces préoccupations au Labrador, le rapport démontre de manière convaincante que cette situation crée un risque particulier pour les femmes et les enfants.

[TRADUCTION] La GRC a pour responsabilité de protéger et de servir notre communauté. Ce sont les femmes et les anciens qui ont le plus besoin de services de police. Pour pouvoir servir tout le monde, il faut que la police connaisse la communauté et qu'elle

⁵³J.-P. Brodeur, *Justice for the Cree: Policing and Alternative Dispute Resolution*, Grand Conseil des Cris (du Québec), 1991, pp. 16-17.

en fasse partie. Il faut aussi qu'elle comprenne ce que peut être la vie d'une femme battue dans une collectivité de la côte du Labrador où il n'y a pas de corps policier ou dont la police n'offre pas beaucoup d'aide. Sans cela, la GRC ne sera pas capable de répondre aux besoins des victimes d'actes de violence. Tant que nous n'aurons pas les ressources nécessaires pour assurer la protection permanente des femmes (par exemple, en ayant un poste de police dans la collectivité) et fournir à ces femmes un abri où elles pourront recevoir aide, conseils et protection, beaucoup d'entre elles ne quitteront pas le domicile où elles sont brutalisées parce que ce serait tout simplement impossible [...]

Bien que la violence en milieu familial implique indéniablement la mise en place de ressources supplémentaires, on ne peut pas, d'un côté, nous dire qu'il s'agit d'un problème financier et que la province ne fournit pas suffisamment d'argent pour assurer des services de police satisfaisants, alors que, de l'autre, l'aide financière gouvernementale permet de recruter deux agents de police au Labrador et huit à Terre-Neuve pour lutter contre la contrebande de cigarettes. Les collectivités de Postville, de Rigolet et de Makkovik, comme d'autres localités de la côte, ont besoin de forces de police sur place⁵⁴

Le professeur Brodeur note que ce zèle simultanément excessif et insuffisant est non seulement monnaie courante dans les collectivités autochtones canadiennes, mais existe également dans les collectivités aborigènes d'Australie et dans les quartiers pauvres des centres peuplés de certaines villes d'Angleterre où vivent des populations noires importantes. Nous sommes frappés par la pertinence de la déclaration ci-dessous, inspirée par les conclusions de lord Scarman, qui a dirigé une enquête publique sur les émeutes de Brixton, une banlieue de Londres à majorité noire.

[TRADUCTION] La nature véritable des rapports entre la police et les Noirs dans les quartiers pauvres des villes britanniques n'est compréhensible qu'en fonction du zèle à la fois excessif et insuffisant des services de police. Celle-ci intervient trop contre les membres de la collectivité et ne s'efforce pas suffisamment de répondre à leurs besoins⁵⁵.

⁵⁴Pauktuutit, *Inuit Women and Justice: Progress Report No. 1*, Appendix, Violence Against Women and Children: The Concerns of Labrador Women, 1995, pp. 5-6.

⁵⁵C. Ronalds, M. Champman et K. Kitchener, «Policing Aborigines» dans *Issues in Criminal Justice Administration*, sous la direction de M. Findlay, S. Egger et J. Sutton, North Sydney (Australie), George Allen and Unwin, 1983, p. 170, cité dans Brodeur, *Justice for the Cree*, cité à la note 53, p. 17.

Le professeur Brodeur conclut que :

[TRADUCTION] Dans un contexte canadien, la police se montre trop sévère à l'égard des autochtones lorsqu'ils commettent des infractions mineures ou simples – par exemple, l'ivresse publique – et ne fait pas suffisamment d'efforts lorsqu'il s'agit de les protéger contre des infractions plus graves, tels que les actes de violence (en particulier en milieu familial)⁵⁶.

Les causes profondes de la surreprésentation et de la criminalité autochtones

Bien que, comme d'autres formes de discrimination systémique, le zèle excessif des services de police contribue indéniablement à gonfler les taux de criminalité, les données dont nous disposons nous amènent à conclure que pour beaucoup de collectivités autochtones, le crime et la perturbation de l'ordre public sont plus préjudiciables au bien-être individuel et communautaire qu'ils ne le sont dans les vies des particuliers et des collectivités non autochtones. Comme les chiffres concernant la surreprésentation des autochtones dans les prisons, les statistiques relatives aux taux élevés de criminalité exigent d'autres réponses aux questions difficiles que soulèvent les causes profondes de cette criminalité. Si l'on se méprend sur les causes du problème, on ne peut qu'aboutir à des solutions qui, au mieux, soulagent temporairement et, au pire, exacerbent la douleur qu'exprime aussi bien le visage des autochtones victimes d'un crime – dans bien des cas, ce sont des femmes et des enfants – que celui des autochtones, hommes et femmes, qui reçoivent «le châtement qu'ils méritent» sous la forme d'une peine d'emprisonnement.

Nous ne sommes pas la première commission qui s'efforce de comprendre et d'expliquer les causes de la surreprésentation des autochtones en milieu carcéral et des taux élevés de criminalité chez eux. Comme le soulignait le rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, tout un domaine d'étude, celui de la criminologie, est consacré à la détermination des causes de la criminalité, et de nombreux universitaires se sont penchés sur le problème particulier de la surreprésentation des autochtones. Notre analyse de ces recherches nous a permis d'identifier trois explications théoriques principales qui, bien qu'elles se recoupent sur de nombreux points, proposent des moyens tout à fait différents pour redresser la situation.

La différence culturelle entre les autochtones et les autres Canadiens est un puissant argument qui est constamment évoqué pour expliquer les problèmes auxquels les autochtones sont confrontés dans le système judiciaire. Le juge en chef McEachern l'a récemment invoqué dans son jugement sur l'affaire des Gitksans

⁵⁶Brodeur, *Justice for the Cree*, cité à la note 53, p. 17; voir aussi Depew, «Aboriginal Policing», cité à la note 47, p. 31.

et des Wet'suwet'en, où il expliquait de la manière suivante le désavantage des Indiens :

[TRADUCTION] Pour des raisons que seuls les anthropologues pourraient peut-être expliquer, les Indiens de la colonie, tout en acceptant un grand nombre des avantages de la civilisation européenne, n'ont pas prospéré comme on s'y attendait au même rythme que la communauté blanche [...] Personne n'est vraiment très sûr des causes réelles du pourrissement des relations entre les Indiens et les colons [...] *À mon avis, les Indiens n'étaient pas préparés sur le plan culturel à accepter le nouveau régime, ce qui explique probablement l'état de dépendance qui les affaiblit et auquel bien peu d'Indiens d'Amérique du Nord ont échappé jusqu'à maintenant.*

Appartenant à une culture où chacun est responsable de lui-même sous peine de périr, les Indiens savaient comment survivre (la plupart du temps) mais, dans le nouveau climat économique, ils n'étaient pas aussi industriels que le jugeaient nécessaires les nouveaux venus dans la colonie. De plus, les Indiens étaient un peuple gravement affaibli par les maladies apportées d'ailleurs qui les décimaient, et par les ravages de l'alcool. Ils devinrent un peuple conquis, non point par les armes, car ce n'était pas nécessaire, mais par une culture envahissante et par l'énergie inépuisable qu'ils ne voulaient, ou ne pouvaient, égaler⁵⁷.

Un modèle d'explication culturelle a servi de base à un certain nombre d'initiatives globalement baptisées l'«indigénisation» du système pénal. Ces initiatives ont pour objet de combler l'écart culturel en ajoutant au système en vigueur des éléments qui le rendent plus adapté aux autochtones. En partant du principe qu'un des plus importants problèmes culturels auxquels les autochtones sont confrontés est celui de la compréhension du langage et des procédures du droit canadien, on a formé des travailleurs judiciaires autochtones afin de jeter un pont entre les deux cultures au sein du système. On a utilisé le même modèle culturel pour nommer des agents de police, des agents de probation et des juges de paix autochtones, ce que nous avons pu constater dans différentes parties du Canada. Nous reviendrons là-dessus plus en détail au chapitre suivant.

Il est indiscutable que le conflit culturel explique en grande partie l'aliénation des peuples autochtones à l'égard du système de justice. Dans la suite de ce rapport, nous reviendrons donc à certaines des différences culturelles fondamentales existant entre les conceptions de la justice chez les autochtones et chez les non-autochtones. Cette explication comporte toutefois une difficulté car elle présume que le problème vient de l'infériorité de la culture autochtone par rapport

⁵⁷ *Delgamuukw c. B.C.*, cité à la note 19, pp. 268-269 [nous soulignons].

à la culture juridique non autochtone – présomption qui transparait dans le passage de la déclaration du juge en chef McEachern que nous avons cité.

Le juge en chef adjoint Murray Sinclair, un des commissaires de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, a récemment examiné les limites de cette approche. Après avoir étudié quelques-unes des principales conclusions de l'enquête manitobaine, notamment que les autochtones sont moins susceptibles de recourir à la négociation de plaidoyer ou d'en bénéficier, qu'ils sont plus susceptibles de plaider coupable, même lorsqu'ils ne sont pas ou ne s'estiment pas coupables, et qu'il est plus fréquent qu'une fois l'affaire instruite, ils ne comprennent toujours pas ce qui leur est arrivé, Murray Sinclair fait les commentaires suivants :

[TRADUCTION] Bien souvent, j'ai entendu les gens demander : « Comment se fait-il que les autochtones se comportent de cette manière? » La question implique que c'est l'autochtone ou sa collectivité qui est responsable du problème. Presque inévitablement, on en conclut que la solution consiste à essayer de changer cet autochtone ou sa collectivité. C'est pourquoi presque tous nos efforts de réforme ont visé à expliquer ou à enseigner aux peuples autochtones ce qu'est le système de justice, à trouver des moyens de les amener à s'identifier avec le système ou de les aider à mieux en comprendre les méandres.

Établir et financer des programmes meilleurs et plus nombreux d'agents judiciaires ou parajudiciaires autochtones; imprimer des troupes d'information plus nombreuses et de meilleure qualité à l'intention des autochtones; produire des bandes audio et vidéo plus nombreuses et de meilleure qualité en langues autochtones sur le fonctionnement des tribunaux et sur les lois; établir des programmes de formation à l'intention des étudiants autochtones; recruter plus de personnel autochtone pour les tribunaux, qui soient capables d'utiliser les langues autochtones, et recruter ou nommer plus de juges autochtones; tout cela se justifie dans ce contexte.

Aucune tentative n'a été faite pour réformer le système lui-même de manière à régler d'autres questions plus importantes. La principale raison en est, je crois, que les non-autochtones qui contrôlent le système ne se sont pas rendu compte que c'est celui-ci qui est la cause du problème. Le moment est venu de nous demander si une partie, au moins, de la difficulté ne tient pas à la manière dont fonctionne le système judiciaire. La question qu'il faudrait se poser est peut-être la suivante : « Quel est donc le défaut de notre système de justice pour que les autochtones éprouvent un tel sentiment d'aliénation à son égard⁵⁸ ? »

⁵⁸Murray Sinclair, « Aboriginal Peoples, Justice and the Law » dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 175.

À l'instar du juge Sinclair, nous pensons que si l'on pose la question de cette manière, cela nous permet de tenir compte de la conception totalement différente que les autochtones ont de la justice et de son fonctionnement.

Comme le fait valoir le juge Sinclair, les théories sur le conflit des cultures ont jusqu'à présent été utilisées pour montrer que la source du problème se trouve dans la culture autochtone elle-même. L'explication exclusivement culturelle de la surreprésentation des autochtones dans le système de justice pénal, qui nous permet de mieux comprendre les causes de la criminalité chez les autochtones, est cependant insuffisante dans un autre domaine. Une telle explication masque en effet les problèmes structurels créés par les inégalités socio-économiques dont souffrent les autochtones. Comme le décrivait Carol La Prairie :

[TRADUCTION] Ce que les premiers groupes d'études et leurs rapports n'ont pas su reconnaître ou n'ont pas voulu aborder, c'est le fait que le nombre disproportionné de contrevenants autochtones n'était pas exclusivement lié à un conflit des cultures mais était surtout dû à leur situation marginale et défavorisée sur le plan socio-économique [...]

L'indigénisation de la justice présente des avantages et des inconvénients. C'est un moyen d'offrir un emploi à un certain nombre d'autochtones et c'est une formule qui aidera peut-être à démythifier les procédures pénales afin d'atténuer les craintes et le sentiment d'aliénation des autochtones. *L'indigénisation n'apporte cependant pas de solution véritable aux problèmes de justice pénale dus à la marginalité socio-économique. Le véritable danger du recours exclusif à cette approche est que si l'on a l'impression que les problèmes sont «résolus», on ne poursuivra pas les efforts dans ce domaine, en partie parce que l'indigénisation est une activité très visible*⁵⁹.

Lorsqu'on considère qu'il s'agit d'un problème structurel de marginalité socio-économique, on fait valoir qu'il y a un nombre disproportionné d'autochtones qui sont pauvres et appartiennent à une sous-classe sociale, et que leur surreprésentation dans le système de justice pénale est un exemple de la corrélation bien connue entre pauvreté et criminalité.

Dans notre rapport spécial sur le suicide, nous avons noté que les autochtones se retrouvent au bas de presque toutes les échelles existantes de bien-être socio-économique, que celui-ci soit mesuré en fonction du degré d'instruction, des possibilités d'emploi, du logement, du revenu par habitant et de tous les autres repères d'après lesquels les Canadiens non autochtones ont un des niveaux de vie les plus élevés au monde. Nous sommes absolument convaincus que la privation

⁵⁹ Carol La Prairie, «Native Criminal Justice Program, An Overview», 1988, manuscrit inédit, p. 3 [nous soulignons].

socio-économique est une des causes fondamentales des taux excessifs de criminalité chez les autochtones⁶⁰.

Nous sommes également persuadés que certains effets débilissants de la vie quotidienne dans les collectivités autochtones est exacerbé par le caractère distinctif des sociétés autochtones. Comme l'étude de Carol La Prairie pour les Cris de la baie James le montre, il existe incontestablement une corrélation entre le surpeuplement des logements et les conflits interpersonnels et les actes de violence dans les familles qui vivent à l'étroit. Dans le cas des Cris de la baie James, la conception traditionnelle de l'ordre et les valeurs culturelles liées aux relations interpersonnelles dans un contexte social, sont le legs d'une existence nomade, consacrée à la chasse. Les gens ont non seulement des rôles distincts mais ils occupent aussi des places distinctes les uns par rapport aux autres. Dans des logements surpeuplés où il est impossible de maintenir ou de respecter ces distinctions, les problèmes que crée une existence sédentaire déjà difficile sont souvent exacerbés dans les collectivités criées d'aujourd'hui. Ainsi, les conditions de logement actuelles, non seulement chez les Cris mais chez d'autres autochtones, contribuent aux tensions familiales et du même coup aux conflits interpersonnels, à la violence et à la criminalité⁶¹.

La privation socio-économique explique non seulement les taux élevés de criminalité chez les autochtones, mais contribue aussi directement au processus de discrimination systémique responsable de l'augmentation du nombre des autochtones dans nos prisons. L'emprisonnement d'autochtones pour non-paiement d'amendes en est l'exemple le plus évident et le mieux documenté. La Commission de réforme du droit, dans un rapport de 1974 intitulé *La délinquance chez les autochtones et la loi*, concluait que c'était pour cela qu'un nombre élevé de contrevenants autochtones étaient incarcérés. La mise en œuvre de programmes de travaux compensatoires comme méthode de paiement des amendes n'a guère changé le fait que les autochtones sont emprisonnés parce qu'ils sont pauvres. En Saskatchewan, en 1992-1993, 75 % de ceux qui avaient été incarcérés pour non-paiement d'une amende étaient des autochtones⁶². Après avoir noté que la Commission canadienne sur la détermination de la peine recommandait qu'on recoure moins fréquemment à l'emprisonnement dans ces cas, le rapport Cawsey concluait qu'il n'était guère établi que cette recommandation, faite en 1987, ait été approuvée en Alberta :

[TRADUCTION] Un certain nombre d'intervenants à notre réunion communautaire ont parlé avec dédain d'une pratique liée au

⁶⁰CRPA, *Choisir la vie : Rapport spécial sur le suicide chez les autochtones*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1995, p. 26.

⁶¹La Prairie, *Justice for the Cree: Communities, Crime and Order*, cité à la note 49; Roger McDonnell, *Justice for the Cree: Customary Beliefs and Practices*, Grand Conseil des Cris (du Québec), 1992.

⁶²Quigley, «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders», cité à la note 50, p. 270.

problème du non-paiement des amendes. Ils ont déclaré que certains juges conservent un petit calepin dans lequel ils notent le nom des délinquants. Apparemment, ils utilisent ces notes pour décider si on accordera le temps nécessaire à un accusé pour payer l'amende dont il est frappé. Grâce à ce calepin, un juge tient un relevé de ceux qui n'ont pas respecté les délais imposés dans le passé. Lorsqu'ils comparaissent à nouveau au tribunal, on n'accorde aucun délai aux accusés pour payer si leur nom figure déjà dans le calepin en question.

Cela signifie que beaucoup d'autochtones sont automatiquement condamnés à l'emprisonnement. Pour quelqu'un qui n'est pas salarié et qui bénéficie de l'assistance sociale, cette peine a un caractère discriminatoire. Il faudrait mettre fin à cette pratique⁶³.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a également confirmé que les risques d'emprisonnement pour non-paiement d'amende étaient particulièrement élevés pour les autochtones.

[TRADUCTION] Nos recherches montrent que les autochtones de sexe masculin défailants avaient deux fois plus de chances d'être incarcérés que les non-autochtones, et les femmes autochtones, trois fois plus de chances. D'après notre étude, le défailant typique est un autochtone de sexe masculin de 22 à 29 ans, célibataire, sans emploi, qui a fait moins de 12 années d'études et qui réside dans une zone rurale du Manitoba. Les délinquants autochtones étaient deux fois plus susceptibles d'être emprisonnés pour non-paiement d'une amende que les non-autochtones. Le montant moyen de l'amende non payée pour laquelle un autochtone était incarcéré était de 201,20 \$, et les délinquants passaient en moyenne 23 jours en prison⁶⁴.

Confirmant les constatations du groupe de travail Cawsey, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba est également parvenue à la conclusion que, malgré les programmes de travaux compensatoires, les autochtones continuaient à être incarcérés pour non-paiement d'amende.

[TRADUCTION] Malgré le fait que le programme de travaux compensatoires fonctionne au Manitoba depuis huit ans, des centaines de personnes, dont plus de la moitié sont autochtones, vont en prison chaque année pour non-paiement de leurs amendes. Pour la vaste majorité d'entre eux, c'est tout simplement parce qu'ils

⁶³ *Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 4, p. 35.

⁶⁴ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 420.

n'ont pas les ressources nécessaires pour payer. Cette méthode archaïque se trouve donc perpétuée. Bien que le programme de travaux compensatoires ait permis dans une certaine mesure de réduire le nombre des emprisonnements, il n'est pas parvenu à mettre totalement fin à cette pratique⁶⁵.

Le fait que ces programmes de travaux compensatoires n'aient pas réussi à réduire de façon sensible le nombre des autochtones emprisonnés pour non-paiement d'amende s'explique lui-même par des problèmes systémiques. Comme le notait l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba :

[TRADUCTION] Les familles monoparentales et celles où la mère est le principal pourvoyeur des enfants prédominent dans les collectivités autochtones. Cela rend la participation à un programme de travail communautaire difficile sinon impossible. Dans les villes, les coûts de transport et la garde des enfants nuisent aussi à la participation des femmes. Aucun effort ne semble avoir été fait pour encourager les femmes autochtones à le faire, ni pour leur offrir d'autres options acceptables en cas de non-paiement de leurs amendes⁶⁶.

Mais l'emprisonnement pour non-paiement d'une amende n'est que l'exemple le plus évident d'une discrimination systémique fondée sur la privation socio-économique. Comme le concluait l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, les autochtones sont plus susceptibles de se voir refuser une libération sous caution et de rester en détention avant le procès. Bien que rien ne prouve naturellement que les juges pratiquent délibérément la discrimination à l'égard des autochtones, divers facteurs entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider si quelqu'un doit être détenu avant le procès, notamment le fait d'avoir un emploi ou non, d'avoir une adresse fixe, de participer à des programmes éducatifs communautaires, ou d'avoir des liens étroits avec la collectivité. La piètre situation socio-économique du prévenu peut donc déterminer où aboutira celui-ci, et c'est habituellement au centre de détention.

Lorsque la détention avant procès est imposée, celle-ci a de nombreux effets. Elle pousse l'accusé à plaider coupable pour en finir; elle l'empêche de réunir les ressources financières ou communautaires nécessaires pour présenter au tribunal un plan de travail compensatoire, ce qui augmente les chances d'une condamnation à la prison.

Quigley décrit fort bien la manière dont des critères apparemment impartiaux et pertinents sur le plan juridique, lorsqu'ils sont appliqués à diverses étapes du pro-

⁶⁵Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 423.

⁶⁶Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 424.

cessus pénal, ont un effet cumulatif et créent une discrimination systémique à l'égard des autochtones.

[TRAUCTION] Il y a aussi d'autres facteurs qui peuvent contribuer au taux disproportionné d'emprisonnement et qui sont plus directement liés au processus de détermination de la peine. Certains sont actuellement considérés comme des critères juridiquement pertinents – casier judiciaire, occupation d'un emploi ou chômage, niveau d'instruction, etc. [...] L'existence d'un casier judiciaire peut avoir un effet excessif sur le taux d'emprisonnement des autochtones à cause de l'effet cumulatif de certains des facteurs indiqués ci-dessus. S'il y a un plus grand nombre de jeunes autochtones, s'il y a chez eux un nombre disproportionné de chômeurs, d'inactifs et d'inadaptés, et si la police les surveille de trop près, il n'est pas surprenant que des infractions soient fréquemment détectées et punies. Si l'on ajoute à cela qu'il est plus probable qu'on leur refuse une libération sous caution (ce qui accroît les chances d'être emprisonné en cas de condamnation), le risque plus grand de non-paiement de l'amende et les chances réduites de probation, une peine de prison devient beaucoup plus probable. Certains de ces facteurs accroissent le risque d'une nouvelle infraction et d'une nouvelle appréhension. Par la suite, il est bien plus fréquent que chaque condamnation se solde par une peine de prison, créant un effet d'enchaînement : la prison devient pratiquement la seule option possible, quelle que soit la gravité du délit.

Les facteurs socio-économiques tels que le fait d'avoir un emploi ou non, le degré d'instruction, la situation familiale, etc. paraissent au premier abord être des critères neutres. C'est ainsi qu'ils sont considérés dans le système judiciaire. Pourtant, le processus de détermination de la peine peut dissimuler un préjugé extrêmement fort. Les personnes condamnées qui ont un emploi régulier et une vie stable, ou à qui des perspectives encourageantes s'offrent dans ces domaines, risquent beaucoup moins d'être emprisonnées pour des infractions ne justifiant pas nécessairement une telle sanction. Les chômeurs, les personnes sans domicile fixe, celles qui ont peu d'instruction sont les meilleurs candidats à l'incarcération. *Lorsque les facteurs sociaux, politiques et économiques de notre société placent un nombre disproportionné d'autochtones dans les rangs de ces personnes, cela revient littéralement pour notre société à condamner un plus grand nombre d'entre eux à la prison. C'est ce qu'on appelle la discrimination systémique*⁶⁷.

⁶⁷Quigley, «Issues in Sentencing», cité à la note 50, pp. 275-276 [nous soulignons].

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba est parvenue à la même conclusion. Voici ce qu'ont écrit les commissaires :

[TRADUCTION] Historiquement, le système de justice a pratiqué la discrimination à l'égard des autochtones en sanctionnant les mesures d'oppression à leur égard. Cette oppression des générations passées est responsable de la détresse sociale et économique actuelle des autochtones. Une justice apparemment neutre est discriminatoire à l'égard des générations actuelles d'autochtones car elle applique des lois qui portent préjudice aux personnes occupant un rang socio-économique inférieur. *C'est tout autant de la discrimination raciale; la seule différence, c'est qu'elle est «aseptisée».* Dire que la discrimination fondée sur les effets de la discrimination raciale n'est pas elle-même raciale, est indéfendable. On ne peut pas se permettre d'ignorer les injustices passées ni d'en faire une assise⁶⁸.

Il est indiscutable que la triste situation socio-économique des autochtones contribue à leur criminalité élevée et à leur surreprésentation dans le système, mais nous estimons qu'il ne faut pas se contenter de reconnaître que la pauvreté et des conditions sociales avilissantes favorisent et perpétuent la criminalité autochtone. Nous sommes persuadés que pour comprendre plus complètement la situation, il faut intégrer les explications culturelles et socio-économiques à une analyse historique et politique plus large. Nous avons conclu que cette surreprésentation est directement liée au processus historique et politique particulier qui a plongé les autochtones dans l'indigence la plus totale.

Notre analyse et nos conclusions concordent avec celles de notre rapport spécial sur le suicide. Dans ce rapport, nous avons identifié certains des facteurs de risque qui expliquent partiellement le taux élevé de suicide chez les autochtones. Comme nous venons de le démontrer pour le taux de criminalité, ces facteurs comprennent les tensions culturelles et la privation socio-économique. Nous avons cependant conclu que :

Les autochtones ressentent plus souvent et de façon plus intense que les Canadiens en général, les facteurs de risque que nous venons de décrire. Cela s'explique par les rapports qui existent entre eux et le reste de la population – des rapports qui sont demeurés pour ainsi dire inchangés depuis l'époque coloniale⁶⁹.

Ce rapport de colonisé à colonisateur explique en grande partie de ce qui est arrivé aux peuples autochtones. Il a été clairement identifié dans le domaine de la

⁶⁸Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 109 [nous soulignons].

⁶⁹*Choisir la vie*, cité à la note 60, p. 28.

justice pénale par l'Association du Barreau canadien dans son étude intitulée *Locking Up Natives in Canada*, publiée en 1988.

[TRADUCTION] Les opinions selon lesquelles la criminalité chez les autochtones est causée par la pauvreté et l'alcool ont un dénominateur commun : le processus historique vécu par les autochtones du Canada, comme par ceux d'autres régions du monde, celui de la colonisation. Au Canada, ce processus caractérisé tout d'abord par l'avancée de la frontière agricole puis industrielle a eu pour effet de déposséder les autochtones, dans la plupart des régions de notre pays, de presque toutes les terres qui leur appartenaient autrefois; supervisé par les missionnaires et les tout-puissants agents des Indiens, il a pris des formes extrêmes, allant jusqu'à la criminalisation d'institutions indiennes aussi fondamentales que le potlatch et la danse du soleil, et a systématiquement miné les fondements de nombreuses collectivités autochtones. Au cours des deux derniers siècles, les autochtones du Canada ont été repoussés à la périphérie de leurs propres territoires et ils ont été marginalisés dans notre société dite «juste».

Ce processus de dépossession et de marginalisation s'est accompagné d'une longue série de problèmes dont le crime et l'alcoolisme ne sont que deux exemples [...]

La relation entre ces indices de désorganisation et de privation et les rapports historiques du Canada avec les autochtones a été minutieusement étudiée au cours de la dernière décennie. Au milieu des années 70, l'Enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie a attiré l'attention de la nation sur les conséquences pour les autochtones du Nord d'une accélération rapide du développement industriel à grande échelle. Voici ce que le juge Berger avait à dire lorsqu'il a évalué les causes de l'augmentation alarmante de l'alcoolisme, du crime, de la violence et de la dépendance à l'égard du bien-être social dans le Nord :

Je suis persuadé que la fréquence de ces problèmes est étroitement liée à l'expansion rapide du système industriel et à son intrusion constante dans tous les domaines de la vie des autochtones. Ce processus altère les liens complexes entre ces derniers et leur passé, l'activité économique propre à leur culture, et leur respect individuel, familial et politique. Nous ne devrions pas être surpris d'apprendre que les forces économiques qui ont rompu ces liens vitaux, et qui sont insensibles à la détresse de leurs victimes, créent des troubles graves. Dans une certaine mesure, on peut considérer que les crimes de violence expriment la frustration, la confusion

et l'indignation, mais au-delà de cette interprétation, on peut établir un lien évident entre ces crimes et le changement qu'au cours de ces dernières années, le Sud a apporté dans la vie des autochtones du Nord. Ce lien évident étant établi, nous pouvons affirmer ceci : plus la frontière industrielle avancera dans le Nord, plus il y aura de crimes et d'actes de violence.

Cette analyse amène à des conclusions importantes.

Ce serait se tromper sur la nature et la cause réelles de ces problèmes que de penser que de nouveaux programmes, un plus gros effort de planification et une augmentation du personnel des services sociaux permettraient de les résoudre. La désagrégation personnelle et sociale dans le Nord est, dans une large mesure, la réaction de familles qui ont perdu leur raison d'être et le contrôle de leur destinée.

Les principales recommandations de l'Enquête sur le pipeline de la vallée du MacKenzie étaient les suivantes : que le droit des autochtones du Nord de contrôler leur destinée – leur droit à l'autodétermination – soit reconnu et que le règlement des revendications des autochtones fasse de ce droit un de ses principes directeurs. Ce n'est qu'alors que les autochtones pourront tracer les voies d'un avenir dans lequel leurs valeurs et leurs priorités seront respectées, au lieu d'être obligés de vivre dans l'ombre de celles que nous leur imposons⁷⁰.

Le rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee souligne également combien il est important de cerner les problèmes contemporains auxquels les autochtones sont confrontés dans le contexte général de la colonisation. Dans son aperçu de la situation, le Comité déclare ceci :

[TRADUCTION] L'arrivée des Européens a eu un effet profond sur les sociétés [des Premières nations] et sur leur mode de vie. Il suffit de rendre visite aux quatre collectivités des Premières nations auxquelles ce rapport est consacré pour se rendre compte que leurs habitants ont été dépossédés – le quart monde [...] Ce que les Eurocanadiens considèrent comme allant de soi pour eux-mêmes et pour leurs enfants n'existe pas dans ces collectivités; l'eau potable, des logements décentes, un réseau d'égouts acceptable, des soins dentaires et médicaux efficaces, un enseignement adapté aux besoins et une base viable d'activité économique. Ce que l'on ne trouve pas non plus, dans les circonstances actuelles, c'est l'es-

⁷⁰ *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, p. 218.

poir que les membres des Premières nations pourront participer à la vie économique du Canada. Mais ce qui compte plus que toute autre chose, c'est que ces personnes ont été dépossédées de leurs terres. Comme le faisait observer un commentateur :

L'histoire prouve qu'il existe un rapport étroit entre la perte des terres ancestrales et la marginalisation des autochtones. Chassées des terres qui leur fournissent le soutien physique et spirituel dont elles ont besoin, les collectivités autochtones sont sans défense contre les pressions destructrices de la culture dominante. Sans ces terres, l'existence des autochtones perd toute cohérence et tout caractère distinctif.

Ainsi spoliés, certains membres des Premières nations sont contraints [...] de s'intégrer à des collectivités qui ne sont pas viables où, face au désespoir, à la pauvreté et à l'impuissance, leur seule réaction est souvent de s'abandonner à l'alcoolisme et à la toxicomanie, à la violence familiale et au suicide pour ne citer que quelques-uns des problèmes. C'est peut-être même là une réaction «saine» à ces conditions de vie oppressives. C'est une honte nationale et une véritable calamité dont nous sommes tous les jours témoins.

Bien que ce rapport offre un examen du système de justice, il ne s'agit là que d'un point où le heurt des deux cultures crée un conflit poignant. Le système de justice eurocanadien impose des valeurs étrangères et des structures sans signification aux collectivités des Premières nations. Qu'il s'agisse de la police, des tribunaux ou des établissements correctionnels, le système est considéré par les autochtones comme une institution étrangère, conçue pour préserver le cycle de la pauvreté et de l'impuissance. Il est évident que le sentiment de frustration des membres de ces collectivités est intériorisé; confrontés à ce qu'ils considèrent comme une société répressive et raciste, les autochtones se tournent contre eux-mêmes. Dans la plupart des cas, la victime et le délinquant sont des autochtones. Ils se tuent et se blessent mutuellement et parfois même, ils se tuent et se blessent eux-mêmes car, chez eux, le taux de suicide est plusieurs fois ce qu'il est chez les non-autochtones canadiens.

Le heurt des deux cultures a été exacerbé par les tentatives de la justice eurocanadienne pour régler les problèmes des autochtones. Aux yeux de ceux-ci, ce système n'a aucune légitimité car ils considèrent qu'il est très répressif et qu'il sert seulement à affirmer la domination de la société eurocanadienne [...] Toute tentative de réforme du système de justice devra tenir compte de ce fait essen-

tiel, l'état d'asservissement dans lequel les autochtones continuent à vivre⁷¹.

S'appuyant sur cette analyse, le rapport de l'Osnaburgh-Windigo, outre qu'il présentait des recommandations précises concernant la justice pénale, insistait sur le fait que ces recommandations devaient s'inscrire dans le contexte d'un programme beaucoup plus ambitieux, conçu pour que les sociétés autochtones redeviennent des entités saines, fortes et dynamiques. Les auteurs du rapport estimaient que le gouvernement devait reconnaître que les collectivités autochtones avaient besoin de territoires économiquement viables et d'une autonomie gouvernementale qui leur permettrait notamment d'élaborer leurs propres systèmes de justice⁷².

Dans un mémoire soumis au groupe de travail Cawsey, la tribu des Blood analysait également les problèmes sous l'angle de la colonisation.

[TRADUCTION] La criminalisation excessive des autochtones au Canada défie les théories de la criminologie conventionnelle. Par exemple, bien que la corrélation entre la pauvreté et le crime soit bien connue, ainsi que celle qui existe entre l'urbanisation et le crime, cela ne suffit pas à expliquer pourquoi les autochtones sont surreprésentés dans les prisons canadiennes. En outre, la criminalité chez eux n'est pas un simple prolongement de leur problème d'alcoolisme, comme certains auteurs semblent le suggérer. La tribu des Blood estime que l'explication du nombre élevé d'autochtones incarcérés tient à un passé d'oppression, de colonisation, d'exploitation de leurs terres et de leurs ressources ainsi qu'au préjudice causé par les politiques découlant des anciennes lois sur les Indiens. À tout cela s'ajoute le fait que la justice pénale est une institution dominée par les hommes blancs de la classe moyenne, qui n'ont pas la moindre idée de ce qu'est l'indianité⁷³.

Après avoir examiné les diverses théories présentées pour expliquer les causes sociales de la criminalité chez les autochtones, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba concluait en ces termes :

[TRADUCTION] D'après notre examen de l'information que nous avons pu recueillir, notamment sur la nature des crimes commis par les autochtones, et après avoir entendu les centaines de mémoires qui nous ont été soumis au cours de nos audiences, nous sommes convaincus que les taux de criminalité relativement plus élevés chez les autochtones sont dus au désespoir, à l'état de

⁷¹Rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee, cité à la note 22, pp. 4-6.

⁷²Rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee, p. 72.

⁷³*Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 8, p. 1.

dépendance, à la colère, à la frustration et au sentiment d'injustice qui règnent dans leurs collectivités et qui traduisent la désagrégation culturelle et communautaire qui s'est produite au cours du dernier siècle⁷⁴.

Il est important de situer l'expérience contemporaine qu'ont les autochtones de la justice pénale canadienne dans le cadre des influences historiques, politiques, culturelles et économiques qui ont caractérisé l'établissement de gouvernements coloniaux sur leurs territoires. C'est ce que confirment des rapports émanant d'autres pays où les peuples autochtones ont eux aussi connu le colonialisme et continuent à en souffrir. À l'argument selon lequel le problème des délits commis par les Maoris pouvait s'expliquer par leur statut socio-économique inférieur, Moana Jackson a donné la réponse suivante :

[TRADUCTION] Considérer les infractions commises par les Maoris [...] en termes purement socio-économiques est une approche inutilement étroite qui empêche de comprendre pleinement le problème [...] Bien qu'une grande partie du fardeau de la pauvreté soit supportée par tous ceux qui appartiennent à la couche économique inférieure, les difficultés particulières aux Maoris pauvres sont le produit de forces historiques et culturelles qui s'ajoutent aux facteurs purement économiques [...]

Les premiers colons *pakeha* se moquaient de l'efficacité des [...] pouvoirs spirituels des [Maoris], les missionnaires condamnaient la philosophie qui les sous-tendait, et le gouvernement colonial avait interdit les sanctions et les institutions qui faisaient leur force.

Cette suppression ne se limitait naturellement pas au remplacement de simples institutions mais comportait également l'élimination d'un des facteurs de cohésion les plus importants de la société maorie, influant ainsi directement sur la sécurité, sur les valeurs et sur l'estime de soi de ses membres. Ce sentiment d'avoir perdu quelque chose d'essentiel était exacerbé par l'aliénation croissante de leurs terres car cela supprimait le lien tangible entre les vivants et les ancêtres à qui ils devaient leurs modèles de comportement.

L'histoire des attaques combinées contre les deux éléments essentiels à leur existence est bien connue des Maoris et demeure une source de griefs persistants [...] dans tout le pays. Ils continuent à garder cette histoire bien vivante, non point par désir obstiné de culpabiliser la communauté *pakeha*, ni même pour se venger, mais simplement à cause de l'injustice qu'elle représente et des cir-

⁷⁴Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 91.

constances souvent tragiques qui marquent aujourd'hui son épilogue.

L'ampleur de la criminalité chez les autochtones fait intimement partie de cet épilogue, et pour la comprendre, il faut connaître les effets de la colonisation sur la société maorie traditionnelle.

Faisant un rapprochement avec la criminalité chez les jeunes Maoris, Moana Jackson concluait :

[TRADUCTION] L'inégalité est responsable du divorce entre les rapports que les jeunes autochtones entretiennent aujourd'hui avec leurs familles et la collectivité ainsi qu'avec les réalités et les forces de leur forme traditionnelle. Dans le passé, ces rapports étaient comparables à la trame tissée avec les fils d'une culture vigoureuse [...] Ces fils ont été usés par l'interaction entre les Maoris et les *pakeha* et affaiblis par les réalités de la vie contemporaine dans une société de consommation. Ils ont été retissés pour former la trame d'un mode de vie nouveau qui crée la confusion et qui est souvent destructeur pour les Maoris.

Les jeunes Maoris, dont l'amour-propre a beaucoup souffert de cette perte d'une culture dénigrée, se voient coupés du code maori définissant le bien et le mal et adhèrent donc à des normes moins traditionnelles de comportement. Mus par le ressentiment que leur inspire leur infériorité économique, ils sont peu tentés de respecter les codes de la société dominante. Leur comportement devient peu à peu contraire aux deux codes.

Ces tendances peuvent prendre des formes nombreuses, souvent apparentées, et toutes susceptibles de les amener à adopter un comportement dit criminel. L'absence d'une identité culturelle positive peut les encourager à s'identifier avec des groupes de pairs et à découvrir la solidarité et la sous-culture d'une bande [...] Le manque de stabilité émotionnelle les pousse parfois à rechercher la sécurité dans l'évasion qu'offrent les drogues ou l'alcool. Quel que soit le scénario, et il y en a beaucoup, ces tendances se manifestent dans le prix trop fréquemment payé pour les actes de violence envers soi-même, autrui ou la propriété [...]

L'injustice économique et la perte de l'acquis culturel s'alimentent donc mutuellement dans une relation presque symbiotique déterminée par le cycle d'isolement social [...] Donc, si le fait d'occuper un des échelons inférieurs de l'ordre socio-économique déclenche bien souvent un comportement inacceptable chez les jeunes Maoris, c'est l'aliénation culturelle qui fait que ce comportement se manifeste d'une manière aussi inquiétante. *Comme la privation*

économique et la privation culturelle sont toutes deux le produit d'une histoire commune, il est clair que tout comportement inacceptable découle également de ce passé. En ce sens, on peut considérer que l'histoire et les politiques qui ont déterminé la place des adolescents maoris dans la société contemporaine sont responsables de la fréquence du comportement criminel chez eux⁷⁵.

Nous avons cité de longs extraits de cette étude et d'autres rapports parce que nous estimons que si l'on situe les causes profondes de la criminalité autochtone dans l'histoire du colonialisme, et que si l'on comprend les effets persistants de celui-ci, la nécessité d'établir de nouveaux rapports, contraires à toutes les prémisses sur lesquelles les relations coloniales entre les peuples autochtones et la société non autochtone se sont établies, devient absolument évidente.

Si l'on part du principe que la criminalité autochtone et d'autres formes de troubles sociaux ont leur origine dans le colonialisme, on peut en tirer d'autres conclusions importantes sur la nature des interventions les plus susceptibles d'entraîner des changements et des améliorations sensibles dans la vie des autochtones, plutôt que de se contenter de palliatifs insuffisants. Le professeur Kayleen Hazlehurst a bien rendu la nature de ce rapport dans sa description du travail effectué par des aborigènes australiens dans l'État du Queensland.

[TRADUCTION] We Al-Li a organisé un certain nombre d'ateliers pour les aborigènes souffrant de traumatismes (les victimes), et pour ceux qui ont un comportement violent (les délinquants) dû à un passé de violence (colons, interventions coloniales et paternalistes pendant plusieurs générations) et dû aujourd'hui à l'alcoolisme, à la violence sexuelle, à l'inceste, et à d'autres manifestations dysfonctionnelles de la vie familiale et communautaire.

We Al-Li est un programme communautaire destiné aux personnes qui ont besoin de l'aide la plus immédiate et la plus urgente. Il repose sur la conviction que la toxicomanie, la violence et le déclin social chez les autochtones d'aujourd'hui sont fondés sur un passé marqué par les massacres, la dépossession et la destruction sociale et culturelle de ces peuples après la colonisation européenne. Plutôt que de blâmer les victimes ou les délinquants, on aide les participants à comprendre comment la volonté de leur peuple a été brisée avec le temps et comment s'est produit le déclin qui les a conduits à une dépendance destructrice à l'égard de l'alcool et à des cycles de violence et d'autodestruction⁷⁶.

⁷⁵Jackson, *The Maori and the Criminal Justice System*, cité à la note 21, pp. 44-45, 100, 102-103 [nous soulignons].

⁷⁶Kayleen Hazlehurst, «Community Healing and Revitalization and the Devolution of Justice Service», communication présentée à la conférence «Putting Aboriginal Justice Devolution into

Comme le décrit Judy Atkinson, la femme aborigène dont les travaux ont inspiré le programme We Al-Li :

[TRADUCTION] La formule de l'atelier permet aux participants de nommer et d'assumer des attitudes et des comportements abusifs fondés sur leurs expériences personnelles, et de voir les liens entre les stigmates physiques, psychologiques, émotionnels et spirituels qui ont marqué les générations et les cultures. L'accent est mis sur la responsabilité personnelle et collective grâce au partage des expériences et à la guérison dans le cadre d'un apprentissage heuristique, au cours duquel les membres du groupe étudient les comportements et définissent des stratégies de transformation individuelle, familiale et communautaire⁷⁷.

Nous voyons donc que lorsque l'on considère les sources historiques de la criminalité et des troubles sociaux chez les autochtones, on constate immédiatement qu'un effort de guérison s'impose pour rétablir les rapports internes, c'est-à-dire entre autochtones, et externes, entre ces derniers et les non-autochtones.

Le droit à l'autonomie gouvernementale et le pouvoir d'établir des systèmes de justice autochtone

La justice et son rapport avec l'autonomie gouvernementale

Nous avons déjà établi qu'à la base de tout nouveau rapport entre autochtones et non-autochtones, il y a la reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Nous concluons que ce droit doit s'étendre à l'établissement de systèmes de justice autochtone. Nous ne sommes pas les premiers à parvenir à cette conclusion.

Depuis que l'Association du Barreau canadien a publié *Locking Up Natives in Canada* en 1988, rapport qui établissait un lien entre le droit à l'autonomie gouvernementale et l'élaboration de systèmes de justice autochtone et réclamait l'acceptation du pluralisme juridique dans le contexte de la justice autochtone, les non-autochtones qui connaissent bien le système de justice sont de plus en plus nombreux à accepter la légitimité et l'urgence d'une telle mesure.

Robert Mitchell, procureur général et ministre de la Justice de la Saskatchewan, avait découvert les difficultés auxquelles se heurtent les autochtones dans leur quête de justice. Il a participé à notre table ronde sur les questions judiciaires et nous a soumis un mémoire mûrement réfléchi dans lequel il expose la position du

Practice – The Canadian and International Experience», International Centre of Criminal Law Reform et Université Simon Fraser, Vancouver, du 5 au 7 juillet 1995, p. 6.

⁷⁷ Cité dans Hazlehurst, «Community Healing and Revitalization», p. 9.

gouvernement de sa province à l'égard de la réforme de la justice. Dans ce mémoire comme devant les participants à la Saskatchewan Conference on Aboriginal Justice en 1993, Mitchell a clairement expliqué le rapport entre cette réforme et l'autonomie gouvernementale.

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la réforme de la justice doit prendre forme et se développer dans le cadre de l'autonomie gouvernementale. On ne peut pas aller très loin sur la voie de la réforme sans se heurter au principe de cette autonomie. J'estime donc que, dans la poursuite de cet objectif, nous ne devons pas perdre de vue qu'il fait partie intégrante du droit des autochtones à se gouverner eux-mêmes⁷⁸.

Ted Hughes a une longue expérience du système pénal, ayant été juge à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan et sous-procureur général de la Colombie-Britannique. Il a expliqué comment ses vues sur la question des systèmes de justice autochtone ont évolué au cours des dernières années. En 1987, il a présidé le B.C. Justice Reform Committee et, bien que les travaux de ce comité n'aient pas été axés sur la justice autochtone, c'est une question qui a été traitée dans le rapport :

[TRADUCTION] Les groupes autochtones ont évoqué les obstacles culturels qui les ont tenus à l'écart du système de justice canadien. Pour beaucoup d'autochtones, la justice canadienne peut paraître un système étranger qui leur impose des valeurs sans rapport avec leur propre culture. Ce conflit pose des problèmes que les non-autochtones ne connaissent pas⁷⁹.

Dans leur rapport, Hughes et ses sept collègues sont parvenus à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] L'idée d'un système de justice autochtone a été présentée au comité comme une question qui suscitait énormément d'intérêt; le comité est cependant favorable à un système commun répondant aux besoins de tous les habitants de la Colombie-Britannique. Il demeure que les autochtones ont des traditions, des valeurs et des coutumes que le système de justice peut et doit respecter⁸⁰.

Hughes a évoqué cette conclusion à l'occasion de l'Aboriginal Justice Conference, à Saskatoon, en 1993, et a expliqué pourquoi il avait changé d'avis.

⁷⁸Robert W. Mitchell, «Blazing the Trail» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 304.

⁷⁹Cité dans Ted Hughes, «The Crown's Responsibility for Policing and Prosecution» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 343.

⁸⁰Cité dans Hughes, «The Crown's Responsibility», p. 343.

[TRADUCTION] C'est ce que je pensais il y a cinq ans, mais ma conclusion serait tout autre aujourd'hui [...] Les expériences que j'ai eues au cours de ces cinq années, qui sont venues s'ajouter à ce que je savais déjà, m'ont convaincu qu'un système de justice unique, celui de la société dominante, n'était pas la solution. Peut-être devrais-je avoir un peu honte de la déclaration que j'ai faite il y a cinq ans [...] *Les années qui viennent de s'écouler ont été, à mon avis, extrêmement importantes dans la lutte menée par les peuples autochtones pour obtenir un système de justice qui honore et respecte leur culture, leurs valeurs, leur patrimoine et leurs aspirations. Je suis absolument partisan de l'établissement d'un tel système* [...] Depuis cinq ans, j'ai aussi découvert, outre les [divers rapports sur la justice pénale], que le racisme, souvent de nature systémique, continue à se manifester dans notre système de justice à l'égard des autochtones. Cela ne suffit pas de déclarer que c'est inacceptable⁸¹.

À la suite d'un examen approfondi de la question, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba recommandait pour sa part que :

[TRADUCTION] les gouvernements fédéral et provincial reconnaissent le droit des autochtones d'établir leurs propres systèmes de justice en vertu de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale [et] qu'ils aident les peuples autochtones à établir ces systèmes dans leurs collectivités de la manière la plus conforme aux traditions, aux cultures et aux souhaits de ces collectivités et aux droits de leurs membres⁸².

Sans chercher à définir toute la portée de l'autonomie gouvernementale autochtone, les membres de cette commission d'enquête étaient catégoriques sur un point : [TRADUCTION] «Elle inclut le droit pour les autochtones d'établir et de maintenir leurs propres formes de justice sur leurs propres territoires⁸³.»

Les principes sur lesquels reposent les recommandations des commissaires sont présentés ci-dessous. Nous citons plusieurs passages d'une certaine longueur car ils reflètent non seulement la conclusion atteinte par beaucoup de ceux qui nous ont soumis des mémoires, mais aussi, à notre avis, les conclusions appropriées.

[TRADUCTION] La conception du pouvoir et de l'autorité doit être complètement revue. Les gouvernements fédéral et provincial et leurs représentants devront accepter le fait que les autochtones doivent être habilités à se gouverner eux-mêmes dans ce domaine.

⁸¹ Hughes, «The Crown's Responsibility», pp. 343-344 [nous soulignons].

⁸² Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 266.

⁸³ Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 262.

Tous les obstacles à l'exercice des pouvoirs et des compétences nécessaires doivent être éliminés [...]

Les autochtones ont le droit d'avoir leurs propres cultures [...] La culture ne se limite pas aux valeurs, aux traditions ou aux coutumes des autochtones. Elle inclut également les lois, coutumières ou contemporaines, des membres d'une société distincte. La culture est en fait l'organisation sociale et politique de ceux qui constituent une société distincte. Elle comprend également l'administration de la justice, composante fondamentale de toute société organisée.

Les autochtones doivent conserver le droit de contrôler le rythme et l'orientation de leur développement. À notre avis, il faut utiliser les institutions sociales et culturelles autochtones, en particulier la famille et les anciens qui maintiennent la paix et l'ordre public et transmettent la connaissance de ce qui constitue un comportement acceptable, pour engager le rétablissement et le développement des peuples autochtones sur la bonne voie [...]

Ce serait une erreur de se contenter du statu quo sous prétexte que les autochtones finiront bien par accepter le système de justice actuel [...] Ce serait une erreur de penser que de simples modifications çà et là permettront de fournir des services adéquats aux autochtones. Le penser serait ignorer l'impact des expériences passées des autochtones. On leur a refusé le droit à l'autodétermination, ce qui a entraîné la désagrégation de leur société, et «la solution de l'homme blanc» leur est devenue inacceptable.

Force est de reconnaître que les méthodes d'un système de justice non autochtone utilisées dans les collectivités autochtones ne permettent pas de répondre aux besoins sociaux ni d'assurer le développement, l'épanouissement culturel ou le droit à l'autodétermination de ces collectivités. Un système judiciaire considéré comme étranger, incapable de s'adapter à la conception et aux mécanismes autochtones de la justice, échouera toujours dans ces collectivités.

Pour que des changements puissent se réaliser dans les collectivités autochtones, un principe important doit être respecté. Il faut qu'il soit bien apparent que le contrôle est exercé par les autochtones eux-mêmes. Il nous semble que ce principe est de plus en plus accepté dans la société canadienne.

Manifestement, le maintien de l'ordre sur les territoires autochtones fait partie intégrante de la compétence gouvernementale des autochtones. Cela signifie que lors de l'établissement du système

de justice pour les autochtones, les lois adoptées ou délibérément acceptées par eux doivent constituer le fondement du système⁸⁴

La Commission de réforme du droit du Canada reconnaissait également le droit des peuples autochtones à leurs propres systèmes de justice.

Les collectivités autochtones que les représentants légitimes des autochtones auront désignées comme disposées et aptes à établir un système de justice qui leur est propre devraient être investies du pouvoir de le faire. Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient engager des négociations pour transférer ce pouvoir aux collectivités autochtones visées⁸⁵.

L'argument en faveur du contrôle de la justice par les autochtones

Ce sont les lois et l'administration de la justice qui, pour les autochtones, ont été les manifestations les plus répressives du colonialisme. Ovide Mercredi, chef de l'Assemblée des Premières nations, le soulignait dans un exposé devant l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba :

[TRADUCTION] Dans la loi, avec la loi et au moyen de la loi, le Canada nous a imposé un système de gouvernement et de justice colonial, sans égard pour les droits ancestraux et issus de traités. Nous respectons la loi quand elle est juste et équitable, mais on ne peut nous reprocher de dénoncer des lois qui nient notre primauté et les droits que nous avons comme peuples distincts⁸⁶

C'est dans les lois autochtones, avec les lois autochtones et par le jeu des lois autochtones que les autochtones aspirent à reprendre le contrôle de leur vie et de leurs collectivités. Il est indispensable d'établir des systèmes de justice autochtone si l'on veut se dégager de l'emprise suffocante du système judiciaire qui leur a été imposé par le colonialisme. Il est à la fois difficile et troublant de constater que, pour les autochtones, la justice de la société dominante est un système étranger et répressif, mais les preuves sont là. Comme le rapport de la Commission de réforme du droit du Canada le concluait :

Les autochtones estiment que la justice pénale est un système étranger à leur mode de vie, qui leur est imposé par la société blanche, dominante. Ballottés de part et d'autre du système, les

⁸⁴Rapport de l'AJJM, volume 1, pp. 264-265.

⁸⁵Commission de réforme du droit du Canada (CRDC), «Renvoi de la Ministre – Les peuples autochtones et la justice pénale», rapport n° 34, 1991, p. 17.

⁸⁶Rapport de l'AJJM, cité à la note 2, volume 1, p. 1.

délinquants, victimes et témoins appartenant à une collectivité autochtone sont submergés dans un océan de «Visages pâles». Il n'est donc guère surprenant qu'ils tiennent le système pour profondément insensible à leurs traditions et à leurs valeurs : nombreux sont ceux qui le qualifient d'irréremédiablement raciste.

L'abus de pouvoir et l'exercice immodéré des pouvoirs discrétionnaires sont souvent cités comme les principales lacunes du système. Il arrive fréquemment que la police soit perçue par les autochtones comme une présence militaire, étrangère, qui envahit leur territoire pour y faire des ravages et le dépeupler. Loin d'être une source de stabilité et de sécurité, les forces de l'ordre y sont redoutées, même quand leur présence est requise pour rétablir un minimum de paix sociale.

Pour les autochtones qui habitent en région éloignée ou dans les réserves, l'appareil judiciaire semble surgir de nulle part, ce qui vient accentuer leur sentiment d'isolement et les empêche de comprendre les rouages du système⁸⁷

Le rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, fondé sur le résultat de très nombreuses audiences, est parvenu à la même conclusion :

[TRADUCTION] Pour les autochtones, le problème fondamental est que la justice canadienne est un système étranger qui leur a été imposé. Pour qu'une société accepte d'adopter un tel système, il faut qu'elle considère qu'il donne des résultats positifs. Ce n'est pas ce que pensent les autochtones⁸⁸.

Le sentiment d'aliénation que ressentent les autochtones à l'égard du système de justice et au sein de celui-ci est partiellement dû au fait que loin d'être aveugle et impartiale, la justice a été la complice de l'oppression des autochtones. Mais, ce qui est tout aussi important, le sentiment d'aliénation découle aussi de l'interprétation totalement différente que les autochtones donnent de la justice en tant que concept et processus. Reconnaître et accepter les différences culturelles implique de reconnaître que les peuples autochtones ont le droit d'établir et de contrôler leurs propres systèmes de justice. Nous allons maintenant examiner ces différences culturelles et la manière dont elles contribuent à l'aliénation des autochtones et à la discrimination dont ils sont victimes.

Un des premiers avocats autochtones à être nommé à la magistrature canadienne, et un des deux commissaires de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, qui demeure l'enquête la plus poussée jamais faite au Canada dans ce domaine, le

⁸⁷ CRDC, «Renvoi de la Ministre», cité à la note 29, p. 5.

⁸⁸ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 252.

Le juge Murray Sinclair a su exploiter son expérience, sa compréhension, et celle de nombreux autochtones avec lesquels il a eu des contacts dans le cadre de son travail comme membre de la magistrature et comme commissaire. C'est pour cette raison que nous citons de longs passages de ses réflexions sur le concept autochtone de justice et ses profondes différences avec les conceptions euro-canadiennes. Dans une large mesure, ces observations reflètent les vues présentées à notre table ronde sur les questions judiciaires, à nos audiences dans les collectivités autochtones et dans les études que nous avons commandées.

Le juge Sinclair part du principe que les conceptions de la justice, dans quelque société que ce soit, sont étroitement liées à la vision du monde et de la vie. Il s'appuie sur ces différences de conception et de vision du monde, admettant qu'il n'existe pas de conception universelle de la justice chez les autochtones, pour offrir la description suivante de certaines des différences entre la manière dont les autochtones et les non-autochtones comprennent les fondements mêmes de la justice et de son fonctionnement :

[TRADUCTION] Au départ, la société autochtone a une conception différente de la justice. Dans la société dominante, tout comportement déviant préjudiciable à la société, aux individus ou aux délinquants eux-mêmes, ou susceptible de l'être, doit faire l'objet de mesures répressives destinées à punir et à empêcher ce comportement. Ce qui prime, c'est le châtement, qui est destiné à protéger les autres membres de la société ou à contraindre le déviant à adopter des formes socialement acceptables de comportement.

Dans une société autochtone, la « justice » consiste avant tout à rétablir la paix et l'équilibre dans la collectivité en aidant l'accusé à faire la paix avec sa propre conscience et à se réconcilier avec l'individu ou la famille qui a été sa victime. Cette différence est fondamentale. Elle remet en effet en question la pertinence de beaucoup de méthodes utilisées dans notre système judiciaire actuel à l'égard des autochtones pour régler leurs conflits, pour réconcilier l'accusé avec la collectivité et pour maintenir l'harmonie et l'ordre dans celle-ci.

Dans les cultures autochtones, les problèmes de déviance et de non-conformité sont traités sans que n'interviennent de jugements, et l'on préfère de beaucoup la non-ingérence, la réconciliation et la restitution. Le principe de la non-ingérence s'explique par l'importance que les peuples autochtones accordent à l'autonomie et à la liberté de l'individu ainsi que par leur désir d'éviter les affrontements néfastes pour les rapports humains.

Autrefois, parce que les populations étaient moins importantes et les terres inhabitées plus vastes, il était possible pour les non-

conformistes, que ce soit volontairement ou à la suite des pressions exercées par la collectivité, de quitter celle-ci lorsque leur déviance devenait inacceptable ou dangereuse pour le groupe. Dans la justice canadienne, ces personnes sont fréquemment retirées de la société pendant un certain temps. C'est ce que nous appelons l'incarcération. Le bannissement et l'incarcération semblent donc avoir le même objectif. Cependant, une notion de châtement s'attache au principe de l'incarcération, ce qui n'est pas le cas du bannissement.

Pendant la période où il est incarcéré ou banni, l'accusé ne peut pas commettre de nouveaux délits dans la collectivité et peut être autorisé un jour à y revenir; commence alors l'étape de la restitution et de la réparation. En revanche, conformément aux principes établis de l'incarcération, après avoir purgé sa peine, l'accusé a «payé le prix» et aucune autre réparation n'est nécessaire. Les principes de la restitution à la victime et de la réconciliation avec la collectivité n'entrent jamais en jeu. Bien qu'on en fasse parfois mention, ces principes n'ont pas la même importance que dans les sociétés autochtones.

La réinsertion sociale n'est pas un des objectifs essentiels de la justice eurocanadienne lorsqu'elle s'occupe d'un délinquant, sauf peut-être dans le cas de très jeunes délinquants. Ce n'est qu'un des facteurs dont les juges tiennent compte lorsqu'ils déterminent la peine, et le public y est d'ailleurs peu favorable. Nos institutions prévoient rarement un soutien aux victimes, et lorsqu'il est accordé, il est minime. La restitution est en général considérée comme une forme de compensation financière et uniquement lorsque le délinquant a les ressources nécessaires. La rétribution est donc souvent la première mesure prise contre les délinquants.

La plupart des sociétés autochtones accordent beaucoup d'importance à l'autonomie et à la liberté individuelles car elles les considèrent comme nécessaires au maintien des rapports entre leurs membres et à l'harmonie de la collectivité, au respect des êtres humains (et autres) et parce qu'elles répugnent à critiquer les autres ou à s'immiscer dans leurs affaires et préfèrent éviter les affrontements. Lorsque la justice de la société dominante est appliquée aux autochtones et à leurs collectivités, beaucoup de ses principes sont manifestement contraires à leur conception de la vie⁸⁹.

⁸⁹ Sinclair, «Aboriginal Peoples, Justice and the Law», cité à la note 58. Cette citation, de même que celles des quelques pages qui suivent, sont tirées des pages 178 à 184 de cet article.

Le juge Sinclair montre ensuite comment les différences de vision et de conception du monde entre autochtones et non-autochtones imprègnent la conception de la vérité ou celles du droit et de la justice. Il souligne aussi les différences importantes qui marquent les objectifs d'un système de justice et la manière dont ces objectifs doivent être atteints. À titre d'illustration, il décrit le processus de détermination de la «vérité» d'un événement.

[TRADUCTION] Dans le monde des autochtones, la vérité est relative et toujours incomplète. Pris littéralement, le serment prononcé au tribunal – dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité – est illogique et sans signification, pas seulement pour eux-mêmes, mais pour tout le monde. Pour les autochtones, l'individu doit dire la vérité «telle qu'il la voit» et ne pas contester la validité d'un autre point de vue sur la question. Personne ne peut prétendre détenir toute la vérité; chaque témoin perçoit ou croit avoir perçu un événement ou une situation différemment. Il est rare qu'un témoin autochtone déclare qu'un autre témoin mente ou se trompe.

Dans notre système de justice, on se méfie de l'individu qui ne paraît pas sûr de son témoignage et on considère souvent comme une marque d'incertitude le fait de ne pas affirmer la supériorité de son propre témoignage sur celui d'un autre. Étant donné la vision du monde des autochtones, où le caractère relatif de la vérité est bien compris, il est facile de voir qu'il serait pratiquement impossible pour un témoin autochtone de se soumettre aux exigences du tribunal dans ce domaine. Dans un système où la crédibilité d'un témoin est déterminée dans une large mesure par sa performance lors du contre-interrogatoire, l'autochtone, pour qui la vérité est relative, peut donner la fausse impression qu'il modifie son témoignage alors qu'en réalité, il reconnaît simplement qu'une autre vision des événements, si peu crédible ou si différente de la sienne soit-elle, est peut-être tout aussi valable.

À bien des égards, la manière dont les systèmes autochtone et eurocanadien traitent la question de la culpabilité et de l'innocence est révélatrice de leurs conceptions différentes de ce qui doit intervenir quand on rend justice.

[TRADUCTION] La justice eurocanadienne est axée sur l'établissement de la culpabilité. Le principe de l'équité y a un rôle essentiel pour les juges. On pourrait aisément en conclure que c'est parce que notre justice pénale s'est développée dans une société où les contrevenants étaient mis aux fers, flagellés, fouettés, écartelés ou mis à mort, toujours en public, pour une foule de délits différents. Étant donné la sévérité des châtiments, on a voulu s'assurer que seuls les «vrais coupables» étaient condamnés. L'adage selon

lequel «mieux vaut laisser libre un coupable que de condamner un innocent» trouve là sa justification.

Comme l'explique ensuite le juge Sinclair, dans un tel contexte on trouve tout naturel qu'un non-autochtone plaide non coupable lorsqu'il est accusé d'un acte qu'il a en fait commis.

[TRADUCTION] Dans la tradition occidentale, ce n'est pas manquer d'honnêteté; il est entendu qu'il s'agit là d'une réaction conventionnelle à une accusation, selon le principe qu'on est innocent jusqu'à preuve du contraire, que l'accusé n'est pas obligé de s'incriminer, et que le ministère public doit établir la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable au cours d'un procès public. Dans les cultures autochtones, cette attitude est considérée comme malhonnête et une telle négation de la vérité constituerait la répudiation de normes de comportement fondamentales extrêmement importantes, bien que tacites [...]

Chez les autochtones, la culpabilité de l'accusé est secondaire. Ce qui est important, lorsque quelqu'un est accusé d'un délit, c'est que «quelque chose ne va pas et qu'il faut arranger les choses». Si l'accusé admet sa culpabilité, on se préoccupe alors de déterminer «ce qu'il faut faire pour réparer le dommage causé»; si l'accusé rejette l'accusation, un problème demeure et il faut rétablir de bons rapports entre les parties. Comme le châtement n'est pas le but ultime de ce processus, les accusés sont plus susceptibles de reconnaître qu'ils ont commis un délit. C'est peut-être pourquoi tant d'autochtones plaident coupables. Par ailleurs, rejeter le bien-fondé d'une accusation alors que tout le monde «sait» qu'elle est fondée, pour comparaître ensuite devant le «tribunal de l'homme blanc», est souvent considéré comme encore plus dommageable.

L'antagonisme, l'accusation, l'affrontement, la culpabilité, les plaidoiries, les critiques et la rétribution n'ont pas leur place dans les systèmes de valeur autochtones. L'antagonisme et l'affrontement sont contraires aux notions si importantes d'harmonie et de coexistence pacifique de tous les êtres vivants, entre eux-mêmes et avec la nature [...] L'idée que la culpabilité et l'innocence peuvent être décidées par l'efficacité du plaidoyer est incompatible avec une foi profonde dans l'honnêteté et l'intégrité interdisant le mensonge. En tant que fin en soi et but de la société, la rétribution n'a pas de sens dans un système de valeurs autochtones qui privilégie la réconciliation entre le délinquant et la collectivité, et la restitution à la victime.

Les mêmes contradictions entre les valeurs autochtones et le système de justice dominant sont lourdes de conséquences pour les

inculpés et les témoins autochtones. Alors que la justice canadienne exige une accusation et une réfutation de la preuve, cette démarche ne cadre pas avec un système de valeurs autochtone qui cherche à éviter l'affrontement à tout prix.

Comme le faisait remarquer [Rupert] Ross, «le refus de témoigner ou la répugnance à le faire, ou lors du témoignage, la présentation du compte rendu des événements le plus succinct et le plus froid, semble être dû à un comportement culturel profondément enraciné dans lequel il est tout simplement inacceptable de témoigner face à face avec l'accusé [et] on semble en fait avoir tout fait pour éviter cette confrontation». Dans les sociétés autochtones, l'éthique veut que l'on évite de dire quoi que ce soit d'hostile, de critique, d'inspiré par la colère à l'égard de quelqu'un de présent, ce qui est précisément ce qu'exigent les règles de notre système accusatoire.

Voici un dernier exemple de [contradictions dues à des différences culturelles] : les avocats, les juges et les jurys s'attendent à ce que l'accusé manifeste du remords et le désir d'être réinséré dans la société. Comme leur conception du courage et de la place qu'ils occupent dans l'univers exige assez de force d'âme pour accepter, sans protestation, le sort qui leur est réservé, les autochtones peuvent se comporter d'une façon propre à dérouter les membres non autochtones du système judiciaire. Des années d'oppression culturelle et sociale, combinée à l'importance de contrôler ses émotions en présence d'étrangers ou de représentants de l'autorité, peuvent amener un accusé à avoir au tribunal un comportement qui paraît ne pas concorder avec la matière de son plaidoyer⁹⁰ [...]

Obliger les gens à se comporter d'une manière contraire à leurs convictions les plus profondes ne constitue pas seulement une infraction possible à leurs droits; ce peut être aussi un acte grave de discrimination. Les témoins qui ne témoignent pas directement, les plaignants qui ne protestent pas bruyamment et les accusés qui

⁹⁰ Cette répugnance culturelle à manifester de l'émotion devant des étrangers, signalée par le juge Sinclair, en particulier devant les personnes en situation d'autorité, a été observée par de nombreux anthropologues. (Voir par exemple Hugh Brody, *The People's Land: Eskimos and Whites in the Eastern Arctic*, Harmondsworth, Penguin Books, 1975.) Il ne faudrait cependant pas croire, ce qui n'est d'ailleurs pas l'intention du juge Sinclair, que l'absence d'émotion est une caractéristique culturelle des autochtones. Ce dont il s'agit ici, c'est d'une manifestation socialement acceptable d'émotions et de sentiments personnels devant d'autres personnes. Les audiences publiques de cette commission et d'autres qui se sont efforcées de comprendre le vécu des autochtones ont offert à ces derniers une tribune pour exprimer les profondes émotions suscitées par leurs expériences de systèmes non autochtones qui leur ont causé tant de souffrance et de préjudice sur le plan individuel et collectif.

n'ont pas un comportement «approprié» ou qui manifestent peu d'émotion s'aperçoivent parfois qu'ils sont «traités» de manière différente ou qu'ils obtiennent des résultats différents de ceux qui réagissent comme le veut le système. Il est facile de mal interpréter ces réactions, inspirées par une culture différente. On accuse donc parfois les autochtones d'outrage à magistrat. Il arrive aussi parfois qu'ils ne soient pas traités de manière parfaitement équitable au cours du procès et que la peine qui leur est imposée soit excessive.

L'importance que les autochtones accordent à une justice réparatrice signifie qu'un processus non autochtone de détermination qui ne lui accorde à peu près pas d'importance peut être contraire à ce que les sociétés autochtones attendent de l'exercice de la justice et les décevoir.

[TRADUCTION] Comme la «justice» n'est satisfaite dans la société autochtone que lorsque l'harmonie est rétablie dans les collectivités, il faut tenir compte non seulement de l'accusé, mais aussi des autres personnes qui ont été ou pourraient être touchées par le délit, en particulier la victime. Dans la conception ojibwa de l'ordre, lorsqu'une personne a subi un préjudice, il est entendu que le responsable doit rétablir l'ordre et l'harmonie dans la collectivité en «défaisant» ce qu'il a fait. Dans la plupart des cas, c'est à lui qu'il incombe de dédommager sa victime [...]

Ce qui compte donc avant tout, c'est qu'il y ait réparation ou restitution à la victime ou à la collectivité, de manière à rétablir l'équilibre et l'harmonie chez les personnes concernées [...] Pour la collectivité, condamner le délinquant à la prison, ou pis encore, le mettre en probation, sans régler d'abord la question de la réconciliation, reviendrait à le dégager totalement de l'obligation de restitution. Mais c'est précisément ce que fait la «justice» occidentale – du moins dans l'optique des autochtones. Pour eux, cela revient à abdiquer sa responsabilité et à disculper totalement le délinquant.

Les réflexions du juge Sinclair l'ont conduit aux conclusions suivantes :

[TRADUCTION] Manifestement, il faut faire quelque chose. Il faut non seulement que nous réformions le système actuel afin de modifier la manière dont nous procédons à l'égard des autochtones, mais il est évident pour moi – comme ce l'est devenu pour mon collègue, le juge en chef adjoint A.C. Hamilton, lorsque nous travaillions ensemble dans le cadre de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba – qu'il faut également entreprendre des réformes qui permettront aux autochtones d'exercer leur propre justice.

Nous sommes parvenus aux mêmes conclusions.

Il est impossible de lire ou d'écouter les opinions du juge Sinclair – et celles de beaucoup d'autres autochtones décrivant leur conception de la justice dans le contexte de leur histoire, de leur culture et de leur expérience de la justice non autochtone – sans se rendre compte que la recherche de la justice fait partie intégrante de celle de l'autonomie gouvernementale. Nous ne sommes pas la première commission à parvenir à cette conclusion, qui est d'ailleurs loin d'être révolutionnaire. Le transfert, d'une génération à l'autre, des valeurs qui cimentent les groupes sociaux, les principes qui guident les rapports entre les êtres humains et entre ceux-ci et le monde qui les entoure, et les processus qui leur permettent de maintenir leur bien-être, leur paix et leur sécurité, forment un ensemble d'après lequel se définissent les collectivités, les peuples et les nations. Pourquoi en irait-il autrement des peuples autochtones qui cherchent à faire reconnaître leur droit à l'autonomie gouvernementale dans le cadre du Canada? Le fait même que nous soyons contraints de poser la question montre dans quelle mesure le colonialisme a déterminé la nature des rapports des Canadiens avec les peuples autochtones. Lorsque nous faisons cette remarque, nous n'ignorons pas le fait que l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale dans le cadre d'un État fédéral tel que le Canada exige une volonté de coexistence et de compromis, points que nous examinerons dans la suite de ce rapport.

Lorsque les autochtones font remarquer qu'avant l'arrivée des Européens, ils avaient leurs lois et leurs traditions juridiques, qu'ils n'y ont jamais renoncé volontairement, et qu'ils affirment le droit d'appliquer leurs propres lois et leur propre vision de la justice pour redevenir maîtres de leurs collectivités, ils n'essaient pas de revenir en arrière et d'ignorer les réalités et les difficultés du monde contemporain. Voici ce que la professeure Mary Ellen Turpel qui, comme le juge Sinclair, a longuement réfléchi à toutes ces questions, nous dit du processus requis pour que les traditions juridiques propres aux autochtones deviennent un élément concret de l'autonomie gouvernementale qu'ils recherchent :

[TRADUCTION] Je trouve extrêmement difficile d'établir des différences entre les systèmes canadien et autochtone car je me méfie des enquêtes simplistes de nature anthropologique, et je me rends de plus en plus compte du caractère dynamique et interactif de la culture et du fait que l'on ne peut pas la séparer de l'histoire, de la politique et de l'économie. Devrions-nous décrire ce qu'était la situation avant l'arrivée des Européens? À quoi bon? Ce régime pourra-t-il jamais être ressuscité? Je ne le pense pas, sinon pour en faire une relique du passé. On ne peut pas le ressusciter parce que nous avons tous vécu l'impérialisme et le colonialisme, et qu'il n'existe pas de moyens d'évasion simple pour retourner à l'époque précoloniale, sinon en théorie. À mon avis, il faut que nous reprenions le contrôle de la justice pénale, en fait de tous les domaines de la justice, mais en utilisant des méthodes résolument postcoloniales [...]

Il est impossible d'effacer l'histoire du colonialisme, mais il est indispensable d'en faire disparaître les traces dans la réalité contemporaine [...] Force est d'accepter que les collectivités autochtones connaissent aujourd'hui de graves problèmes socio-économiques qui n'ont jamais existé avant l'arrivée des Européens, ni même au cours des premiers siècles de cohabitation. L'alcoolisme, l'inhalation de solvants, la violence en milieu familial, les agressions sexuelles, et la criminalité chez les adolescents, sont des symptômes d'une désintégration de l'ordre social comme il n'y en a jamais eu auparavant dans les collectivités autochtones. Le dialogue sur la réforme, comme les propositions dans le domaine de la justice pénale, devra tenir compte de cette réalité contemporaine, au lieu de se replier sur la situation qui régnait avant l'arrivée des Européens⁹¹.

En traçant le cheminement critique de ce dialogue sur la réforme, M^{me} Turpel nous a instamment demandé de ne pas créer de dichotomies inutiles et en particulier, en réclamant qu'on reconnaisse des systèmes de justice autochtone distincts, de ne pas renoncer à la réforme de la justice non autochtone. Il est en effet inévitable que des liens étroits persistent entre les deux et le rétablissement de systèmes autochtones sera certainement progressif⁹².

Le contrôle des autochtones sur le fond et la forme du système judiciaire, qui découle de leur droit à l'autonomie gouvernementale, et le droit de disposer d'une justice qui respecte le caractère culturel distinct des peuples autochtones, ne sont pas de simples questions de principe. D'après les témoignages que nous avons examinés, il est probable que l'expression contemporaine de ce système de justice sera plus efficace que la justice non autochtone actuelle lorsqu'il s'agira de faire disparaître les séquelles du colonialisme qui se manifestent par un cycle de comportements perturbateurs et destructifs, et de maintenir la paix et la sécurité dans un monde en pleine évolution.

Les points forts de cette vision de la justice peuvent être compris par d'autres que les autochtones. Nous avons été très frappés par la manière dont les praticiens de la justice pénale non autochtone qui ont eu de fréquents contacts avec les autochtones sont parvenus à dominer leurs préjugés et le sentiment de leur supériorité culturelle pour écouter ceux à qui ils dispensent la justice et tirer des leçons de leurs propos. Le procureur de la Couronne Rupert Ross est un d'entre eux. Ses écrits ont beaucoup contribué à l'éducation des juges, des avocats et des membres de commissions royales dans l'ensemble du pays. Dans une communication faite à une conférence sur la justice autochtone tenue à Saskatoon en 1993, il décrivait son

⁹¹ M.F. Turpel, «Reflections on Thinking Concretely About Criminal Justice Reform» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, pp. 208-209.

⁹² Turpel, «Reflections on Thinking Concretely», p. 215.

interprétation de l'approche adoptée par la collectivité de Hollow Water, au Manitoba, pour dispenser la justice – initiative que nous examinerons plus en détail au chapitre suivant. Cette entreprise est très révélatrice de la conception différente de la justice qu'a une collectivité autochtone lorsqu'elle s'appuie sur ses traditions pour régler les problèmes qui la menacent comme beaucoup d'autres collectivités autochtones pour lesquelles la justice pénale non autochtone n'offre qu'une solution boiteuse – celle de peines de prison de plus en plus longues.

[TRADUCTION] [Les autochtones] semblent parler d'une justice très différente de celle que j'ai apprise. En fait, beaucoup de ceux qui se placent dans cette perspective ne paraissent même pas commencer leur analyse de la justice au même point que nous. Pour eux, le travail minutieux de dissection des questions judiciaires que représentent les rapports de nombreuses commissions royales et groupes d'étude, et l'importance accordée aux juges, aux procureurs de la Couronne, aux avocats, à la police, aux prisons, etc., semblent presque passer à côté de l'essentiel.

Ils commencent par se tourner vers d'autres protagonistes, les spécialistes de la lutte contre l'alcoolisme et la violence familiale, les guérisseurs traditionnels, les employés des services de santé mentale, les thérapeutes qui viennent en aide aux victimes d'agression sexuelle, ainsi de suite. Ce n'est qu'ensuite qu'ils parlent de la création (ou de la récréation) de processus tout à fait différents, axés sur la conciliation, le rapprochement des parties et l'éducation au lieu du recours aux accusations. Enfin, ils semblent viser des buts très différents car ils rejettent les châtiments rétroactifs pour des délits déjà commis et préfèrent axer leurs efforts sur la santé et le mieux-être des individus, des familles et des collectivités pour l'avenir⁹³.

Lorsqu'il décrit son expérience d'une autre initiative de justice autochtone dans le nord de l'Ontario, Ross fait remarquer, ce qui est important, que c'est au nom du respect de la collectivité et de sa légitimité que les autochtones réclament de plus en plus vigoureusement le droit d'exercer un plus grand contrôle sur l'administration de la justice.

[TRADUCTION] Les appels à l'exercice d'un contrôle local sur la justice communautaire sont de plus en plus fréquents. Il est tentant de conclure qu'ils ne sont motivés que par les préoccupations politiques de ceux qui revendiquent la souveraineté, et qu'ils ne le cèdent en importance qu'à la grande question de l'autonomie politique. Bien que cela puisse effectivement jouer un rôle dans le

⁹³Rupert Ross, «Duelling Paradigms?: Western Criminal Justice Versus Aboriginal Community Healing» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 242.

contexte général, il semble bien que l'enjeu soit beaucoup plus important pour les autochtones : il s'agit de la coexistence pacifique à laquelle aspire notre système et que le contrôle local de la justice pourrait favoriser, directement ou indirectement. À cet égard, une proposition présentée par la bande de Sandy Lake dans le nord-ouest de l'Ontario au ministère du Procureur général offre la meilleure explication de la situation que j'aie jamais rencontrée. La bande demandait en effet qu'on tente un certain nombre d'expériences, notamment la formation d'un groupe d'anciens rémunérés pour participer à la détermination de la peine, l'établissement d'une cellule de police communautaire pour les infractions les moins graves, et l'étude de la création d'un tribunal de déjudiciarisation pour adolescents. C'est l'explication que la bande a donnée qui a commencé à me faire comprendre ce qu'elle considérait comme une lacune essentielle de notre système. Elle l'exprime mieux que quiconque pourrait le faire :

Pour qu'un changement valable d'attitude se produise (chez le contrevenant), il faut que le tribunal respecte la collectivité. Certes, le tribunal s'efforce d'inspirer ce respect par son caractère solennel, mais il manque quelque chose pour qu'il soit réel et profond. Le respect dont jouissent les anciens est le fruit d'une vie tout entière passée à les côtoyer et à faire confiance à leur sagesse. Il est donc opportun que le tribunal soit perçu comme un élément d'un *processus communautaire* et que, lorsque le contrevenant comparait devant lui, il compare en fait devant la collectivité.

Dans le passé, la collectivité tenait des assises publiques où le délinquant était confronté à ses actes en présence de la population tout entière. Cette situation lui inspirait un profond sentiment de honte car la collectivité jouissait du respect de tous. Cette honte et ce remords étaient indispensables au processus ultérieur d'éducation du délinquant [...] Un point important de l'éthique [...] est d'utiliser le sentiment de honte qu'il éprouve pour l'éduquer et faciliter sa réinsertion sociale. *Il faut être respecté et estimé pour amener quelqu'un à se sentir honteux, et ce n'est pas le cas du tribunal itinérant*⁴⁴.

Selon Ross, cela soulève plusieurs questions :

La première est la plus évidente : comme « nous » sommes des gens de l'extérieur, nous sommes incapables de vraiment provoquer la

⁴⁴ Rupert Ross, « Cultural Blindness and the Justice System in Remote Native Communities », communication présentée à la « Sharing Common Ground Conference on Aboriginal Policing Services », Edmonton, mai 1990, pp. 11-12 [c'est l'auteur qui souligne].

honte chez l'accusé [...] Pour les autochtones, l'incarcération dans une prison de l'extérieur permet à un contrevenant d'éviter le regard réprobateur de la collectivité. Contrairement à ce que nous avons tendance à croire, ce n'est pas le châtement ultime, car cela permet aux contrevenants d'éviter les personnes dont la présence est la plus susceptible de leur inspirer honte et remords⁹⁵.

Le second point consiste à rendre aux peuples autochtones leurs instances légitimes de règlement des différends.

La présence même de nos tribunaux est la cause de la disparition d'un forum indispensable dans lequel il était possible de manifester sa sagesse et de gagner le respect des autres. Indiscutablement, c'est le respect inspiré par les anciens qui maintenait la cohésion des membres de la société, et ceux-ci se soumettaient sans trop de réticence aux règles communément acceptées. Les gens acceptaient leurs conseils parce qu'ils avaient pu constater leur sagesse. L'avènement du tribunal a privé les anciens de cette instance indispensable de règlement des différends. Les occasions de manifester cette sagesse étant devenues très rares, le respect profond inspiré par les anciens a diminué. La même dynamique a joué lorsque nous avons introduit notre système d'éducation, nos soins de santé, une structure bureaucratique de conseil de bande, nos services de police, etc. L'influence des anciens s'est affaiblie, et le ciment qui assurait l'intégrité de chaque petite société a commencé à se dessécher et à se fissurer.

Vu sous cet angle, l'appel au «contrôle local» n'est pas une simple tentative pour accaparer le pouvoir. Il ne signifie pas que nous faisons mal notre travail; il vise simplement à rétablir des forums où la sagesse autochtone pourra refleurir et faire ses preuves, et où le respect sera à nouveau mérité. Si l'on ne renforce pas le sens du respect dans la collectivité, la dérive vers l'anarchie sociale se poursuivra [...]

Tant que nous continuerons à nous approprier ces forums de règlement des différends, nous ne ferons qu'exacerber ce problème du respect de moins en moins grand à l'égard des chefs de la collectivité et de la sagesse collective, et il sera encore plus difficile d'amener les coupables à se repentir⁹⁶.

⁹⁵Ross, «Cultural Blindness», p. 12 [c'est l'auteur qui souligne].

⁹⁶Ross, «Cultural Blindness», pp. 13-14. Le criminologue norvégien Nils Christie a décrit la manière dont les professionnels du système de justice pénale «dérobent» les différends aux citoyens ordinaires, affaiblissant ainsi la trame sociale dont l'ordre public est tributaire. Nils Christie, «Conflict as Property», (1977) 17 *British Journal of Criminology*, p. 1.

Dans son examen de l'initiative de Hollow Water, Ross mentionne trois caractéristiques du fonctionnement de la justice autochtone qui distinguent celle-ci de la justice non autochtone. En premier lieu, plusieurs personnes interviennent dans les différentes décisions qui doivent aboutir à un consensus. Deuxièmement, les femmes autochtones participent très activement à toutes les étapes du processus. Troisièmement, on considère qu'il est impossible de comprendre ou d'aider les personnes concernées, qu'il s'agisse du délinquant, de la victime ou des familles, tant qu'on les traite isolément. Il faut au contraire considérer les individus comme les éléments d'un vaste réseau de rapports. Il y a là un lien étroit avec la vision du monde des autochtones pour qui la compréhension de leur identité, de leurs responsabilités vis-à-vis d'eux-mêmes, des ancêtres et des générations futures est nourrie par cette conception de l'interdépendance de tous les êtres. Ce qui fait en grande partie la force de cette conception, c'est que le comportement dit criminel, en particulier celui qui est le plus destructif et perturbateur chez les autochtones (pour ces derniers, la violence en milieu familial et l'agression sexuelle sont au cœur du problème) apparaît lui-même comme le prolongement des violences subies par les autochtones dans le passé.

Dans notre rapport final nous examinerons le préjudice causé par les efforts des agents du gouvernement et des missionnaires pour assimiler les autochtones en s'attaquant à leurs institutions et à leurs valeurs culturelles. Le rapport entre ces pratiques – et l'attitude qui en orientait la planification et la mise en œuvre – et les problèmes contemporains dans les collectivités autochtones est un point que les autochtones ont souligné non seulement devant cette commission mais devant les membres de diverses enquêtes relatives à la justice. Dans son rapport sur la Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, le juge Sarich écrivait au chapitre intitulé «What the People Said» :

[TRADUCTION] Un des leitmotifs de la litanie de plaintes que nous avons entendues concernait l'effet du pensionnat – la Mission St. Joseph – sur la vie des autochtones [...] Pas un seul d'entre eux n'a reconnu que l'éducation qui leur y avait été dispensée les avait préparés à la vie dans une société non autochtone. Au contraire, les expériences vécues à la mission ont profondément marqué, sur les plans social et psychologique, des générations d'autochtones des Cariboo-Chilcotins. Il n'est pas surprenant que leurs rapports avec le système de justice sont grevés par des problèmes tels qu'un alcoolisme endémique, la violence familiale et la méfiance à l'égard de l'autorité⁹⁷.

⁹⁷ Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, cité à la note 9, pp. 17-18. Dans notre rapport spécial sur le suicide, nous avons décrit l'expérience de certains membres de la Première nation shuswap de Canim Lake (Colombie-Britannique) au pensionnat St. Joseph, et comment «le suicide est considéré comme une manifestation parmi tant d'autres de la douleur accumulée par de nombreuses générations d'autochtones soumis à l'autorité du gouvernement britannique, puis des gouvernements canadiens». Voir *Choisir la vie*, cité à la note 60, pp. 62-66.

La justice pénale non autochtone n'a jamais été conçue pour redresser les injustices accumulées au cours de la période coloniale, et les représentants de ce système, qu'il s'agisse des agents de police, des avocats, des juges ou des administrateurs des services correctionnels, ne voient pas là une de leurs obligations. Selon le principe de la responsabilité individuelle, qui est au cœur même de la conception occidentale du droit pénal, ce sont les actes de l'accusé comparaisant devant le tribunal qui sont évalués en fonction des définitions précises de ce qui constitue un crime.

Pour que la culpabilité soit reconnue, il faut que l'accusé ait agi volontairement et qu'il ait eu l'intention de faire du tort à quelqu'un ou qu'il ait commis son méfait tout en étant conscient du tort qui pouvait en résulter. Le fait qu'il ait par exemple grandi dans des établissements d'État où les sévices corporels et les agressions sexuelles étaient monnaie courante n'est pas pris en considération lorsqu'on détermine sa culpabilité. La justice pénale non autochtone interdit tout partage de la culpabilité entre l'individu et la société dans laquelle il vit. Si l'accusé est reconnu légalement coupable, les principes régissant la détermination de la peine ne prévoient ni la structure ni les ressources qui permettraient à l'agresseur ou à la victime de guérir ou, dans bien des cas, d'éprouver pour la première fois un sentiment de bien-être et d'avoir la force de se prendre en main pour devenir un membre à part entière de la collectivité.

L'approche utilisée par les autochtones ne se situe pas simplement à la périphérie du système de non autochtone; il sort totalement du cadre de celui-ci. Combien de fois dans les tribunaux de ce pays, des juges sensibles ont déploré le fait qu'un délinquant autochtone, condamné pour usage de stupéfiants ou pour violence familiale, avait été lui-même la victime de mauvais traitements dans son enfance et avait souffert de l'attitude d'une société intolérante. Combien de fois ont-ils été contraints de dire «malheureusement, ce tribunal n'a pas les pouvoirs requis pour résoudre les problèmes qui ont conduit cet accusé devant lui». Pour les autochtones, il n'est pas acceptable que l'on se contente de déplorer cet état de fait. Ils réclament le droit d'utiliser leur propre justice pour pouvoir s'occuper de l'agresseur et de la victime en tenant compte de la relation qui continue à exister entre eux, de la place qu'ils occupent dans leurs collectivités, puisqu'ils comprennent parfaitement les forces qui ont transformé les membres d'une même famille en victimes et en agresseurs et qu'ils sont convaincus que leur propre système de justice leur permet de ne pas entretenir le cycle de la violence. Pour ce faire, ils ont non seulement besoin de la force que leur donne leur vision du monde, des talents de leurs guérisseurs, mais aussi d'une partie des énormes ressources absorbées par le système non autochtone pour les desservir. Ces ressources doivent être à la fois juridiques pour qu'ils exercent des pouvoirs reconnus dans le cadre de leur droit à l'autonomie gouvernementale, et financières, pour que ces pouvoirs soient efficaces.

À notre table ronde sur les questions judiciaires, Joanne Barnaby, directrice exécutive du Dene Cultural Institute, a évoqué un cas observé par elle qui illustre de façon poignante à quel point la justice pénale canadienne, à cause de son centre

d'intérêt trop limité, est incapable de s'attaquer aux causes fondamentales de la désintégration qui menace les individus et les collectivités.

[TRADUCTION] J'ai été citée à comparaître à l'audience présentencielle d'un ancien qui avait été reconnu coupable de voies de fait. Je me suis rendue deux jours à l'avance dans la collectivité où l'affaire devait être instruite et [j'ai parlé] à cet ancien.

Les deux jours que j'ai passés à m'entretenir avec lui m'ont appris qu'il était profondément déprimé. Il avait l'impression de ne plus rien valoir, d'être inutile; il avait perdu tout son amour-propre [...] Pendant 40 ans, il avait mené une vie très traditionnelle dans sa collectivité, proche de la nature. Vingt ans plus tôt, il était venu s'installer en ville et cela avait été le début de la débâcle. Il avait perdu son rôle d'éducateur, de sage. Il avait perdu son rôle de dirigeant, il avait été écarté par le chef et par le conseil de bande. Il avait le sentiment de ne plus rien avoir à apporter à la vie de la collectivité et il avait réagi par la violence. C'était la colère qui l'avait poussé et il n'avait pas la moindre hésitation à reconnaître ses actes et sa culpabilité, ni d'ailleurs à assister à l'audience où une peine lui serait imposée.

Or, les questions posées à cet ancien étaient totalement hors de propos; elles ne touchaient pas du tout au véritable problème, n'abordant ni sa dépression, ni son besoin de guérison, ni son besoin d'appartenir à quelque chose, ni son besoin de retrouver le respect de soi et de contribuer à la vie communautaire [...] Comme, au cours de l'audience, il s'agissait essentiellement de décider si on l'autoriserait à porter une arme à feu, étant donné qu'il avait été inculpé de voies de fait, l'avocat lui avait demandé «Avez-vous vraiment besoin de pratiquer la chasse et le piégeage?» et l'ancien avait répondu «Pas tellement.» Mais il l'avait dit avec beaucoup de tristesse. En fait, il passe encore environ la moitié de l'année dans les champs et les bois mais son propre avocat ne comprenait pas ce que cela signifiait dans l'esprit de cet homme. Il ne comprenait pas que, par rapport à ce qu'il voulait faire, par rapport à l'expérience de toute une vie, l'ancien ne trouvait pas qu'il consacrait beaucoup de temps à cette activité. Bien entendu, si l'avocat de la défense avait mieux connu notre culture, il aurait poussé plus loin son interrogatoire et aurait découvert dans quelle mesure l'inculpé continuait à avoir besoin d'armes à feu pour chasser⁹⁸.

⁹⁸CRPA, Table ronde nationale sur les questions judiciaires, 26 novembre 1992, Transcription, p. 376; on en trouve le résumé dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 454.

Même avec un avocat autochtone qui aurait compris la situation, le processus de détermination de la peine dans une affaire criminelle n'aurait pu tenir compte des problèmes de cet ancien ou y remédier. Dans le système non autochtone, ce qui compte c'est l'agression et l'agresseur, et non comment la société peut réagir avec bienveillance et compréhension à l'égard d'une personne qui cherche à redonner un sens à sa vie, en l'aidant à guérir. Un système de justice autochtone ne permettrait sans doute pas de régler tous les problèmes de cet ancien, mais il miserait sur la force de la collectivité au lieu de prétendre que celle-ci ne se situe pas dans le cadre de sa compétence.

Les limites de l'«indigénisation» du système actuel de justice grâce à une participation accrue d'avocats et de juges autochtones nous ont été révélées de façon frappante à notre table ronde. Vina Starr, une avocate autochtone de Vancouver, a décrit comment, lors de ses débuts dans cette profession, elle avait été obligée, avec ses collègues autochtones, de pratiquer une sorte de schizophrénie culturelle :

[TRADUCTION] Je voudrais comparer le genre d'acculturation à laquelle ceux d'entre nous qui sont des autochtones ont dû se soumettre pour survivre et se distinguer dans votre système. Il a fallu un choix délibéré de notre part – une décision profondément personnelle – avant d'extirper de nos cerveaux et de nos cœurs d'Indiens toutes les valeurs qui nous avaient été enseignées, valeurs auxquelles nous demeurerons toujours fidèles; un lavage de cerveau s'imposait néanmoins pour accepter les valeurs de la common law. Si nous nous trouvons ici aujourd'hui, c'est donc parce que nous avons réussi à vivre délibérément une schizophrénie quotidienne. D'un côté, je sais que j'ai le pied droit fermement planté du côté de la justice des Blancs; pourtant, je sais que mon pied gauche a de tout temps été planté du côté des Indiens et qu'il y sera toujours lorsque je mourrai⁹⁹.

Un certain nombre de juges ayant une longue expérience de la justice pénale sont parvenus à la conclusion qu'il doit bien exister un meilleur moyen de réagir à la désintégration sociale de nombreuses sociétés autochtones; ils se rendent également compte que les systèmes de justice autochtone peuvent réussir là où notre justice pénale a échoué. Le juge Fafard de la Cour provinciale de Saskatchewan, qui a une vingtaine d'années d'expérience auprès des tribunaux itinérants dans le nord de la Saskatchewan, a résumé ses sentiments en des termes qu'approuveraient, pensons-nous, beaucoup d'autres juges :

[TRADUCTION] Je crois que nous avons un système de gestion des délinquants mais je ne suis pas certain que nous ayons une véritable justice pénale [...] J'estime que nous devrions nous écarter de ce système punitif, ce système eurocanadien qui est le nôtre,

⁹⁹Table ronde, Transcription, 25 novembre 1992, pp. 223-224.

pour nous orienter vers une forme de justice sociale réparatrice, comme on le fait actuellement dans la réserve de Hollow Water au Manitoba. C'est la seule façon, à mon avis, de mettre fin aux problèmes de dysfonctionnement dans lesquels certaines collectivités risquent de s'enliser. Point n'est besoin de dresser la liste des raisons de cette situation [...] Mais on ne règle pas ce genre de problème en punissant les gens. Punir une collectivité pour l'obliger à fonctionner comme une collectivité respectueuse de l'ordre établi n'est pas une bonne solution. Il faut qu'il y ait un processus de guérison. Nous avons causé beaucoup de tort et les gens souffrent¹⁰⁰.

Jean-Charles Coutu est un autre juge non autochtone qui a une vaste expérience du fonctionnement d'une cour de circuit dans les collectivités du Nord que séparent des centaines et des centaines de kilomètres. Évoquant ses contacts avec les Cris et les Inuit de la région de la baie James, il a écrit :

[TRADUCTION] Notre système est fondé sur l'antagonisme. Dans la tradition juridique autochtone, l'objectif est d'essayer de rétablir l'harmonie entre les individus ou entre un individu et la collectivité. Cette harmonie est habituellement réalisée lorsque les deux parties acceptent une solution. Dans le système eurocanadien, au contraire, il faut toujours un coupable, que ce soit pour ensuite le punir, le dissuader ou le réadapter. Tout conflit, qu'il soit privé ou public, compromet l'harmonie de la collectivité. Le but ultime d'un système de justice devrait être de contribuer à rétablir l'ordre, ce qui met en jeu les notions de conciliation et de réparation. Pour rétablir cette harmonie, le juge devrait pouvoir aller au-delà des différends qui lui sont soumis [...] Il est rare que notre système accorde des pouvoirs aussi étendus à un juge. Il semble donc évident que si nous appliquons sans nuance notre système dans les collectivités autochtones, nous continuerons à offrir une forme de justice dont seront absents les éléments requis pour obtenir des résultats positifs et pour inspirer le respect qu'elle mérite¹⁰¹.

À notre table ronde, nous avons eu la chance d'entendre le juge en chef et un avocat du système de cours tribales navajo. Après nous avoir parlé des points forts et des points faibles de l'expérience navajo (sujet que nous examinerons dans la suite de ce rapport), ils ont déclaré qu'une occasion extraordinaire s'offrait au Canada, à condition que les gouvernements soient prêts à agir immédiatement et à recon-

¹⁰⁰ Claude Fafard, «On Being a Northern Judge» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, pp. 403-404.

¹⁰¹ J.-C. Coutu, «Native Justice Committees: A Proposal for a More Active Participation of Native Peoples in the Administration of Justice» (document inédit, 1985), cité dans *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, pp. 259-260.

naître la légitimité et la nécessité des systèmes de justice autochtones. James Zion, un avocat qui connaît très bien non seulement le système navajo mais aussi un certain nombre d'autres systèmes de cours tribales aux États-Unis, nous a dit ceci :

[TRADUCTION] Les règles et les méthodes de la justice indienne traditionnelle ne constituent pas des «solutions de remplacement au règlement des différends»; elles représentent simplement la manière dont les choses se font [...] Elles nous montrent comment il est possible de régler les différends d'une autre façon [...] Le Canada a aujourd'hui l'occasion d'encourager et de soutenir des institutions autochtones, véritables laboratoires du changement. S'il le fait, il s'offrira, à lui-même et au monde entier, l'avantage de découvrir d'autres conceptions de la justice, du droit et gouvernement. Les erreurs du passé seront répétées s'il ne respecte qu'à contrecœur le droit des autochtones d'avoir leurs propres lois. «Tu ne raisonneras pas la justice¹⁰²».

L'opportunité et l'avantage auxquels Zion fait allusion sont importants. Ce qu'un nouveau partenariat entre les autochtones et non-autochtones apporterait dans le domaine général de la justice pourrait avoir une importance énorme car il permettrait de mettre fin aux iniquités qui ont toujours été le lot des peuples autochtones au Canada. Ce partenariat pourrait également favoriser une conception nouvelle de la justice pour les autochtones hors des frontières du Canada. En prenant des mesures concrètes, conformes à l'évolution des normes internationales concernant les droits des peuples autochtones, nos efforts collectifs contribueront peut-être à amener des changements dans le domaine de la justice pour les peuples autochtones d'autres régions du monde.

On ne saurait sous-estimer l'effet du précédent que constitueraient la reconnaissance et la mise en œuvre de systèmes de justice autochtone. Certaines des critiques exprimées par les autochtones à l'égard de la justice pénale non autochtone ont été reprises par des non-autochtones. Au cours de la dernière décennie, parallèlement aux enquêtes sur la justice autochtone, il y a eu une série de commissions et d'enquêtes majeures qui ont étudié les orientations à donner à la réforme de la justice pénale. Des points importants ont été soulevés, notamment le recours à l'incarcération plus fréquent au Canada que dans d'autres pays et la nécessité de redéfinir les objectifs du système de justice pénale de manière à ce que cette justice devienne moins rétributive et davantage réparatrice. Certains critiques ont proposé l'établissement d'une nouvelle justice pénale fondée sur la notion de réparation. Un des documents de recherche commandés par la Commission de réforme du droit du Canada dans le cadre du renvoi de la ministre de la Justice sur les peuples autochtones et la justice pénale, portait sur les travaux effectués dans ce

¹⁰²Table ronde, Transcription, 27 novembre 1992, p. 346; on en trouve le résumé dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 474.

domaine (beaucoup l'avaient été sous les auspices de la Commission de réforme du droit) visant à proposer d'autres modèles de justice pénale. Dans ce document, Michael Jackson résumait les travaux en question.

[TRADUCTION] Au cours des 20 dernières années au Canada, on est parvenu à mieux comprendre les limites de la justice pénale traditionnelle et du recours à l'incarcération comme méthode de rétribution et de dissuasion. On en vient aussi progressivement à penser qu'il est nécessaire d'élaborer des sanctions communautaires et d'adopter des processus non accusatoires afin d'établir un équilibre entre les intérêts de la victime, ceux du délinquant et ceux de la collectivité. On pense aussi de plus en plus que les principes de la justice réparatrice devraient jouer un rôle beaucoup plus important dans la justice pénale et dans sa pratique.

Il devrait également être clair que les initiatives de restructuration de la justice pénale ont beaucoup de points en commun avec les systèmes traditionnels de justice autochtone. Ce rappel salutaire de notre indifférence à l'égard des institutions juridiques, politiques et culturelles des autochtones, devrait nous faire comprendre que, pour reprendre les termes du renvoi du ministre de la Justice à la Commission, «la recherche de nouvelles conceptions et notions de droit» en matière de règlement des conflits nous amène à découvrir et à apprécier celles des Premières nations du Canada qui sont antérieures de plusieurs siècles à la *Loi sur les pénitenciers* et à la construction du pénitencier de Kingston».

Cette constatation dans le contexte du renvoi du Ministre est importante parce qu'elle montre que la prise en considération des propositions des collectivités autochtones en faveur d'un rapprochement entre leurs systèmes de justice et le système canadien en général et, dans certains cas, la réorganisation et la reprise en charge de l'administration de la justice, ne devraient pas simplement être considérées comme des réformes nécessaires pour être équitable envers les autochtones mais aussi comme l'occasion pour notre système de justice pénale de bénéficier de l'expérience et de la sagesse des Premières nations du Canada¹⁰³.

¹⁰³ Michael Jackson, «In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities» (1992) *U.B.C. Law Review* (numéro spécial sur la justice autochtone), pp. 187-188. Il y a de plus en plus de publications étrangères sur les principes de la justice réparatrice. Voir par exemple Howard Zehr, *Changing Lenses*, Scottsdale, Harold Press, 1990; Jim Considine, *Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*, Lyttleton (Nouvelle-Zélande), Ploughshares Publications, 1995. Nous ferons également allusion à ce qui se passe à l'étranger dans ce domaine au chapitre 3, lorsque nous étudierons l'expérience néo-zélandaise en matière de délinquance juvénile (pp. 132 et suivantes).

Quant à l'importance de ce qui se fait au Canada dans le domaine des systèmes contemporains de justice autochtone, il est intéressant d'examiner le projet de déclaration des droits des peuples autochtones des Nations Unies, document préparé par le Groupe de travail sur les populations autochtones, actuellement en cours d'examen aux Nations Unies. L'article 33 de ce projet de déclaration dispose que :

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles ainsi que leurs propres coutumes, traditions, procédures et pratiques juridiques en conformité avec les normes internationalement reconnues dans le domaine des droits de l'homme¹⁰⁴.

Manifestement, si le droit canadien reconnaissait le droit des peuples autochtones d'adopter leurs propres systèmes de justice, cela confirmerait ce projet de déclaration et le Canada contribuerait ainsi au succès des efforts d'autres peuples autochtones qui, comme les aborigènes d'Australie, les Maoris de Nouvelle-Zélande/Aotearoa, et les nations indiennes des Amériques, ont toujours vécu dans l'«ombre funeste» de la colonisation européenne¹⁰⁵.

Une évolution nécessaire : les orientations futures

De l'avis de la Commission, il faut reconnaître le droit des peuples autochtones de réinstaurer leurs propres systèmes de justice et allouer les ressources nécessaires à l'exercice de ce droit si l'on veut établir la nouvelle relation que nous avons proposée. Il s'agit évidemment d'un objectif à long terme mais, comme nous le verrons dans le prochain chapitre, des mesures importantes ont déjà été adoptées par certaines collectivités autochtones pour définir les nouvelles orientations de leurs nations dans ce domaine. Nous ne sous-estimons pas l'énorme défi que représente cette tâche pour les peuples autochtones, puisqu'il leur faudra faire face aux séquelles destructrices et débilantes des lois et des politiques du passé. Il ne sera pas facile de régler les problèmes qui amènent les autochtones devant les tribunaux et dans les prisons du pays. Comme on nous l'a répété à maintes reprises, il y a un grand besoin de guérison, et seuls les autochtones eux-mêmes peuvent s'acquitter de cette tâche en remplaçant «la grande geôle canadienne¹⁰⁶».

¹⁰⁴ Commission des droits de l'homme, Sous-Commission d'étude sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités (document des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1), 20 avril 1994; voir également le rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones, onzième session (E/CN.4/Sub.2/1993/29), 1993.

¹⁰⁵ Thomas R. Berger, *A Long and Terrible Shadow: White Values, Native Rights in the Americas, 1492-1992*, Toronto/Vancouver, Douglas & McIntyre, 1991.

¹⁰⁶ Lors de nos audiences à Edmonton le 11 juin 1992, Darryll Bretton, du First Nations Freedom Network, a utilisé l'expression «Great Canadian Lockup», que nous rendons ici par «grande geôle canadienne».

La Commission croit que le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale en tant que droit ancestral et droit issu de traité reconnu à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, englobe le pouvoir d'établir des systèmes de justice autochtone. Dans le chapitre 4, nous précisons ce que peut signifier en gros ce pouvoir, la forme d'éventuelles ententes institutionnelles permettant l'exercice de ce droit et la nature des difficultés susceptibles de se présenter dans ce domaine, notamment en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux de la personne.

La Commission considère également que chaque nation autochtone doit avoir compétence en matière de justice. Il reviendra donc à chaque nation de concevoir son propre système de justice. Ce point de vue concorde avec notre position globale au sujet de l'autonomie gouvernementale : chaque nation devrait jouir de l'autonomie dès lors que les gouvernements autochtones deviennent l'un des trois ordres de gouvernement. Ce principe sera développé dans notre rapport final. La reconnaissance de la compétence au niveau de la nation n'interdit toutefois pas l'exercice de ce pouvoir par la collectivité. En fait, comme nous le décrivons dans le prochain chapitre, le travail de pionnier réalisé jusqu'à maintenant est essentiellement le résultat d'initiatives communautaires.

Nous reconnaissons que la compétence dans le domaine de la justice est la responsabilité de chaque nation, et ce pour plusieurs raisons qui relèvent aussi bien des principes que du pragmatisme. Sur le plan des principes, un système de justice est légitime dans la mesure où il reflète les valeurs fondamentales de la société, dans les règles qui régissent les droits et les devoirs des citoyens comme dans la façon dont ces règles permettent de maintenir la paix et l'ordre en cas de conflit. Compte tenu de la diversité des nations autochtones, la reconnaissance de la compétence sur les questions de justice au niveau de la nation permettra à chacune d'exprimer concrètement ses valeurs et ses systèmes privilégiés de règlement des conflits. Il appartient bien sûr aux membres de chaque nation de déterminer la répartition de cette compétence entre la nation et les collectivités qui la composent.

Sur le plan pratique, il vaut mieux reconnaître la compétence autochtone au niveau de la nation plutôt qu'à celui de la collectivité, pour mieux distribuer les ressources humaines et financières nécessaires à l'élaboration et à la gestion efficaces d'un système de justice. Dans le chapitre 4, nous exposerons en détail comment cette reconnaissance des compétences au niveau de la nation peut contribuer à l'adoption de pratiques et de politiques propres à garantir des décisions équitables, prises sans ingérence politique indue et en fonction des besoins des groupes vulnérables.

Ce que nous envisageons, non seulement dans le domaine de la justice mais aussi dans tous les rapports qui s'établissent entre les peuples autochtones et les autres Canadiens, c'est une transformation des politiques assimilatrices du passé, qui deviendront des politiques et des ententes constitutionnelles fondées sur la reconnaissance et le respect.

faire, certaines des collectivités instaureront leur propre système de justice alors que d'autres modifieront à titre expérimental des processus non autochtones. Comme le processus, quel qu'il soit, touchera de près tous les autres aspects du développement des sociétés autochtones, y compris le développement économique et la prestation des services, il s'établira inévitablement une étroite relation entre ce système et celui de la société non autochtone [...] En temps et lieu, les autochtones élaboreront un système de justice adapté à leurs besoins¹⁰⁷.

En ce qui concerne la réforme de la justice, il est beaucoup plus important d'agir dans le cadre d'un dialogue interculturel avec les intervenants fédéraux, provinciaux et territoriaux que de discuter sans fin de l'opportunité d'inclure une initiative donnée dans la première démarche ou dans la seconde. Citons à ce propos Mary Ellen Turpel :

[TRADUCTION] Nous avons poursuivi pendant plusieurs années un débat oiseux visant à déterminer si la réforme de la justice devait prévoir des systèmes distincts ou un réaménagement du système de la majorité. Cette dichotomie est artificielle et stérile, car il ne s'agit pas d'une simple alternative. Le changement naîtra plutôt du rejet du caractère colonialiste et dominateur du système canadien de justice pénale. Pour les peuples autochtones, résister au colonialisme signifie assumer à nouveau la compétence en matière judiciaire et le contrôle du règlement des conflits, mais cela ne peut se faire aussi simplement ni aussi rapidement qu'il y paraît. Pour progresser en ce sens, il faudra établir de nombreux liens avec le système pénal actuel et peut-être procéder par étapes [...]

En 1993, j'ai rencontré des travailleurs judiciaires communautaires et j'ai appris que la population souhaitait non pas une rupture brutale et un nouveau régime totalement isolé mais bien le maintien de l'ordre et une réforme étagée du système pénal. Les membres des collectivités veulent qu'on leur donne le temps de discuter, d'apprendre (notamment divers aspects du système pénal canadien) et de réaménager graduellement la justice pénale. Ils demandent aussi des ressources financières. Certains aspects du système actuel ne seront peut-être jamais adoptés dans les systèmes de justice autochtone. Ceux-ci et le système pénal canadien se recouperont en de nombreux points¹⁰⁸ [...]

Pour reprendre le contrôle en matière de justice, les peuples autochtones devront relever d'énormes défis; mais ils auront des appuis. Les autochtones sont parfaits

¹⁰⁷ Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, cité à la note 9, p. 28.

¹⁰⁸ Turpel, «Reflections on Thinking Concretely», cité à la note 91, pp. 208-209.

tement conscients que ces défis doivent être relevés dans le cadre d'une nouvelle relation. Alphonse Janvier, dans l'exposé qu'il nous a présenté à Saskatoon, l'a très bien dit :

[TRADUCTION] Il faut aussi se demander ce que nous, Métis, pouvons faire pour régler les questions judiciaires et sociales auxquelles nous sommes quotidiennement confrontés.

La réponse, ici encore, est simple. Nous avons dit aux gouvernements et aux bureaucrates que le système de la majorité appliqué au prétendu problème métis en matière judiciaire et sociale ne donnait pas de résultats satisfaisants. Le cadre législatif/politique dans lequel s'inscrivent la justice et le développement social reflète mal les traditions et les valeurs propres aux Métis. Il est temps que les gouvernements et leurs bureaucrates prêtent l'oreille aux propos du peuple métis.

Nous avons dit aux gouvernements que les Métis voulaient prendre leurs problèmes en charge et les traiter à leur manière. Nous sommes disposés à promulguer des lois, à élaborer des politiques, à concevoir et à mettre en œuvre des programmes et des services originaux, conçus pour tous les Métis, où qu'ils soient, pour régler les questions judiciaires et sociales.

À cette fin, le gouvernement métis et d'autres gouvernements doivent établir une nouvelle relation, une relation qui repose sur la confiance mutuelle, le respect et des rapports généralement harmonieux et coopératifs.

Il faut maintenant cesser de se blâmer mutuellement et commencer à discuter de certaines des questions à régler au sein d'un partenariat véritable. Les collectivités métisses veulent s'approprier la responsabilité de leurs problèmes dans les domaines juridique et social.

Nous avons maintenant besoin du soutien, de la confiance et du respect des institutions qui ont autrefois exercé tant de pouvoir sur nous. Il faut surtout donner à l'ensemble de la nation métisse l'occasion de guérir, de devenir productive et de prendre la place qui lui revient dans la fédération des nations canadiennes¹⁰⁹.

Comme le passage ci-dessus l'affirme clairement, les Métis et les autres peuples autochtones relèveront les défis auxquels ils sont confrontés à condition d'avoir «le

¹⁰⁹ Alphonse Janvier, témoignage devant la Commission royale sur les peuples autochtones [ci-après Transcription des audiences], Saskatoon, 12 mai 1993. La transcription intégrale des audiences de la Commission est disponible sous forme électronique ou sur papier et sera publiée sur CD-ROM avec le rapport final de la Commission.

soutien, la confiance et le respect» des intervenants non autochtones du système judiciaire. Le juge Sarich, dans le rapport de la Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, a bien exposé le défi que représentent les aspirations autochtones et les conséquences d'un rejet :

[TRADUCTION] Ceux qui interviennent dans le système judiciaire non autochtone actuel – notamment les juges des cours provinciales – doivent choisir. Ils peuvent contribuer à l'évolution du système de justice autochtone qui se dessine actuellement ou prendre du recul et le condamner sur la base d'une stricte interprétation de la Constitution. S'ils optent pour le second choix, ils s'interdiront toute participation à l'élaboration du système de justice autochtone et ils restreindront de la sorte le mandat de la Cour provinciale. S'ils choisissent la première option, ils devront apprendre à connaître les traits culturels de chacun des peuples autochtones avec qui ils auront des contacts. Dans tous les secteurs de développement, les juges peuvent influencer directement sur l'évolution du processus autochtone s'ils adoptent une approche humaine et éclairée. Une telle approche peut faciliter l'élargissement et l'adaptation d'un système de droit commun canadien souple et original, au bénéfice des deux systèmes, l'autochtone et le non autochtone.

Cette évolution ne se fera pas du jour au lendemain. Entre-temps, l'organisation judiciaire non autochtone doit devenir plus accessible aux autochtones et mieux adaptée à leurs besoins¹¹⁰.

¹¹⁰Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry, cité à la note 9, p. 28.

3

Les initiatives autochtones en cours dans le domaine de la justice

 Les communautés autochtones ont commencé depuis une vingtaine d'années à reprendre un peu le contrôle de certains aspects du système de justice. Ces initiatives reflètent la volonté des peuples autochtones d'affirmer leur droit à l'autonomie gouvernementale et elles démontrent également qu'un certain nombre de juges, de politiciens et de fonctionnaires fédéraux, provinciaux et territoriaux sont prêts à introduire une certaine souplesse dans la façon dont la justice est rendue aux autochtones. Ces initiatives ont pris de l'ampleur au cours des cinq dernières années mais elles se sont déroulées dans un vide juridique. La plupart du temps, ces programmes ne sont que tolérés. Ils bénéficient rarement du genre de financement que les gouvernements et les organismes non autochtones considèrent comme essentiel pour l'administration des composantes centrales du système de justice pénale. Malgré ce terrain peu favorable, un certain nombre d'initiatives ont réussi à s'implanter et même à s'épanouir.

Nous allons examiner dans ce chapitre quelques-unes de ces initiatives et décrire les autres mesures qu'ont prises les gouvernements et les tribunaux non autochtones pour tenter d'amener le système judiciaire à mieux répondre aux expériences et aux besoins des autochtones. Les initiatives retenues concernent la police autochtone, la nomination de juges de paix et de juges autochtones, le rôle des travailleurs judiciaires autochtones, et les efforts déployés pour mieux faire comprendre aux intervenants non autochtones du système judiciaire les différences culturelles, grâce à des programmes de formation et de sensibilisation. Nous étudions également les quelques tribunaux autochtones qui ont été créés en vertu de la *Loi sur les Indiens* ainsi qu'un certain nombre de projets de déjudiciarisation qui ont tenté d'offrir de nouveaux mécanismes de règlement des conflits. Nous examinons en

outre quelques nouveautés, en particulier le recours aux conseils d'anciens et aux cercles de consultation qui sont devenus importants dans le nord du Canada, et nous verrons comment des collectivités se responsabilisent face aux adolescents qui ont des démêlés avec la justice. Enfin, nous étudions la situation des prisonniers autochtones, hommes et femmes, et nous suivons le remarquable parcours de guérison que certains d'entre eux ont effectué grâce aux enseignements de la spiritualité autochtone.

Nous avons profité de cet examen pour essayer de dégager un certain nombre d'aspects communs aux diverses initiatives. Nous avons également tenté de cerner les facteurs qui ont favorisé le succès de certaines initiatives ainsi que les obstacles qui en ont amené d'autres à échouer. Nous avons également tenté de voir comment certaines initiatives conçues au départ pour réformer le système de justice non autochtone pourraient aider les nations et collectivités autochtones à faire la transition vers un système de justice contrôlé par les autochtones. Nous nous sommes également efforcés d'identifier les initiatives qui pourraient, avec le temps, s'intégrer aux systèmes de justice contrôlés par les autochtones.

Après cet examen panoramique, nous présentons en détail deux études de cas. Les initiatives concernées sont le projet des Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto et le projet de guérison holistique de la Première nation de Hollow Water au Manitoba. Nous avons choisi ces programmes parce qu'ils apportent une réponse à deux questions particulièrement complexes que pose la création de systèmes de justice autochtone. L'initiative déployée à Toronto apporte une réponse à la nécessité impérieuse de mettre sur pied un système de justice autochtone en milieu urbain, où près de la moitié des autochtones vivent actuellement. L'initiative de Hollow Water, pour sa part, apporte une réponse à la question tout aussi essentielle de savoir comment les communautés autochtones peuvent faire face à un phénomène susceptible d'entraîner de graves répercussions sur le plan social, celui de la violence sexuelle contre les femmes et les enfants. En outre, ces deux initiatives fonctionnent depuis suffisamment longtemps pour que l'on dispose de données statistiques concernant les cas traités et elles ont fait l'objet d'évaluations externes.

Les services de police autochtones

Avant le début des années 70, c'était principalement la GRC qui fournissait des services de police aux collectivités autochtones, en tant que responsable de l'application de la *Loi sur les Indiens*. On croyait en effet à l'époque que le gouvernement fédéral était responsable de tous les aspects des affaires autochtones. En 1967, dans un rapport intitulé *Les Indiens et la loi* (le premier de toute une série de rapports sur la justice autochtone) l'Association correctionnelle du Canada formulait des recommandations visant notamment à améliorer les services de police fournis aux collectivités autochtones, grâce à l'amélioration et à l'expansion du système de police déjà en place dans les bandes. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) qui était, à cette époque et jusqu'en 1992, le ministère fédéral

chargé de surveiller les ententes en matière de services de police, a obtenu l'autorisation du Conseil du Trésor de mettre sur pied un programme destiné à augmenter le nombre de policiers dans les bandes. Cela a finalement débouché sur ce que l'on a appelé la circulaire 55, émise le 24 septembre 1971, d'après laquelle les fonctions des agents de police des bandes, outre les questions relevant de la bande elle-même (comme l'application des règlements de la bande), consistaient à épauler localement, sans toutefois les remplacer, les forces policières principales.

En 1973, une deuxième étude, plus générale et effectuée par le MAINC, le *Rapport du Groupe de travail sur le service de police dans les réserves*, a surtout analysé la possibilité de confier aux autochtones un rôle élargi en matière de police et proposait d'étendre et d'améliorer le programme des agents de police des bandes. Le groupe de travail a examiné trois options de base. Les deux premières consistaient à confier le maintien de l'ordre à un service de police relevant du conseil de bande (idée déjà mise en avant dans la circulaire 55) ou de la municipalité, c'est-à-dire des services de police contractuels. L'option 3a) proposait la création de corps policiers autochtones autonomes, et l'option 3b), la mise sur pied de contingents de gendarmes spéciaux au sein des corps policiers existants. Le groupe de travail a conclu que l'option 3b) était celle qu'il convenait d'offrir aux bandes intéressées. À la suite de ce rapport, le MAINC a obtenu l'autorisation de mettre sur pied un programme expérimental prévoyant la création d'un contingent spécial de policiers autochtones et a reçu l'autorisation de négocier avec les provinces, en consultation avec le Solliciteur général, des accords de partage des coûts pour l'implantation de ces contingents spéciaux au sein des services de police provinciaux et territoriaux.

Le rapport de 1990 du groupe d'étude fédéral, intitulé *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes*, décrivait les programmes de services policiers en place à l'époque.

Les programmes de services policiers aux Indiens comptent en tout 708 gendarmes indiens [...] La plupart ressortissent au «programme 3b)» de la GRC ou au Programme des gendarmes indiens spéciaux de l'Ontario, et ont essentiellement pleins pouvoirs d'«agents de la paix». Par contre, les fonctions policières des agents de police des bandes (circulaire 55) varient d'un endroit à l'autre, mais sont habituellement plus limitées¹¹¹.

En plus des agents de police des bandes nommés aux termes de la circulaire 55 et du programme de gendarmes spéciaux mis sur pied aux termes de la recommandation 3b), il existe des arrangements qui font appel à ce que l'on a appelé des corps policiers indiens qui ont été établis en vertu de diverses ententes fédérales et provinciales, de règlements de bande ou de lois provinciales.

Il existe au Québec depuis 1978 divers programmes concernant l'administration de services de police dans diverses collectivités autochtones. On a créé, cette

¹¹¹ *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes*, cité à la note 46, p. 8.

année-là, le Conseil de la police amérindienne, un organisme sans but lucratif possédant une charte fédérale, dans le but initial d'offrir des services de police à quelque 23 collectivités des Premières nations du Québec. En 1978, la Sûreté du Québec a également mis sur pied un programme de services de police destiné aux autochtones des collectivités visées par la Convention de la Baie James et du Nord québécois ainsi que la Convention du Nord-Est québécois (Cris et Naskapis). Ce programme vise les communautés cries, les Inuit, et les Naskapis de Kawawachikamach. Au début de 1995, neuf collectivités autochtones se sont retirées du Conseil de la police amérindienne, ramenant à 14 le nombre des collectivités membres¹¹². Les agents autochtones au service du Conseil de la police amérindienne ont tous les pouvoirs et droits d'un agent de la paix aux termes de la *Loi de police* du Québec¹¹³, même s'ils ne peuvent exercer leurs fonctions que sur les réserves indiennes.

Notons également que, depuis 1990, quelques communautés autochtones du Québec ont préféré négocier des ententes tripartites – entre le ministère fédéral du Solliciteur général, le ministère provincial de la Sécurité publique et leurs propres conseils de bande – concernant l'administration des services de police dans les collectivités. La *Loi de police* a été récemment modifiée pour conférer le statut d'agent de la paix à tous les membres de ces corps policiers autochtones, à la suite de la signature d'une entente avec la province¹¹⁴. Kahnawake a tout récemment conclu une entente tripartite de ce genre¹¹⁵. En 1979, elle avait mis sur pied son propre corps de gardiens de la paix (Peacekeepers) conformément aux résolutions du conseil de bande. Ses agents n'avaient pas le statut d'agent de la paix selon la loi provinciale mais avaient prêté serment devant un juge de paix aux termes de la *Loi sur les Indiens*¹¹⁶.

En juin 1991, le gouvernement fédéral a annoncé l'adoption d'une nouvelle orientation pour les services de police destinés aux membres des Premières nations vivant dans les réserves. Le terme «réserves» désigne non seulement les réserves indiennes mais également certaines collectivités indiennes établies sur des terres de la Couronne et des collectivités inuit. Cette nouvelle orientation a eu pour effet

¹¹²Voici quelles étaient les collectivités autochtones concernées : les Micmacs de Maria, les Montagnais de Saint-Augustin, de La Romaine, de Natashquan, de Mingan, des Escoumins et de Pointe-Bleue, les Algonquins de Timiskaming, de Kipawa et de Winneway, les Abénaquis d'Odanak et les Attikameks de Weymontachie et de Manawan. Voir la lettre adressée à la CRPA par le bureau du Coordonnateur des affaires autochtones, ministère de la Sécurité publique (Québec), 10 mai 1995.

¹¹³*Loi de police*, L.R.Q., chapitre P.13, articles 80 et 83.

¹¹⁴*Loi modifiant la Loi de police et la Loi sur l'organisation policière en matière de police autochtone*, L.Q. 1995, c. 12.

¹¹⁵Entente au sujet des services de police dans le territoire de Kahnawake entre les Mohawks de Kahnawake, le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada, signée le 11 septembre 1995.

¹¹⁶Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes, cité à la note 46, pp. 33-35.

de transférer les responsabilités qu'exerçait auparavant le MAINC à un programme unique de services de police destinés aux Premières nations relevant du ministère fédéral du Solliciteur général. Ce nouveau programme s'est vu attribuer un budget supplémentaire de 116,8 millions de dollars pour une période de cinq ans¹¹⁷.

Au cours de nos audiences publiques et de notre table ronde sur les questions judiciaires, nous avons entendu le témoignage de policiers autochtones parmi les plus expérimentés. Ils nous ont non seulement parlé des réalisations des corps policiers autochtones, mais également des problèmes auxquels ils font face et des obstacles qui nuisent à l'expansion des services policiers autochtones au sein d'un système de justice autochtone intégré. Frank McKay est le chef du service de police du conseil tribal dakota-ojibwa (CTDO) au Manitoba. Le corps policier du CTDO a été créé en 1978 pour fournir à huit réserves dakotas et ojibwas des services de police contrôlés par une administration locale. C'était le premier corps policier tribal de ce genre. Le service policier du CTDO comprend 25 agents et est dirigé par un chef de police qui reçoit ses ordres de la Commission de police où siègent les chefs des réserves concernées ainsi que des représentants du ministère provincial de la Justice, du gouvernement fédéral, de la GRC et de la Commission de police du Manitoba. Les agents du CTDO ont le statut d'agent de la paix et le pouvoir d'appliquer toutes les lois mais ils n'exercent leurs fonctions que sur les réserves du CTDO, conformément à l'accord conclu par le gouvernement fédéral, le gouvernement provincial et le CTDO. Ce corps policier exerce conjointement avec la GRC des pouvoirs d'enquête dans le cas d'infractions mineures au *Code criminel*; les enquêtes au sujet des infractions graves sont confiées à la GRC, conformément à un protocole d'entente. À la demande des chefs et conseils de bande concernés, le corps de police du CTDO veille également à l'application des règlements de la bande. Les agents du CTDO sont formés à l'école de la GRC, à Regina, mais le chef McKay nous a indiqué qu'on prévoit de créer une école de formation des policiers indiens soit au Manitoba, soit dans une localité centrale à laquelle les autres corps policiers des Premières nations pourraient facilement avoir accès.

L'un des principaux problèmes pour le CTDO est un problème que l'on retrouve dans la plupart des initiatives autochtones dans le domaine de la justice : la «mentalité du projet pilote». Le chef McKay a souligné les difficultés qui découlent d'un financement incertain, situation qu'aucun corps policier non autochtone ne tolérerait.

[TRADUCTION] Nous avons toujours eu des problèmes de financement. On nous a toujours attribué des crédits pour une année seulement. Au-delà, nous ne pouvons rien planifier [...] Il est impossible de mettre sur pied des programmes ou des opérations

¹¹⁷ On trouvera les ententes tripartites sur les services de police des Premières nations dans les rapports n° 1992-10 et n° 1994-03, publiés par le solliciteur général du Canada. Les ententes Premières nations-GRC sur les services de police communautaire figurent dans le rapport n° 1995-08.

à long terme parce que le budget était annuel. Le taux de roulement du personnel est très élevé parce qu'il n'y a pas de financement à long terme. Habituellement, les agents de police qui font très bien leur travail cherchent à se faire embaucher par d'autres corps policiers. Les salaires sont très bas, et il n'y a pas de budget pour les heures supplémentaires. Aucune formation permanente n'est offerte aux policiers principaux. Il n'y a ni bureaux ni logements convenables pour le détachement¹¹⁸.

Wally McKay, le président de l'Ontario First Nations Police Commission, a comparu devant nous à Toronto. Sa commission joue un rôle consultatif et de surveillance à l'endroit des programmes d'agents de police dont se sont dotées plus de la moitié des bandes ontariennes, en vertu d'un accord tripartite entre les principales associations ontariennes des Premières nations et les gouvernements fédéral et provincial. Dans son témoignage, McKay a principalement parlé des limites imposées à l'indigénisation des forces de police par des questions de fond non réglées comme la question des pouvoirs et la notion du maintien de l'ordre.

[TRADUCTION] Cela fait 20 ans qu'ont été créés les premiers postes d'agent de police de bande ou de gendarme spécial. Les accords tripartites en matière de service de police comme ceux que l'on connaît actuellement existent depuis 10 ans. Les fonctionnaires fédéraux et provinciaux ont fait beaucoup de progrès tant sur le plan de la compréhension que de l'action. Les représentants des services de police des Premières nations, moi y compris, ont beaucoup appris, notamment pour ce qui est de s'adapter à des situations nouvelles. De plus, il est nécessaire de prévoir des étapes de transition. La présente étape dure maintenant depuis près d'une génération, et une génération, c'est trop long. L'indigénisation des services de police dans les réserves risque fort de se figer dans sa forme actuelle dans l'esprit des autorités concernées, qu'elles soient fédérales, provinciales ou même des Premières nations [...] Les jeunes hommes et femmes qui décident de devenir des agents de police des Premières nations le font pour servir leur peuple. Au cours de toutes les années pendant lesquelles j'ai présidé la Commission de police des Premières nations, c'est ce qui m'a le plus impressionné. Les cours de formation destinés à ces jeunes gens ont été conçus pour les préparer aux fonctions qu'ils vont exercer sur les territoires des Premières nations dans les conditions actuelles [...] Ils connaissent également les autres possibilités de carrière qui s'offrent à eux dans la police. Lorsqu'ils décident de faire partie des programmes des agents des Premières

¹¹⁸ Le chef Frank McKay, Transcription des audiences, Brandon (Manitoba), 10 décembre 1992.

nations, la plupart de ces jeunes veulent en fait combiner la formation de policier qui va leur être donnée avec la connaissance qu'ils ont de leur collectivité. Ils veulent faire mieux que la GRC ou la police provinciale qu'ils ont connue dans leur jeunesse. Ils veulent être une des ressources communautaires qui travaillent à la guérison de notre peuple. Ils veulent obtenir des résultats, restaurer l'harmonie sociale en jouant un rôle clé dans le domaine du maintien de l'ordre et de la réconciliation.

C'est un but parfaitement légitime. C'est le but que se fixent toutes les institutions qui visent l'harmonie sociale par la réglementation et la surveillance de la société, quelle qu'elle soit. C'est l'objectif que s'étaient fixé les premiers corps policiers modernes au XIX^e siècle en Angleterre, et c'est également celui que poursuivaient les sociétés de guerriers traditionnelles des Plaines – pour ne donner qu'un exemple –, les méthodes de maintien de l'ordre créées par nos nations en Amérique du Nord. Il devrait être également tout à fait réaliste d'espérer que nos jeunes réussiront à atteindre ce but.

Malheureusement, leurs efforts sont voués à l'échec. En fait, ils ne peuvent, de façon réaliste, espérer pouvoir apporter ce genre de contribution [...] C'est parce qu'ils fonctionnent encore dans un système étranger. Ils ont été «indigénisés» [...] Ces recrues doivent travailler en relevant de deux autorités distinctes qui représentent des conceptions du monde différentes, sans parler des différences qui existent sur le plan des lois, des rapports interpersonnels, des objectifs et des attentes. N'a-t-on pas dit, il y a très longtemps, qu'il n'est pas possible de servir deux maîtres? Les agents de police des Premières nations doivent répondre aux attentes de la collectivité, tout en recevant leurs ordres du détachement local. Avec la structure policière actuelle très hiérarchisée, il est difficile pour ces agents de préconiser le point de vue des Premières nations en matière de services policiers. Dans la plupart de ces corps policiers, on a fait beaucoup de progrès dans la compréhension des autres cultures. Il demeure toutefois qu'à l'intérieur d'une structure hiérarchique rigide, il n'est pas possible de tenir compte de systèmes trop différents. Les agents de police des Premières nations utilisent un modèle de maintien de l'ordre qui les empêche d'intégrer leurs fonctions aux usages traditionnels et toujours en vigueur des collectivités qu'ils sont censés servir. Leur système policier est de nature accusatoire. Ils doivent inculper et arrêter les gens. Ils doivent les isoler [...]

L'aspect essentiel du modèle policier que nos agents des Premières nations sont tenus d'appliquer n'est pas celui du maintien de la

paix, comme le voudrait notre tradition, mais plutôt celui de la lutte contre la criminalité. La tâche de la police consiste à découvrir des actions que l'on peut qualifier de criminelles et à en démasquer les auteurs. Tous les éléments de ce processus sont essentiellement de nature accusatoire. Il n'y a pas nécessairement de quotas pour les arrestations, mais les policiers les plus performants à cet égard ont plus de chances d'être récompensés et promus. De plus, les organismes chargés de financer les services policiers se fient aux statistiques sur la répression de la criminalité. Au lieu de récompenser les forces policières qui réussissent à réduire la criminalité, on leur enlève des effectifs.

Le modèle basé sur la répression de la criminalité a donné naissance à un phénomène particulier où les collectivités des Premières nations sont à la fois trop et pas assez surveillées. En termes de statistiques relatives à la définition que donne la société canadienne du désespoir collectif, nous remplissons les établissements correctionnels canadiens, mais lorsque nos collectivités demandent de l'aide pour maintenir l'ordre et ramener la paix sociale, cela prend toujours plus de temps, parfois des années, pour obtenir des fonds pour embaucher un agent. Le nombre de nos agents en Ontario, par exemple, est tout à fait insuffisant, ce que savent d'ailleurs fort bien la Commission, la Police provinciale de l'Ontario et le gouvernement fédéral.

[...] Entre-temps, on traite [les agents de police des Premières nations] comme des policiers débutants ou qui exercent des tâches accessoires et on ne leur confie que des fonctions policières très limitées. Ils ne sont pas rémunérés comme le sont leurs homologues des forces de police régulières, et on ne tient aucunement compte de certains atouts particulièrement importants pour le travail qu'ils accomplissent, à savoir la langue et la connaissance du milieu. Ils sont mal formés pour la répression de la criminalité autant que pour le maintien et le rétablissement de l'ordre, ce qui les empêche d'exploiter au maximum leurs capacités¹¹⁹.

Aux mémoires de représentants des forces policières autochtones est venue s'ajouter une étude que nous avons commandée à Robert Depew. Cette étude apporte certains éclaircissements sur les problèmes et les préoccupations qu'a soulevés, comme l'a indiqué Wally McKay, l'indigénisation de la police autochtone dans le cadre plus large du modèle de police non autochtone. L'étude de Depew contient un historique de l'organisation policière en Grande-Bretagne, elle décrit son in-

¹¹⁹Wally McKay, Ontario First Nations Police Commission, 'Transcription des audiences, Toronto, 4 juin 1993.

fluence sur les différentes parties de l'ancien Empire britannique et les répercussions qu'elle a eues au Canada dans le cas des services policiers destinés aux autochtones. Se référant aux travaux de Philip Stenning, l'auteur oppose le modèle du «London Met» à celui du Royal Irish Constabulary (RIC) et fait ressortir les raisons pour lesquelles l'un a été adopté de préférence à l'autre au Canada.

[TRADUCTION] Le premier modèle, que l'on a connu historiquement sous le nom de «London Met» a influé sur la structure organisationnelle des services de police régionaux au Canada, principalement dans les zones rurales et les petites municipalités. L'idée centrale de ce modèle est qu'il faut «confier à des institutions locales les responsabilités locales.» D'une façon générale, cela se traduit dans les zones rurales et les petites villes par un service de police qui fait partie intégrante de la collectivité desservie [...] Le type correspondant d'organisation policière comprend un certain nombre d'aspects ou de caractères distinctifs : il comporte habituellement une structure de contrôle et de gestion simple et décentralisée et fait appel à un style de service policier réactif, discrétionnaire et souple axé sur le maintien de l'ordre. Il n'est pas surprenant que ces services de police effectuent moins d'arrestations et portent moins d'accusations que les autres. En résumé, la grande orientation des services policiers inspirés du modèle londonien est axée sur le maintien de l'ordre, ce qui, combiné à un style opérationnel réceptif et souple, reflète l'organisation et la structure des petites collectivités dont ils font partie et dont ils sont, dans une certaine mesure, le produit¹²⁰.

Ce modèle n'est pas sans rappeler les principes qui sont à la base d'un corps de «gardiens de la paix», modèle que Wally McKay disait plus proche des conceptions autochtones traditionnelles du maintien de l'ordre et de paix sociale. Ce n'est toutefois pas le modèle londonien qu'appliquent généralement les corps policiers municipaux, provinciaux et fédéraux pour ce qui est des services de police fournis aux collectivités autochtones. Le modèle utilisé ressemble davantage à celui du Royal Irish Constabulary, dans lequel la police est un des mécanismes de répression de la criminalité. Comme l'a décrit Depew :

[TRADUCTION] À la différence de l'organisation et du style d'opération plus souple du modèle londonien appliqué dans les zones rurales, le modèle irlandais se caractérise principalement par une organisation de type militaire, un processus d'intervention et

¹²⁰ Depew, «Aboriginal Policing», cité à la note 47. Cette citation et celles des quelques pages qui suivent sont tirées de l'étude en question. Voir aussi Philip Stenning, «Police Governance in First Nations in Ontario», rapport préparé pour les négociateurs de l'Ontario First Nations Policing Agreement, 1992, pp. 19-34.

d'application de la loi hiérarchisé et une structure de gestion et de contrôle centralisée [...] Conformément aux caractéristiques et aux principes du modèle irlandais de service policier, le modèle plus général axé sur la répression de la criminalité s'attache principalement au constat des infractions, à l'appréhension des criminels et au dépôt d'accusations. Le genre de service policier qui en découle est bien souvent de nature accusatoire pour ce qui est des interventions et des enquêtes et s'appuie sur une bureaucratie paramilitaire centralisée. La répartition des fonctions au sein du corps policier s'effectue selon le rang, le grade et l'autorité hiérarchique. L'exécution des fonctions spécialisées de la police se fonde sur des responsabilités où les règles sont omniprésentes et sur l'obéissance à ses supérieurs.

Le modèle irlandais a inspiré, à des degrés divers, les corps policiers provinciaux et fédéraux, y compris la GRC, la Police provinciale de l'Ontario (OPP) et la Sûreté du Québec (SQ). Il est important de préciser que c'est ce modèle, et non le modèle londonien davantage axé sur la collectivité, qui a généralement été appliqué par les corps policiers provinciaux et fédéraux aux services de police offerts aux autochtones. Comme le fait remarquer Depew, [TRADUCTION] «Il n'est pas difficile de comprendre l'origine historique de cette situation, compte tenu du rôle qu'ont joué la GRC et les autres corps policiers administrés selon le mode colonial dans la colonisation, la pacification et l'administration des populations autochtones.» Depew poursuit en faisant remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] le modèle irlandais ne modifie pas le type d'interaction existant entre la police et la communauté, et ne peut manifestement pas le modifier dans de nombreuses collectivités autochtones. Cela s'explique en partie parce qu'il limite l'interaction entre le corps policier et la communauté et en partie parce que l'interaction qu'il permet est habituellement beaucoup trop étroite ou ambiguë pour être efficace ou positive.

Par contre, [TRADUCTION] «le modèle londonien semble avoir davantage en commun avec les composantes et les paramètres structurels des services de police autochtones dans la mesure où il s'intègre beaucoup mieux à l'organisation et à la structure communautaires et qu'il en est davantage le produit».

Dans l'ensemble, les autochtones ont principalement eu affaire au modèle irlandais puisque c'est celui-là qui sous-tend les programmes policiers autochtones de la GRC, de l'OPP et de la SQ. Comme le conclut Depew :

[TRADUCTION] Il semble donc que les modèles traditionnels des services policiers offerts actuellement aux peuples autochtones sont beaucoup trop limités sur le plan structurel et psychologique pour répondre aux besoins divers et changeants des collectivités autochtones en matière de services de police.

L'analyse de Depew renforce les propos de Wally McKay au sujet des avantages limités que peut apporter l'indigénisation des fonctions policières en l'absence de changements structurels dans le fonctionnement des corps de police.

[TRADUCTION] Ce n'est pas en remplaçant les policiers non autochtones par des policiers autochtones dans les structures actuelles des corps policiers que l'on réussira à résoudre les problèmes qui se posent dans ce domaine, en particulier dans les petites collectivités autochtones rurales et isolées.

Il existe un autre point de convergence important entre l'étude que nous avons commandée et les points de vue formulés au cours des audiences publiques. Il s'agit de l'existence d'un rapport très direct entre les nouvelles façons de concevoir la police autochtone et l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. Depew constate que les services de police non autochtones ont de plus en plus tendance à favoriser la police communautaire.

[TRADUCTION] Sur le plan des idées et des principes, la police communautaire est une initiative qui vise à s'attaquer aux problèmes communautaires sous-jacents au lieu de simplement réagir aux événements ou aux demandes d'intervention. Par conséquent, la police communautaire repose sur un nombre limité de principes clés en matière d'organisation et de prestation de services mais elle a une mission beaucoup plus large et un rôle extrêmement diversifié axé sur les activités policières proactives et les stratégies de prévention de la criminalité dans la communauté. On veut ainsi faciliter l'émergence d'un partenariat et d'une interdépendance au sein de la communauté qui s'appuient sur des mécanismes locaux de responsabilisation de la police.

La police communautaire – avec sa conception plus holistique qui l'amène à intégrer les fonctions, les responsabilités et les activités de la police aux autres institutions publiques et sociales – partage certains aspects des modèles axés sur le maintien de l'ordre préconisés par les autochtones. Voici comment Depew établit le lien entre la police communautaire et l'autonomie gouvernementale autochtone :

[TRADUCTION] Les autochtones ont souvent exprimé le désir de participer à la création et à la bonne marche des institutions et des services policiers au cours de conférences et dans le cadre de rapports de recherche et d'enquêtes sur la justice, tant au niveau provincial que fédéral. Les autochtones estiment en effet que la solution à long terme aux problèmes que posent les services policiers relève, en fin de compte, de leurs collectivités et d'eux-mêmes. Il est évident que c'est l'autonomie gouvernementale autochtone qui offre les meilleures perspectives pour une telle participation communautaire. Ce n'est pas uniquement parce que c'est la façon la plus prometteuse de modifier les ententes existantes – même si

ce n'est pas la seule – mais aussi parce que l'autonomie peut fournir une assise solide et cohérente à une structure gouvernementale communautaire ainsi qu'au pouvoir de prendre des décisions et d'adopter des lois, conditions préalables à la conception, à la mise sur pied et au bon fonctionnement de corps de police autochtones véritablement autonomes.

C'est Wally McKay qui, au cours de son témoignage devant la Commission, a insisté sur le rôle crucial que jouerait l'autonomie gouvernementale autochtone pour en arriver à des ententes avec les nations et les communautés autochtones dans le domaine des services policiers.

[TRADUCTION] Si l'on veut renforcer les services de police dans les collectivités des Premières nations, il faudra nécessairement légitimer et restructurer l'ensemble du système judiciaire dans le cadre d'une revitalisation de l'autonomie gouvernementale, un droit inhérent que nous avons et qui n'a jamais disparu, revitalisation qui s'amorce actuellement [...] *La question des compétences est au cœur de l'autonomie gouvernementale. La priorité la plus immédiate et la plus essentielle consiste à mettre en place des accords prévoyant l'attribution de pouvoirs, et je tiens à préciser ici qu'il ne s'agit pas de responsabilités déléguées. C'est une responsabilité fédérale, une responsabilité provinciale et une responsabilité des Premières nations*¹²¹.

L'examen de la politique fédérale de 1991 sur la police des Premières nations fait ressortir l'importance du lien à établir entre l'autonomie gouvernementale autochtone et les services de police autochtones. Cette politique a notamment pour objectifs «d'appuyer et d'encourager l'autonomie gouvernementale dans les collectivités des Premières nations» et «de veiller à ce que les services policiers dans les réserves soient indépendants des dirigeants des Premières nations et des bandes, tout en étant tenus de rendre des comptes aux collectivités desservies¹²²».

Dans un rapport intitulé «Justice for the Cree: Policing and Alternative Dispute Resolution», le professeur Jean-Paul Brodeur fait remarquer non seulement que ces objectifs sont tout à fait contradictoires mais aussi qu'ils reflètent une conception très étroite de l'autonomie gouvernementale, celle qu'appliquent les gouvernements non autochtones en matière de services de police. Au sujet de l'objectif consistant à rendre les services de police dans les réserves indépendants des dirigeants de la collectivité ou de la bande tout en leur faisant rendre des comptes aux communautés desservies, Brodeur écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Si l'on applique littéralement cet objectif dans le contexte canadien, on constate qu'il est manifestement absurde;

¹²¹ Wally McKay, témoignage cité à la note 119 [nous soulignons].

¹²² Politique sur la police des Premières nations, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1992, p. 2.

on énonce que la police doit être à la fois indépendante du Parlement et responsable devant la communauté. En d'autres termes, la police devrait être responsable envers la communauté mais non pas envers ses représentants élus. La difficulté que soulève l'application de ce principe dans le contexte politique canadien fait là encore ressortir la conception étroite de l'autonomie gouvernementale autochtone que l'on retrouve dans les documents du gouvernement. Elle indique également autre chose. Il est possible de donner un sens aux objectifs mentionnés ci-dessus, si l'on y voit un désir d'éviter que les politiciens tentent d'influencer la police [...] Cependant, si les gouvernements fédéral et provinciaux devaient assujettir leur appui à la création de corps policiers autochtones autonomes à des garanties que les autorités politiques autochtones ne se mêleront jamais de ce que font les services policiers, ils exigeraient là une chose qu'ils n'ont jamais pu eux-mêmes garantir dans la société canadienne. Insister sur de telles garanties reviendrait à refuser indirectement l'autonomie policière. L'un des aspects les plus frappants du colonialisme est qu'il exige des peuples colonisés qu'ils possèdent des vertus que n'ont jamais eues les colonisateurs¹²³.

Cet objectif de la politique fédérale sur la police des Premières nations appelle un dernier commentaire. Il a souvent été difficile, dans la société non autochtone, d'en arriver à un équilibre entre la nécessité d'obliger les corps policiers à rendre des comptes aux politiciens élus et celle de préserver leur capacité d'exercer leurs activités quotidiennes à l'abri de toute ingérence politique, mais il est également possible que cet objectif soit contraire aux coutumes autochtones qui veulent que les dirigeants communautaires participent activement au processus de maintien de l'ordre. La question du respect de l'équité dans l'administration de la justice est bien entendu un élément essentiel de la légitimité de tout système de justice et c'est pourquoi elle sera abordée un peu plus loin dans le rapport. Nous tenons simplement à signaler ici que l'idée d'inclure ce genre de préalable dans la politique fédérale mettrait peut-être en péril l'objectif ultime qui est d'aménager un espace conceptuel et juridique permettant aux peuples autochtones d'insuffler une nouvelle vie à leurs propres systèmes de justice, y compris aux activités de maintien de l'ordre.

L'indigénisation

La notion d'indigénisation est à la base d'un certain nombre de programmes qui ont été mis sur pied pour répondre aux besoins des autochtones ayant des contacts avec le système de justice. Ces programmes ont pour but de rendre le système judiciaire actuel, en particulier la justice pénale, plus accueillant pour les autochtones.

¹²³ Brodeur, *Policing and Alternative Dispute Resolution*, cité à la note 53, p. 10.

Ils ne visent pas à modifier profondément la façon dont le système judiciaire traite les autochtones. Ils cherchent plutôt à réduire le sentiment d'aliénation que ressentent ces derniers. La philosophie de ces programmes est que toutes les personnes qui vivent au Canada devraient relever du même système de justice mais qu'il convient peut-être de prendre des mesures spéciales pour rendre ce système plus facile à comprendre et plus accueillant pour les autochtones qui l'abordent dans une perspective différente.

Pour ce qui est des budgets affectés par les gouvernements aux programmes de justice autochtone, on constate que la plupart des crédits sont consacrés à l'indigénisation. Par exemple, 90 % des 3 874 500 \$ que l'Ontario dépense annuellement pour des programmes et des projets de justice autochtone vont à des programmes d'indigénisation¹²⁴. Ce chiffre est particulièrement significatif parce que l'Ontario est la province qui dépense le plus pour les projets de justice communautaire destinés aux autochtones.

Cette situation s'explique peut-être parce que les programmes d'indigénisation relèvent souvent du seul gouvernement et ne remettent donc pas en cause les mécanismes de contrôle judiciaires et administratifs applicables au fonctionnement du système judiciaire. Cela ne veut toutefois pas dire que ces programmes sont inefficaces ou inopportuns.

Il existe un certain nombre de programmes d'indigénisation au Canada. Nous en examinerons trois : la nomination de juges de paix autochtones et de juges autochtones; le Programme d'assistance parajudiciaire aux autochtones; et les programmes de sensibilisation aux différences culturelles.

La nomination de juges de paix et de juges autochtones

Une des façons de rapprocher le système judiciaire actuel des autochtones est d'amener ceux-ci à participer au processus judiciaire autrement qu'à titre d'accusés. Considéré dans un cadre plus large, une telle initiative relève de l'équité en matière d'emploi. En particulier, les programmes analysés ici visent principalement à ce que les accusés autochtones puissent être entendus par des juges et des juges de paix autochtones. On espère ainsi que la présence d'autochtones parmi les magistrats, dans ce qui serait autrement un environnement étranger, va rassurer les autochtones qui sont traduits devant les tribunaux et leur démontrer qu'on ne rend pas ici uniquement «la justice des Blancs».

¹²⁴ Le budget annuel total des trois programmes de justice alternatifs de la province – Toronto, Sandy Lake et Attawapiskat – s'élève à 300 000 \$. À titre de comparaison, le budget annuel du programme des juges de paix autochtones est de 900 000 \$, et la province consacre plus de 1,4 million de dollars par an aux programmes des travailleurs judiciaires autochtones. (S. Jolly, *Information on Federal and Provincial Contributions to Aboriginal Justice Projects and Programs in Ontario*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, mai 1994, p. 1.)

Les juges autochtones sont nommés de la même façon que les autres juges et par les mêmes autorités. Leur charge de travail est identique à celle des autres juges et le nombre d'autochtones avec lesquels ils sont en contact dans l'exercice de leurs fonctions dépend principalement de la situation géographique de leur tribunal et de sa place dans la hiérarchie judiciaire. Il y a à l'heure actuelle au moins 13 juges autochtones qui ont été nommés par les provinces ou par le gouvernement fédéral.

Dans certaines provinces, les juges de paix autochtones sont nommés de la même façon que les autres juges de paix. Ils se trouvent simplement à être aussi des autochtones. Il existe toutefois dans d'autres provinces et territoires des programmes spéciaux qui ont été mis sur pied dans le but de nommer des juges de paix autochtones. En Ontario, par exemple, le gouvernement nomme des juges de paix autochtones lorsque les recensements indiquent que le nombre des autochtones dans la collectivité justifie la mesure. Il existe un processus spécial pour la nomination des juges de paix autochtones dans la province, et le processus de sélection utilisé à leur endroit est différent.

Dans les collectivités isolées, où les membres des tribunaux doivent souvent se rendre en avion pour siéger, les juges de paix jouent un rôle très important. Dans ce genre de situation, la majorité des personnes qui se présentent devant le tribunal sont des autochtones. En milieu urbain, le juge de paix autochtone voit uniquement les autochtones dont les affaires sont assignées à son tribunal.

Le juge de paix exerce une fonction importante, soit la présidence des enquêtes sur cautionnement. Comme nous l'avons signalé dans le chapitre précédent, le fait d'accorder ou de refuser un cautionnement influe fortement sur l'issue finale de l'affaire. Dans les causes qui concernent des accusés autochtones, en particulier lorsque l'infraction a été commise dans une collectivité principalement autochtone, les juges de paix autochtones seront davantage en mesure de concilier, d'un côté, la protection et la sécurité de la collectivité et, de l'autre, le droit pour l'accusé de recouvrer sa liberté en attendant son procès, à moins que la détention ne soit manifestement justifiée. La sensibilité culturelle que possèdent ces juges de paix peut les amener à faire un emploi novateur des conditions de cautionnement, en tenant compte des réalités contemporaines des autochtones et de leurs collectivités.

Il existe peu d'évaluations indépendantes des points forts et des lacunes des programmes de juges de paix ou des modalités de nomination des juges autochtones. Il est toutefois incontestable que le fait d'avoir nommé des autochtones à des postes de pouvoir et de prestige à l'intérieur du système judiciaire a suscité de la fierté chez les autochtones. Il faut également reconnaître que ces programmes sont limités. En effet, les principes dont ils s'inspirent – à savoir que tous les Canadiens doivent partager le même système judiciaire – restreignent les changements profonds que l'on peut espérer obtenir grâce à ce genre de nominations¹²⁵. Il n'est pas

¹²⁵ Don Auger, directeur exécutif des services juridiques nishnawbe-aski, a fait remarquer que cet aspect du processus d'indigénisation comportait des limites :

non plus toujours possible de rendre le système judiciaire plus accessible, sur le plan culturel, aux autochtones. Prenons par exemple la question de la langue.

Dans de nombreuses langues autochtones, il n'y a pas de mots correspondant à «culpabilité» ou à «innocence». Cette situation pose de graves problèmes aux personnes qui tentent de fournir des services d'interprétation aux tribunaux. Une des capacités que l'on recommande pour les juges de paix autochtones nommés en Ontario est celle de parler une langue autochtone, mais il n'est pas possible d'utiliser cette capacité là où cela serait le plus efficace – c'est-à-dire en salle d'audience. Ce sont les lois provinciales et territoriales qui déterminent quelles langues on peut utiliser devant les tribunaux. En Ontario, comme pratiquement partout ailleurs au pays, les seules langues autorisées devant les tribunaux sont l'anglais et le français¹²⁶. Aux termes du *Code criminel*, l'accusé qui souhaite utiliser devant le tribunal une langue autre que l'une des deux langues officielles du pays doit le faire par l'intermédiaire d'un interprète¹²⁷. Par conséquent, même dans le cas où le juge de paix et l'autochtone inculpé parlent tous deux le cri, par exemple, il leur est interdit de se parler dans cette langue au cours de l'audience.

Dans les Territoires du Nord-Ouest, l'accusé et son avocat peuvent utiliser pour les actes de procédure et les plaidoiries l'une ou l'autre des six langues autochtones que reconnaît la *Loi sur les langues officielles* des Territoires, en plus du français et de l'anglais. De façon générale, les Territoires du Nord-Ouest font preuve de créativité dans l'utilisation des juges de paix pour répondre aux besoins des collectivités autochtones. Ces initiatives s'inscrivent dans une orientation plus générale favorisant la justice communautaire¹²⁸. Les collectivités des Territoires sont pour la plupart multiraciales et, même si l'élément autochtone y est important, les programmes qui ont été mis sur pied ne sont pas considérés comme des programmes exclusivement autochtones. Il y a, à l'heure actuelle, plus de 100 juges de paix en poste dans les Territoires, dont la majorité sont des autochtones¹²⁹.

[TRADUCTION] il ne faut pas oublier que, lorsqu'un Indien comparait devant un tribunal et qu'il se trouve devant le juge, il importe peu que celui-ci ait un visage blanc, un visage jaune ou un visage brun; il porte toujours une toge noire et il administre le même système qu'auparavant. Cela ne change donc absolument rien. Tout ce que cela change est que les acteurs ont maintenant des visages bistres. (Transcription des audiences, Thunder Bay, Ontario, 27 octobre 1992.)

¹²⁶ Dans les affaires civiles, la langue des tribunaux est uniquement l'anglais dans un certain nombre de provinces. Dans les affaires pénales, tous les accusés ont le droit, où qu'ils se trouvent au Canada, de subir un procès devant juge ou juge et jury en français ou en anglais, comme le prescrivent les articles 530 et 530.1 du *Code criminel*.

¹²⁷ On trouvera ces dispositions dans les articles 530 et 530.1 du *Code criminel*.

¹²⁸ Samuel Stevens, «Programme d'établissement dans les T.N.-O. de tribunaux communautaires présidés par des juges de paix» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 400.

¹²⁹ Le juge en chef R.W. Halifax, Cour territoriale, lettre à la CRPA, 10 mai 1995, p. 2.

La *Loi sur les juges de paix* invite les collectivités à désigner des personnes susceptibles d'être nommées juges de paix. Les personnes choisies suivent une formation dans des domaines variés. On encourage en particulier les juges de paix à renforcer les mécanismes de règlement des conflits dans les collectivités où ces mécanismes existent encore et à être réceptifs à des pratiques comme les cercles de consultation et les conseils d'anciens. On leur rappelle également qu'il faut tenir compte de la dynamique du pouvoir qui intervient dans les petites collectivités¹³⁰.

L'expérience des Territoires du Nord-Ouest indique que l'on peut faire beaucoup à l'intérieur du système actuel pour mieux l'adapter à la communauté en général, et aux autochtones en particulier. Les leçons que l'on peut tirer des initiatives concernant les juges de paix et les autres programmes de justice communautaire mériteraient d'être plus largement connues dans l'ensemble du pays.

Les travailleurs judiciaires autochtones

Le Programme d'assistance parajudiciaire aux autochtones est un programme fédéral-provincial à frais partagés qui fonctionne à l'heure actuelle dans la plupart des provinces. Les travailleurs judiciaires ont pour rôle d'aider les accusés autochtones à comprendre quels sont leurs droits dans le système de justice pénale et de leur expliquer la procédure à mesure qu'elle se déroule. Ces travailleurs exercent une large gamme de fonctions : ils aident les accusés à trouver un avocat; ils servent d'interprètes aux avocats; ils collaborent à la préparation des enquêtes sur cautionnement; ils rédigent les rapports présentenciels; ils formulent des recommandations pour les ordonnances de probation; et ils s'acquittent de toute une série d'autres tâches.

Plusieurs personnes et groupes de partout au pays ont souligné, dans leur témoignage, l'importance du rôle que jouaient les travailleurs autochtones auprès des tribunaux. Par exemple, Paul Turmel, directeur exécutif des Services parajudiciaires autochtones du Québec, nous a déclaré :

La mise en opération de notre programme a fait en sorte que les inculpés autochtones sont mieux informés de leurs droits, de leurs responsabilités, et leur a permis un meilleur accès aux services judiciaires au niveau criminel et pénal grâce à l'assistance offerte par les travailleurs parajudiciaires. Il nous semble donc primordial que ce programme soit maintenu¹³¹ [...]

Sans ces travailleurs autochtones, il pourrait très bien arriver que des accusés plaident coupable alors qu'ils auraient des arguments à invoquer pour leur défense, ou que différentes formules de peines ne soient pas présentées au tribunal. D'après une étude effectuée en 1989 par Obonsawin-Irwin Consulting pour le compte du

¹³⁰Lettre du juge en chef R.W. Halifax, pp. 2-3.

¹³¹Paul Turmel, Transcription des audiences, Wendake (Québec), 18 novembre 1992.

Native Canadian Centre de Toronto, les juges de cette ville estimaient que les autochtones n'étaient pas aussi disposés que les autres accusés à se défendre. Comme l'a déclaré un juge dans le cadre de cette étude :

[TRADUCTION] C'est triste à dire, mais les Indiens sont les meilleurs accusés qu'il est possible d'avoir. Ils acceptent très facilement qu'on les déclare coupables et ils acceptent très passivement la peine qu'on leur impose. À plusieurs égards, ils semblent être des victimes du système¹³².

Il est possible d'expliquer ce genre de comportement de diverses façons. Il y a d'abord le fait que le contact avec la justice pénale est une expérience particulièrement aliénante pour les autochtones. De plus, dans les cultures autochtones, il est important que chacun assume la responsabilité de ses actions. Il arrive donc qu'une personne accusée d'une infraction pour laquelle elle a peut-être une défense valable plaide coupable en raison de son sens culturel de la responsabilité. On peut citer, pour illustrer ce phénomène, le cas où les preuves obtenues à la suite d'une perquisition de la police ne respectent pas les normes établies par la *Charte canadienne des droits et libertés*, celui où la personne est inculpée d'une infraction plus grave que celle qu'elle a commise en réalité, ou le cas où la personne a peut-être commis l'acte reproché mais sans intention criminelle. Malheureusement, on ne retrouve pas dans le système de justice pénale non autochtone les autres aspects de la culture autochtone qui amènent les autochtones à volontiers reconnaître la responsabilité de leurs actes; il peut ainsi arriver qu'un individu soit emprisonné pour un acte condamnable moralement mais qui ne constitue pas à proprement parler une infraction criminelle.

Quelles que soient les causes de ce phénomène, il demeure que le travailleur judiciaire joue un rôle important parce qu'il aide les accusés autochtones à mieux comprendre le système de justice pénale et à prendre conscience de leurs droits. Les travailleurs judiciaires autochtones offrent aux accusés le réconfort d'un visage amical et familial et ils sont en mesure de leur expliquer le processus judiciaire à l'aide de termes faciles à comprendre. Ces travailleurs peuvent également faciliter le recours aux mesures de rechange. Accoutumés aux tribunaux, ils sont bien placés pour repérer les personnes qui pourraient bénéficier de programmes de déjudiciarisation ou de mesures de rechange.

Depuis quelques années, les associations de travailleurs judiciaires autochtones ont sensiblement élargi la définition de leur mission. Cela n'est guère surprenant si l'on pense au fait que les hommes et les femmes qui exercent ces fonctions importantes sont en contact direct et quotidien avec les souffrances et la détresse des autochtones pris dans le cycle de la délinquance et de l'emprisonnement. Ces personnes sont également amenées à constater que leurs clients sont tombés dans

¹³² Obonsawin-Irwin Consulting Inc., *A Review of Justice Services to Native People in Metropolitan Toronto*, Toronto, 1989, p. 36.

l'engrenage de la violence longtemps avant leur première comparution en cour. Les femmes et les enfants autochtones sont ceux qui sont le plus souvent pris dans cet engrenage. Cette violence a des causes si profondes qu'il est presque certain que les comportements violents vont se perpétuer. C'est pour toutes ces raisons que certaines associations de travailleurs judiciaires se sont fixé comme priorité la lutte contre la violence familiale et les agressions sexuelles. La Native Court Worker and Counselling Association de la Colombie-Britannique, dans l'introduction d'une brochure s'adressant aux victimes de violence familiale, a décrit de façon très claire les raisons pour lesquelles elle a choisi de s'occuper de cette question en priorité.

[TRADUCTION] Nous entendons souvent les politiciens autochtones et autres parler d'autonomie gouvernementale. Beaucoup de gens espèrent que l'autonomie gouvernementale est pour bientôt. Mais la plupart des gens ne se rendent pas compte que la force des gouvernements autochtones dépendra de celle des gens qui les appuient. Tant qu'il y aura des enfants autochtones qui vont se coucher la nuit en pleurant à cause de la violence qui règne chez eux, il ne pourra y avoir de véritable autonomie gouvernementale.

La violence au foyer est comme une maladie contagieuse. Elle passe d'une victime à l'autre et répand la crainte, la méfiance et la souffrance. Les enfants qui grandissent avec la violence familiale y succombent souvent eux-mêmes plus tard.

La Native Court Worker and Counselling Association de la Colombie-Britannique estime que les femmes et les enfants autochtones ont le droit de vivre à l'abri de la peur et de la violence [...] Nous sommes prêts à tenter de mettre fin à cette violence et à entamer le processus de guérison¹³³.

La Native Court Worker and Counselling Association de la Colombie-Britannique participe à une initiative en vue de donner aux conseillers autochtones une formation approfondie leur permettant de s'occuper des délinquants sexuels, de leurs victimes et des collectivités autochtones. Cette initiative vise à la fois à mettre un terme à la violence et à enclencher le processus de guérison. On y retrouve une bonne partie des caractéristiques d'initiatives examinées plus à fond dans le chapitre qui suit.

Il est possible que le rôle que joueront les travailleurs judiciaires auprès des nations et des communautés autochtones qui vont mettre sur pied leur propre système de justice soit différent, mais cela ne fera probablement pas disparaître leur utilité. De plus, l'expérience acquise par les travailleurs judiciaires au sein du système de justice non autochtone leur a permis d'avoir une perspective unique sur la justice en général, ce qui ne saurait nuire quand viendra le temps d'élaborer des modèles spécifiquement autochtones.

¹³³ «A Safer Place», brochure d'information publiée par la Native Court Workers and Counselling Association de la Colombie-Britannique, 1993, p. 3.

Les programmes de sensibilisation à la culture autochtone

La troisième grande initiative dans le domaine de l'indigénisation est la mise sur pied de programmes de sensibilisation à la culture autochtone. À la différence de la nomination de juges de paix et de juges autochtones ou du programme des travailleurs judiciaires autochtones, les programmes de sensibilisation à la culture autochtone s'adressent aux intervenants non autochtones du système judiciaire. L'idée est d'amener ces intervenants à se familiariser davantage avec les normes et les valeurs culturelles autochtones, de sorte que le système judiciaire soit moins intimidant pour les autochtones et qu'il réponde mieux à leurs besoins. Comme l'a déclaré Gordon McGregor, le chef de police du Conseil Kitigan-Zibi Anishnabeg, à propos de ce genre de programme : «On pourrait penser que ce genre de solution est un cataplasme sur une jambe de bois mais c'est en fait une mesure susceptible de modifier rapidement la perception qu'ont les autorités judiciaires des questions reliées à la justice autochtone¹³⁴.»

Plusieurs facteurs ont fait ressortir la nécessité de sensibiliser certaines personnes à la culture autochtone. Les articles de Rupert Ross et son ouvrage intitulé *Dancing With a Ghost*, ont montré la nécessité de sensibiliser les procureurs de la Couronne et les juges à la culture autochtone. Ross a signalé que ses préjugés culturels l'avaient poussé à faire des erreurs de jugement en évaluant la crédibilité de témoins autochtones. Par exemple, pour la plupart des Cris du nord de l'Ontario, c'est un manque de respect que de regarder quelqu'un dans les yeux. Or, un témoin qui a de la difficulté à regarder directement le procureur de la Couronne au cours du contre-interrogatoire est souvent soupçonné par les non-autochtones d'avoir quelque chose à cacher. En outre, le fait de ne pas connaître les pratiques culturelles autochtones peut mener à des stratégies inadaptées, voire contre-indiquées pour résoudre des conflits¹³⁵.

La sensibilisation à la culture autochtone est maintenant intégrée à la formation de base de nombreux agents de la GRC et de plusieurs corps policiers municipaux. Les représentants de ces corps de police nous ont parlé, lors de leur témoignage, de l'importance de ces cours qui permettent aux policiers de mieux s'y prendre avec les autochtones. Les relations entre la police et les communautés se sont améliorées et ce rapprochement a débouché sur des coentreprises nouvelles¹³⁶.

¹³⁴Gordon McGregor, Transcription des audiences, Maniwaki (Québec), 2 décembre 1992.

¹³⁵Rupert Ross, *Dancing With a Ghost*, Markham (Ontario), Octopus Publishing Group, 1992, p. 4.

¹³⁶Nous avons appris qu'un certain nombre de projets de justice autochtone devaient leur origine à des programmes de sensibilisation à la culture autochtone. En voici trois exemples : le programme de justice du conseil tribal South Island; la composante autochtone du Programme de déjudiciarisation pour les adultes de Battleford à North Battleford (Saskatchewan); et les programmes de sanctions substitutives et de surveillance de Fort St. John (Colombie-Britannique). Voir *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, pp. 439-440; David Arnot, Transcription des audiences,

On fait également de la sensibilisation aux différences culturelles au sein du Service correctionnel fédéral et dans quelques services correctionnels provinciaux. L'élaboration de programmes spéciaux destinés aux détenus autochtones exigeait que les agents et le personnel correctionnel connaissent davantage les cultures autochtones. Dans le cadre de ces programmes (que nous décrirons plus en détail dans ce chapitre), des anciens se rendent régulièrement dans les établissements pour enseigner, conseiller et guérir. Il y a eu des cas où l'on a fouillé, sans aucun ménagement, des sacs à médecine, des ballots de guérisseur et d'autres objets religieux; ce genre d'incident indique que le personnel des établissements ne connaît pas suffisamment les cultures autochtones pour savoir comment traiter les anciens et comprendre l'importance des programmes autochtones en général. Des incidents semblables se produisent encore de nos jours. On nous a décrit un certain nombre de cas, et les personnes qui l'ont fait estimaient qu'il fallait sensibiliser davantage le personnel correctionnel aux cultures autochtones.

Une telle formation n'est cependant pas une panacée. Tout comme les autres programmes que nous venons de décrire, ces initiatives se fondent sur l'idée que le système actuel convient à tous et qu'il suffirait de le modifier légèrement pour l'adapter aux autochtones. Cette formation offre toutefois l'avantage d'amener les non-autochtones à se rendre compte qu'il faudra peut-être modifier le système de façon encore plus approfondie et novatrice.

Carol Montagnes, directrice exécutive de l'Ontario Native Council on Justice, une organisation qui a beaucoup dispensé de ce genre de formation, en particulier auprès du personnel correctionnel, a fait une mise en garde lors de la Table ronde sur les questions judiciaires organisée par la Commission. Compte tenu de l'expérience du Conseil, elle a déclaré qu'elle était obligée de se demander si cette formation entraînait véritablement des changements ou si l'on ne faisait pas que «créer des racistes sensibilisés aux autres cultures¹³⁷».

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*

La *Loi sur les Indiens*, qui régit depuis 1876 la vie des Indiens inscrits qui vivent dans des réserves, contient des dispositions qui ont permis aux Premières nations de commencer à influencer notablement sur certains aspects du système judiciaire¹³⁸. Les articles 81 et 83 de cette loi accordent aux bandes de larges pouvoirs réglementaires, et l'article 107 autorise des juges de paix à siéger sur les terres de réserve. Au départ, personne n'avait envisagé que ces dispositions puissent être utilisées pour favoriser l'autonomie gouvernementale ou l'autodétermination, mais cela n'a pas

North Battleford (Saskatchewan), 29 octobre 1992; sergent Randy Munroe, Transcription des audiences, Fort St. John (Colombie-Britannique), 20 novembre 1992.

¹³⁷ *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 442.

¹³⁸ S.C. 1876, 39 Victoria., c. 18, art. 70.

empêché les Premières nations de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario d'utiliser la loi à cette fin.

Les pouvoirs de réglementation conférés par les articles 81 et 83

Les articles 81 et 83 accordent aux bandes le pouvoir d'adopter des règlements portant notamment sur les sujets suivants : la santé des résidents, 81*a*); la circulation, 81*b*); le maintien de l'ordre, 81*c*); la gestion de la pêche et de la chasse, 81*o*); les permis commerciaux, 83(1*a*)(ii); et la réunion de fonds provenant des membres de la bande destinés à supporter des entreprises de la bande, 83(1*f*). Ces pouvoirs comportent toutefois une restriction importante, savoir qu'ils ne peuvent être exercés sans l'autorisation du ministre des Affaires indiennes.

La Première nation des Spallumcheen, en Colombie-Britannique, a utilisé ces pouvoirs pour adopter un règlement général sur la protection de l'enfance en 1980. Ce règlement administratif intitulé «A By-Law for the Care of our Indian Children» accordait aux Spallumcheen une compétence exclusive sur les questions de protection de l'enfance pour les membres de la bande vivant en réserve et hors réserve. Ce règlement n'accordait pas seulement à la bande des Spallumcheen les pouvoirs qu'exercent les sociétés locales d'aide à l'enfance, il proposait en outre une façon tout à fait autochtone d'aborder la protection de l'enfance. Il illustre la façon dont il est possible d'intégrer la notion autochtone de famille aux préoccupations modernes en matière de protection de l'enfance. Conformément à ce règlement, l'enfant est membre à part entière de la bande, et il faut tenir compte de ce qu'il souhaite lorsqu'on prend une décision à son égard. De plus, le règlement écarte la notion étroite de qualité pour agir parce qu'il permet à tous les membres de la bande de demander la révision d'une décision prise aux termes du règlement¹³⁹. En dernier recours, la personne qui n'est pas satisfaite des décisions prises aux termes du règlement administratif peut demander la convocation d'une assemblée générale de la bande au cours de laquelle on examine la décision contestée. Personne ne s'est encore prévalu de cette possibilité depuis que le programme existe¹⁴⁰.

Lorsqu'on a présenté initialement ce règlement au ministre des Affaires indiennes de l'époque, il a décidé de le désavouer, apparemment sur les conseils de ses avocats. Un vigoureux lobbying a toutefois réussi à le faire changer d'idée¹⁴¹. Le

¹³⁹J. MacDonald, «Child Welfare and the Native Indian Peoples of Canada» (1985) 5 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 294-295. Nous examinerons plus loin de façon beaucoup plus approfondie certains aspects de ce règlement administratif.

¹⁴⁰M. Godin-Beers et C. Williams, «Report of the Spallumcheen Child Welfare Program», étude réalisée pour la CRPA, 1994.

¹⁴¹J. MacDonald, «Child Welfare», cité à la note 139, p. 293. Le ministre de l'époque, John Munro, n'a pas désavoué le règlement lorsqu'il lui fut présenté à nouveau, mais il ne l'a pas non plus accepté ni approuvé. (*Spallumcheen Family Services Policy Manual*, 1994, p. 2.)

règlement traitait de la protection de l'enfance, domaine qui relève constitutionnellement des provinces, et il a fallu recommencer les pressions politiques au niveau provincial pour qu'il puisse entrer en vigueur¹⁴².

Le règlement confère de larges responsabilités, mais il ne peut avoir l'effet escompté à cause des restrictions que comportent les articles 81 et 83. Étant adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens*, il ne peut s'appliquer qu'aux Spallumcheen qui vivent en réserve. Ainsi, malgré les intentions de ses auteurs, il ne s'applique pas hors réserve. Par contre, lorsque des membres de la bande qui vivent hors réserve veulent utiliser les services du programme spallumcheen de préférence à ceux du service local de protection de l'enfance, le règlement accorde à la bande le pouvoir d'intervenir. En outre, lorsque des parents adoptifs vivent à l'extérieur de la réserve, le règlement autorise le personnel à faire des visites à domicile¹⁴³. D'après des opinions juridiques préparées pour la bande, le règlement ne s'applique pas aux enfants qui ne sont pas membres de la Première nation des Spallumcheen même s'ils vivent dans la réserve et même s'ils sont membres d'une autre Première nation¹⁴⁴.

En fin de compte, malgré la créativité dont a fait preuve la Première nation des Spallumcheen, il est difficile de penser que les pouvoirs réglementaires qu'accorde la *Loi sur les Indiens* puissent jouer un rôle important dans la mise sur pied de systèmes de justice autochtone. Comme nous l'avons vu, les règlements administratifs s'appliquent uniquement dans les réserves. Cela peut poser un grave problème lorsque les terres de la réserve sont peu étendues¹⁴⁵. En outre, seuls les Indiens inscrits vivant sur la réserve peuvent se prévaloir de ces dispositions réglementaires. Le principal problème que soulèvent ces pouvoirs de réglementation est que tous les règlements adoptés ou presque doivent être approuvés par le ministre des Affaires indiennes. Le Ministre possède un pouvoir discrétionnaire absolu dans ce domaine, et il n'existe aucune ligne directrice pour le guider dans l'exercice de ce pouvoir. Il est évident que l'autonomie gouvernementale des autochtones ne pourra s'exprimer dans le domaine de la justice s'il faut demander l'approbation du gouvernement fédéral dès qu'un gouvernement autochtone souhaite exercer ce droit et s'il n'existe aucune ligne directrice pour guider le Ministre.

¹⁴² Le lobbying a notamment consisté à faire manifester 1 000 partisans du règlement devant la maison du ministre des Ressources humaines le jour de l'Action de grâce. (MacDonald, «Child Welfare», cité à la note 139, p. 294.)

¹⁴³ Il n'est pas facile d'effectuer régulièrement des visites à domicile chez les parents adoptifs vivant à Vancouver et à Winnipeg, à cause du budget limité du programme. Les responsables espèrent avoir du personnel de liaison dans ces deux villes pour exercer ces activités dans un avenir proche. (Godin-Beers et Williams, «Report of the Spallumcheen Child Welfare Program», cité à la note 140, p. 433.)

¹⁴⁴ D. James, «Legal Structures for Organizing Indian Child Welfare Resources» (1987) 2 *Canadian Native Law Reporter* 11.

¹⁴⁵ *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, p. 245.

Les tribunaux prévus à l'article 107

L'article 107 de la *Loi sur les Indiens* prévoit la nomination de juges de paix spéciaux qui peuvent être saisis de questions concernant la réserve¹⁴⁶. Le poste de juge de paix spécial pour les réserves est antérieur à la Confédération et ne reflète pas le souci du gouvernement de conserver le caractère distinctif des sociétés autochtones dans les diverses collectivités au sein d'un Canada pluraliste. Historiquement, on avait nommé à ces postes des agents des Indiens – des personnes nommées par le gouvernement, qui étaient chargées de régler tous les problèmes pouvant se présenter une fois les autochtones installés dans les réserves. On voulait, grâce aux juges de paix spéciaux, faciliter l'assimilation de ces derniers; mais on n'avait jamais prévu que ces fonctions seraient exercées par des autochtones nommés par les bandes elles-mêmes¹⁴⁷.

Ce sont les collectivités mohawks de Kahnawake et d'Akwesasne qui ont le plus utilisé l'article 107. À Kahnawake, le tribunal prévu par l'article 107 instruit des infractions au code de la route et entend de nombreuses affaires criminelles où l'inculpé peut être puni sur déclaration sommaire de culpabilité. Le tribunal a également instruit certaines infractions mixtes selon le *Code criminel*, lorsque la Couronne a choisi de procéder par voie sommaire. En raison du libellé de certaines dispositions de l'article 107 de la *Loi sur les Indiens*, le tribunal a également le pouvoir d'instruire les procès pour introduction par effraction – un acte criminel d'après le *Code criminel*. Quatre-vingt-dix pour cent environ des infractions au code de la route sont commises par des non-autochtones qui circulent dans la réserve, alors que 90 % environ des infractions au *Code criminel* sont commises par des autochtones qui résident dans la réserve¹⁴⁸. Le fait que les fonctions de police dans la réserve soient exercées par le corps policier de la réserve – les Peacekeepers – facilite le travail du tribunal même si cela ne va pas sans difficulté¹⁴⁹.

¹⁴⁶L.R.C. 1985, chapitre I-5. Cet article se lit ainsi :

107. Le gouverneur en conseil peut nommer des personnes qui seront chargées, pour l'application de la présente loi, de remplir les fonctions de juge de paix, et ces personnes ont la compétence de deux juges de paix à l'égard :

a) des infractions visées par la présente loi;

b) de toute infraction aux dispositions du *Code criminel* sur la cruauté envers les animaux, les voies de fait simples, l'introduction par effraction et le vagabondage, lorsqu'elle est commise par un Indien ou se rattache à la personne ou aux biens d'un Indien.

¹⁴⁷*Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, pp. 242-243. Nous reviendrons sur cette question dans notre rapport final.

¹⁴⁸Winona Diabo et Joyce King Mitchell, «La Cour de Kahnawake», *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 417.

¹⁴⁹Voir *Guy Favreau c. Cour de Kahnawake* (1993), R.J.Q. 1450. Dans cette affaire, le juge Steinberg de la Cour supérieure du Québec, siégeant en appel, a jugé que les appelants avaient un motif raisonnable de refuser de se rendre dans la réserve de Kahnawake pour comparaître devant le tribunal

Sous leur forme actuelle, les tribunaux prévus à l'article 107 existent à Kahnawake depuis 1974. Ils sont devenus, avec le temps, une composante essentielle de cette collectivité. Deux éléments viennent toutefois limiter l'expansion de ce programme. Tout d'abord, le gouvernement fédéral ne nomme plus aucun nouveau juge de paix aux termes de l'article 107. Ainsi, le tribunal de Kahnawake avait demandé au gouvernement fédéral de nommer deux juges supplémentaires, mais en vain¹⁵⁰. Deuxièmement, même si le gouvernement était prêt à accéder à ces demandes, les restrictions de la *Loi sur les Indiens* empêcheraient ces tribunaux d'être saisis de toutes les questions juridiques qui se posent dans une société autochtone. Il faut également noter que les pouvoirs des tribunaux de l'article 107 ne seraient pas toujours reconnus. On nous a dit au cours de nos consultations publiques que les corps policiers et les avocats de l'extérieur ne respectaient pas toujours les décisions de ces tribunaux.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a examiné la possibilité d'utiliser les tribunaux de l'article 107 dans le cadre de nouvelles initiatives en matière de justice autochtone. Les auteurs du rapport ont écrit ceci :

[TRADUCTION] Les tribunaux de l'article 107 sont dans la [*Loi sur les Indiens*] le vestige d'un passé ignominieux, celui de la colonisation et de l'ingérence fédérales dans la vie des réserves. Les Premières nations qui souhaitent exercer un certain contrôle sur le système de justice local ont tenté de les utiliser. Les restrictions que comporte cette loi sont telles que ces tribunaux n'offrent guère de possibilités à long terme et ne permettront probablement pas de répondre aux revendications que font actuellement les Premières nations pour obtenir leur propre système de justice. Leur utilisation représente tout au plus une mesure provisoire, à court terme, qui pourrait servir à démontrer qu'il est possible d'introduire un système judiciaire distinct dans les réserves indiennes sans que cela cause de graves problèmes au reste de la société ni à la communauté juridique¹⁵¹.

Programmes de déjudiciarisation et initiatives connexes

Les programmes de déjudiciarisation constituent des solutions de rechange au processus judiciaire. En règle générale, ils sont réservés à ceux qui acceptent la responsabilité des infractions dont ils sont accusés. Les programmes de déjudiciarisation

et il a ordonné un nouveau procès devant la Cour du Québec. Les appelants invoquaient l'article 7 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'ils estimaient que leur sécurité n'était pas assurée dans le territoire où était situé le tribunal. La Cour d'appel du Québec a confirmé la décision le 30 août 1995; voir (1995), R.J.Q. 2348. Notons que dans cette affaire la *compétence* du tribunal de Kahnawake n'était pas contestée.

¹⁵⁰ Diabo et Mitchell, «La Cour de Kahnawake», cité à la note 148, p. 416.

¹⁵¹ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 309.

ne visent pas à établir la culpabilité ou l'innocence. Au Canada, selon les ressorts, les affaires sont déjudiciarisées soit avant le dépôt des accusations, soit après la mise en accusation mais avant l'enregistrement du plaidoyer. Lorsqu'une affaire est déjudiciarisée, aucun casier judiciaire ne peut en découler, ou, si l'intéressé a déjà un tel casier, aucune infraction ne figure à celui-ci, puisque le tribunal n'a pas établi sa culpabilité.

Il existe actuellement dans plusieurs provinces des programmes de déjudiciarisation à l'intention des délinquants adultes. Ces programmes sont en général offerts aux délinquants primaires accusés d'infractions normalement considérées comme mineures : vols de moins de 5 000 \$ (vol à l'étalage), resquille et infractions similaires commises sans violence. Les affaires de voies de fait et celles où l'accusé est passible de prison sont rarement déjudiciarisées. Les personnes admises à ces programmes doivent en général rédiger des lettres d'excuses, dédommager la victime ou suivre un cours quelconque. En principe, c'est le procureur de la Couronne qui détermine les mesures précises que le contrevenant devra prendre.

Les programmes de déjudiciarisation autochtones vont au-delà de ce modèle à deux égards. Premièrement, ils englobent souvent une plus large gamme d'infractions que les programmes non autochtones. On y accepte notamment des délinquants qui seraient passibles d'emprisonnement s'ils comparaissaient devant un tribunal. Deuxièmement, on fait intervenir des organes délibérants pertinents sur le plan culturel, pour déterminer la démarche à exiger du délinquant. Comme ces programmes fonctionnent parallèlement au processus judiciaire, aucun juge n'y participe. Les programmes jouissent d'une grande latitude lorsqu'une cause leur est confiée, mais ils s'inscrivent toujours dans les structures du système judiciaire non autochtone.

La décision de déjudiciariser une affaire en la renvoyant à un programme autochtone revient finalement au procureur de la Couronne. La déjudiciarisation n'est donc pas considérée comme un droit des peuples autochtones, mais plutôt comme l'exercice d'une prérogative du procureur en faveur de programmes réservés aux autochtones. Tout comme les projets de détermination de la peine décrits dans la section suivante, l'existence même de ces programmes témoigne des efforts déployés par les collectivités autochtones et de la volonté des procureurs de la Couronne, de la police et des autorités judiciaires provinciales et fédérales, de trouver des solutions de rechange au système actuel.

Des programmes de déjudiciarisation autochtones ont été mis en œuvre à diverses époques dans plusieurs provinces et territoires du pays, notamment en Nouvelle-Écosse (à Shubenacadie), en Ontario (à Toronto et à Attawapiskat), en Saskatchewan (à Onion Lake), en Colombie-Britannique (le projet d'éducation judiciaire dans le sud de l'île de Vancouver et le projet gitksan/wet'suwet'en), ainsi qu'au Yukon (le projet Kwanlin Dun à Whitehorse). La plupart des programmes de déjudiciarisation autochtones fonctionnent au niveau de la réserve, à l'exception principalement des Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto, dont il sera question plus en détail dans la suite du présent chapitre. Malgré leur portée géographique relativement restreinte (sauf à Toronto), certains program-

mes ont pris des mesures pour inclure les membres des Premières nations qui ont des démêlés avec la justice à l'extérieur des réserves. Le programme de la réserve de Shubenacadie (Nouvelle-Écosse) peut donc déjudiciariser toute affaire impliquant un membre de la réserve interpellé où que ce soit dans la province¹⁵². Comme les décisions prises ne sont pas assujetties à l'examen des tribunaux, la collectivité peut orienter le développement des programmes.

Dans le cas de certains programmes de déjudiciarisation, la Couronne ajourne la cause jusqu'à ce que l'organisme autochtone ait pris une décision et elle ne s'en désaisit que si elle est convaincue que l'intéressé satisfait aux conditions imposées par l'organisme. Si l'intéressé refuse de se plier à la décision de l'organe délibérant, ou si la Couronne juge que celui-ci a été trop clément, la Couronne peut entamer des procédures¹⁵³. Dans le cas du programme du Conseil communautaire de Toronto, s'il est décidé de déjudiciariser une affaire, on préfère retirer les accusations portées contre l'intéressé plutôt que d'ajourner la cause. Les mesures à prendre si un individu ne se conforme pas à la décision du Conseil relèvent de ce dernier.

Un exemple tiré du projet judiciaire du conseil tribal South Island montre bien l'utilité des projets de déjudiciarisation autochtones appliquant des mécanismes traditionnels lorsqu'il s'agit de régler des problèmes apparemment insolubles, contre lesquels les mesures punitives du système judiciaire non autochtone sont restées sans effet. Mary Ellen Turpel a, au cours de l'été 1993, visité divers endroits du pays où se déroulaient des projets judiciaires; elle s'est notamment rendue dans l'île de Vancouver :

[TRADUCTION] J'ai longuement conversé avec un homme de 28 ans, qui avait quitté la réserve vers l'âge de 10 ans, avec sa mère [...] Ils s'étaient installés en ville, et il avait grandi dans un quartier mal famé. Très jeune, il était devenu alcoolique.

Il avait comparu à plusieurs reprises devant les tribunaux pour voies de fait, toujours à cause de l'alcool. Sa violence n'épargnait personne : policiers, amis, parents [...] Ce jeune homme, sa femme et pratiquement toute sa famille étaient à la dérive. Sa vie était une succession de problèmes qui s'aggravaient à chaque infraction [...] Le tribunal lui avait ordonné de suivre des cours de gestion de la colère. Les travailleurs sociaux l'avaient pris en charge. Le jeune homme n'arrivait pas à changer son comportement. Le système de justice pénale canadien était demeuré impuissant dans ce cas.

¹⁵² Aucune affaire de ce type n'a encore été déjudiciarisée, mais le protocole en vertu duquel le projet a été mis sur pied reconnaît explicitement cette possibilité.

¹⁵³ À notre connaissance, aucun procureur de la Couronne n'a jamais demandé à poursuivre une affaire après que l'intéressé eut satisfait aux conditions régissant la déjudiciarisation de sa cause.

[La cause avait été déjudiciarisée dans le cadre de l'initiative de l'île de Vancouver.] Le jeune homme travaillait avec les anciens depuis plus d'un an lorsque je l'ai rencontré. Son comportement s'était de toute évidence profondément modifié. Les anciens, notamment ceux de son clan, lui avaient expliqué où il se situait dans sa collectivité, sa famille et son clan.

Ils lui avaient dit « Tu es allé en ville. Tu étais parti. Bienvenue chez toi. Tu es ici dans ta famille, et nous allons te présenter à tous les tiens. » Il avait été à nouveau présenté à tous les membres de sa famille. Il avait réintégré la collectivité. Pendant quatre mois, les anciens étaient venus tous les jours lui tenir compagnie, et ils le rencontraient encore une fois la semaine. Ils avaient demandé l'aide de travailleurs sociaux non autochtones pour une partie de sa guérison, car il leur manquait des réponses et ils ont constaté que les travailleurs sociaux n'avaient pas réponse à tout eux non plus.

L'ancien qui s'occupait de ce jeune homme avait lui-même été alcoolique pendant 15 ans dans sa jeunesse. Il s'était laissé aller à la dérive et avait échoué en ville pour boire [...] Il savait ce que vivait le jeune homme. Il n'avait pas à le sermonner, à lui faire honte ni à le punir. Il lui a raconté sa propre histoire et lui a expliqué, comme les anciens savent le faire, qu'il lui fallait se prendre en charge, dans son propre intérêt et dans celui de sa famille.

Par leur compassion, leurs enseignements et leurs démarches en vue de sa réintégration familiale, les anciens ont aidé ce jeune homme à se prendre en main pour la première fois [...] J'ai demandé au jeune homme ce qu'il avait appris de ses contacts avec le système judiciaire canadien. Il m'a répondu qu'il voulait seulement sortir de prison et se remettre à boire. Rien d'autre. Je lui ai demandé ce qu'il entrevoyait pour l'avenir. Il m'a répondu qu'il voulait bien élever ses enfants. J'ai écouté avec attention son histoire, parce que la transformation qui se produisait dans la vie de cet homme tenait tout simplement du miracle. Il avait changé parce que les anciens qui dirigeaient le projet judiciaire étaient déterminés à assainir les familles et à reconstruire leur collectivité¹⁵⁴.

L'un des premiers programmes de déjudiciarisation autochtones destinés aux adultes a été mis sur pied à Attawapiskat, collectivité crie installée sur la rive ouest de la baie d'Hudson. La collectivité elle-même avait demandé au ministère du

¹⁵⁴Turpel, «Reflections on Thinking Concretely», cité à la note 91, pp. 217-219. Voir aussi la description de l'initiative du conseil tribal South Island dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, pp. 404, 407-408, 440-441. Notons que, pour des raisons fort sérieuses que nous verrons plus loin, ce programme a dû être interrompu (voir le texte accompagnant la note 159).

Procureur général de l'Ontario de créer ce programme de déjudiciarisation parce qu'elle voulait exercer plus de contrôle en matière de justice¹⁵⁵. Le projet, financé par le Procureur général, a entraîné la création d'un conseil des anciens, chargé d'entendre les affaires déjudiciarisées que le système non autochtone lui renvoyait parce qu'elles impliquaient des habitants de la réserve.

Pendant toute la durée du projet, le conseil des anciens a siégé une fois par mois pour instruire les affaires. Les causes ayant été déjudiciarisées, ses audiences pouvaient se dérouler entièrement en cri. De nombreux membres de la collectivité assistaient aux séances. Ralph Carr, un avocat de Timmins qui avait travaillé auprès des tribunaux du nord de l'Ontario, a eu l'occasion d'assister à une séance du conseil des anciens d'Attawapiskat. Il a rapporté ce qui suit aux responsables du Régime d'aide juridique de l'Ontario :

[TRADUCTION] Au cours des six ou sept dernières années, comme vous le savez, j'ai participé aux travaux des tribunaux du Nord à titre d'avocat de service. Je connais donc bien les divers tribunaux des collectivités du Nord. J'ai souvent été à même de constater le mépris voilé ou manifeste qu'inspire aux autochtones un système judiciaire que nombre d'entre eux considèrent visiblement comme une expression de la suprématie et de la domination blanches. Ce manque de respect à l'égard du tribunal transparaît nettement dans le comportement des témoins, du public et de l'accusé.

Par contre, pendant la séance du conseil des anciens, j'ai eu l'impression que ceux-ci prenaient vraiment leur mandat à cœur. Leur façon de siéger était tout à fait unique; je n'avais jamais rien vu de tel comme avocat ontarien. Par exemple, ils n'exigeaient pas de plaider de culpabilité ou d'innocence; ils demandaient simplement aux accusés s'ils avaient ou non commis les actes qui leur étaient reprochés. Cette approche directe permettait d'obtenir de la plupart des accusés ce qui m'a paru une réponse honnête (dans tous les cas que j'ai observés, les accusés ont répondu par l'affirmative). Les anciens sermonaient ensuite les accusés en leur expliquant qu'ils avaient fait honte à la collectivité, à leur famille et, surtout, à eux-mêmes. Les accusés avaient de toute évidence du respect pour les anciens et ils manifestaient plus de honte et de remords que ceux que j'avais vu comparaître devant les tribunaux du Nord en général et dans cette collectivité en particulier¹⁵⁶.

¹⁵⁵D.W. Fletcher, *Attawapiskat Justice System – A Diversion Court Method – Prepared for the People of Attawapiskat*, mars 1989.

¹⁵⁶Lettre de M^e Ralph Carr au responsable du Régime d'aide juridique de l'Ontario, Bureau du directeur de secteur, Timmins, 13 février 1991, p. 3.

D'après une évaluation indépendante du programme, le conseil des anciens a entendu une vingtaine d'affaires par jour lorsqu'il siégeait. Près de 70 % des causes portaient sur des infractions aux règlements de la bande concernant l'alcool. Les dommages à la propriété ou l'introduction par effraction représentaient 16 % des causes. Le plus souvent, le tribunal imposait une amende au délinquant. Les amendes étaient utilisées seules dans 45 % des cas, et conjuguées à une formule quelconque de probation dans 23 % des cas. Au début du programme, une affaire de voies de fait relativement grave avait été déjudiciarisée, mais comme ni les anciens ni la collectivité ne se sentaient vraiment en mesure de la traiter, ce genre de cas n'a plus été déjudiciarisé par la suite¹⁵⁷.

Les auteurs de cette évaluation indépendante ont signalé que le service de police local était réticent à collaborer. Ce manque d'empressement ternissait l'image du programme et portait les membres de la collectivité à douter de sa légitimité¹⁵⁸. Le conseil des anciens ne siège plus officiellement, mais il continue d'intervenir pour le règlement de certains conflits. La collectivité discute actuellement de la façon dont le programme devrait être réinstauré.

Il faut que la collectivité soit consultée et qu'elle participe à l'élaboration des projets de déjudiciarisation et autres projets semblables; c'est un point sur lequel nous reviendrons dans le présent rapport. Pour l'instant, il suffit de signaler que sans un délai adéquat permettant de vastes consultations, les projets de déjudiciarisation et les projets connexes n'obtiendront pas de la collectivité l'appui nécessaire à leur bon fonctionnement. Les effets d'une consultation insuffisante se font surtout sentir en cas de controverse.

C'est exactement ce qui s'est passé dans le sud de l'île de Vancouver. L'initiative du conseil tribal mentionnée précédemment a été interrompue parce que des femmes de la collectivité et de l'extérieur s'opposaient à la déjudiciarisation de certaines causes sans qu'on obtienne véritablement le consentement des victimes. Un examen de ce projet, mené à la suite d'une telle affaire, a permis de conclure que les initiatives judiciaires autochtones devaient, aux étapes de l'élaboration et de la mise en œuvre, faire l'objet de larges consultations auprès de tous les membres de la collectivité, y compris les victimes, les contrevenants, les groupes d'intérêt et les prestataires de services¹⁵⁹. Comme le prouve l'initiative du conseil tribal, faute de consultations préalables, les programmes risquent d'échouer. Des questions précises se rapportant à la façon dont les systèmes de justice autochtone doivent assurer la sécurité des femmes sont examinées au chapitre suivant.

¹⁵⁷ Obonsawin-Irwin Consulting Inc., *An Evaluation of the Attawapiskat First Nation Justice Pilot Project*, Toronto, ministère du Procureur général, juin 1992, pp. 11-12, 14, 47.

¹⁵⁸ Obonsawin-Irwin, *An Evaluation*, p. 52.

¹⁵⁹ Sheila Clark & Associates, *Building the Bridge, A Review of the South Vancouver Island Justice Education Project*, Vancouver, février 1995.

Comme les projets de déjudiciarisation se raffinent de plus en plus et qu'une expertise s'est développée à leur sujet, il faut s'attendre à ce que le consentement des procureurs de la Couronne devienne plus facile à obtenir et à ce que le nombre et la portée des affaires augmentent. Il reste que malgré leur indéniable utilité, les initiatives de déjudiciarisation et les initiatives connexes ne sont que les jalons posés en vue du jour où l'on aura des systèmes de justice autochtone distincts.

Conseils des anciens et cercles de consultation¹⁶⁰

Au cours des cinq dernières années, on a fait beaucoup pour permettre aux autochtones de participer plus étroitement à la détermination des peines imposées à des autochtones. Cette amélioration est attribuable aux efforts des collectivités autochtones et à l'appui d'un certain nombre de juges qui se préoccupent des problèmes causés aux autochtones par le système judiciaire actuel. Ces initiatives ont commencé au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest.

Vu la petite taille et l'éloignement de nombreux villages autochtones du Nord, il faut souvent des mois avant qu'un juge ou un juge de paix ne vienne instruire les affaires criminelles en instance. Lorsque le tribunal visite ces villages, il arrive en général par avion et siège pendant un jour ou deux avant de repartir. Le juge ou le juge de paix est accompagné d'un procureur de la Couronne, d'un avocat de la défense et, au besoin, d'autres intervenants¹⁶¹. En principe, la venue des tribunaux en avion (ou parfois en voiture) devait permettre de rendre la justice dans les collectivités isolées. Pourtant, malgré toutes les bonnes intentions des intervenants, on est amené à se demander comment un juge, un procureur de la Couronne et un avocat de la défense peuvent dispenser une véritable justice lorsqu'ils vivent loin des villages visités, qu'ils ne les connaissent que superficiellement et que, dans la plupart des cas, ils ne sont pas autochtones et ne parlent pas la langue locale¹⁶². Cela dépasse l'entendement¹⁶³.

¹⁶⁰ Le présent rapport parle souvent des anciens. Le terme «ancien», toutefois, n'est pas toujours synonyme de personne âgée. Les anciens sont des personnes qui donnent l'exemple par leur façon de vivre et qui mettent leur sagesse au service de la communauté. Ces idées seront développées au chapitre du rapport final qui traite du rôle des anciens.

¹⁶¹ Par souci de transparence, on préfère maintenant que le juge, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense n'arrivent plus à bord du même avion. Tous les intervenants peuvent encore arriver et partir en même temps, mais ils essaient de ne pas prendre les mêmes vols.

¹⁶² Même si tous les intervenants parlaient la langue, les personnes qui comparaissent devant le tribunal ne s'en porteraient pas nécessairement mieux. Comme on l'a déjà mentionné dans le présent chapitre au sujet des juges de paix autochtones, la législation provinciale ou territoriale limite souvent les langues qui peuvent être utilisées devant les tribunaux canadiens sans l'influence médiatrice d'un interprète vers l'anglais ou le français.

¹⁶³ L'ouvrage de Rupert Ross, *Dancing With a Ghost*, cité à la note 135, donne plusieurs exemples du choc culturel qui se produit lorsque autochtones et non-autochtones se rencontrent dans le contexte du système de justice dominant, qui se traduit presque inévitablement par l'aliénation de l'accusé autochtone et de sa collectivité.

Le fait que l'infraction ait été commise des mois auparavant complique encore le travail du tribunal. Comme les parties vivent à proximité l'une de l'autre et qu'il leur faut coexister en attendant l'audience, la collectivité trouve souvent une solution provisoire satisfaisante pour tout le monde dans le cas des infractions criminelles mineures. Parfois, une solution a été trouvée et le contrevenant a déjà fait tout ce que la collectivité exigeait de lui lorsque le tribunal vient examiner l'affaire.

Les juges Heino Lilles et Barry Stuart, confrontés à ces réalités au Yukon, se sont tournés vers les collectivités elles-mêmes pour trouver des façons innovatrices de rendre la justice. À la suite de discussions avec les chefs et les anciens, il a été décidé de revenir, en quelque sorte, à la façon dont la justice était rendue avant l'instauration du système judiciaire non autochtone. Le retour à des usages traditionnels a permis de démocratiser la détermination de la peine en faisant participer la collectivité au processus¹⁶⁴. La forme précise qu'adopte cette participation dépend de chaque collectivité.

En règle générale, deux formules sont le plus souvent retenues – les conseils d'anciens et les cercles de consultation¹⁶⁵. Dans le cas des conseils d'anciens, des anciens ou des chefs de clan siègent aux côtés du juge et donnent leur avis quant à la peine appropriée. Ces avis peuvent être fournis pendant la séance ou à huis clos. Dans un cercle de consultation, les participants s'assoient avec l'accusé et discutent de ce que devrait être la peine. Dans les deux cas, la décision finale revient au juge.

Quel que soit le mécanisme adopté, le but demeure le même – donner au tribunal l'opinion de personnes qui connaissent et comprennent le contrevenant et qui sont directement touchées par ses actions. On a constaté que, dans le cadre de ces programmes, le contrevenant était plus sensible aux préoccupations et aux suggestions des membres de sa collectivité qu'à celles d'un juge totalement étranger à son univers¹⁶⁶.

Le principe de la participation communautaire à la détermination de la peine, appliqué d'abord dans le Grand Nord, s'est étendu à d'autres régions. Des initiatives semblables ont été mises sur pied en Ontario, en Colombie-Britannique, au Québec, au Manitoba et en Saskatchewan. Nombre des témoins que nous avons

¹⁶⁴ Le programme du Yukon – sous tous ses aspects – est décrit par le juge Lilles dans «Tribal Justice: A New Beginning», communication présentée lors de la conférence «Une justice à réaliser : aujourd'hui et demain» tenue à Whitehorse (Yukon) du 3 au 7 septembre 1991, ainsi que par le juge Barry Stuart dans «Alternative Dispute Resolution in Action in Canada: Community Justice Circles», communication présentée lors d'un symposium national sur la justice réparatrice, tenu du 5 au 7 février 1995 à Aylmer (Québec). L'expérience québécoise est décrite dans P. Allard, «Le cercle de consultation», *National*, volume 3, n° 7, octobre 1994, p. 32 (publication de l'Association du Barreau canadien).

¹⁶⁵ Ces distinctions ne sont pas absolues, et certaines initiatives s'inspirent des deux formules.

¹⁶⁶ Le juge Stuart, d'après son expérience au Yukon, mentionne que les contrevenants ayant comparu devant le cercle de consultation sont moins susceptibles de récidiver, que les récidives sont en général moins graves, et que leur activité criminelle diminue, mais il fait aussi remarquer que la

entendus ont indiqué qu'il fallait accorder plus de poids à l'opinion de la collectivité pour ce qui est des peines à imposer aux délinquants autochtones.

Un certain nombre de décisions judiciaires ont cherché à élaborer des critères permettant de déterminer l'opportunité de recourir à un cercle de consultation. Dans l'affaire *R. c. Alaku*¹⁶⁷, le juge Jean-L. Dutil de la Cour du Québec a examiné les décisions de trois tribunaux : la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan dans *R. c. Cheekineew*¹⁶⁸, la Cour territoriale du Yukon dans *R. c. Moses*¹⁶⁹, et la Cour du Québec dans une affaire antérieure, *R. c. Naappaluk*¹⁷⁰. Après cet examen, il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il convient de convoquer un cercle, le tribunal pourrait tenir compte de deux critères qui, à notre avis, sont essentiels. Il serait difficile d'envisager de convoquer un cercle si ces deux conditions n'étaient pas satisfaites.

Premier critère

L'accusé doit avoir la ferme intention de se racheter et de devenir un bon citoyen. C'est là, sans l'ombre d'un doute, une condition absolument essentielle, la première à satisfaire pour pouvoir convoquer un cercle [...]

Deuxième critère

Un autre condition essentielle doit être remplie : il faut que la collectivité veuille participer à l'entreprise, au bénéfice de l'un de ses membres¹⁷¹.

réussite de tout cercle de consultation ou d'une initiative communautaire quelconque ne doit pas être mesurée seulement d'après ce qu'il advient du contrevenant :

[TRADUCTION] L'effet des initiatives communautaires sur les victimes, sur les relations perturbées par l'infraction, sur l'harmonie sociale, sur l'estime de soi des membres du cercle, sur la santé des familles, sur les rapports communautaires, sur l'affirmation, la communication et le respect des valeurs communautaires ou sur la mobilisation de la collectivité en vue de combattre les causes de la criminalité, de prévenir la criminalité – et au bout du compte d'assurer la sécurité dans la collectivité – n'est peut-être pas immédiatement visible, mais il est à long terme beaucoup plus important que l'effet immédiat sur les contrevenants. (Le juge Barry Stuart, «Circles into Squares: Can Community Processes be Partnered with the Formal Justice System?», ébauche, 1^{er} mai 1995, p. 1.)

¹⁶⁷ *R. c. Alaku* (1994), 112 D.L.R. (+) 732 (Cour du Québec).

¹⁶⁸ *R. c. Cheekineew* 80 C.C.C. (3^e) 148 (Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan).

¹⁶⁹ *R. c. Moses* (1992), 71 C.C.C. (3^e) 347 (Cour territoriale du Yukon).

¹⁷⁰ *R. c. Naappaluk* (1993), 25 C.R. (+) 220 (Cour du Québec).

¹⁷¹ *R. c. Alaku*, cité à la note 167 aux pp. 734-735. Le juge Dutil énumère six facteurs qui devraient entrer en ligne de compte lorsque les critères initiaux sont satisfaits, afin de déterminer de façon définitive s'il convient de recourir à un cercle de consultation : 1) la nature du crime; 2) l'impact

La plus haute cour du pays à avoir examiné la question est la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'affaire *R. c. Morin*¹⁷². Elle a conclu que le juge ne devait pas suivre la recommandation d'un cercle de consultation qui propose une réduction de peine si l'accusé montrait peu de repentir ou si sa réinsertion semblait douteuse. Dans une décision prononcée à trois contre deux, ce tribunal a cassé la décision du juge Milliken, de la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan, rendue sur la recommandation d'un cercle de consultation tenu à Saskatoon. Il s'agissait d'un Métis accusé de vol et de voies de fait. Celui-ci avait lui-même demandé qu'un cercle de consultation soit convoqué, mais il avait eu dès le départ l'appui de membres de la communauté métisse de Saskatoon. Le cercle de consultation avait recommandé un emprisonnement d'environ 12 mois, suivi d'un programme de traitement. Le juge Milliken avait accepté les recommandations du cercle et avoué que sans celles-ci il aurait imposé une peine plus lourde¹⁷³.

L'appel n'a pas entraîné une remise en question des cercles de consultation. La Couronne a mentionné dans son mémoire que plus de 100 cercles avaient été organisés en Saskatchewan et qu'elle n'avait porté en appel que deux de leurs décisions¹⁷⁴. Elle a toutefois demandé au tribunal de fournir aux juges certains principes ou critères pour les aider à décider de l'opportunité d'un cercle de consultation. Même si la majorité a approuvé les critères appliqués par les juges de première instance pour décider de la mise sur pied de ces cercles dans les affaires *Cheekinew* et *R. c. Joseyounen*¹⁷⁵, ils ont déclaré :

[TRADUCTION] attendu la grande latitude accordée aux juges quant aux sources et aux types de preuve et d'information sur lesquels fonder la peine, il semble peu utile que la Cour d'appel produise des lignes directrices sur la façon de déterminer l'opportunité d'un cercle de détermination de la peine dans une affaire donnée¹⁷⁶.

du crime sur la collectivité; 3) la présence d'un plaidoyer de culpabilité ou d'une déclaration de culpabilité à la suite d'un procès; 4) s'il y a une victime identifiable, l'opportunité de sa participation au cercle; 5) le rôle que la collectivité doit assumer; 6) la tenue du cercle dans une petite collectivité ou une ville (pp. 736-740).

¹⁷² *R. c. Morin* (1995), 101 C.C.C. (3^e) 124, appel de l'affaire *R. c. Morin* (1994), 114 Sask. R. 2 (Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan).

¹⁷³ *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, p. 134 (au nom de la majorité).

¹⁷⁴ *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, p. 130. Depuis cette affaire, la Couronne a interjeté un autre appel dans l'affaire *R. c. Taylor* (jugement inédit du juge Milliken, 9 juin 1995, Cour du Banc de la Reine n° 112). Dans cette affaire, le tribunal a accepté les recommandations d'un cercle de consultation du lac La Ronge, qui condamnait à un an d'exil intérieur un homme jugé coupable de violence sexuelle, et lui imposait ensuite une probation de trois ans assortie de conditions précises.

¹⁷⁵ *R. c. Joseyounen*, [1995] 6 W.W.R. 438 (Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan).

¹⁷⁶ *R. c. Morin*, cité à la note 172, jugement du juge Sherstobitoff, p. 134. Écrivant l'opinion minoritaire, le juge en chef Bayda fixe deux critères essentiels à l'établissement d'un cercle de consultation : le consentement du contrevenant et de la collectivité. Le juge en chef Bayda a ensuite déclaré qu'après

La Cour a déclaré qu'il lui paraissait vain de recourir au cercle de consultation dans les affaires où ce cercle devrait recommander une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans. En effet, la formule du cercle ne se prêterait pas à ces affaires parce qu'en vertu du *Code criminel*, une peine de deux ans ou plus devant être purgée dans un pénitencier fédéral ne peut s'accompagner de conditions applicables une fois le détenu remis en liberté. Il est donc impossible de recommander une période de probation ou un traitement de suivi avec la peine imposée¹⁷⁷.

La principale raison invoquée par la majorité pour infirmer la décision du cercle de consultation était que, dans ce cas particulier, vu les circonstances de l'infraction, le casier judiciaire du contrevenant et une évaluation de son intention sincère de changer sa vie¹⁷⁸, il ne convenait pas de s'écarter des peines sanctionnant d'habitude ce type d'infraction¹⁷⁹. La Cour a bien précisé cependant que, dans certains cas, l'existence de lignes directrices sur la détermination de la peine convenant à des infractions données ne devait pas empêcher le cercle de recommander une autre solution comportant un emprisonnement plus court¹⁸⁰.

À mesure que les cercles de consultation et les conseils d'anciens se répandront et qu'on en comprendra mieux le fonctionnement, les critères considérés comme obligatoires pour la mise sur pied de tels organes devraient évoluer. En fait, c'est exactement ce qui s'est produit au Yukon ces dernières années.

Ainsi, le juge Lilles a demandé l'avis d'un conseil d'anciens dans une affaire concernant un contrevenant non autochtone qui habitait dans une collectivité à majorité autochtone. Le juge a considéré que l'infraction avait été commise dans la collectivité et que celle-ci devait donc participer à la détermination de la peine. À ses yeux, la race ou l'origine ethnique du contrevenant n'était pas un facteur déterminant. Le contrevenant, quand à lui, n'aimait pas l'idée de comparaître devant un conseil des anciens et il a exprimé son inquiétude et son mécontentement¹⁸¹. La décision n'a toutefois pas été portée en appel.

avoir examiné tous les critères pertinents, il fallait répondre à la question suivante : « dans le cas de cet accusé, qui a commis cette infraction, arrivera-t-on à fixer une peine plus appropriée en utilisant les mécanismes de la justice réparatrice ou ceux de la justice ordinaire ». *R. c. Morin*, jugement du juge Bayda, pp. 157-159 [c'est l'auteur qui souligne].

¹⁷⁷ *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, pp. 134-135.

¹⁷⁸ Le tribunal a été en mesure de commenter cet aspect de l'affaire parce que la transcription complète des délibérations du cercle de consultation lui a été fournie.

¹⁷⁹ *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, p. 136. La Cour d'appel de la Saskatchewan a affirmé que les peines infligées pour des cambriolages dans des dépanneurs, des stations-service, et ainsi de suite, devraient être d'au moins trois ans d'emprisonnement. *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, p. 139.

¹⁸⁰ *R. c. Morin*, jugement du juge Sherstobitoff, pp. 137-138.

¹⁸¹ Le juge Heino Lilles, « Tribal Justice: A New Beginning », cité à la note 164.

Il est certain que les cercles de consultation et les conseils d'anciens ont un rôle utile mais limité. Ils montrent que le système actuel peut être sensiblement modifié pour mieux répondre aux préoccupations des autochtones sans que cela n'entraîne une restructuration radicale du processus. Il convient toutefois de signaler que la détermination de la culpabilité ou de l'innocence revient encore au tribunal dans ces affaires, et que ce sont alors les critères du système judiciaire non autochtone qui s'appliquent. En outre, la décision finale concernant la peine est toujours prise par le juge. Celui-ci n'est jamais lié par les suggestions des conseils d'anciens ou par celles des cercles. Les lignes directrices fixées par les cours d'appel et les peines maximales prévues par le *Code criminel* prévalent sur toute suggestion de la collectivité¹⁸². Le juge Lilles a signalé qu'il arrive parfois qu'un conseil d'anciens recommande une peine de prison plus lourde que ce que le procureur de la Couronne juge approprié. Dans un de ces cas, le procureur a demandé aux chefs de clan d'expliquer leur décision. Il ne s'est pas entièrement rendu aux souhaits des chefs de clan, mais il a tenté d'en tenir compte dans la mesure où les lignes directrices en matière de détermination de la peine le lui permettaient¹⁸³.

Pour que de tels programmes fonctionnent bien, il faut que toute la collectivité ait l'occasion de déterminer le niveau de participation qui lui convient. Certains craignent que les juges aillent trop vite et créent des conseils d'anciens ou des cercles de consultation sans vraiment consulter la population. Il est arrivé que des personnes choisies ne soient pas les mieux placées pour s'acquitter de cette fonction, éprouvant elles-mêmes de sérieuses difficultés personnelles qui pouvaient compromettre leur jugement. Ces initiatives sont vouées à l'échec si les membres du groupe qui conseille le juge sont choisis uniquement par le tribunal ou par quelques membres de la collectivité à qui le juge est porté à faire confiance. Cet aspect de la question est nettement ressorti au cours des délibérations du cercle de discussion sur la justice que la Commission a tenu à Saskatoon en janvier 1994. Une participante à ces discussions, venue du Nord, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Je sais que des expériences ont été tentées [...] et que ces approches nouvelles n'ont pas toujours donné de très

¹⁸² Voir par exemple la décision de la Cour d'appel de l'Alberta, siégeant à titre de Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, qui a remplacé par une peine de 18 mois de prison une peine de 90 jours de prison devant être purgée par intermittence à Arctic Bay, fixée par le juge de première instance sur la recommandation d'un conseil d'anciens et de membres de la collectivité dans une affaire d'agression sexuelle. La Cour estimait que la sentence initiale s'écartait trop du « minimum » de trois ans fixé par la Cour d'appel pour ce type d'affaire. *R. c. Naqitarvik* (1986), 25 C.C.C. (3^e) 193. On trouvera un commentaire sur cette décision dans Michael Jackson, *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, pp. 261-266.

Cette approche contredit l'opinion exprimée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Morm*, mentionnée précédemment. La question ne se pose pas dans le cadre des programmes autochtones de déjudiciarisation car ceux-ci ne relèvent pas des tribunaux.

¹⁸³ Lilles, « Tribal Justice », cité à la note 164, pp. 11-12. Le juge Lilles y voit en outre la preuve qu'on ne peut pas supposer que les autochtones seront plus cléments envers les leurs que ne le serait un juge siégeant seul.

bons résultats [...] Dans le Nord et dans les collectivités isolées, il y a des problèmes particuliers dont il faut tenir compte [...] Ainsi, parce que les collectivités sont de petite taille, ce sont les familles dominantes qui détiennent le pouvoir, ce qui peut favoriser [certains contrevenants] au détriment de l'ensemble de la collectivité [...] Il est alors impossible que la collectivité, le contrevenant et la victime guérissent¹⁸⁴.

Parce que cette question nous semble essentielle à la réussite de toute initiative en matière de justice autochtone, nous reviendrons sur ce que signifie la participation globale de la collectivité dans la suite du présent chapitre et au chapitre 4, lorsque nous traiterons de la nécessité de veiller à ce que les systèmes de justice autochtone protègent les intérêts des femmes et des enfants.

Le système judiciaire présente d'autres aspects qui se prêtent assez bien à une participation accrue des collectivités autochtones. Les possibilités sont plus faciles à déterminer lorsque le système est envisagé comme un ensemble de mécanismes distincts – cautionnement, négociation de plaidoyer, procès et détermination de la peine – s'inscrivant dans un continuum. En effet, on accorde alors moins d'importance au procès que maintenant puisque la grande majorité des affaires criminelles sont réglées sans procès, sur plaidoyer de culpabilité. Rupert Ross, qui a élaboré cette approche conceptuelle dans un document intitulé «Managing the Merger», fait remarquer que la participation efficace des autochtones à l'enquête sur cautionnement, à la négociation du plaidoyer et à la détermination de la peine pourrait réduire encore l'importance du procès. Ross souligne que peu d'initiatives portent sur le cautionnement et la négociation du plaidoyer, même s'il y a beaucoup de possibilités de participation communautaire à ces étapes.

En ce qui concerne les enquêtes sur cautionnement, Ross croit que la collectivité pourrait y participer plus étroitement en présentant l'information pertinente et en collaborant à la détermination des conditions du cautionnement proprement dites. Une plus grande influence de la collectivité sur le processus du cautionnement pourrait avoir les résultats suivants :

- réaction plus rapide face aux accusés – surtout dans les villages éloignés;
- réaction plus forte, venant de la collectivité elle-même;
- réaction plus complète, par un plus grand nombre de personnes qui possèdent de l'information pertinente et connaissent la situation;
- réaction plus appropriée sur le plan culturel;
- premier pas sur la voie de l'établissement de stratégies de guérison à long terme¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Joan Mercredi, Cercle de discussion sur la justice, Saskatoon, janvier 1994, Transcription des audiences, pp. 182-183.

¹⁸⁵ Rupert Ross, «Managing the Merger: Justice-as-Healing in Aboriginal Communities», document de travail, Kenora, août 1994, pp. 7, 12.

Quant à la négociation du plaidoyer, Ross considère que des cercles de consultation devraient y participer préalablement à l'instruction. À l'heure actuelle, dans le système de justice non autochtone, les négociations de plaidoyer se font pendant les enquêtes préalables à l'instruction. Ces enquêtes nécessitent seulement la présence d'un avocat de la défense, d'un procureur et, à l'occasion, d'un juge. Elles servent en général à évaluer la solidité de la position de la Couronne et à envisager les peines possibles, en cas de plaidoyer de culpabilité. Toutefois, comme les règles de la preuve qui s'appliquent lors des procès ne jouent pas pendant les discussions préalables à l'instruction, ces discussions sont l'occasion idéale de convoquer des cercles de consultation. Dans le cadre d'un tel cercle, les membres de la collectivité auraient l'occasion d'exprimer leurs points de vue sur l'affaire – qu'il s'agisse des faits présentés ou de la sentence appropriée. Comme le cercle s'intégrerait au processus préalable à l'instruction, la discussion se déroulerait dans un cadre non accusatoire¹⁸⁶. Ross croit que le recours à de tels cercles entraînerait une réduction du nombre des procès.

La création et l'évolution du cercle de consultation au Yukon illustrent la façon dont cette approche peut servir à diversifier la participation des autochtones. Ceux qui le connaissent bien croient que le cercle pourrait faire beaucoup plus que de simplement conseiller les juges au sujet d'une cause donnée. Dans un exposé intitulé «Alternative Dispute Resolution in Action in Canada: Community Justice Circles», le juge Barry Stuart et Barbara Hume, juge de paix au Yukon et cofondatrice du projet de cercle de consultation, ont décrit comment les cercles communautaires pouvaient constituer des projets de déjudiciarisation officiels.

Dans ce modèle, un cercle de guérison est convoqué sans délai après qu'une infraction a été commise. Ce cercle comprend en général la victime, le délinquant, des anciens, le chef de clan et d'autres intéressés. Si la question est réglée à la satisfaction de tous les participants, aucune autre mesure n'est prise. Au besoin, des cercles supplémentaires comptant un plus large éventail de participants peuvent être convoqués, pour régler l'affaire sans intervention du système judiciaire ni recours aux tribunaux. Les infractions criminelles graves peuvent être soumises directement aux tribunaux. Le juge a alors toujours l'option de solliciter les conseils d'un cercle de consultation. Cette façon de recourir à un cercle pour déterminer la peine est actuellement appliquée à petite échelle au Yukon¹⁸⁷.

Les cercles de consultation et les conseils d'anciens ne sont pas des fins en soi. Comme les projets de déjudiciarisation et les initiatives connexes, ils constituent peut-être une étape dans un processus évolutif. Le concept des cercles communau-

¹⁸⁶ Ross, «Managing the Merger», pp. 12-13.

¹⁸⁷ On trouvera plus de détails sur les divers types de cercles actuellement utilisés au Yukon dans Barry Stuart et Barbara Hume, «Alternative Dispute Resolution in Action in Canada: Community Justice Circles», communication présentée à une conférence de la Society for Professionals in Dispute Resolution, tenue à Toronto le 23 octobre 1993.

taires au Yukon a récemment été élargi de façon à ce que ces cercles puissent maintenant constituer des solutions de rechange aux tribunaux. Ces initiatives doivent avoir assez de latitude pour se développer de façon autonome. Elles sont utiles, non seulement dans le cadre de la réforme continue du système actuel, mais aussi comme modèles pour la mise sur pied de systèmes de justice autochtone distincts.

Initiatives touchant les jeunes contrevenants

En 1982, le Parlement a remplacé la *Loi sur les jeunes délinquants*, adoptée en 1908, par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, afin d'établir un nouvel équilibre entre les droits et les intérêts des jeunes et la protection de la société. Cette loi, qui accorde aux jeunes les mêmes droits qu'aux adultes quant à l'application régulière du droit et à un traitement juste et équitable, reconnaît qu'il faut appliquer des mesures particulières aux jeunes ayant des démêlés avec la justice. Dans la Déclaration de principes, la Loi porte que «le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société¹⁸⁸». À l'appui de ce principe, la législation définit des «mesures de rechange». Le paragraphe 4(1) prévoit ce qui suit :

Le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux procédures judiciaires [...], peut se faire.

Ces mesures de rechange doivent être intégrées à un programme autorisé par la province, et l'adolescent doit accepter la responsabilité de l'infraction qui lui est imputée. La promesse d'initiatives innovatrices à l'endroit des jeunes contrevenants autochtones – que la législation sur les jeunes contrevenants voulait encourager – est restée lettre morte comme bien d'autres promesses de notre «société juste».

Le groupe de travail Cawsey a constaté qu'en Alberta, les ordonnances de garde ont **diminué** de 8 % entre 1986 et 1989 pour les jeunes non autochtones, alors qu'ont **augmenté** avec constance de 18,2 % pour les jeunes autochtones. Le groupe conclut aussi que les jeunes contrevenants autochtones se prévalent toujours très peu du programme des mesures de rechange. Plus de 33 % des nouvelles affaires concernant de jeunes contrevenants non autochtones ont été soumises au programme, par rapport à seulement 11,1 % des nouvelles affaires touchant de jeunes contrevenants autochtones. En se fondant sur l'expérience de l'Alberta, le rapport Cawsey tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Les jeunes contrevenants autochtones semblaient sous-représentés dans les décisions plutôt favorables et surreprésentés dans les décisions plutôt défavorables. Par conséquent, il y

¹⁸⁸ *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, alinéa 3(1)f).

a surreprésentation notable des autochtones parmi les adolescents incarcérés¹⁸⁹.

Le rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba (AJIM) conclut lui aussi que les jeunes contrevenants autochtones au Manitoba sont en moyenne condamnés à la garde en milieu ouvert pour des périodes deux fois plus longues que celles imposées aux jeunes contrevenants non autochtones. En outre, 18 % des contrevenants autochtones sont condamnés à la garde en milieu fermé, comparativement à seulement 11 % des contrevenants non autochtones.

Dans le tableau plutôt sombre du traitement réservé aux jeunes contrevenants autochtones par le système judiciaire manitobain, l'AJIM a identifié un secteur où la mise en œuvre de mesures de rechange offrait de réelles perspectives de changement. Le Manitoba mise plus que toute autre province canadienne sur les mesures de rechange, et nombre des cas auxquels ces mesures sont appliquées sont confiés à des comités de justice pour la jeunesse composés de bénévoles. Ces comités sont habilités en vertu de l'article 69 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui porte ce qui suit :

Le procureur général d'une province [...] 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 œuvre de la présente loi ainsi qu'à tout service ou programme pour jeunes contrevenants.

Dix comités de justice pour la jeunesse autochtone œuvraient au Manitoba en 1991. L'AJIM a décrit les interventions de ces comités dans le système judiciaire :

[TRADUCTION] Ils interviennent auprès des jeunes de deux façons. Si un jeune trouble la paix de la collectivité, le constable de la bande ou un agent de police, un membre du conseil de bande, les parents ou une personne intéressée peuvent demander au comité de justice pour la jeunesse de prendre l'affaire en main avant que des accusations ne soient portées. Si une accusation est portée, le jeune peut encore être renvoyé au comité par le procureur de la Couronne ou, ultérieurement, par le juge.

Lorsque le jeune consent à participer au processus, le comité de justice pour la jeunesse le rencontre pour discuter du problème et des options qui s'offrent [...] L'éventail des mesures est uniquement fonction des ressources et de l'imagination des administrateurs du programme, ainsi que du consentement de l'intéressé.

Certains comités de justice pour la jeunesse assurent la surveillance de personnes mises en liberté sous caution, d'autres supervisent

¹⁸⁹ *Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 6, p. 7.

des ordonnances de probation, d'autres encore cherchent à réconcilier la victime et le contrevenant ou appliquent divers mécanismes de règlement des conflits. Quelques-uns effectuent des démarches auprès des tribunaux au nom des jeunes contrevenants¹⁹⁰

Le rapport de l'AJJM fournit aussi quelques exemples précis du travail effectué par certains comités de justice pour la jeunesse autochtone. Le comité de justice pour la jeunesse de St. Theresa Point a été créé grâce à un groupe de parents qui a exercé des pressions afin d'aider un nombre croissant de jeunes qui inhalaient des vapeurs d'essence et faisaient l'école buissonnière.

[TRADUCTION] Le comité a été créé par la collectivité et s'inspire des traditions et des coutumes de la tribu. Il a commencé à convoquer à des réunions des jeunes qui inhalaient des vapeurs d'essence et s'absentaient de l'école, pour que les anciens leur fassent la leçon au sujet de leur comportement inapproprié. En règle générale, la remontrance était faite lors de rencontres publiques auxquelles assistaient d'autres membres de la collectivité. Très rapidement, les parents ont aussi été appelés à rendre des comptes. De cette façon, le comité faisait véritablement office de programme de déjudiciarisation. Ultérieurement, des jeunes accusés d'infractions criminelles ont comparu devant le comité plutôt que devant un tribunal.

Le conseil de bande a ensuite adopté une nouvelle mesure en nommant un «magistrat» communautaire. Ce poste n'est pas reconnu en vertu des lois provinciales ou fédérales, mais la collectivité considère son titulaire comme revêtu de l'autorité que confèrent les coutumes de la tribu. Apparemment, aucun membre de la collectivité n'a jamais contesté l'autorité de ce magistrat communautaire.

La GRC appuie le programme. Elle l'a jugé si efficace qu'elle y renvoie des jeunes avant de déposer des accusations, comme elle l'aurait fait par le passé.

On nous a informés que le nombre de crimes commis par de jeunes contrevenants dans la collectivité a diminué de façon spectaculaire¹⁹¹.

¹⁹⁰ Rapport de l'AJJM, cité à la note 2, volume 1, p. 576.

¹⁹¹ Rapport de l'AJJM, volume 1, pp. 576-577. Le rapport décrit aussi l'expérience du comité de justice pour la jeunesse Wi Chi Whey Wen, à Winnipeg, et celle du comité judiciaire du conseil tribal de Roseau River.

Ayant examiné l'expérience de comités de justice pour la jeunesse autochtone, l'AJIM a jugé très inquiétants plusieurs aspects des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (LJC) qui se rapportent aux mesures de rechange et à la création de ces comités. Elle s'est d'abord interrogée sur l'absence de soutien financier.

[TRADUCTION] Nous ne comprenons pas pourquoi les comités de justice pour la jeunesse, dont certains prennent beaucoup d'ampleur, devraient fonctionner sans le soutien financier et administratif accordé à d'autres éléments du système judiciaire. Nous ne comprenons pas non plus pourquoi l'article 69 de la LJC prévoit que les membres des comités de justice pour la jeunesse doivent travailler «à titre bénévole»¹⁹².

Il ne faut pas négliger la question du niveau de service que les bénévoles peuvent assurer dans le cadre d'une initiative judiciaire. Le soutien de la collectivité à l'égard de telles activités est essentiel, mais il est peu réaliste de s'attendre à ce que tout le travail d'établissement et de maintien de ces initiatives soit accompli par des bénévoles. Dans le cas d'initiatives aussi complexes que celles traitant des adolescents ayant maille à partir avec la justice, l'absence de ressources conduit inévitablement à l'épuisement des bénévoles. Des initiatives très prometteuses risquent de devoir être abandonnées. Cela joue contre ceux qui ont besoin des services et constitue un obstacle à la mise sur pied de nouvelles initiatives. Cette remarque vaut non seulement pour les initiatives visant les jeunes contrevenants, mais aussi pour tous les projets judiciaires.

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a également noté que la LJC laisse au procureur général de la province le soin d'élaborer les lignes directrices applicables aux programmes de mesures de rechange. Au Manitoba, en vertu des lignes directrices, les mesures de rechange s'appliquent seulement aux adolescents qui ont commis des infractions mineures mais jamais d'infractions graves. Par conséquent, les jeunes accusés d'infractions graves relatives à la conduite d'un véhicule, d'actes de violence criminels, de menaces de violence ou de crimes entraînant plus de 1 000 \$ de dommages ne peuvent pas participer au programme. Le rapport de la commission d'enquête recommandait l'adoption de nouvelles lignes directrices pour que les programmes de mesures de rechange soient ouverts à tous les contrevenants, surtout si le délinquant n'a jamais eu l'occasion de participer à un tel programme.

Misant sur le succès des comités actuels de justice pour la jeunesse autochtone, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a recommandé au gouvernement provincial d'établir des programmes de déjudiciarisation et de mesures de rechange adaptés aux besoins des autochtones et de fournir un soutien administratif et financier adéquat aux comités de justice pour la jeunesse.

¹⁹² Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 576.

Nombre d'enquêtes récentes sur la justice ont formulé des recommandations appuyant les principes de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et l'engagement des gouvernements provinciaux à l'égard des programmes de mesures de rechange. Comme nous l'avons vu, les jeunes autochtones sont surreprésentés dans le système judiciaire destiné aux jeunes contrevenants, mais ils sont sous-représentés dans les programmes de mesures de rechange. Par conséquent, des recommandations comme celles de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, qui préconisaient des programmes de déjudiciarisation et de mesures de rechange adaptés aux besoins des autochtones, sont logiques. Toutefois, ces dernières années, le gouvernement a surtout centré ses efforts sur les changements à apporter à la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour en renforcer le caractère punitif au détriment des aspects liés à la réinsertion sociale¹⁹³. À cause de toute la publicité accordée aux crimes de violence aveugle perpétrés tant par des adultes que par des adolescents, il semble que l'opinion publique souhaite un durcissement du système. Les demandes en ce sens ne visent pas directement les contrevenants autochtones mais, étant donné que les jeunes contrevenants autochtones sont déjà beaucoup trop nombreux dans le système, il faut bien admettre qu'un durcissement des mécanismes correctionnels aura une incidence disproportionnée sur les jeunes autochtones et rendra encore plus aléatoires les sanctions substitutives.

Dans ce contexte défavorable, alors que les demandes de sanctions plus sévères font la une des journaux et figurent à l'ordre du jour de nos parlementaires, il serait bon de passer en revue les progrès récents réalisés par d'autres pays qui ont préféré une orientation différente. L'expérience de la Nouvelle-Zélande dans le domaine de la justice pour la jeunesse nous a semblé particulièrement pertinente pour le Canada. Plusieurs raisons expliquent l'intérêt que nous a inspiré cette expérience. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les autochtones de la Nouvelle-Zélande étaient aussi surreprésentés que les autochtones du Canada dans le système pénal. Les changements récents apportés par la Nouvelle-Zélande s'inspirent en partie des principes et des procédés de la tradition de justice réparatrice maorie. La législation néo-zélandaise s'applique à tous les jeunes contrevenants, mais la majorité des causes instruites en vertu de cette législation touchent de jeunes contrevenants maoris.

En 1989, la Nouvelle-Zélande a adopté la *Children, Young Persons and Their Families Act*. Cette loi offre quelques similarités avec la *Loi sur les jeunes contrevenants*. En effet, elle établit un tribunal de la jeunesse distinct, qui traite les affaires impliquant de jeunes contrevenants, elle prévoit toute la gamme des mécanismes de protection en cas de plaidoyer de non-culpabilité et elle permet le renvoi des affaires vraiment graves au tribunal des adultes. La loi néo-zélandaise se distingue de la LJC par les mesures de rechange qui constituent un élément du système plutôt qu'une option. La version néo-zélandaise des mesures de rechange met l'accent sur ce que

¹⁹³ Voir *Loi modifiant la Loi sur les jeunes contrevenants et le Code criminel*, L.C. 1995, c. 19.

L'on appelle la conférence du groupe familial (CGF). Le juge McElrea, de la Cour de district d'Auckland, décrit ainsi la procédure adoptée en Nouvelle-Zélande :

[TRADUCTION] La conférence du groupe familial rassemble le jeune, des membres de la famille (au sens large), la victime, un défenseur (à la requête du jeune), un policier (habituellement, un membre de la Division de l'aide à la jeunesse), un travailleur social (dans certains cas) et toute autre personne demandée par la famille [...]

Si l'intéressé n'a pas été arrêté, la CGF recommande qu'il soit poursuivi en justice ou que la question soit réglée d'une autre façon, de préférence par déjudiciarisation. Tous les participants à la CGF (y compris l'intéressé) doivent s'entendre sur le programme de déjudiciarisation proposé, et la mise en œuvre de celui-ci est consensuelle par nature. Lorsque l'intéressé a été arrêté, le tribunal doit soumettre les faits admis par l'intéressé à une CGF qui recommandera une ligne de conduite au tribunal. À l'occasion, une CGF recommande au tribunal d'imposer une peine. En règle générale, elle propose un plan d'action comprenant, par exemple, des excuses, des mesures réparatrices (un dédommagement en argent ou du travail pour la victime), des travaux communautaires, une heure de rentrée et/ou la promesse de fréquenter l'école ou de ne pas avoir de rapports avec les complices. Le plan désigne les personnes qui assureront la supervision du processus, et le tribunal est en général prié d'ajourner l'instruction de trois ou quatre mois, par exemple, le temps de mettre le plan en œuvre.

Le tribunal de la jeunesse accepte presque toujours ces plans, car il reconnaît que la Loi, par son esprit, accorde à la CGF le principal pouvoir de décision. Toutefois, dans les cas graves, le tribunal peut imposer une large gamme de peines, la plus sévère étant trois mois de résidence dans un établissement des services sociaux, suivis de six mois de supervision; il peut aussi déclarer l'accusé coupable et le renvoyer à la Cour de district qui déterminera la peine en vertu de la *Criminal Justice Act* de 1985, prévoyant un maximum de trois ans de prison¹⁹⁴.

D'après le juge McElrea, l'exercice de la justice pour la jeunesse en vertu de la loi adoptée en 1989 comporte trois éléments caractéristiques. Premièrement, le pouvoir de l'État, surtout celui du tribunal, est délégué à la collectivité; deuxièmement, la conférence du groupe familial est un mécanisme visant à produire une intervention communautaire négociée; troisièmement, la participation des victimes, qui est

¹⁹⁴ F.W.M. McElrea, «Restorative Justice – The New Zealand Youth Court: A Model for Development in Other Courts?» (1994) + *Journal of Judicial Administration* 35-36.

essentielle, permet la guérison du contrevenant et de la victime. Ce sont ces éléments de justice réparatrice qui rapprochent les initiatives néo-zélandaises des concepts de justice maoris, fondés sur la restauration de relations harmonieuses dans un réseau familial, communautaire et tribal. Dans de nombreux cas impliquant de jeunes contrevenants maoris, la participation des familles élargies et des groupes tribaux du contrevenant et de la victime est le pivot de l'intervention communautaire négociée¹⁹⁵.

Les criminologues australiens John Braithwaite et Steven Mugford ont étudié la façon dont l'expérience néo-zélandaise des conférences de groupes familiaux a permis aux collectivités maories de se libérer de l'impuissance et de l'oppression que leur imposait le système pénal.

[TRADUCTION] La structure des lois et les procédures de la police et des tribunaux contribuent beaucoup à cette oppression. Par conséquent, la modification du processus policier et judiciaire est une étape importante, même si elle ne suffit pas [...] Les réformateurs néo-zélandais considèrent qu'un travailleur social représentant l'État n'est sans doute pas la personne la mieux placée pour redresser la situation des familles en crise. Quelle que soit l'ampleur des problèmes de la famille, c'est en son sein et dans son entourage immédiat que se trouve sans doute la meilleure solution. Ce que l'État peut faire, c'est d'habiliter les familles en leur fournissant des ressources [...] En Nouvelle-Zélande, où la moitié des affaires traitées par le système judiciaire pour la jeunesse touchent la communauté maorie, les conférences représentent une importante amélioration d'un système pénal qui se situe non pas en périphérie mais bien à l'origine même du sentiment d'impuissance qu'éprouve cette communauté [...] Les conférences n'apportent pas de changements révolutionnaires; elles donnent cependant aux petites gens l'occasion de porter de petits coups à l'oppression [...] Personne ne prétend que les propos tenus lors de la conférence transformeront en un clin d'œil et de façon irréversible la vie des intéressés – une conférence est une activité sociale, ce n'est pas un génie dans une bouteille. L'objectif de la conférence est plutôt de cristalliser les énergies de la collectivité pour régler le problème [...] En matière pénale, la perfection n'est pas de ce monde, mais certaines orientations sont préférables à d'autres. Les Maoris de la Nouvelle-Zélande nous ont montré une voie qui permet de recourir aux cérémonies de réintégration dans des métropoles multiculturelles comme Auckland, une ville plus durement touchée

¹⁹⁵ Les liens entre la justice réparatrice traditionnelle maorie et l'évolution récente de la justice pour la jeunesse en Nouvelle-Zélande sont commentés par Jim Consedine dans *Restorative Justice*, cité à la note 103.

par la récession, le phénomène des sans-abri et la violence des gangs que bien des villes d'Europe de l'Ouest¹⁹⁶.

Comme le signalent Braithwaite et Mugford, les conférences de groupes familiaux reflètent les concepts de la justice réparatrice propres aux Maoris, mais l'intégration de ce mécanisme dans le système de justice pour la jeunesse a été très bien acceptée par les collectivités non maories de Nouvelle-Zélande. Il semble en effet que ce mécanisme mette un terme à la mainmise des professionnels, habilite la collectivité et surtout les victimes, et permette à la collectivité de résoudre le problème avec souplesse.

[TRADUCTION] Enfin, la latitude et le contrôle dont jouissent les participants expliquent que cette stratégie puisse s'avérer efficace dans une métropole multiculturelle comme Auckland. Il s'agit d'une stratégie communautaire destinée non pas au village du XIX^e siècle, mais bien à la ville du XXI^e siècle. La souplesse du processus, la liberté d'action des participants – voilà les clés nécessaires au pluralisme juridique qui s'impose dans la métropole¹⁹⁷.

Contrairement à ce qui s'est passé au Canada, où la mise en œuvre de la *Loi sur les jeunes contrevenants* a entraîné une augmentation des ordonnances de garde, le taux de placement en établissement des jeunes contrevenants néo-zélandais a chuté de plus de 50 % depuis 1988, si bien que la plupart des maisons d'accueil pour les jeunes ont fermé leurs portes¹⁹⁸. La réforme accomplie en Nouvelle-Zélande est en outre très bien accueillie dans divers milieux; la police notamment la perçoit de façon très positive. Comme le signalent Braithwaite et Mugford :

[TRADUCTION] À sa conférence de 1991, l'Australian and New Zealand Police Federation a adopté une résolution appuyant la réforme néo-zélandaise du système judiciaire de la jeunesse. En Nouvelle-Zélande, dans 91 % des cas, la police est satisfaite de l'issue des conférences auxquelles elle participe [...] Il n'y a peut-être pas lieu de s'en étonner : cette approche est pleine de bon sens pour

¹⁹⁶ John Braithwaite et Steven Mugford, «Conditions of Successful Reintegration Ceremonies: Dealing with Juvenile Offenders», *British Journal of Criminology*, volume 34, n° 2 (printemps 1995), pp. 156, 157, 158, 162 et 168. Les conférences familiales, qui sont d'abord apparues en Nouvelle-Zélande, ont été utilisées avec succès en Australie. Dans la version australienne, la police assume une fonction plus centrale et, contrairement à ce qui se passe en Nouvelle-Zélande, les jeunes non aborigènes participent au processus plus souvent que les jeunes aborigènes. Joy Wundersitz, «Family Conferencing in South Australia and Juvenile Justice Reform» dans *Family Conferencing and Juvenile Justice: The Way Forward or Misplaced Optimism*, sous la direction de Christine Adler et Joy Wundersitz, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1994, pp. 87-102.

¹⁹⁷ Braithwaite et Mugford, «Conditions of Successful Reintegration Ceremonies», p. 159.

¹⁹⁸ Braithwaite et Mugford, «Conditions of Successful Reintegration Ceremonies», p. 162. Voir aussi Gabriel Maxwell et Allison Morris, *Family, Victims and Culture: Youth Justice in New Zealand*, Social Policy Agency and Institute of Criminology, Wellington, Université Victoria, 1993.

les policiers puisqu'elle permet de réduire les tracasseries administratives et d'économiser les ressources du système pénal. Les policiers se sentent en outre souvent habilités, parce que la conférence leur permet de suggérer à la famille des solutions concrètes pour régler le problème (une occasion que leur offrent rarement les tribunaux); ils aiment traiter les victimes avec l'humanité que les tribunaux semblent leur refuser (ils aiment entre autres que les victimes soient effectivement dédommagées); ils constatent une plus grande collaboration avec les policiers dans les collectivités responsabilisées par le processus. Par ailleurs, ils considèrent qu'il est intéressant, plus stimulant et plus satisfaisant de participer à des conférences communautaires que de dactylographier des documents d'inculpation et de se tourner les pouces au palais de justice en attendant quelques minutes d'audience¹⁹⁹.

Malgré son efficacité éprouvée, le système des conférences de groupes familiaux pour les jeunes contrevenants, tout comme les mesures de rechange au Canada, n'est pas suffisamment financé pour tirer parti de sa réussite. En fait, dans les demandes qu'elle a adressées au Social Services Select Committee du Parlement, l'association des policiers de la Nouvelle-Zélande a parlé d'un «sous-financement déplorable²⁰⁰». Le système des CGF ne devrait pas non plus être perçu comme une réponse satisfaisante aux revendications des Maoris, qui réclament la reconnaissance de leur droit à l'autonomie gouvernementale. Même si nombre de Maoris considèrent que les réformes en Nouvelle-Zélande représentent des améliorations notables et, dans une certaine mesure, une habilitation, ces réformes ne les empêchent pas de continuer à revendiquer le rétablissement et la revitalisation d'un système de justice qu'ils contrôleraient eux-mêmes.

Carol La Prairie est une Canadienne qui a effectué d'importantes recherches sur les effets du système pénal dans nos collectivités autochtones. Elle vient d'écrire un article où elle examine certains des avantages que les conférences familiales pourraient offrir à ces collectivités. Les opinions de M^{me} La Prairie sur l'applicabilité du concept au Canada sont fondées sur ce qu'elle a observé en Australie-méridionale :

[TRADUCTION] Les conférences portant sur les infractions et les désordres pourraient servir les collectivités autochtones de plusieurs façons. Premièrement, elles pourraient fournir de nouvelles options aux policiers et à d'autres représentants des institutions, ce qui est important dans les collectivités ayant peu de ressources. Les policiers peuvent actuellement libérer le prévenu sous caution ou porter des accusations, éloigner le contrevenant du foyer pen-

¹⁹⁹ Braithwaite et Mugford, «Conditions of Successful Reintegration Ceremonies», pp. 165-166.

²⁰⁰ McElrea, «Restorative Justice», cité à la note 194, p. 53.

dant de courtes périodes, fournir divers services comme une assistance pour obtenir des soins médicaux ou du counselling, ou ne rien faire du tout.

Les conférences peuvent permettre aux collectivités et aux intéressés de se tourner à nouveau vers les pratiques privées et officieuses (ou coutumières) qui ont été minées par les institutions. Dans les collectivités, beaucoup déplorent l'affaiblissement des valeurs traditionnelles et des structures du pouvoir, notamment les personnes qui sont autour de la cinquantaine et les personnes âgées. Avec la modernisation et les communications de masse, les institutions ont assumé au sein des collectivités des responsabilités qui relevaient auparavant des parents et d'autres groupes.

Les conférences peuvent aussi rassurer les participants, qui pourront exprimer librement leurs opinions et leurs préoccupations, sans craindre les commérages et les repréailles comme s'ils devaient parler en public, devant un tribunal par exemple. Le fait de témoigner contre un autre membre de la collectivité ou un parent peut faire jaser, provoquer le mépris et/ou attirer la vengeance. Cela peut aussi créer des problèmes et des tensions entre des personnes qui vivent très près les unes des autres toute l'année.

Dans le domaine de la violence familiale, certains travaux de recherche permettent de croire que les victimes préféreraient les conférences au dépôt d'accusations. Il n'est guère utile d'éloigner les contrevenants ou de porter des accusations contre eux lorsque les victimes veulent simplement que les comportements se modifient et que la relation s'assainisse. Dans de nombreuses collectivités autochtones, il est difficile de recourir à la consultation matrimoniale ou à d'autres types de counselling, faute de ressources; l'«élargissement du cercle», parce qu'il permet d'englober des membres de la famille étendue et d'autres participants, peut donc fournir aux victimes le soutien et l'aide dont elles ont besoin et rendre les contrevenants moins violents. Dans les cas où des jeunes ou de jeunes adultes usent de violence contre leur mère et/ou leur père, la honte éprouvée par les victimes peut être plus utilement abordée dans le cadre de la conférence que dans un poste de police ou devant un tribunal²⁰¹.

La Commission croit que la reconnaissance de la compétence des nations autochtones dans le domaine de la justice devra nécessairement englober l'administration

²⁰¹ Carol La Prairie, «Conferencing in Aboriginal Communities in Canada: Finding a Middle Ground in Criminal Justice?», à paraître en 1996 dans la revue américaine *Criminal Law Forum*.

de la justice pour les jeunes au niveau des collectivités. Nous savions que, alors que le présent rapport était en cours de rédaction, le Parlement du Canada envisageait de modifier la *Loi sur les jeunes contrevenants*. C'était donc l'occasion rêvée de proposer des dispositions supplémentaires portant notamment sur les conférences de groupes familiaux – mécanisme qui, pendant la transition devant mener à l'instauration de systèmes de justice autochtone distincts, aurait permis de corriger la surreprésentation des jeunes autochtones dans les établissements de détention et de préparer les nations et les collectivités autochtones à s'attaquer aux problèmes dont souffrent leur bien le plus précieux – les enfants et les adolescents. Le Parlement devrait se pencher sur cette question à la première occasion.

Initiatives autochtones dans les prisons canadiennes

Les initiatives décrites jusqu'ici se déroulent à l'extérieur des prisons. En fait, la plupart visent l'examen et la mise en œuvre de sanctions substitutives. Ces initiatives ne visent pas seulement à corriger la surreprésentation des autochtones dans les prisons, mais reflètent aussi le fait que ces derniers ne connaissaient pas les «maisons aux barreaux de fer» avant l'arrivée des Européens.

Quoi qu'il en soit, c'est dans les prisons canadiennes que s'est déroulée l'une des initiatives les plus remarquables des 10 dernières années en matière de justice autochtone. Au cours de cette période, les détenus autochtones et les organisations qui les appuyaient se sont mis à critiquer de plus en plus vivement le fait que les autorités correctionnelles ne reconnaissaient pas les problèmes particuliers auxquels étaient confrontés les détenus autochtones et le peu de pertinence de nombreux programmes pénitentiaires pour ces détenus. Les autochtones incarcérés réclamaient le droit de pratiquer leur spiritualité, et notamment de participer à des cérémonies spirituelles et à des cérémonies de guérison, et ils soutenaient qu'il ne s'agissait pas seulement d'un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais aussi de la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Outre ces arguments, ils affirmaient que des cérémonies de guérison pertinentes sur le plan culturel contribueraient plus à leur réadaptation et à leur réinsertion sociale que les programmes dénués de tout contenu culturel autochtone. Le rapport de l'Association du Barreau canadien intitulé *Locking Up Natives in Canada* a reconnu la puissante influence de la spiritualité autochtone dans la vie des détenus autochtones.

[TRADUCTION] Les détenus autochtones qui suivent la voie de la spiritualité découvrent, souvent pour la première fois, un sentiment d'identité, de valeur personnelle et d'appartenance à la collectivité. Comme il faut cheminer sur cette voie en compagnie d'initiés respectés pour leur force spirituelle et leur sagesse, les détenus qui pratiquent la spiritualité autochtone ont besoin de communiquer avec les anciens à l'extérieur. Certains détenus, parce qu'ils possèdent déjà des connaissances ou les acquièrent en prison, sont

capables de diriger des cérémonies spécifiques et d'offrir une aide spirituelle aux autres prisonniers. Il s'établit donc un continuum dans lequel ceux qui ont plus d'expérience peuvent aider ceux qui en ont moins. De la sorte, le sentiment d'appartenance à la collectivité se construit non pas sur une caractéristique commune, celle d'avoir commis un crime, mais plutôt sur la recherche de vérités spirituelles. Au lieu de se sentir aliénés, comme cela se produit trop souvent en prison, les détenus autochtones peuvent éprouver un sentiment d'appartenance et partager un ensemble de valeurs et d'expériences communes qui les relie à la collectivité autochtone de l'extérieur. Les détenus autochtones sont en mesure de reconnaître leur valeur personnelle grâce non seulement à leurs connaissances spirituelles mais aussi à l'aide qu'ils sont capables d'apporter à ceux qui font le même cheminement. La spiritualité autochtone permet donc aux détenus autochtones d'établir des liens non seulement les uns avec les autres mais aussi avec les autochtones à l'extérieur de la prison et avec leur patrimoine collectif. La spiritualité est considérée par de nombreux autochtones, incarcérés ou libres, comme un important antidote contre l'alcoolisme et la toxicomanie, la violence et les autres formes de comportement antisocial. Certaines des solutions adoptées pour réduire la criminalité dans les collectivités autochtones, qu'il s'agisse de programmes de déjudiciarisation ou de counseling communautaire, font appel à la spiritualité²⁰².

Le rapport fait mention des difficultés qu'ont les détenus autochtones à faire accepter et respecter leurs pratiques spirituelles par les agents de correction.

[TRADUCTION] Il est difficile pour les non-autochtones de respecter comme il se doit les croyances et les pratiques spirituelles autochtones, vu le caractère particulier de cette spiritualité. Il y a des hommes et des femmes autochtones qui ont des pouvoirs et des responsabilités particuliers en matière spirituelle, mais rien ne les distingue des autres, ni col romain ni diplôme de théologie. La spiritualité autochtone a ses propres cérémonies et ses propres rituels, différents de ceux de l'orthodoxie judéo-chrétienne. Certains lieux ont une signification particulière, mais il n'y a ni églises ni temples dans l'architecture autochtone. Cela ne signifie pas que la spiritualité autochtone n'a aucune forme précise dans le contexte carcéral. La cérémonie de la pipe sacrée et la suerie sont deux moyens caractéristiques qu'utilisent les détenus autochtones pour exprimer leurs traditions spirituelles. La cérémonie de la pipe sacrée est commune à de nombreuses nations amérindiennes. Elle

²⁰² *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, pp. 287-288.

représente les liens unificateurs de l'ethos amérindien. Lorsque les fidèles amérindiens fument la pipe dans un cercle rituel, leurs prières s'élèvent avec la fumée et rejoignent toutes les créatures. Le Grand Esprit appelé par la pipe entre dans la pièce et relie les autochtones à tout ce qu'ils connaissent dans le monde des vivants. La pipe contient des matières animales, végétales et minérales. Chacune – foin d'odeur, sauge, cornouiller et écorce de thuya – a une signification symbolique. Les plumes d'aigle et certaines parures sont intégralement liées aux questions spirituelles. La cérémonie de la suerie est, comme celle de la pipe, très répandue dans les cultures autochtones. Elle sert surtout à la purification. Les éléments structurels de la hutte de purification représentent les forces de l'univers et les cycles de la nature²⁰³.

Désireux de résoudre le problème, le gouvernement fédéral a intégré à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* de 1992²⁰⁴ des dispositions précises applicables aux délinquants autochtones; le Service correctionnel du Canada doit dorénavant «offrir des programmes adaptés aux besoins des délinquants autochtones» (article 80). La Loi autorise le Solliciteur général à conclure avec les collectivités autochtones des accords portant sur la prestation de services correctionnels aux délinquants autochtones (article 81), ordonne l'établissement d'un comité consultatif autochtone national et autorise la création de comités consultatifs autochtones locaux pour conseiller le Service correctionnel du Canada sur la prestation de services correctionnels aux délinquants autochtones (article 82). L'article 83 prévoit ce qui suit :

1. Il est entendu que la spiritualité autochtone et les chefs spirituels ou les aînés autochtones sont respectivement traités à égalité de statut avec toute autre religion et chef religieux.
2. Le Service prend toutes mesures utiles pour offrir aux détenus les services d'un chef spirituel ou d'un aîné [...]

S'il est relativement facile d'adopter des lois, il est plus difficile de les mettre quotidiennement en pratique dans les prisons. Des conseils consultatifs d'anciens ont

²⁰³ *Locking Up Natives in Canada*, pp. 288-289.

²⁰⁴ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, articles 79-84. Les provinces et les territoires ne reconnaissent pas tous également la nécessité de programmes adaptés aux besoins des autochtones. Certaines provinces et certains territoires reconnaissent explicitement le rôle des anciens, d'autres pas. Même dans les provinces où des lignes directrices ont été publiées, on a constaté que, comme dans les établissements fédéraux, la politique et la pratique étaient souvent divergentes. À l'échelon provincial, l'existence de programmes autochtones dépend littéralement de l'établissement. En outre, il ne suffit pas qu'un établissement pénitentiaire offre des programmes adaptés aux besoins des autochtones pour qu'on y envoie systématiquement les délinquants autochtones y purger leur peine.

été nommés et le Service correctionnel du Canada a embauché des anciens à contrat, mais le respect et la reconnaissance ne sont pas encore automatiques. Dans certains établissements, la législation et la politique officielle sont un peu oubliées lorsque les anciens se présentent à la porte de la prison, ballot de guérisseur et pipe sacrée à la main.

Dans le cadre de ses consultations publiques, la Commission a tenu des audiences spéciales au Pénitencier de la Saskatchewan à Prince Albert, à Stony Mountain près de Winnipeg et à la Prison des femmes à Kingston. Au Pénitencier de la Saskatchewan, le directeur, Warren O'Sullivan, nous a informés que 48 % des détenus de son établissement étaient d'origine autochtone. Plusieurs d'entre eux nous ont parlé de la force qu'ils avaient tirée de leur spiritualité et de leur travail avec les anciens. Keith Bruno nous a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous avons beaucoup de frères ici. Ils s'initient à la suerie. Ils s'initient à la pipe sacrée. Quand ils sortent, je crois qu'ils ont quelque chose à offrir aux jeunes qui purgent des peines. Ils comprennent ce que ces jeunes vivent, séparés de leur famille, séparés de leur propre esprit [...] Lorsque vous tenez la pipe, vous vous sentez fort. Vous la regardez et elle vous porte. Elle vous aide à comprendre votre raison d'être, parce que vous avez maintenant une raison d'être. Vous ne voulez plus simplement retourner à la rue, refaire les mêmes erreurs et revenir ici²⁰⁵

D'autres détenus nous ont décrit la façon dont leur vie en foyer nourricier – coupés de leur famille, de leur langue et de leur culture – et leurs séjours dans des établissements correctionnels pour les jeunes les prédestinaient au pénitencier. Ken Noskiye, du Prince Albert Native Awareness Group, nous a appris que d'après un sondage réalisé par son groupe auprès des détenus autochtones à Prince Albert, plus de 95 % avaient fait des séjours en foyer nourricier ou en foyer collectif²⁰⁶.

Pat McCormick nous a raconté sa triste expérience. Il n'avait pas 10 ans que déjà sa vie n'était qu'une succession de foyers collectifs, de foyers d'accueil d'urgence et de foyers nourriciers, d'où il s'enfuyait pour errer dans les rues de Winnipeg, «inhalant des solvants, des vapeurs d'essence, des vapeurs de colle, tout ce qui me tombait sous la main». Il a finalement été placé dans un centre de détention pour les jeunes, où il a véritablement commencé son institutionnalisation. Il a célébré son dix-huitième anniversaire à la prison Headingly, et de 18 à 20 ans il a connu seulement sept mois de liberté. Peu après son vingtième anniversaire, il a été condamné pour meurtre au premier degré. «J'avais finalement pris quelque chose que je ne pouvais rendre», nous a-t-il déclaré. Pendant la première année de sa peine, il a perdu sa mère et il a décidé de changer de vie. Il a affirmé à la Commission qu'il

²⁰⁵ Keith Bruno, Transcription des audiences, Prince Albert (Saskatchewan), 27 mai 1992, p. 121.

²⁰⁶ Ken Noskiye, Transcription des audiences, Prince Albert (Saskatchewan), 27 mai 1992.

avait commencé la quête ardue de sa culture autochtone au pénitencier. Comme il l'a expliqué :

[TRADUCTION] Au pénitencier, aujourd'hui, je suis des programmes et je participe aux activités culturelles. J'ai encore de la difficulté, parce que j'essaie de me constituer un système de valeurs, de comprendre d'où je viens et où je suis et de quelle façon je peux remettre de l'ordre dans ma vie et tirer les leçons de mon passé. J'entends une voix, et c'est la voix d'un enfant que personne ne semble écouter. Je me suis demandé ce que je pourrais vous dire à vous, aujourd'hui [...] Je ne sais pas combien nous sommes dans cet établissement, mais je sais que beaucoup ont fait le même chemin, qu'ils ont commencé par les services à l'enfance. Je sais qu'il faut régler ce problème pendant que nous sommes ici et maintenant, mais je vous l'ai dit, j'entends cette voix, je l'entends demander de l'aide. Nous sommes ici, mais il y a dans tout le pays des enfants qui doivent rentrer chez eux, retourner parmi leur peuple, alors j'ai prié pour que la Commission les aide²⁰⁷.

Les effets de la spiritualité autochtone sur les délinquants autochtones au Canada ont été peu étudiés, même si l'expérience subjective de nombreux contrevenants permet de croire qu'il s'agit d'un important facteur de rétablissement de l'identité et de la fierté autochtones, qui mène à la guérison. Dans de nombreux cas, étant donné une longue accoutumance à la violence et à l'institutionnalisation, cette guérison prendra toute la vie²⁰⁸. Le professeur James Waldram, du Département des études autochtones à l'Université de la Saskatchewan, est un des rares chercheurs à s'être penché sur la question. Il a mené des entrevues auprès de plusieurs détenus autochtones qui avaient participé à des programmes de spiritualité et de sensibilisation. Il conclut que ceux-ci ont un important effet sur la santé mentale et le bien-être des délinquants. Waldram souligne que le système correctionnel a été négligé au profit d'autres aspects du système judiciaire pour ce qui est de l'intégration des approches traditionnelles. Ses travaux indiquent que même si la spiritualité autochtone est reconnue dans la législation canadienne et les orientations politiques qui en découlent en raison surtout de l'aspect religieux, son principal intérêt pourrait fort bien être les effets thérapeutiques du travail avec des anciens respectés et des cérémonies favorisant l'épanouissement de la personne et du groupe.

Le professeur Waldram a confirmé ce que nous avons entendu au Pénitencier de la Saskatchewan, c'est-à-dire que les rapports avec les anciens et l'expérience des

²⁰⁷ Pat McCormick, Transcription des audiences, Prince Albert (Saskatchewan), 27 mai 1992, p. 47.

²⁰⁸ Les détenus ne sont pas les seuls à commenter les changements qu'un retour à la spiritualité autochtone a entraînés dans leur vie. Dans un récent article, Peter Moon transmet les observations du directeur du pénitencier de Stony Mountain, Art Majkut, qui a vu des détenus autochtones transformés par cette expérience. Peter Moon, «Natives Find Renewal in Manitoba Prison», *The Globe and Mail*, 20 juillet 1995, p. A1.

rituels autochtones représentent le premier contact de nombreux contrevenants autochtones avec la force et la puissance de la culture autochtone. Waldram a également constaté que pour de nombreux délinquants il était plus facile de parler avec les anciens qu'avec le personnel non autochtone des services correctionnels, et que les anciens comprenaient mieux leur situation, entre autres parce que certains avaient eux-mêmes eu une vie tourmentée, ayant parfois sombré dans l'alcoolisme et la toxicomanie, et même, connu la prison. Comme l'un des détenus le faisait remarquer :

[TRADUCTION] Je n'ai aucune difficulté à me confier à un ancien, parce que l'expérience de bien des anciens ressemble à la mienne, et je peux me sentir proche d'eux à cause de ça; ils me comprennent mieux que ceux qui ont fait des études, parce que ceux-là n'ont pas connu la vie que j'ai connue²⁰⁹.

Un autre détenu expliquait ainsi son contact avec les anciens :

[TRADUCTION] Je parle de moi et des problèmes que j'ai, et ils me donnent des conseils, vous savez, pour mieux me tirer d'affaire une fois sorti de prison. J'ai beaucoup appris de ces anciens [...] Par exemple, je leur rends visite lorsque je suis déprimé, et je leur demande pourquoi je me sens mal. Je leur demande pourquoi je me sens coupable. Je leur demande ce que je peux faire pour me débarrasser de ces sentiments, c'est là qu'ils peuvent m'aider. Je comprends ce que les anciens me disent, parce que je suis près d'eux. Ils ont vécu les mêmes expériences que moi et ils ont réussi à changer leur vie, et c'est ce que je veux faire moi aussi. Je les admire parce qu'ils ont transformé leur vie et sont devenus des gens bien²¹⁰.

Un détenu métis a décrit sa première expérience de la suerie et expliqué ce que cette expérience lui apportait ainsi qu'aux autres détenus.

[TRADUCTION] J'ai vu beaucoup de gars se mettre à suer, et cela semblait les changer, ils semblaient différents par la suite. J'ai observé leur attitude, je me suis demandé s'ils étaient en prison, ou quoi que ce soit, je n'ai pas embarqué tout de suite. J'ai commencé par observer, parce que j'étais sceptique. J'observais le changement se produire [...] Ils n'étaient pas aussi amers, ils n'étaient pas pleins d'amertume et de haine. Ils semblaient plus ouverts, plus compréhensifs après avoir pratiqué la suerie pendant un certain temps... C'est comme une purification. La suerie m'a

²⁰⁹James Waldram, «Aboriginal Spirituality: Symbolic Healing in Canadian Prisons» (1993) 17 *Culture, Medicine and Psychiatry* 351.

²¹⁰Waldram, «Aboriginal Spirituality», p. 350.

donné l'occasion de me purifier à l'intérieur, de purifier mes pensées et d'apprendre la spiritualité²¹.

Dans une très belle étude de la spiritualité comme facteur de guérison, le professeur Waldram décrit l'expérience d'un jeune contrevenant autochtone, une expérience qui ressemble de très près à celle décrite par les détenus que nous avons entendus au Pénitencier de la Saskatchewan. Cette étude de cas montre les remarquables perspectives de guérison que les programmes de sensibilisation et de spiritualité autochtones offrent aux délinquants autochtones.

[TRADUCTION] «Jack» était métis. Il était né d'un père autochtone et d'une mère eurocanadienne. Il avait grandi surtout en ville. Je l'ai rencontré pour la première fois à la Fraternité autochtone. Jack en voulait au monde entier. Il semblait soupçonner tout le monde et dès qu'il ouvrait la bouche, c'était pour cracher du venin. Il élevait la voix, dénonçait la police, les juges, les employés du Service correctionnel, et il s'en est finalement pris à moi [...] À l'époque où je l'ai interviewé, il était au début de la trentaine et purgeait une longue peine pour un crime violent qu'il avait commis une journée à peine après sa sortie de prison pour une infraction antérieure. Ses démêlés avec la justice avaient commencé lorsqu'il avait 16 ans. Il avait été condamné au moins sept fois entre 16 et 21 ans. Ses crimes les plus graves comprenaient le vol à main armée, la prise d'otages et l'échange de coups de feu avec des policiers. Il avait 12 ans lorsque l'État l'a pris en charge.

Il avait à son dossier de détenu de nombreux incidents violents, des évasions et d'autres problèmes. Il avait participé à des prises d'otages en prison et il avait passé plus de deux ans «au trou» (isolement) et à l'unité spéciale de détention [...] réservée aux détenus les plus dangereux. D'après son dossier, c'était un fauteur de troubles et un rebelle qui menaçait la sécurité de l'établissement, jusqu'à environ un an avant notre rencontre. Il était passé par à peu près toutes les prisons canadiennes capables de l'accueillir. Il ne cachait pas sa haine pour quiconque était en position d'autorité, surtout des gardes [...] On lui avait trouvé des «troubles de la personnalité», dont un problème de toxicomanie, une intolérance au stress qui se traduisait par un comportement agressif, et une tendance à se rebeller contre l'autorité. De nombreux membres du personnel de la prison avaient peur de lui [...]

Le père de Jack avait grandi dans une réserve, mais Jack avait vécu très peu là-bas pendant son enfance. Ses années de forma-

²¹ Waldram, «Aboriginal Spirituality», p. 353.

tion, il les avait passées en ville, et il n'avait jamais appris sa langue autochtone. Il connaissait très peu son peuple. Tout indique que son enfance avait été très difficile, marquée par l'alcoolisme et la violence :

Mon père était alcoolique et ma mère, il la battait souvent, il criait toujours après elle, des choses comme ça. Et j'ai vu mon père violer une de mes sœurs. Alors j'ai tout envoyé au diable et je me suis enfui.

La description qu'il fait de ses séjours en prison est beaucoup plus crue que ce qu'on trouve dans son dossier :

La vie en prison n'était pas plus facile. J'ai observé quelques prises d'otages, j'ai participé à une émeute [...] Sur mes 14 ans en prison, j'en ai passé six à l'unité spéciale [...] Je me suis bagarré, j'ai joué du couteau [...] Quand je suis arrivé à [une prison], [les gardes] ont voulu me torturer, ils ont essayé de me pendre, ils m'ont cassé trois côtes. Il m'a fallu 19 points de suture derrière la tête. Ils ne m'ont pas manqué. Et tous les amis que j'avais quand je suis arrivé, à 16 ans, ils sont presque tous morts aujourd'hui [...] Je suis plein de haine.

Malgré son ascendance autochtone relativement faible et son teint pâle, il a été en butte au racisme et aux sarcasmes dans son enfance. Alors il se battait, et son père le consolait s'il semblait avoir perdu. Après avoir vu son père violer sa sœur, il a tenté à deux occasions de le tuer, mais il n'a été accusé de voies de fait que pour un seul de ces incidents.

Les souvenirs les plus agréables de son enfance étaient les brefs séjours dans la réserve; ironiquement, ces séjours faisaient suite à des difficultés qu'il avait eues en ville. Il habitait surtout chez sa tante et son oncle, et c'est là qu'il a été initié à la culture et à la spiritualité autochtones. Dans la réserve, il était à l'abri du racisme de la ville.

Malgré ce contact avec la culture autochtone, il en connaissait très peu de choses lorsque, jeune adulte, il a été incarcéré. C'est en prison qu'il a vraiment pris conscience de ses origines personnelles et spirituelles. Il a expliqué pourquoi il s'était engagé dans les programmes de sensibilisation et de spiritualité autochtones de la prison :

J'ai vu quelques-uns de mes amis qui étaient arrivés avant moi – ils étaient à l'unité spéciale et, lorsque je suis arrivé [à la prison], je ne sais pas ce qui s'est passé, j'ai vu que ces gars avaient changé [...] Je ne pouvais pas comprendre ce qui les

avait fait changer comme ça. Et ils me disaient toujours : «Tu essaies, tu écoutes, tu vois. Il faut que tu essaies.» Alors je m'y suis mis, et aujourd'hui je crois.

C'est en prison que Jack a participé pour la première fois à une suerie et qu'il s'est familiarisé avec la culture autochtone. Mais le vrai déclic s'est produit à son arrivée au centre de psychiatrie de la région, où il a travaillé avec un ancien :

Lorsque j'ai commencé à parler à ce type, c'était facile. Il connaissait quelques-uns de mes amis. C'était notre première conversation, nous avons deux ou trois connaissances communes et nous en avons parlé. Puis nous avons parlé de moi. J'étais assis dans ma cellule et je me suis dit «Merde, ce gars-là n'est pas mon père. C'est ce que j'aurais voulu avoir comme père.» Alors pour moi, c'est un ami, c'est un père. Il est tout pour moi, ce type. Et c'est la première fois que quelqu'un était prêt à me faire confiance, et cela a beaucoup d'importance pour moi. C'est la première personne qui a croisé mon chemin et m'a demandé si je voulais de l'aide. C'est le premier qui était prêt à me donner un coup de main [...] Et vous savez, pour moi c'est très important, parce que personne ne m'a jamais rien demandé de tel auparavant. J'aurais aimé qu'on me le demande, mais ça n'est jamais arrivé.

Un incident semble avoir été un point tournant pour Jack. Malgré les mauvais traitements que son père lui avait infligés, Jack a eu beaucoup de chagrin à son décès. Lorsqu'on lui a refusé la permission d'assister aux funérailles, il était si bouleversé qu'on a cru qu'il allait se livrer à des actes de violence. L'ancien était là :

J'ai demandé à l'ancien une suerie spéciale, et c'est ce qu'il a fait. Il a prévu deux étapes au lieu de trois. C'était pour moi et pour mon père. J'étais assis et je lui ai demandé plus de compréhension. J'ai revécu ce que j'avais vécu lorsque j'étais petit. J'ai parlé de toute ma vie... de la douleur, de la peine. Et il m'a montré comment prier, comment mieux me comprendre. Et depuis que j'ai fait ça, je me sens mieux, parce que quand on grandit comme ça, on garde tout en soi. C'est pour ça qu'on devient si amer.

L'histoire de Jack a été corroborée lors d'une entrevue distincte avec l'ancien, qui a expliqué que Jack s'était laissé aller à pleurer pendant la suerie et qu'il avait alors raconté son histoire et ses rapports particulièrement difficiles avec son père. À cause de sa réputation de dur à cuire, c'était quelque chose qu'il ne pouvait pas se permettre de faire; mais dans la suerie, seul avec l'ancien, il avait épanché toute sa peine. L'ancien a vu là un tournant.

Jack avait avec l'ancien des relations fort différentes de celles qu'il avait établies avec les infirmiers et le personnel du centre de psychiatrie. Il sentait qu'il y avait bien des choses dont il ne pouvait parler pendant les séances de counselling avec les infirmiers, à qui il reprochait de toujours garder l'œil sur leur montre. Comme il le disait lui-même, il est difficile de faire confiance à quelqu'un qui agit de cette façon. À son avis, les séances de thérapie de groupe l'avaient un peu aidé, mais il n'avait pas assez confiance dans le personnel pour vraiment en bénéficier. Avec l'ancien, par contre, il était en terrain de confiance. Il le respectait parce qu'il appréciait à sa juste valeur son expérience de la vie, bien différente de celle des infirmiers.

Comment une personne de 24 ou 25 ans peut-elle s'asseoir devant vous et vous parler de la vie alors que vous êtes beaucoup plus vieux qu'elle? [...] J'ai de la difficulté à comprendre ça. Si quelqu'un veut me parler de la vie, il doit être plus vieux que moi. Il doit avoir vécu plus que moi [...] Il doit avoir quelque chose à m'apprendre. Une personne plus jeune que moi n'a pas vécu la moitié de ce que j'ai vécu. Que peut-elle m'apprendre?

Jack a par la suite été envoyé dans un autre établissement carcéral, pour y attendre sa mise en liberté surveillée. Ses plans de libération étaient à l'époque axés sur la poursuite de son travail avec l'ancien. En fait, l'ancien avait demandé à Jack de travailler avec lui, à titre d'assistant. Cette offre avait d'abord séduit Jack. Mais il était en prison depuis l'âge de 16 ans [...] et il savait qu'il lui fallait encore des traitements pour s'adapter à la vie d'homme libre :

Je crois sérieusement que j'ai fait du tort à bien des gens et j'essaie de me racheter. J'ai encore besoin de la suerie. Je dois souffrir davantage pour ceux que j'ai fait souffrir toute ma vie. Je veux aider les autres comme l'ancien [...] Je veux travailler avec des enfants, essayer de les aider à comprendre, parler avec eux. Lorsque j'étais enfant, je rêvais que quelqu'un vienne s'asseoir avec moi, me parler, me dire ce qui n'allait pas. Ça ne m'est jamais arrivé lorsque j'étais petit, et je sais que j'en aurais eu besoin. C'est peut-être de cette façon que je pourrai me racheter [...] mais je ne rentrerai pas à la maison tant que je ne serai pas assez fort. Je dois pouvoir me tenir debout sans crainte. Alors, je rentrerai¹¹².

¹¹²James Waldram, «Aboriginal Spirituality in Corrections: A Canadian Case Study in Religion and Therapy» (1994) 18. *American Indian Quarterly* 201-207.

L'expérience de la spiritualité autochtone dans les prisons comporte plusieurs aspects sans doute essentiels à l'élaboration de systèmes de justice autochtone contemporains. Premièrement, la spiritualité autochtone a évolué dans le cadre carcéral pour répondre aux besoins d'autochtones représentant diverses cultures ou, dans certains cas, des milieux acculturés. La dispersion des établissements correctionnels fédéraux et les politiques relatives au transfèrement font qu'un établissement du sud de la Saskatchewan peut accueillir des détenus non seulement de la région des Prairies, mais aussi de la côte est et de la côte ouest, du nord des Prairies et des Territoires. Les anciens qui offrent leurs services dans cet établissement appartiennent en général à la tradition culturelle des Prairies, où la fumerie et la suerie sont des cérémonies importantes qui ne sont pas nécessairement connues des autres traditions culturelles autochtones. Sur la côte ouest, par exemple, les cérémonies de la longue maison sont au cœur de la vie spirituelle de nombreuses nations autochtones, et il existe d'autres cérémonies spirituelles propres à d'autres nations autochtones. Les responsables de la spiritualité autochtone dans les prisons ont donc dû élaborer des cérémonies et des enseignements communiquant l'essence de la spiritualité autochtone pour fournir un cadre de guérison qui soit un facteur d'unité entre les détenus autochtones.

Certains pourraient reprocher à cette uniformisation de ne pas refléter la diversité culturelle des autochtones. On ne peut toutefois nier que l'évolution de la spiritualité autochtone dans les prisons a réussi à attirer ceux qui s'étaient jusque-là tenus à l'écart de tout cercle constructif dans lequel ils auraient pu partager leur peine et leurs rêves. Au cours des entrevues qu'il a menées dans un établissement des Prairies auprès de détenus ayant des antécédents culturels très différents, le professeur Waldram a constaté que personne n'était dérouté par la spiritualité qu'on leur proposait, même ceux qui étaient solidement ancrés dans leur culture autochtone. Apparemment, les détenus et les anciens comprennent que dans le contexte contemporain il faut adopter des éléments communs reliant les diverses cultures et les diverses expériences, pour se concentrer sur l'objectif essentiel de la guérison. Que les cérémonies et l'expression de la spiritualité diffèrent de ce qui caractérise une tradition autochtone ou une autre ne leur enlève rien.

Enfin, il semble qu'actuellement dans les prisons, les traditions autochtones trouvent une expression contemporaine qui répond aux besoins et aux expériences des détenus autochtones. La convergence des nations et cultures autochtones n'est évidemment pas un phénomène propre au milieu carcéral. C'est aussi une réalité dans les villes du pays. L'expérience de la spiritualité autochtone dans les prisons pourrait orienter l'évolution du système de justice autochtone urbain, qui se fonderait sur des aspects communs aux diverses traditions autochtones pour faire face aux problèmes des citoyens à l'aube du XXI^e siècle. Le modèle célèbre la diversité culturelle des nations autochtones, mais il en exprime les caractères communs. L'expérience des détenus autochtones et leur travail avec les anciens prouvent qu'il est non seulement louable mais aussi possible de créer un cadre de référence commun.

Même si la législation fédérale fournit le fondement juridique nécessaire à la reconnaissance de la spiritualité autochtone, ce sont les détenus autochtones et leurs réseaux de soutien communautaires qui apportent les idées et l'énergie qui en font sans doute la plus importante initiative correctionnelle pour les détenus autochtones. Comme nous l'avons fait remarquer au début du présent rapport, le système pénal a longtemps été la chasse gardée des professionnels de la justice. Cette observation vaut aussi pour le domaine correctionnel, particulièrement en ce qui concerne l'élaboration et l'évaluation des programmes. En réclamant la reconnaissance de leurs droits ancestraux, les détenus autochtones ont réussi à reprendre dans une certaine mesure leur vie en main en capitalisant sur leur patrimoine et ses points forts au moment où ils ont le plus besoin de ce soutien.

Lors de notre passage au Pénitencier de la Saskatchewan, à Prince Albert, on nous a fait remarquer l'ironie d'une situation où les contrevenants autochtones doivent venir dans un pénitencier fédéral pour profiter des bienfaits de leurs cérémonies de guérison traditionnelles. Il est donc urgent d'appliquer à la justice autochtone une approche intégrée et holistique. On nous a aussi dit que les détenus autochtones libérés, et notamment à leur retour en milieu urbain, ont de la difficulté à trouver des lieux et des personnes qui leur permettent de continuer le cheminement entrepris en prison. Comme le professeur Waldram le signale :

[TRADUCTION] Ils rencontrent de nombreuses difficultés liées à leur passé (casier judiciaire, anciens amis encore impliqués dans des activités criminelles, etc.) et ils sont mal outillés pour poursuivre leur croissance spirituelle en dehors du cadre très réglementé de la prison²¹³.

Étant donné l'ampleur des problèmes auxquels se heurtent de nombreux délinquants autochtones après un long séjour au pénitencier, il faut établir des programmes communautaires contrôlés par la collectivité autochtone pour continuer le travail commencé en prison. À l'heure actuelle, il y a seulement quelques maisons autochtones fonctionnant grâce au soutien d'organisations et de sociétés autochtones. Ces maisons de transition ont des budgets très modestes et elles sont inondées de demandes d'autochtones à la recherche d'un endroit offrant un plan communautaire viable pour appuyer une demande de libération sous caution ou accomplir leur réinsertion sociale après une libération d'office. Comme d'autres éléments volontaires du système pénal, ces maisons de transition travaillent avec du personnel à contrat, et leur situation varie au gré des largesses ou, par les temps qui courent, des compressions gouvernementales.

Ces dernières années, les organisations qui œuvrent auprès des détenus autochtones ont tenté au moyen de diverses initiatives de combler le fossé qui sépare la prison et la communauté. La Native Counselling Services Association de l'Alberta tra-

²¹³ Waldram, «Aboriginal Spirituality in Corrections: A Canadian Case Study in Religion and Therapy», p. 212.

aille depuis longtemps auprès des délinquants autochtones dans les collectivités et les établissements carcéraux. En 1988, en vertu d'un accord avec le Solliciteur général, l'association a assumé la gestion de l'ancien Centre correctionnel communautaire Grierson, rebaptisé Centre correctionnel communautaire Stan Daniels. Le Centre Stan Daniels a pour mandat de fournir un soutien communautaire aux contrevenants autochtones qui sortent d'un établissement fédéral ou provincial et qui se retrouvent dans la région d'Edmonton en liberté sous condition. La philosophie du Centre repose sur une approche holistique aux besoins matériels, affectifs, psychologiques et spirituels des délinquants. Le Centre offre plusieurs programmes : amélioration de la vie familiale, thérapie par les arts, spiritualité et culture, perfectionnement professionnel, etc. Une évaluation interne du Centre a été réalisée en novembre 1993. Elle contient des descriptions utiles de certaines initiatives et des commentaires de clients d'hier et d'aujourd'hui sur la façon dont le Centre s'acquitte de son mandat.

[TRADUCTION] Le programme d'amélioration de la vie familiale repose sur la spiritualité et la tradition autochtones. Les participants y ont l'occasion de renouer avec leur patrimoine culturel. Souvent, ils connaissent mal leurs origines. Ils ont la chance de participer à diverses pratiques et cérémonies traditionnelles comme le jeûne, les danses du soleil, la suerie et la cérémonie du foin d'odeur. Un ancien est sur place trois jours par semaine pour fournir aide et conseils aux résidents. La tradition et la spiritualité autochtones imprègnent l'ensemble du programme.

Pendant les sept semaines du programme, les participants se penchent sur divers thèmes comme l'identité, les relations personnelles, la dynamique familiale, la sexualité, la violence au foyer, le suicide et la toxicomanie. Même si les sujets à aborder sont définis, le programme peut être adapté aux besoins des participants. Chaque groupe est différent, et le programme en tient compte.

Les animateurs sont choisis d'après leur expérience de vie et de travail, leurs connaissances de la tradition et de la spiritualité autochtones et leur attitude positive et tolérante à l'endroit des délinquants autochtones. Ils viennent souvent eux-mêmes de familles dysfonctionnelles et ils ont connu des expériences et des sentiments similaires à ceux des participants. Ils ont suivi leur propre cheminement vers la guérison et le développement personnel et ils présentent aux participants des modèles positifs qui les aident à normaliser leurs comportements²¹⁴.

²¹⁴Nancy Davis-Patsula, Marilyn Moge, «Evaluation of the Stan Daniels Correctional Centre», Edmonton, Native Counselling Services of Alberta, novembre 1993, p. 12.

On a demandé à des résidents et à d'anciens résidents de comparer le personnel du Centre Stan Daniels à celui d'autres centres correctionnels. D'après les évaluateurs :

[TRADUCTION] L'attitude à l'égard des résidents est le principal élément qui distingue le personnel du Centre Stan Daniels de celui d'autres centres correctionnels. La délicatesse du personnel et son respect à l'égard de la spiritualité autochtone ont aussi été mentionnés²¹⁵.

On a demandé aux résidents et au personnel de comparer les programmes du Centre Stan Daniels à ceux d'autres centres. D'après l'évaluation :

[TRADUCTION] L'examen des réponses [des résidents] permet de croire que l'atmosphère est différente parce que les délinquants peuvent exprimer leurs sentiments. Les réponses indiquent aussi que les résidents se sentent à l'aise au Centre Stan Daniels, qu'ils n'ont pas l'impression d'être enfermés et qu'ils ne craignent pas de voir les confidences faites au groupe se retourner contre eux. Essentiellement, ils se disent suffisamment à l'aise pour se permettre d'être eux-mêmes. Les répondants ont aussi relevé un autre aspect positif des programmes du Centre Stan Daniels, soit leur caractère autochtone. Le programme d'amélioration de la vie familiale met l'accent sur l'historique de la spiritualité autochtone et comprend des sueries et des fumeries.

L'examen des réponses [du personnel] révèle des similarités avec celles des résidents et des anciens résidents. Le caractère autochtone des programmes est mentionné parmi les traits distinctifs. Le personnel a notamment indiqué que les programmes sont axés sur les autochtones, animés par du personnel autochtone, ancrés dans la spiritualité, adaptés aux valeurs traditionnelles autochtones et qu'ils intègrent la culture [...]

Le personnel a mentionné plusieurs différences entre le Centre Stan Daniels et d'autres centres correctionnels. Ces réponses s'inscrivent dans cinq catégories : l'atmosphère, le personnel, la spiritualité, le traitement des résidents et le contact avec ceux-ci. D'après les répondants, l'atmosphère au Centre Stan Daniels est particulière parce qu'elle est plus ouverte, plus confiante, plus attentionnée, plus chaleureuse, plus familiale. En outre, le traitement des résidents est très particulier : ils sont traités avec dignité, avec respect et comme des individus. Le personnel a aussi fait allusion à la présence de la spiritualité. Contrairement aux autres

²¹⁵ «Evaluation of the Stan Daniels Correctional Centre», p. 44.

centres correctionnels, Stan Daniels accorde une grande importance à la culture autochtone. Le personnel a aussi mentionné que toute l'activité du Centre repose sur la spiritualité et la tradition autochtones²¹⁶.

Une des études commandées par la Commission portait sur les services sociaux dispensés aux autochtones à Edmonton en général et au Centre Stan Daniels en particulier. Après avoir interrogé un certain nombre d'hommes résidant au Centre, les chercheurs ont conclu que la réussite du programme était en grande partie attribuable à l'importance accordée à la spiritualité autochtone, au recours aux anciens, et à des programmes comme le programme d'amélioration de la vie familiale. Les hommes interrogés pour cette étude avaient le sentiment d'avoir trouvé des stratégies d'adaptation plus efficaces au Centre Stan Daniels et ils souhaitaient maintenant mener une existence plus productive après leur libération²¹⁷.

Le Centre correctionnel Stan Daniels fait indéniablement figure de pionnier. Il prouve que, si elles ont les pouvoirs et les ressources nécessaires, les collectivités autochtones peuvent changer la nature de l'expérience institutionnelle et remplacer l'aliénation par l'espoir.

Au cours de la séance spéciale tenue à la Prison des femmes de Kingston, la nécessité de transformer l'aliénation en espoir et en une promesse concrète d'avenir meilleur, nous est apparue plus clairement que jamais. Les expériences des femmes autochtones incarcérées revêtent un sens particulièrement important, non seulement parce qu'elles ont le triple handicap d'être des détenues, des femmes et des autochtones, mais aussi parce que l'évolution qu'a connue le Service correctionnel du Canada au cours de cette dernière année révèle d'une part l'aliénation créée par le caractère oppressif du régime carcéral, et d'autre part l'espoir que la guérison, au sens autochtone du terme, représente pour des femmes marquées par la violence et les mauvais traitements.

Sandy Paquachon nous a décrit l'horrible parcours qui l'a amenée à la Prison des femmes.

[TRADUCTION] J'habitais dans une réserve quand j'étais petite. Mon père battait ma mère. Il était alcoolique. Nous étions 14 dans la famille. Mon père battait ma mère tout le temps. On a fini par nous placer dans des foyers nourriciers. À six ans, on m'a envoyée au couvent, et j'y suis restée jusqu'à l'âge de 16 ans [...] Je m'en suis enfuie après avoir été si violemment battue par la bonne sœur que j'entendais des cloches. J'appelais ça un couvent.

²¹⁶ «Evaluation of the Stan Daniels Correctional Centre», pp. 44-45.

²¹⁷ Heather Harris et Marcelle Gareau, «Edmonton Social Service Agency Case Study – Native Counselling Services of Alberta», étude réalisée pour la CRPA, 1993.

C'était comme un pensionnat, mais nous devions prier à genoux toute la journée [...]

Cette année-là, j'ai commencé à faire toutes sortes de choses et je me suis retrouvée en prison. J'ai eu un répit, 14 mois de liberté, mais je suis en prison depuis 14 ans [...] Il s'en est passé des choses dans ma vie. Croyez-moi, je ne suis pas un ange, mais je ne suis pas aussi mauvaise qu'on le dit [...] J'ai été agressée sexuellement. J'ai été victime de violence psychologique. J'ai été victime de violence physique. On m'a violée dans tous les sens du mot. Les sœurs m'ont battue, elles m'ont déshabillée. Les cicatrices ne s'effaceront jamais, mais je guéris. Lorsque j'étais petite, je ne pouvais ni rire ni sourire. J'ai appris à rire et à sourire en prison. C'est incroyable, mais c'est comme ça. Encore aujourd'hui, j'ai parfois le visage dur. Mes amis me disent alors que je devrais sourire un peu, que mon visage ne va pas se fendre pour autant [...]

J'ai un sixième sens : je sais toujours où est tout le monde, dans chaque pièce. Je sais quand les gens se déplacent, parce que quand mon père voulait nous battre, nous nous cachions dans la forêt et nous surveillions tous ses mouvements. Il montait à cheval et se mettait à hurler «Je vais te tuer ! Je vais te tuer toi et les enfants, Georgina ! Je vais vous tuer !», et il tirait des coups de feu dans notre direction. Nous entendions les balles siffler. Un jour, j'ai cru qu'il m'avait touchée. Je me suis dit «Oh mon Dieu, il m'a eue !» J'étais par terre, et ma mère m'a dit «Lève-toi ! Lève-toi vite !», et je ne le pouvais pas parce que j'avais encore le sifflement de la balle dans les oreilles. Je me souviendrai toujours de ça, jusqu'à ma mort [...] Nous nous sauvions et nous nous cachions dans la forêt pendant des jours, et nous l'entendions hurler «Georgina, je vais te tuer» [...] Bien des fois, je me suis battue avec lui. J'en ai eu des cicatrices qui ne paraissent peut-être plus aujourd'hui parce que ça fait longtemps, mais j'ai eu dix points de suture sur le front, ici, où j'ai été coupée. Je me jetais toujours devant ma mère quand il la battait, et cela durait des jours et des jours s'il avait bu.

[...] La violence a continué. Ma mère est morte dans mes bras et je me souviens de ses dernières paroles. Elle m'a dit «Conduis-toi bien, ma fille». Après, j'ai perdu la tête et je me suis réveillée ici, mais au moins je pouvais pleurer et je pouvais rire et je pouvais me sentir comme un être humain avec mes sœurs [...]

Je dois faire attention à ce que je dis, sinon je me retrouve en isolement, et je n'aime pas ça. Ça ne m'aide pas. Ça n'aide personne. J'ai vu des gens devenir fous au trou. Ils sont devenus complètement fous et ils ont essayé de se pendre et de se trancher les

poignets parce qu'ils ne pouvaient pas supporter d'être ainsi enfermés [...]

Il y a beaucoup de peine et de douleur ici. Beaucoup d'entre nous préfèrent ne pas en parler [...] Mais je sais bien, je le sens, qu'il y a beaucoup de douleur et de souffrance chez toutes celles qui sont ici²¹⁸.

Les femmes qui sont venues témoigner devant nous à la Prison des femmes, malgré ce qu'il leur en coûtait sur le plan émotif, voulaient partager avec nous une partie de cette peine. Elles l'ont fait pour que nous puissions comprendre et expliquer aux autres Canadiens, dans notre rapport, ce que nous confie ici Bev Auger :

[TRADUCTION] Même si nous sommes en prison, nous ne sommes pas des bêtes. Ce n'est pas par hasard que nous sommes arrivées en prison. Il faut voir comment nous avons grandi, la violence dont nous avons été victimes, l'absence d'enseignement traditionnel dans des collectivités tellement affectées par l'alcoolisme qu'elles ont perdu leur mode de vie et leurs valeurs d'autrefois. Il faut reconnaître les raisons qui expliquent notre présence ici. Nous ne sommes pas nées comme ça. Nous n'étions pas nées pour finir en prison. Il s'est passé des choses dans nos vies. Nous avons souffert, nous avons connu bien des déboires. Tout ça pour en arriver là. Tout ça pour finir ici²¹⁹.

Les détenues de Kingston nous ont expliqué que, pour les femmes autochtones incarcérées, le chemin de la guérison passé par la spiritualité autochtone et que, comme pour les prisonniers autochtones du Pénitencier de la Saskatchewan et de Stony Mountain, nombre d'entre elles ont découvert cette voie en prison. Citons à nouveau Bev Auger :

[TRADUCTION] Ici, notre spiritualité et nos coutumes autochtones sont très importantes. C'est ce qui donne de la force aux femmes, ce qui leur permet de purger leur peine et de guérir. C'est ça l'essentiel : arriver à se guérir soi-même.

Comme les femmes qui sont venues avant moi, c'est ici que j'ai été vraiment en mesure de prendre conscience de mon patrimoine, de ma spiritualité. C'est triste parce qu'il m'a fallu venir en prison pour pouvoir réellement apprécier mon identité et me sentir fière d'être une femme autochtone²²⁰.

²¹⁸ Sandy Paquachon, Transcription des audiences, Prison des femmes, Kingston (Ontario), 31 mars 1993, pp. 76-77, 84-90.

²¹⁹ Bev Auger, Transcription des audiences, Prison des femmes, Kingston (Ontario), 31 mars 1993, pp. 142-143.

²²⁰ Bev Auger, Transcription des audiences, pp. 24-25.

Depuis la tenue de cette séance spéciale, il s'est produit à la Prison des femmes des incidents qui confirment qu'en matière de justice, la perfection n'est pas de ce monde, mais que certaines orientations sont préférables à d'autres. Dans le cas des femmes incarcérées, et dans celui des femmes autochtones en particulier, nous avons sous les yeux des exemples du meilleur et du pire.

Dans le rapport spécial de l'enquêteur correctionnel Ron Stewart, l'orientation à ne pas prendre est parfaitement illustrée par ce qui s'est passé à la Prison des femmes en avril 1994²²¹. À la suite d'une série d'incidents survenus à l'unité d'isolement, une équipe pénitentiaire d'intervention en cas d'urgence (EPIU) composée d'agents correctionnels du Pénitencier de Kingston a été déployée pour ramener à la raison un certain nombre de détenues, y compris des autochtones. La bande vidéo de l'intervention a été fournie à l'enquêteur correctionnel, accompagnée d'un rapport interne rédigé par le personnel de Service correctionnel Canada. Dans le passage suivant, Stewart évoque le contenu de cette bande vidéo et tire des conclusions.

L'enregistrement vidéo de l'intervention de l'EPIU montre un déploiement de force massif face à une quasi-absence de résistance. Même en admettant que la décision de faire appel à l'EPIU ait été justifiée au départ, on peut difficilement approuver la poursuite de l'opération alors que les détenues étaient manifestement disposées à coopérer. La tâche de l'EPIU était de faire sortir les femmes une à une de leurs cellules pour en retirer tous les effets avant qu'elles les réintègrent.

Dans le premier cas filmé, la femme est déshabillée de force; comme le film débute au moment où cela se passe, nous ne savons trop si on lui avait d'abord demandé de le faire elle-même. Dans chaque cas par la suite, les membres de l'EPIU pénétraient dans la cellule et ordonnaient à la femme de se dénuder, si ce n'était déjà fait (toutes les femmes ont obéi, sauf une qui, tardant à s'exécuter, a été elle aussi dévêtue de force). On la faisait ensuite s'agenouiller, nue, sur le sol, entourée de membres de l'EPIU, pendant qu'on lui mettait du matériel de contrainte.

Ensuite, on l'aidait à se remettre debout, on la faisait sortir à reculons, nue, de sa cellule avant de lui remettre une tenue en papier mince, puis l'EPIU la faisait marcher de reculons jusqu'aux douches.

À l'aide de leurs matraques et de leurs boucliers, les membres de l'EPIU obligeaient ensuite la femme à se placer face au mur; l'un

²²¹ R.L. Stewart, «Rapport spécial de l'Enquêteur correctionnel, présenté en vertu de l'article 193 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, au sujet de l'enquête sur certains incidents survenus à la Prison des femmes en avril 1994 et du traitement des détenues par la suite», 14 février 1995.

d'entre eux lui tenait la tête contre le mur, probablement pour qu'elle ne puisse pas voir ce qui se passait, pendant qu'un autre tenait une matraque près de sa tête.

Une fois que la femme était dans le secteur des douches, tout ce qui se trouvait dans sa cellule, le lit y compris, était retiré. On la faisait ensuite revenir à reculons à sa cellule, où on lui demandait de s'agenouiller ou de s'étendre sur le sol; puis les membres de l'EPIU sortaient et verrouillaient la porte, laissant la femme dans la cellule vide, sans couverture ni matelas, portant toujours les dispositifs de contrainte, ce qui est contraire aux prescriptions des articles 68, 69 et 70 de la LSCMLC [*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*]. Dans un cas, la femme a été retournée dans sa cellule, où on l'a fait s'agenouiller, nue, sur le sol durant plus de dix minutes, entourée de membres de l'EPIU, pendant que d'autres membres manipulaient le matériel de contrainte.

On a procédé ainsi pour chacune des huit femmes; l'opération a duré plus de deux heures et demie au total. Durant cette période, les femmes ont manifestement été malmenées physiquement par les membres de l'EPIU, et un certain nombre d'entre elles ont été poussées ou aiguillonnées avec des matraques.

Ces incidents semblent être dus en partie au fait que les femmes ne comprenaient pas bien les instructions données par les membres de l'EPIU à travers leurs casques de sécurité.

*À mon avis, une force excessive a été déployée durant cette opération, qui a été sans contredit dégradante et déshumanisante pour les femmes concernées*²²² [...]

Le rapport traite aussi des conditions dans lesquelles les femmes ont été gardées en isolement après le déploiement de l'équipe pénitentiaire d'intervention en cas d'urgence.

Dans certains cas, les femmes ont été gardées jusqu'à huit mois dans des cellules d'isolement, dont on avait retiré toutes les commodités dès le départ, sous la surveillance continue d'une caméra; chaque fois qu'elles quittaient leur cellule, on leur mettait des dispositifs de contrainte. Durant de longues périodes, elles ont été privées de literie, de vêtements (notamment de sous-vêtements), d'articles hygiéniques de base, de leurs carnets d'adresses, de matériel pour écrire, de contacts avec leurs familles et de séances d'exercice quotidiennes. L'unité d'isolement est restée plus d'un mois sans être nettoyée après l'incident d'avril, et les cadres supé-

²²² «Rapport spécial de l'Enquêteur correctionnel» [nous soulignons].

rieurs n'y sont pas allés chaque jour pour y rencontrer les détenues, comme l'exige la loi (par. 36(2) de la LSCMLC); en fait, le Bureau a constaté que, durant tout un mois, aucune visite du gestionnaire d'unité n'a été enregistrée. L'insensibilité dont on a fait preuve à la suite de l'intervention de l'EPIU le 26 avril est difficile à comprendre et inexcusable.

La longue période d'isolement qu'on a fait subir aux femmes et les conditions de vie qui leur ont été imposées avaient un caractère punitif et allaient à l'encontre des dispositions législatives régissant l'isolement préventif²²³.

Sandy Paquachon est une des détenues ayant participé aux événements d'avril 1994. Un an plus tôt, elle avait évoqué devant nous tous les sévices et toute la violence morale de sa vie. Les événements déshumanisants et dégradants décrits par l'enquêteur correctionnel constituent pour Sandy Paquachon un autre exemple de la violence faite aux femmes autochtones et, pour les autochtones, un triste rappel des violences et des injustices dont ils sont victimes.

Les événements d'avril 1994 représentent l'aspect le plus sombre de notre système de justice non autochtone, mais il y a une lueur d'espoir à l'horizon. En effet, une vision nouvelle et prometteuse est en train d'apparaître dans le domaine de la justice pour les femmes autochtones. Elle a été exposée dans le rapport du Groupe de travail sur les femmes purgeant une peine fédérale, publié en 1990. Le groupe de travail, qui était composé de représentants du gouvernement fédéral, d'organismes de services communautaires et d'organisations féminines, dont une organisation autochtone, a examiné la pénible expérience des femmes dans le système carcéral fédéral et a esquissé la voie du changement. Dans la préface de ce rapport, on lit ce qui suit :

Le plan recommandé qui est présenté dans ce rapport s'inscrit dans le contexte d'un objectif à long terme : une situation dans laquelle l'incarcération ne sera pas la solution de choix, dans laquelle le tort fait aux victimes, aux femmes purgeant une peine fédérale, aux collectivités et à la société sera redressé dans la mesure du possible et dans laquelle les peuples autochtones pourront administrer eux-mêmes leur système judiciaire²²⁴.

Le groupe de travail se joignait ainsi aux nombreux intervenants qui réclamaient la fermeture de la Prison des femmes et son remplacement par des établissements régionaux plus petits, pour permettre aux femmes purgeant une peine fédérale de

²²³ «Rapport spécial de l'Enquêteur correctionnel». Après la diffusion du rapport de l'Enquêteur correctionnel, le Solliciteur général a chargé une commission d'enquête indépendante d'examiner ce qui s'était passé à la Prison des femmes en avril 1994. Cette commission était présidée par l'honorable Louise Arbour, juge à la Cour d'appel de l'Ontario (décret C.P. 1995-608).

²²⁴ *La création de choix*, cité à la note 30, p. 2.

se rapprocher de leurs collectivités et de leurs familles. Il préconisait aussi la création d'un pavillon de ressourcement pour les femmes autochtones. Les recommandations du groupe de travail ont été acceptées par le Solliciteur général, et la Prison des femmes doit fermer ses portes en 1996. Les nouveaux établissements régionaux sont en construction et, ce qui est particulièrement important pour les femmes autochtones, le pavillon de ressourcement a été inauguré cette année à Maple Creek (Saskatchewan).

Même si le pavillon de ressourcement est un établissement fédéral régi par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et les règlements afférents²²⁵, cette concrétisation du concept autochtone de guérison traduit un partenariat sans précédent entre le Service correctionnel du Canada et les autochtones.

[Le pavillon de ressourcement] doit reconnaître la situation particulièrement défavorisée des femmes autochtones dans le système de justice et tender de la corriger en offrant un cadre culturellement adapté qui permettra de répondre à leurs besoins [...] les femmes pourront suivre les enseignements autochtones, pratiquer leur spiritualité et vivre conformément à leur culture pour guérir les blessures de la violence, reprendre confiance en elles-mêmes, découvrir l'espoir de reconstruire leur famille et acquérir les habiletés nécessaires pour pouvoir «marcher dans la nouvelle forêt» (la société urbaine non autochtone)²²⁶.

Pour traduire de façon concrète et opérationnelle cette vision, le cercle de planification du pavillon a été formé de représentants autochtones et non autochtones d'organismes gouvernementaux et non gouvernementaux. Vingt-trois collectivités, autochtones et non autochtones, ont présenté des propositions qui ont été évaluées en fonction de critères culturels autochtones et de critères correctionnels par un comité composé d'agents correctionnels, de femmes autochtones et d'anciens. Les critères les plus importants concernaient la terre, l'eau et la présence d'une collectivité autochtone de soutien comptant des anciens et des guérisseurs²²⁷. Une proposition présentée par les collectivités de Maple Creek-Nekaneet, dans le sud-ouest de la Saskatchewan, a été retenue parce qu'elle attestait une forte tradition de collaboration entre autochtones et non-autochtones, offrait une terre rurale sacrée, privilégiait l'intégration sociale du pavillon au sein des collectivités et montrait une réelle solidarité à l'égard des femmes autochtones incarcérées. Les anciens ont choisi pour le pavillon de ressourcement un emplacement situé dans

²²⁵ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, c. 20.

²²⁶ «Initiative sur les femmes purgeant une peine fédérale : Le pavillon de ressourcement», brochure d'information du Service correctionnel du Canada, 1994.

²²⁷ Le terme «guérisseur» est utilisé par les autochtones pour désigner des membres de la communauté qui ont des pouvoirs de guérison et qui exercent une grande influence par leur force spirituelle et leurs autres qualités.

la partie nord-est de la réserve Nekaneeet, dans les collines du Cypress. Les femmes seront logées dans de petits chalets accueillants, et de vastes espaces ont été réservés aux programmes, aux cérémonies spirituelles et aux rassemblements. Le terrain est assez grand pour que les sueries se tiennent à l'écart et puissent être déplacées chaque année. Il y aura éventuellement des jardins.

Le pavillon de ressourcement ne se distingue pas des autres établissements fédéraux que par son aménagement. L'accent étant mis sur la guérison plutôt que sur la correction, le personnel, dont beaucoup d'autochtones de l'endroit, reçoit une formation beaucoup plus intensive et spécifique que dans le cadre des autres programmes de formation du Service correctionnel. Cette formation est axée sur les aspects suivants :

[TRADUCTION]

- a) Connaissance de soi. Les membres du personnel doivent bien se connaître et être conscients de leurs émotions et des événements qui ont marqué leur vie, afin de pouvoir soutenir efficacement les femmes qui cheminent vers la guérison.
- b) Égalité. Le personnel doit acquérir les connaissances et les compétences nécessaires qui lui feront voir les femmes comme des égales. Il faut rompre avec la dynamique nous/eux qui caractérise les cadres correctionnels traditionnels.
- c) Spiritualité et traditions autochtones. Tout le plan de formation intègre les éléments essentiels des enseignements, des traditions et de la spiritualité autochtones, pour permettre au personnel d'acquérir et/ou d'approfondir une compréhension de ces éléments, afin d'encourager les femmes à se prendre en main de façon holistique²²⁸.

Reflet de la philosophie nouvelle du pavillon, la première partie de la formation du personnel est un stage pratique de 28 jours au Poundmaker Treatment Centre, où le personnel participe au même titre que les clients au programme de traitement. Le Poundmaker a été l'un des premiers centres de traitement gérés par les autochtones à appliquer une approche holistique à la toxicomanie. Cette partie de la formation vise à donner au personnel une expérience directe des approches sous-jacentes aux programmes du pavillon. Les étapes suivantes fournissent des connaissances théoriques et pratiques sur les approches de counselling les mieux adaptées aux problèmes des clientes du pavillon, et on examine les problèmes qui peuvent être vécus par les membres du personnel eux-mêmes²²⁹.

²²⁸ Résumé du plan de formation du pavillon de ressourcement, Service correctionnel du Canada, juin 1994.

²²⁹ Résumé du plan de formation.

Outre le cercle de planification, le pavillon est appuyé par un cercle d'anciens qui dispensent avis et conseils à l'étape de la planification. Le rôle des anciens et des guérisseurs est très important au pavillon. La guérison sera facilitée par les anciens qui dirigent les cérémonies et par les guérisseurs qui appliqueront une approche holistique aux maux du corps et de l'esprit.

Selon les plans actuels, une trentaine de femmes autochtones pourront être accueillies au pavillon de ressourcement, en compagnie de certains de leurs enfants en bas âge.

Des liens doivent exister entre la communauté et l'établissement. C'est un élément critique du concept du pavillon, qui a d'ailleurs été explicitement recommandé par le Groupe de travail sur les femmes purgeant une peine fédérale. D'après les responsables du pavillon, le succès dépendra en dernière analyse du soutien et de l'aide que le pavillon et ses pensionnaires recevront des collectivités voisines. La réserve Nekaneet met ses terres traditionnelles à la disposition des femmes, et ce partage doit en principe englober un cheminement commun vers la force et le renouveau.

Le pavillon de ressourcement a été créé et sera exploité en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Des dispositions de cette loi autorisent le Solliciteur général à conclure avec les collectivités autochtones des accords portant sur la prestation de services correctionnels aux délinquants autochtones. C'est sans doute dans ce cadre que s'inscrit la collaboration entre le pavillon de Maple Creek et les collectivités autochtones locales, d'où viendront une grande partie du personnel, les anciens et les guérisseurs. Il est donc facile de voir que le concept qui s'est développé à Maple Creek pourrait devenir un modèle de mécanisme permettant à la société autochtone et à la société non autochtone de traiter des cas comme ceux de Sandy Paquachon et de ses consœurs de la Prison des femmes – un modèle qui répare le préjudice causé aux femmes, les aide à ne pas s'en prendre à leur tour aux autres et contribue à créer une société plus sûre, respectueuse de la dignité et de l'humanité des femmes. Valerie Desjarlais, une ancienne détenue de la Prison des femmes, voit ainsi les choses :

[TRADUCTION] Les femmes qui viendront au pavillon de ressourcement sont des femmes comme moi, perdues dans une société qui nous dégrade, qui ne voit pas que nous sommes les victimes de ses enseignements et de ses façons de vivre.

Nous sommes vos enfants, à vous qui nous avez dit qu'il n'y avait rien de mal à boire (va chercher une bière à maman, à papa), qu'il n'y avait rien de mal à être violent (nous vous avons vu battre maman ou d'autres personnes), qu'il n'y avait rien de mal à être raciste (ces bons à rien d'ivrognes).

Nous sommes vos enfants, à vous qui nous avez battues. Nous sommes ce que vous avez fait de nous. Non, nous ne sommes pas une menace pour la société, c'est la société qui représente une

menace pour nous. Nous ne voulons plus de vos enseignements ni de votre mode de vie. Nous avons suivi vos exemples, et vous nous avez enlevé notre dignité et notre humanité.

Vous demandez «Qui sont ces femmes?» Nous sommes les enfants de la société²³⁰.

Deux études de cas

Les Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto

Historique et création

Près de la moitié des autochtones canadiens vivent dans des zones urbaines²³¹ mais la plupart des initiatives en matière de justice autochtone ont été conçues pour les personnes vivant dans les réserves ou dans des collectivités rurales. C'est à Toronto, où vivent plus de 40 000 autochtones²³², que l'on trouve le seul programme urbain de justice autochtone au Canada – les Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto (en anglais : ALST)²³³. ALST est un centre à guichet unique de services juridiques destinés aux autochtones. Fondé en 1991, cet organisme administre un programme d'assistance parajudiciaire aux autochtones (avec deux travailleurs judiciaires pour les affaires pénales, un travailleur pour les affaires familiales et un autre qui s'occupe des jeunes contrevenants), des programmes de liaison avec les détenus (au Centre correctionnel de Guelph, à l'Institut correctionnel de l'Ontario, au Centre Vanier pour les femmes, et au Centre de traitement Syl Apps pour les jeunes contrevenants) ainsi qu'une clinique d'aide juridique, en plus du Conseil communautaire. Depuis deux ans, il offre aussi un programme de formation de travailleurs judiciaires autochtones.

En 1990, le conseil d'administration qui a fondé ALST a écrit au procureur général de l'Ontario, Ian Scott, en lui demandant des fonds pour créer un projet de

²³⁰ Cité dans «Initiative sur les femmes purgeant une peine fédérale : Le pavillon de ressourcement», cité à la note 226.

²³¹ M.J. Norris *et al.*, «Projections of the Population with Aboriginal Identity in Canada, 1991-2016», préparé par Statistique Canada pour la CRPA, février 1995.

²³² Statistique Canada, *Enquête de 1991 auprès des peuples autochtones*, tableau 3, p. 15, n° de cat. 94-327. Ce chiffre reflète le nombre des personnes qui ont déclaré être d'origine autochtone aux fins du recensement. Les personnes qui s'identifient comme autochtones sont au nombre de 14 205. Ces chiffres n'ont pas été ajustés pour tenir compte du sous-dénombrement de la population. Les organismes qui fournissent des services aux autochtones de Toronto estiment que leur nombre se situe entre 60 000 et 70 000.

²³³ Le Conseil communautaire est probablement le seul programme urbain de justice autochtone fonctionnant en Amérique du Nord, parce qu'il ne semble pas en exister de semblable aux États-Unis.

déjudiciarisation destiné aux autochtones adultes vivant à Toronto. Le conseil craignait qu'on ne pense que le groupe des autochtones citoyens n'ait pas une cohésion suffisante pour justifier des initiatives en matière de justice²³⁴.

Joy Fontaine, présidente du conseil d'administration d'ALST à l'époque, a repris ce thème en 1993 lorsqu'elle a comparu devant la Commission :

[TRADUCTION] On nous demande souvent si l'on peut vraiment qualifier de communauté les autochtones qui vivent à Toronto. Il est vrai qu'ils sont dispersés dans différents quartiers de la ville et qu'il n'y a pas de colonie autochtone à proprement parler. Mais une collectivité ne se définit pas uniquement en fonction de rues et de quartiers – les communautés, en particulier dans un contexte urbain, se définissent davantage par un sentiment d'appartenance et le désir de se regrouper. Les autochtones qui vivent dans cette ville se présentent comme des autochtones et souhaitent être reconnus comme tels par les autres membres de leur communauté. Ils préfèrent être servis par des personnes qui comprennent leurs besoins, leur culture et leur façon de vivre. Par conséquent, s'il n'existe pas de véritable quartier autochtone à Toronto, cela n'empêche pas qu'on y trouve une communauté autochtone très réelle²³⁵.

Au début de 1991, ALST a reçu du ministère du Procureur général les fonds nécessaires à la mise sur pied du projet. La phase d'élaboration a duré 11 mois et peut se diviser en quatre étapes : 1) discussions avec le personnel du système judiciaire au sujet des grandes lignes du projet; 2) consultation des anciens et des sages; 3) consultation de la communauté; 4) sélection et formation des membres du conseil²³⁶.

Les discussions avec les intervenants du système judiciaire ont pris la forme de rencontres avec des représentants du Bureau du procureur de la Couronne à Toronto au sujet de la façon dont fonctionnerait le projet. À la suite de ces discussions, ALST et le Bureau du procureur de la Couronne ont signé un protocole d'entente. On trouve dans le préambule de ce protocole certaines notions clés du projet :

[TRADUCTION] D'après la philosophie du Conseil communautaire, c'est la communauté autochtone qui est le plus en mesure de rejoindre les contrevenants autochtones. ALST espère que ce projet étant mieux adapté aux contrevenants et aux victimes et plus

²³⁴ Aboriginal Legal Services of Toronto, *Native Community Councils – An Alternative Measures Program for Toronto's Native Community*, Toronto, Aboriginal Legal Services of Toronto, 1990.

²³⁵ Joy Fontaine, Transcription des audiences, Toronto, 2 juin 1993.

²³⁶ Sharon Moyer et Lee Axon, «An Implementation Evaluation of the Native Community Council Project of the Aboriginal Legal Services of Toronto», Toronto, Ministère du Procureur général, 1993, pp. 17-21.

sensible à leurs besoins, il aura finalement pour effet de réduire le taux de récidive chez les contrevenants autochtones.

L'idée du Conseil communautaire n'est pas nouvelle – c'est ainsi que l'on a rendu la justice dans les communautés autochtones du centre et de l'est du Canada pendant des siècles avant que les Européens n'arrivent en Amérique du Nord et c'est également la façon dont on réglait les conflits dans bon nombre de réserves autochtones au Canada²³⁷ [...]

Aux termes de ce protocole, la déjudiciarisation peut être offerte quelle que soit la nature de l'infraction et quels que soient les antécédents judiciaires de la personne concernée. En outre, lorsque les parties se sont entendues au sujet de la déjudiciarisation, les accusations portées contre le contrevenant sont soit retirées, soit suspendues. Dans le cas où celui-ci ne se présente pas à l'audience, il est alors possible de porter à nouveau des accusations. Par contre, s'il comparait comme prévu, il est impossible de reprendre les accusations, sauf circonstances exceptionnelles.

Le programme du Conseil communautaire se distingue nettement des autres programmes de déjudiciarisation, qu'ils soient autochtones ou non. La diversité des infractions susceptibles d'entraîner des mesures de déjudiciarisation constitue une différence importante, tout comme l'universalité du programme, qui s'adresse à tous les contrevenants, indépendamment de leurs antécédents judiciaires. Jusqu'ici, 33 % des personnes qui ont participé à ce programme avaient plus de 10 condamnations à leur dossier alors que 24 % seulement d'entre elles n'avaient aucune condamnation antérieure²³⁸.

Ce projet diffère des autres sur un autre point important, à savoir que l'on retire les accusations portées contre le contrevenant lorsque celui-ci participe au programme. Dans beaucoup de programmes de déjudiciarisation, on ne retire les accusations que lorsque le participant a exécuté de façon satisfaisante les mesures prises à son égard; dès qu'il y a défaut sur ce point, le processus de déjudiciarisation est interrompu et l'on procède aux accusations. Dans le cas du Conseil communautaire, on considérerait qu'une telle façon de faire ne serait pas efficace. En effet, le projet a notamment comme objectif :

[TRADUCTION] d'encourager les contrevenants à assumer davantage leur comportement criminel et de les responsabiliser en les faisant participer plus activement à la réparation du mal qu'ils ont fait²³⁹.

²³⁷ «Protocol Between Aboriginal Legal Services of Toronto and The Toronto Crown Attorney's Office With Regard to the Community Council Project», 1992, p. 1.

²³⁸ «Demographic and Cases Statistics – Quarterly Report to the Ministry of the Attorney General of the Community Council Program for the Period October 1 to December 31, 1994», Toronto, Aboriginal Legal Services of Toronto, 1995.

²³⁹ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», cité à la note 236, p. 5.

On a pensé que la menace des inculpations pourrait certes inciter le contrevenant à respecter les décisions du Conseil mais que c'est seulement le désir d'éviter une punition qui le motiverait à ce moment-là. Une fois la menace des accusations supprimée, les contrevenants qui respectent les décisions du Conseil le font parce qu'ils veulent s'amender et parce qu'ils estiment que cela est important pour eux.

Après en être arrivé à une entente sur le protocole, on a entrepris de consulter les anciens et les sages. En juillet 1991, plus de 20 anciens, sages et gardiens des valeurs se sont réunis à Toronto pour discuter, entre autres choses, du projet du Conseil communautaire. Ce groupe a décidé de demander à un groupe plus restreint de se réunir pendant quelques jours pour examiner ce projet de façon plus détaillée²⁴⁰. Cette deuxième réunion a eu lieu du 27 au 30 août 1991 dans l'île Birch. L'essentiel de la réunion est résumé dans un rapport de trois pages. Le groupe a imaginé un processus fort différent de celui des juridictions répressives :

[TRADUCTION] Au cœur du Conseil communautaire, il faut qu'il y ait un véritable sentiment de bienveillance et de respect, tant pour le contrevenant que pour la victime. Si le contrevenant et la victime constatent que les membres du Conseil les respectent et leur veulent du bien, il est probable que le message de ce dernier sera mieux reçu [...]

La principale caractéristique des membres du Conseil devrait être la bienveillance [...]

Il ne faut pas oublier que la décision de changer de mode de vie est une décision que seul l'intéressé peut prendre. On peut ordonner à quelqu'un d'arrêter de faire certaines choses et de commencer à en faire d'autres, mais c'est à cette personne, et à elle seule, de répondre à la demande qui lui est faite [...] même lorsqu'une personne n'est pas encore prête à changer de vie, elle est peut-être prête à prendre des mesures qui vont dans la bonne direction et il faudrait l'encourager. [Les décisions du Conseil] devraient donc être réalistes et amener la personne à examiner sa vie [...]

Le Conseil devrait toujours avoir à l'esprit que les anciens et les sages de la communauté comptent parmi ses principales ressources [...] Les organismes professionnels peuvent aider le contrevenant mais, dans certains cas, l'aide la plus efficace est celle qui lui est offerte par une personne qui passe du temps avec lui parce qu'elle le souhaite et non pas parce qu'elle est payée pour le faire. C'est là un des points forts du Conseil : les personnes qui vont entendre ces affaires ne sont pas des juges grassement

²⁴⁰ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», p. 18.

rémunérés mais des membres de la communauté qui offrent leur temps de façon bénévole²⁴¹.

À la suite des réunions des anciens, on a consulté à deux reprises des représentants d'organismes autochtones œuvrant à Toronto. Cette ville possède un réseau d'agences autochtones très actives qui fournissent des services sociaux et d'autres programmes. Le projet a par ailleurs été présenté à l'assemblée générale annuelle du Native Canadian Centre de Toronto, et il en a été question au cours d'un certain nombre d'émissions de radio – destinées tant aux autochtones qu'au grand public.

Cette phase de consultation avait pour but de connaître les réactions de la communauté autochtone de Toronto. Généralement favorable au projet, les gens se sont toutefois montrés préoccupés par la sécurité des victimes de violence. Ils s'inquiétaient en particulier de la déjudiciarisation dans les affaires de violence familiale. Les participants aux consultations ont dit sans ambages qu'il ne fallait pas déjudiciariser les causes de violence familiale avant que la sécurité des victimes puisse être garantie et que les agresseurs autochtones bénéficient de programmes spéciaux pour les traiter. En conséquence, les affaires de violence familiale n'ont pas été transmises au Conseil lorsque celui-ci a commencé ses activités²⁴².

La dernière phase a consisté à choisir les hommes et les femmes qui seraient les premiers membres bénévoles du Conseil. ALST voulait que l'initiative soit perçue comme un projet pour la communauté autochtone et non comme le projet d'un organisme. C'est pourquoi ALST n'a joué aucun rôle dans le choix des personnes pressenties. On a recruté ces personnes en envoyant une lettre à un certain nombre d'agences autochtones et en leur demandant de recommander des candidats qui pourraient faire partie du Conseil. La lettre contenait le résumé de la réunion de l'île Birch pour les éclairer. Les personnes qui ont été recommandées ont été invitées à participer à une séance d'orientation d'un jour et demi, en février 1992. Elles ont ainsi pu approfondir leur connaissance du projet et partager les espoirs et les craintes que celui-ci leur inspirait. À la fin de la séance, on a demandé aux participants de dire s'ils étaient prêts à se joindre au Conseil. Dans leur évaluation du projet, Sharon Moyer et Lee Axon ont fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Le coordonnateur a signalé que comme l'objectif était de faire du projet un programme communautaire, ce n'est qu'à la toute fin – c'est-à-dire après la réunion d'orientation des membres du Conseil communautaire – qu'il a su que la commu-

²⁴¹ «Elders and Traditional Teachers Gathering on Birch Island», Toronto, Aboriginal Legal Services of Toronto, 1991, pp. 1-2.

²⁴² Cette question n'a pas été abandonnée. On a constitué un groupe de travail sur la violence familiale en décembre 1992 pour qu'il examine les façons dont le Conseil pourrait éventuellement être saisi des affaires de violence familiale. Nous examinons cette question de façon plus détaillée dans la suite du rapport.

nauté voulait vraiment aller de l'avant. C'était important parce que cela signifiait que le programme n'était pas imposé à la communauté autochtone, qu'il pouvait, jusqu'au moment de son démarrage, être stoppé par la communauté [...] sans l'appui et l'accord des membres du Conseil communautaire, le projet ne pouvait pas voir le jour²⁴¹.

En fait, les 16 personnes – sept hommes et neuf femmes – qui ont assisté à la séance d'orientation ont toutes accepté de siéger bénévolement au Conseil. Le Conseil a entendu sa première affaire en mars 1992.

Le fonctionnement du projet

Tous les autochtones qui ont été inculpés d'une infraction criminelle et qui acceptent d'assumer la responsabilité²⁴⁴ de leurs actes ont le droit de participer au projet du Conseil communautaire²⁴⁵. D'après l'entente conclue avec le Bureau du procureur de la Couronne, ALST est le seul intervenant qui puisse identifier les autochtones susceptibles de participer au programme. Comme les autres programmes d'ALST – ainsi que des organismes de services sociaux autochtones qui existent à Toronto – le Conseil communautaire ne fait pas de distinction de statut et s'adresse par conséquent à tous les autochtones²⁴⁶. Le fait d'être inscrit ou non ne joue un rôle qu'après l'audience devant le Conseil, lorsque interviennent les programmes et services offerts aux autochtones par les organismes gouvernementaux. Par exemple, la Direction des services médicaux de Santé et Bien-être social Canada paie les frais de déplacement des Indiens inscrits lorsqu'ils se rendent dans des centres de désintoxication situés à l'extérieur de Toronto, ou même à l'extérieur de l'Ontario, mais elle ne le fait pas pour les personnes non inscrites.

On a abordé lors de la réunion des anciens et des sages à l'île Birch la question de la sélection des personnes qui seraient admises à participer au programme. Les participants ont clairement indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION] Il appartient aux travailleurs judiciaires de décider au départ quels seront les cas qui seront soumis au Conseil. Les

²⁴¹ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», cité à la note 236, p. 28.

²⁴⁴ Le fait d'admettre sa responsabilité n'oblige pas le contrevenant à reconnaître sa culpabilité devant un tribunal. Cette acceptation ne veut pas non plus dire que la personne concernée reconnaît avoir commis toutes les infractions pour lesquelles elle a été inculpée.

²⁴⁵ En pratique, outre les affaires de violence familiale, les seuls cas pour lesquels les procureurs de la Couronne refusent d'autoriser la déjudiciarisation sont l'agression sexuelle (à cause d'une directive du ministère du Procureur général applicable à tous les projets de déjudiciarisation), la conduite avec capacités affaiblies et les infractions relatives aux armes à feu lorsqu'on demande une ordonnance interdisant la possession d'armes à feu.

²⁴⁶ Les autochtones inscrits aux termes de la *Loi sur les Indiens* sont considérés comme des Indiens inscrits, alors que ceux qui ne le sont pas sont des Indiens non inscrits. Ces programmes ne tiennent pas compte de cette distinction; ils s'appliquent à tous les autochtones.

travailleurs sociaux ne devraient toutefois pas effectuer ce choix en essayant de deviner si le contrevenant visé va pouvoir tirer profit de sa participation au programme. Ce n'est pas au travailleur judiciaire de juger quelles sont les personnes susceptibles de réagir positivement aux efforts du Conseil. Comment répondre à une telle question? Le programme devrait être ouvert à tous les contrevenants. Le seul élément qui pourrait limiter la participation des contrevenants serait un manque de ressources dans la collectivité, pour ce qui est du nombre de personnes pouvant être aidées en même temps ou de la capacité d'aider une personne en particulier²⁴⁷.

Le Conseil a été saisi des premiers cas en mars 1992, soit 11 mois après le début de la mise sur pied du programme. Entre ce moment et la fin de décembre 1994, le Conseil a entendu 214 affaires. Au cours de l'exercice 1993-1994, il a entendu 115 affaires. Les contrevenants se présentent aux audiences du Conseil dans une proportion de 89 %, chiffre particulièrement élevé puisque 41,5 % des personnes qui participent au programme ont déjà été condamnées pour défaut de comparaître devant un tribunal²⁴⁸.

En tout, 86,1 % des personnes qui assistent aux audiences ont déjà exécuté la décision du Conseil ou sont en train de le faire. Les décisions du Conseil ne sont pas respectées dans 13,9 % des cas seulement. Il convient également de noter que la plupart de ceux qui ne se plient pas complètement aux décisions du Conseil le font tout de même en partie, et qu'il est très rare que des contrevenants assistent à une audience du Conseil et repartent déterminés à ne rien faire de ce qu'ils ont convenu.

Le Conseil peut prendre pratiquement n'importe quel type de mesure, sauf ordonner l'emprisonnement. En général, la décision du Conseil englobe plusieurs mesures. Jusqu'ici, les décisions les plus fréquentes ont été les suivantes : service communautaire (43 %), programme de counselling d'une agence autochtone (42 %), participation à des programmes d'autonomie (22 %), recherche d'un emploi ou d'un programme de formation (30 %) et maintien des contacts avec ALST (49 %).

Le Conseil s'occupe de toutes sortes de causes. Celles qui lui sont le plus fréquemment renvoyées sont les suivantes : défaut de comparaître/violation d'une condition (32 %), vol (24 %), prostitution (19 %), agressions (18 %), méfait (16 %) et possession de biens volés (10 %). En outre, le conseil a été saisi de causes d'incendie volontaire, d'introduction par effraction et de fraude. Depuis le mois de mars 1994, il peut être saisi d'affaires de stupéfiants²⁴⁹, suite à la signature d'une entente

²⁴⁷ «Gathering on Birch Island», cité à la note 241, pp. 2-3.

²⁴⁸ «Demographic and Cases Statistics», cité à la note 238. Les données présentées dans ce paragraphe et dans les trois suivants sont tirées de ce rapport trimestriel.

²⁴⁹ Les inculpations pour des infractions reliées aux stupéfiants peuvent faire l'objet de mesures de déjudiciarisation, sauf si quelqu'un est accusé d'avoir cultivé ou importé de la drogue.

avec les procureurs de la Couronne fédéraux²⁵⁰. Les stupéfiants ne représentent que 4,5 % des affaires confiées au Conseil, mais il est évident que ce pourcentage va progressivement augmenter²⁵¹.

Le Conseil siège habituellement six ou sept fois par mois. En général, trois membres du Conseil assistent à chaque séance. Le Conseil compte à l'heure actuelle 27 membres – 17 femmes et 10 hommes – tous bénévoles.

Les audiences du Conseil ne sont pas publiques, mais on invite les victimes à y assister. Les séances se tiennent à huis clos parce qu'on y aborde des sujets très personnels. Les membres du Conseil et le personnel craignent que la présence de personnes qui ne participent pas directement au processus n'empêche le délinquant de parler librement. Une telle retenue nuirait à l'efficacité du Conseil.

Sharon Moyer et Lee Axon ont pu suivre quatre dossiers dans le cadre de l'évaluation du projet. Voici leur description du processus suivi par le Conseil :

[TRADUCTION] Les membres du Conseil se réunissent pour le déjeuner ou le dîner, une heure avant l'audience, pour examiner les dossiers. On commence à discuter des différents dossiers et l'on demande parfois au coordonnateur [du projet] de fournir certains renseignements ou de préciser des points particuliers. Au début de l'audience, les membres se présentent au contrevenant; il n'est pas rare qu'ils fournissent des renseignements sur eux-mêmes et sur les organismes dont ils font partie, le cas échéant. La personne qui préside la séance, choisie au cours des discussions tenues avant l'audience, commence alors à poser des questions au contrevenant, parfois au sujet de l'infraction mais également sur des sujets personnels. Les autres membres du Conseil posent eux aussi des questions au contrevenant, souvent au hasard, apparemment du moins. Vers la fin de l'audience, on parle des circonstances ayant entouré l'infraction ainsi que du point de vue du contrevenant sur ce qui s'est passé.

Si l'on sait que le contrevenant a des problèmes de toxicomanie, les membres du Conseil tentent la plupart du temps de déterminer pourquoi le délinquant souhaite suivre un programme de traitement et s'il a déjà participé à de tels traitements [...]

Après toutes ces questions, le contrevenant quitte la salle, et les membres du Conseil examinent les choix qui s'offrent. Si on a

²⁵⁰ Les procureurs de la Couronne nommés par les provinces s'occupent des poursuites relatives au *Code criminel*, et à la *Loi sur les infractions provinciales*, alors que les procureurs de la Couronne fédéraux s'occupent notamment des infractions à la *Loi sur les stupéfiants* et à la *Loi sur les aliments et drogues*.

²⁵¹ Ces personnes sont souvent accusées d'avoir commis plus d'une infraction, ce qui explique que le total soit supérieur à 100 %.

constaté que le contrevenant avait des problèmes sociaux ou personnels, comme la toxicomanie, et qu'il a manifesté le désir de se faire traiter, le gros de la discussion peut porter sur les possibilités de traitement [...] Le Conseil prend la décision par consensus.

[...] Un membre du personnel tape la décision à la machine, décision qui est revue par les membres du Conseil avant que ne soit rappelé le contrevenant dans la salle d'audience. La personne qui préside la séance lit à voix haute la décision au contrevenant. La discussion porte alors sur ce que le contrevenant pense de l'ordonnance. On lui demande s'il est d'accord avec la décision et on l'invite à en signer une copie [...]

Il y a des membres du Conseil qui n'hésitent pas à faire la morale au contrevenant, mais avec ménagement, et à critiquer son comportement. Les membres du Conseil estiment en effet qu'ils représentent la collectivité et qu'ils disent au client «tu as fait quelque chose de mal et tu ne devrais pas le refaire» [...] Il arrive qu'au cours des audiences, les échanges deviennent très personnels et que des contrevenants (et des membres du Conseil) se mettent à pleurer.

La durée de l'audience varie entre trois quarts d'heure et plus de trois heures. On a constaté qu'il n'y avait pas de rapport entre la gravité de l'infraction et la durée des audiences du Conseil parce qu'il arrive souvent que les personnes ayant commis une infraction très légère souffrent de toute une série de problèmes pour lesquels le Conseil est en mesure d'intervenir. Dans la plupart des cas, le Conseil s'occupe de la personne et non pas de l'infraction²⁵²

Comme on l'a vu ci-dessus, le Conseil s'intéresse plus au contrevenant qu'à l'infraction. Il considère en effet que les gens qui comparaissent devant lui ne sont pas des criminels endurcis (même s'ils ont parfois des casiers judiciaires très chargés) mais plutôt des gens qui, à cause de difficultés remontant souvent jusqu'à leur enfance, ont connu des démêlés avec la justice.

Les données démographiques que possède le Conseil au sujet des clients confirment cette analyse. Soixante-huit pour cent des clients du Conseil ont un problème de drogue ou d'alcool. De plus, 43 % d'entre eux ont été adoptés ou pris en charge par une société d'aide à l'enfance. En outre, 20 % ont déjà suivi des traitements psychiatriques. Ces données statistiques semblent également indiquer que le fait de ne pas être intégré à la communauté autochtone est peut-être un facteur de criminalité. Ainsi, 12 % seulement des personnes qui ont été vues par le Conseil pourraient être qualifiées de bien intégrées dans la communauté autochtone alors

²⁵² Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», cité à la note 236, pp. 61-63.

que 61 % des personnes bénéficiant d'une déjudiciarisation ne sont pas véritablement intégrées à la communauté²⁵³. D'après Don McCaskill, qui a réalisé une étude de cas ALST pour la Commission, les membres du Conseil estiment qu'une partie importante de leur travail consiste à diriger les contrevenants vers des programmes et des services offerts par la communauté autochtone et à [TRADUCTION] «faire comprendre à ces délinquants autochtones qu'ils font partie d'une communauté autochtone beaucoup plus vaste²⁵⁴».

McCaskill a également interrogé certaines des personnes qui avaient comparu devant le Conseil. Toutes les personnes interrogées pensaient que le Conseil avait écouté leur version des faits et que le processus utilisé par le Conseil était très différent du système judiciaire non autochtone, en ce qu'il est confidentiel, moins intimidant, et qu'il leur fournit l'occasion d'expliquer leurs actes. Les personnes interrogées estimaient que les membres du Conseil voulaient de toute évidence les aider. Quelqu'un a parlé de son expérience devant le Conseil en disant que c'était «comme une famille qui veut vous aider.» Soixante-quinze pour cent des personnes interrogées se sont déclarées très satisfaites de leur comparution devant le Conseil, et les autres, assez satisfaites.

Moyer et Axon ont également interrogé sept personnes qui avaient comparu devant le Conseil. Toutes ont trouvé l'expérience positive.

[TRADUCTION] Une de ces personnes, qui avait été accusée de méfait de moins de 1 000 \$, a déclaré que les membres du Conseil l'avaient amenée à avoir honte d'avoir commis cette infraction, sentiment qu'elle n'avait pas éprouvé auparavant. Elle estimait que le fait d'avoir été traitée comme une personne a eu beaucoup plus d'effet qu'une comparution devant les tribunaux. Un autre client a déclaré «Je n'ai pas menti au Conseil parce que ce sont mes frères.» Une troisième cliente a donné des détails sur sa réaction :

Les membres du Conseil m'ont permis de me détendre. Cela m'a fait du bien de raconter mon histoire même si c'était devant cinq personnes. Elles comprenaient ce que j'essayais de leur dire. Les questions étaient difficiles mais j'ai eu envie de parler de mes problèmes et il y a des choses qui sont sorties au sujet de mon comportement. J'étais en confiance et je sentais que les anciens me comprenaient. Ils m'ont donné la possibilité de parler, ce que je n'aurais pas pu faire devant un tribunal²⁵⁵.

²⁵³ «Demographic and Cases Statistics», cité à la note 238.

²⁵⁴ Don McCaskill, «Aboriginal Legal Services of Toronto – Community Study», étude réalisée pour la CRPA, 1993.

²⁵⁵ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», cité à la note 236, p. 64.

La comparution devant le Conseil peut marquer un individu. En 1993, Harold B. (nom fictif) a comparu devant le Conseil pour une accusation de méfait de plus de 1 000 \$. En état d'ébriété, il avait cassé une vitrine et la fenêtre d'un restaurant du centre-ville après qu'on lui eut demandé de quitter les lieux parce qu'il n'avait pas suffisamment d'argent pour payer son repas. Devant le Conseil, il s'est montré très déprimé et a déclaré qu'il envisageait le suicide. Il approchait de la trentaine et se considérait comme un raté. Les membres du Conseil ont écouté Harold raconter sa vie et sa situation actuelle et lui ont fait quelques confidences à leur tour – certains avaient vécu des choses aussi difficiles que lui. À la fin de l'audience, le Conseil décida de l'obliger à faire ce qui suit :

- assister à trois réunions des AA par semaine, tant ouvertes que privées, pendant trois mois;
- assister à au moins un cercle de guérison; le Conseil l'a vivement encouragé à continuer de participer à ce genre de cercle;
- consulter un thérapeute au sujet des agressions sexuelles de son enfance;
- écrire une lettre d'excuses au propriétaire du restaurant;
- communiquer avec ALST une fois par semaine, jusqu'à l'exécution complète de l'ordonnance.

Le Conseil l'a également fortement encouragé à suivre un cours de rattrapage scolaire.

Harold a respecté toutes les conditions de l'ordonnance du Conseil, il a terminé un cours de rattrapage et s'est inscrit à un programme d'études au Toronto Community College. Quelques mois après l'audience, Harold a écrit aux membres du Conseil qui avaient entendu son affaire. Voici un extrait de sa lettre :

[TRADUCTION] Je sais que l'on pourrait dire que votre décision visait en quelque sorte à me punir, mais je la considère plutôt comme une bénédiction. Vous m'avez obligé à faire des choses que j'aurais dû faire il y a des années mais que j'avais trop peur ou que j'étais trop bête pour faire tout seul. Là encore, je remercie les membres du Conseil communautaire d'avoir remis de l'ordre dans ma vie et de m'avoir indiqué, je l'espère, la bonne voie²⁵⁶.

Les prochaines étapes

Le Conseil communautaire entre maintenant dans sa quatrième année. Grâce à l'expérience acquise jusqu'ici, il espère pouvoir entendre des cas de violence familiale dans un avenir prochain. Depuis la fin de 1992, des représentants de diverses

²⁵⁶ Aboriginal Legal Services of Toronto, «Quarterly Report to the Ministry of the Attorney General for the period September to December 1993», Toronto, Aboriginal Legal Services of Toronto, 1993, pp. 3-4.

agences de services sociaux autochtones ont constitué un groupe de travail sur la violence familiale. Ce groupe a été formé à la suite d'un appel de la directrice exécutive de Anduhyuan – la maison de refuge des femmes autochtones – adressé au directeur du projet du Conseil communautaire. Elle convenait que le Conseil n'était pas encore prêt à entendre les causes de violence familiale, mais elle jugeait important d'en arriver là un jour. Par ailleurs, elle estimait qu'il fallait identifier les besoins des victimes et des contrevenants auxquels les services existants ne pouvaient répondre. Le groupe de travail a tenu une séance d'une journée complète avec des représentants des organismes de services sociaux autochtones pour examiner les programmes existants et leurs lacunes, et il a également tenu une conférence d'un jour et demi sur la violence familiale, dont le thème était « Initiatives communautaires pour la guérison des familles ».

Des anciens et des conférenciers du Ma Mawi Wi Chi Itata Centre de Winnipeg ont participé à la conférence et ils ont parlé des façons d'enrayer la violence familiale. Le groupe de travail a communiqué au Procureur général une entente modifiée visant les cas de violence familiale et assurant la protection des victimes de violence. Pour le groupe, il est évident que si l'on veut obtenir des résultats dans ce domaine, il faut mettre sur pied des programmes conçus pour les autochtones et capables de répondre à la fois aux besoins des victimes et à ceux des contrevenants.

Vu les succès remportés par le Conseil, certains songent à transposer le processus à d'autres domaines. Le personnel d'ALST travaille avec un groupe de référence depuis près de deux ans dans le but de créer un conseil communautaire pour la protection de l'enfance. Ce conseil pourrait dans certains cas remplacer les audiences de protection de l'enfance tenues aux termes de la *Loi sur la protection de l'enfance* (Ontario). Le Conseil communautaire pour la protection de l'enfance a entendu sa première affaire en décembre 1994.

On a également proposé d'utiliser le modèle du Conseil communautaire pour résoudre les conflits entre propriétaires et locataires au sein de la communauté autochtone de Toronto. La clinique juridique d'ALST représente maintenant les locataires autochtones qui ont des problèmes avec leur propriétaire. À l'heure actuelle, il existe quatre organismes autochtones sans but lucratif qui s'occupent de loger les autochtones de cette ville. Pour le moment, lorsqu'il y a un conflit entre le locataire et le propriétaire, l'affaire aboutit généralement devant les tribunaux, ce qui coûte pas mal d'argent au propriétaire et donne rarement un résultat satisfaisant. On espère que le processus utilisé par le Conseil permettra de régler ce genre de conflits en tenant davantage compte des différences culturelles et d'obtenir des résultats plus satisfaisants pour tout le monde.

On peut ainsi voir dans le Conseil communautaire l'amorce d'un système de justice complet pour les autochtones citadins. Grâce à la volonté de la communauté autochtone de poursuivre dans cette direction et grâce à l'attitude positive des intervenants judiciaires non autochtones, le modèle du Conseil semble très prometteur.

Le Conseil communautaire sera toutefois amené à relever plusieurs défis, à commencer par la question du financement. Le financement du projet a toujours été quelque peu précaire. Depuis ses débuts, le projet fonctionne avec un budget annuel de 100 000 \$, qui sert à payer le salaire d'un coordonnateur à plein temps, d'un directeur à temps partiel et d'un adjoint administratif à temps partiel, ainsi que le loyer, les frais administratifs du projet et les dépenses des membres du Conseil. Le projet est subventionné annuellement, et ALST ne connaît son allocation que trois à sept mois après le début de l'année financière. On ne peut jamais tenir pour acquis que le financement sera accordé.

Le projet du Conseil communautaire a soulevé beaucoup d'intérêt, tant chez nos organismes autochtones et non autochtones qu'à l'étranger. Aucun autre projet de ce genre n'a encore été lancé dans un centre urbain, même si l'on peut signaler qu'un certain nombre de projets en sont à diverses étapes de développement. On espère que, compte tenu de la situation démographique de la population autochtone canadienne, d'autres communautés autochtones urbaines s'inspireront de l'expérience torontoise pour mettre au point leur propre solution aux questions judiciaires.

Le processus holistique de réconciliation de la Première nation de Hollow Water

Historique et création

Le processus holistique de réconciliation (en anglais : Community Holistic Circle Healing, CHCH) s'occupe des cas d'agression sexuelle dans la collectivité de Hollow Water, qui est composée de membres de la Première nation du même nom et située dans le nord du Manitoba, ainsi que dans les collectivités métisses voisines de Manigotagan, Aghaming et Seymourville. Le CHCH constitue une réponse unique aux besoins particuliers de toutes les personnes touchées par ce type d'infraction.

L'idée du CHCH a pris naissance dans la communauté ojibwa de Hollow Water en 1984. Cette année-là, un groupe de résidents et de responsables des services sociaux communautaires se sont réunis pour chercher de nouvelles façons de s'attaquer aux séquelles de plusieurs décennies d'alcoolisme, de violence familiale, de suicide et de perte d'identité culturelle. On a formé un groupe-ressource en 1987 et, grâce à ses travaux et aux premiers signalements dont le nombre devait augmenter considérablement par la suite, il a été établi qu'une bonne partie des problèmes de la collectivité avaient pour origine des agressions sexuelles²⁵⁷. Le groupe-ressource estime que 75 % des membres de la collectivité ont été victimes d'agressions sexuelles et que 35 % d'entre eux sont des agresseurs, ce qui illustre

²⁵⁷Thérèse Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation – Première nation de Hollow Water*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, Collection sur les autochtones, 1993, p. 1.

d'agressions sexuelles et que 35 % d'entre eux sont des agresseurs, ce qui illustre l'ampleur du problème et le danger qu'il représente pour le tissu social²⁵⁸.

En 1988, des membres du groupe-ressource se sont rendus à Alkali Lake pour en apprendre davantage sur la façon dont cette collectivité s'était attaquée à ses problèmes d'alcoolisme et de violence sexuelle²⁵⁹. Le groupe a été fort impressionné par sa visite à Alkali Lake. Dès son retour à Hollow Water, il a lancé un certain nombre d'initiatives, dont le CHCH.

Un sous-comité du groupe-ressource, l'équipe d'évaluation, a été chargé de mettre sur pied le CHCH. Avant de faire quoi que ce soit en matière de violence sexuelle, les personnes désireuses de participer au processus ont suivi un programme de formation de deux ans. Le programme touchait les sujets suivants : différences culturelles; alcoolisme et toxicomanie; esprit d'équipe; établissement de réseaux; intervention en cas de suicide; counselling familial; techniques de communication; diététique; sexualité²⁶⁰.

Le CHCH s'est principalement intéressé aux cas d'agression sexuelle car il estime qu'on ne pourra pas s'attaquer aux problèmes fondamentaux de la collectivité tant que l'on n'aura pas résolu ce problème. Les membres du groupe-ressource veulent par ailleurs que l'on sache que le CHCH ne s'intéresse pas à une seule question, mais plutôt à la guérison et à l'épanouissement de la collectivité dans son ensemble.

[TRADUCTION] Le CHCH n'est pas un programme ni un projet. C'est un processus qui vise à rétablir un équilibre chez les personnes concernées, un processus par lequel la collectivité se guérit elle-même, un processus qui permettra un jour à nos enfants et à nos petits-enfants de marcher la tête haute dans leur voyage ici-bas²⁶¹.

Le CHCH s'occupe essentiellement des cas d'agression sexuelle en offrant des services de soutien, de counselling et d'assistance à tous ceux qui sont touchés par ce type de criminalité, à savoir la victime, la famille de la victime, l'agresseur et la famille de l'agresseur.

La méthode qu'utilise le CHCH dans les cas d'agression sexuelle comprend 13 étapes :

Étape 1. Signalement

²⁵⁸ Rupert Ross, «Duelling Paradigms?», cité à la note 93, p. 243. Le terme «agresseur» a été préféré à «contrevenant» parce que le groupe-ressource juge que nombre des personnes commettant ces infractions ont elles-mêmes été victimes d'agression à un moment de leur vie. On croit que l'emploi du mot «agresseur» peut avoir une plus grande résonance auprès des prévenus.

²⁵⁹ Première nation de Hollow Water, «The CHCH Approach – Community Holistic Circle Healing», document présenté au Tribal Court Symposium, Federation of Saskatchewan Indian Nations, Saskatoon, 31 mars 1994, p. 1.

²⁶⁰ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, p. 1.

²⁶¹ «The CHCH Approach», cité à la note 259, p. 4.

- Étape 2. Protection de la victime/de l'enfant
- Étape 3. Premier contact avec l'agresseur
- Étape 4. Soutien au conjoint
- Étape 5. Soutien aux familles et à la collectivité
- Étape 6. Réunion de l'équipe d'évaluation avec des représentants de la GRC et de la Couronne
- Étape 7. L'agresseur doit reconnaître et accepter sa responsabilité
- Étape 8. Préparation de l'agresseur
- Étape 9. Préparation de la victime
- Étape 10. Préparation des familles
- Étape 11. Réunion spéciale
- Étape 12. Exécution du contrat de réconciliation
- Étape 13. Cérémonie de purification²⁶²

On estime qu'il faut cinq ans pour accomplir ces 13 étapes.

Le fonctionnement du projet

On parle souvent du CHCH comme de l'initiative de Hollow Water, mais quatre collectivités sont en fait desservies : Manigotagan, Aghaming, Seymourville et Hollow Water. Si l'on prend la première lettre de chacune de ces collectivités, cela donne le sigle MASH (nom d'une télésérie qui raconte l'histoire d'une équipe médicale américaine pendant la Guerre de Corée). Ces collectivités ont choisi ce sigle pour un certain nombre de raisons.

1. Nous vivons dans une zone de guerre. Il ne s'agit pas d'une guerre avec des fusils et des bombes mais plutôt d'un conflit plus insidieux qui anéantit nos meilleurs éléments depuis plusieurs générations. Dans cette guerre, nos ennemis sont l'alcoolisme et la toxicomanie, l'exploitation sexuelle, la violence interpersonnelle et familiale, la dépendance à l'égard de l'assistance sociale, l'absence d'harmonie dans les familles et les communautés, et une estime de soi réduite à presque rien. Nous nous battons contre ces ennemis depuis un certain temps déjà.
2. En outre, ce sigle nous convient parfaitement parce que [comme les médecins de MASH] nous travaillons à guérir nos collectivités; l'équipe tactique (parfois appelée le groupe-

²⁶² Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, pp. 2-3.

ressource) réunit des membres de nos quatre collectivités qui cherchent à sauver les victimes de cette guerre, tout en planifiant et en mettant en œuvre des stratégies pour la gagner²⁶³.

Hollow Water est une collectivité des Premières nations alors que les trois autres collectivités sont principalement peuplées de Métis. La population totale des quatre collectivités est d'environ 1 500 personnes²⁶⁴. Tous les membres de la communauté peuvent participer au CHCH car le programme ne fait pas de distinction de statut. Le seul moment où le statut entre en ligne de compte est lorsqu'il s'agit de financer les services psychologiques. En effet, la Direction des services médicaux de Santé et Bien-être Canada ne fournit ce service qu'aux Indiens inscrits.

C'est l'équipe d'évaluation qui s'occupe du fonctionnement général du CHCH alors que les tâches particulières sont confiées à l'équipe de gestion. L'équipe d'évaluation fournit toutes les ressources nécessaires pour rétablir l'équilibre des personnes touchées par la violence sexuelle. Elle est en particulier responsable des activités de prévention et d'intervention; elle met sur pied des systèmes d'appoint, prévoit l'évaluation des personnes qui participent au processus et assure la liaison avec les avocats, les procureurs de la Couronne et les organismes de protection de l'enfance.

L'équipe du CHCH comprend actuellement un directeur exécutif, sept travailleurs communautaires et conseillers en violence familiale, un adjoint administratif et les bénévoles et/ou spécialistes qui font partie de l'équipe d'évaluation. En plus du personnel du CHCH, l'équipe d'évaluation peut compter sur les services de bénévoles et de professionnels de tous les organismes locaux de services sociaux²⁶⁵.

Le traitement des victimes d'agression sexuelle est très long, et il est impossible de le décrire en détail ici. L'aspect clé de toutes les interventions est la protection, le soutien et la guérison de la victime. Dès qu'un cas d'agression sexuelle est signalé, l'équipe d'évaluation a un entretien approfondi avec la victime. Des mesures sont immédiatement prises pour la protéger et garantir sa sécurité à long terme. Ce n'est qu'une fois ces mesures prises que l'on communique avec l'agresseur. Dans la plupart des cas, ce contact s'effectue avant que la GRC soit avisée et qu'elle porte des accusations. On explique alors le processus du CHCH à l'agresseur. On lui dit que s'il souhaite participer au CHCH, il doit assumer la responsabilité de l'infraction et plaider coupable devant le tribunal. Ce plaidoyer de culpabilité est important parce qu'il évite à la victime le traumatisme de devoir témoigner en cour²⁶⁶. L'agresseur a cinq jours pour décider de participer au CHCH. Dans certains cas, les victimes

²⁶³ Groupe-ressource de Wanipigow, «Venons-en au fond du problème : rapport final sur le programme SAFE de Wanipigow (Self-Awareness for Everyone)» dans Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, annexe C, p. 1.

²⁶⁴ Peter Moon, «Native Healing Helps Abusers», *The Globe and Mail*, 8 avril 1995, pp. A1, A8.

²⁶⁵ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, p. 2.

²⁶⁶ Janet Cook, exposé sur le CHCH lors du Tribal Court Symposium, Saskatoon, 31 mars 1994.

ne souhaitent pas que des poursuites soient entamées. Le refus de porter des accusations empêche le CHCH de prendre certaines mesures, mais cela n'empêche pas les travailleurs de continuer à offrir un soutien à la victime²⁶⁷.

Après la confrontation avec l'agresseur, l'équipe rencontre le conjoint de l'agresseur pour lui apporter un soutien. Dans l'étude qu'elle a effectuée pour le compte du solliciteur général du Canada, Thérèse Lajeunesse décrit le rôle que jouent les membres de l'équipe auprès des victimes, des agresseurs et de leur famille :

Dans certains cas, la victime et l'agresseur appartiennent à la même famille. Dans la plupart des cas, ils vivent dans la même collectivité. Dans tous les cas, la souffrance engendrée par la divulgation se propage comme une vague dans l'ensemble de la collectivité et les membres des familles immédiates et des familles étendues sont touchés. Les travailleurs offrent un soutien à tous les membres des familles touchées, tout comme à la victime et à l'agresseur. Souvent, ils devront non seulement s'occuper de l'affaire en cause, mais aussi des traumatismes antérieurs subis par toutes ces personnes²⁶⁸.

La justice pénale non autochtone s'efforce principalement d'obtenir la condamnation du contrevenant. Dans les cas d'agression sexuelle, il est maintenant reconnu que les victimes devraient elles aussi avoir accès aux services qu'offre le système judiciaire. Il n'y a toutefois pas de comparaison entre ce qu'il advient de la victime d'agression sexuelle dans le système judiciaire et à Hollow Water. Rupert Ross a décrit les efforts que l'on déploie pour créer un réseau de soutien :

[TRADUCTION] Entre le moment où le cas est signalé et la cérémonie de purification, les membres de l'équipe ont pour rôle de travailler avec tous les intéressés, de les protéger, de les appuyer, de les informer et de les encourager. Ils pensent en effet que chaque révélation touche plusieurs personnes qui méritent toutes qu'on leur apporte un appui et, élément tout aussi important, que toutes ces personnes doivent participer au processus qui permettra de rétablir une dynamique saine et de briser le cycle intergénérationnel des agressions. Je les ai observé planifier une éventuelle confrontation avec une personne soupçonnée d'agression et je dois dire que la façon dont ils ont dépêché les membres de l'équipe au sein de la collectivité pour porter assistance aux personnes concernées m'a fait penser à la logistique d'une opération militaire²⁶⁹.

²⁶⁷ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, p. 5.

²⁶⁸ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, p. 7.

²⁶⁹ Ross, «Duelling Paradigms?», cité à la note 93, p. 245.

Le CHCH a conclu avec le Bureau du procureur de la Couronne du Manitoba une entente qui précise le cadre d'intervention du CHCH. On donne à l'équipe d'évaluation un délai suffisant pour qu'elle puisse travailler avec l'agresseur avant que sa peine soit fixée. D'une façon générale, les agresseurs qui plaident coupables font l'objet d'une ordonnance de probation de trois ans. Ils sont tenus de travailler avec le CHCH pendant ces trois années. Ne pas terminer le programme constitue une violation de la probation. Aucune accusation de ce type n'a encore été portée contre un agresseur²⁷⁰. D'après le *Code criminel*, une période de probation dure au maximum trois ans. Rappelons que le personnel du CHCH estime qu'il faut environ cinq ans pour suivre le programme dans son entier.

Il est impossible de comprendre la véritable nature de cette initiative et des programmes de justice autochtone en général si l'on ne comprend pas le processus de guérison. Voici comment Rupert Ross décrit le processus de guérison dans le cas du CHCH :

[TRADUCTION] Le processus de guérison est douloureux car l'agresseur doit renoncer à toutes ses excuses, à toutes ses justifications, il doit laisser tomber sa colère et ses autres défenses jusqu'à ce que finalement, mis en présence d'une victime maintenant capable de l'affronter, l'agresseur puisse lui-même ressentir la souffrance qu'il a causée. Il faut passer par toutes ces étapes avant de pouvoir commencer à réparer le traumatisme, tant chez l'agresseur que chez l'agressé. Le mot «guérison» a une certaine connotation de douceur mais ce n'est pas du tout ce qui caractérise le processus de guérison tel que le conçoit le programme de Hollow Water²⁷¹.

Dans un article de journal, Peter Moon a traité de ce qu'ont vécu certains participants au CHCH.

[TRADUCTION] Toutes les personnes qui participent à ces cercles vivent des expériences très dures parce qu'elles révèlent leurs sentiments les plus intimes. Elles doivent déterrer de pénibles souvenirs. Il y a des pleurs, des accès de colère, des offres de partage et de la compassion. Il arrive que l'agresseur et la victime participent aux mêmes cercles.

«En surface, je suis fort, mais au fond de moi, je ne le suis pas», a déclaré un contrevenant au cours d'une enquête récente. Il pleurait en racontant d'une voix presque inaudible les mauvais traitements dont il avait fait l'objet enfant et les agressions sexuelles qu'il avait commises une fois adulte.

²⁷⁰ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, p. 10.

²⁷¹ Ross, «Duelling Paradigms?», cité à la note 93, p. 245.

Ces cercles ne sont pas un moyen facile d'atteindre la guérison, dit Burma Bushie, une travailleuse sociale ojibwa spécialisée en protection de l'enfance et de la famille qui coordonne le programme de réconciliation de Hollow Water. Mais ils en constituent un élément essentiel [...]

Tous les cercles commencent et se terminent par une prière au Créateur, et on offre aux personnes qui y assistent la possibilité de participer à des cérémonies traditionnelles, qui ne sont toutefois pas obligatoires.

«L'aspect spirituel est un élément clé», déclare M. Hardesty [un membre du conseil de bande de Hollow Water]. «Le programme aide les gens à comprendre pourquoi ils ont fait du mal à d'autres et pourquoi on leur a fait du mal; il les reconforte.»

«Cela fait une différence inimaginable. Les cérémonies, la hutte de purification, et même les prières. Tout comme le fait de brûler du foin d'odeur, de la sauge, du bois de cèdre et du tabac. Tout cela fait partie du processus spirituel de guérison²⁷².»

Lorsque l'on comprend comment fonctionne le processus de guérison à Hollow Water, on comprend mieux la position qu'a adoptée le CHCH au sujet de l'incarcération des contrevenants. Au départ, le CHCH participait au processus de détermination de la peine en préparant un rapport présentiel à l'intention du tribunal. En 1993, devenu critique à l'égard de ce rôle, il a voulu réévaluer l'utilité de l'incarcération dans les cas dont il s'occupait. Le CHCH a jugé cette question suffisamment importante pour préparer un énoncé de principe dont voici un extrait :

[TRADUCTION] La position du CHCH sur le recours à l'incarcération et sur son rôle dans le processus de guérison des individus a changé avec le temps. Au début, nous voulions surtout mettre un terme au cercle vicieux des agressions dans notre collectivité et nous avons cru qu'il fallait favoriser le recours à l'incarcération dans les affaires dites «très graves». Après un certain temps, nous en sommes toutefois venus à la conclusion que cette attitude ne faisait en fait que compliquer un travail déjà très difficile.

Nous avons tenté de résoudre les problèmes que soulevait cette attitude pour l'exécution de notre mission et cela nous a permis de constater deux choses :

- après avoir partagé nos propres histoires et appris en aidant les autres à faire face aux souffrances que leur avait causées les sévices subis, il nous a paru difficile de définir ce qui est «très grave».

²⁷² Moon, «Native Healing Helps Abusers», cité à la note 264.

Il nous a paru impossible d'établir un lien direct entre l'étendue ou l'intensité de la souffrance ressentie par la victime, les familles et la collectivité et un acte d'agression particulier. Il nous a semblé très simpliste de tenter de qualifier un acte d'agression de «très grave» et un autre de «pas très grave» parce que cela ne correspondait pas à ce que nous avons vécu;

- la décision de favoriser l'incarcération s'expliquait en fait par un mélange de sentiments, comprenant la colère, le désir de vengeance, la culpabilité et la honte, et reflétait aussi notre réaction aux agressions dont nous avons fait l'objet; elle ne visait aucunement à apporter une solution efficace aux cas dont nous nous occupions.

C'est ce qui explique que nous ayons modifié notre position au sujet de l'incarcération. Nous savons que le système judiciaire continue à avoir recours à l'incarcération et qu'il la considère comme un moyen de punir et de dissuader les agresseurs [...] et aussi de protéger les victimes et la communauté. Toutefois, le système judiciaire ne semble pas comprendre du tout la complexité des questions qui interviennent quand on veut mettre fin au cycle des agressions dans notre collectivité.

Le fait de juger et de punir nuit en réalité au processus de guérison. Pour une personne déjà déséquilibrée, cela ne fait qu'aggraver le déséquilibre.

La menace de l'incarcération empêche les gens d'assumer leurs actes et d'assumer la responsabilité des souffrances qu'ils ont causées. Elle favorise le silence et renforce donc le cycle de violence au lieu de le briser. Loin de protéger la communauté, la menace de la prison la met encore plus en péril.

Pour mettre un terme à ce cycle, nous estimons que l'agresseur doit d'abord rendre des comptes aux personnes qui sont les plus touchées par son agression – la victime, les familles, la collectivité – et qu'il a besoin de leur aide pour le faire. Retirer l'agresseur du milieu où se trouvent les gens qui sont le mieux placés pour l'amener à assumer ses actes et pour l'aider ne fait que compliquer la dynamique de culpabilité et de honte. Cela revient, au mieux, à retarder la guérison de tous les intéressés, ou le plus souvent à l'empêcher.

Le système judiciaire est fondé sur les notions de punition et de dissuasion, et force est, d'après nous, de constater qu'il ne donne pas les résultats escomptés. Nous ne comprenons pas pourquoi les responsables de ce système ne s'en aperçoivent pas [...]

Nous ne pensons pas que l'on puisse dire que notre nouvelle position au sujet de l'incarcération est une solution «de facilité» pour l'agresseur ou un moyen de le laisser s'en tirer. Cette position nous permet plutôt de préciser la notion de responsabilité de l'agresseur par rapport à la communauté. Cela débouche sur un processus qui est non seulement beaucoup plus pénible, d'après nous, pour l'agresseur mais également bien plus favorable à la guérison que ne le serait une peine d'emprisonnement.

Nos enfants et notre communauté ne peuvent plus se permettre de payer le prix que le système judiciaire exige pour rendre la justice dans notre communauté²⁷³

À la suite de ce revirement, le CHCH a cessé de préparer des rapports présententiels et a cherché à créer une justice communautaire qui permette de traiter de façon efficace les cas d'agression sexuelle. En décembre 1993, le CHCH a fait un pas en vue de reprendre en main le processus judiciaire lorsqu'il a tenu un cercle de détermination de la peine pour deux agresseurs. Ce cercle, le premier à être tenu au Manitoba, a réuni 250 personnes de la collectivité. L'équipe d'évaluation estimait qu'un tel cercle répondait mieux aux besoins de toutes les personnes touchées par l'infraction. Elle a décrit ainsi le soutien qu'elle apportait à cette initiative :

[TRADUCTION] Jusqu'ici, les audiences présententielles étaient le moment où se rejoignaient les intervenants judiciaires [...] et la communauté. Il y a souvent eu de grandes divergences d'opinions sur la meilleure façon de procéder. D'après nous, le système judiciaire cherche à punir et à dissuader l'agresseur «coupable» tout en voulant protéger la victime et la communauté; par contre, la communauté préfère responsabiliser l'agresseur envers elle et tenter de rétablir l'harmonie entre toutes les personnes concernées par l'agression.

Nous considérons que les divergences qui existent sur le plan des objectifs nuisent gravement à la guérison de la communauté. Nous pensons qu'il est plus facile de rétablir l'équilibre si la détermination de la peine se rapproche davantage, tant par la forme que par le fond, du processus de guérison communautaire. La détermination de la peine doit s'intégrer davantage au processus de guérison et non constituer une étape distincte [...]

D'après nous, le cercle de consultation joue deux rôles principaux : 1) il favorise la guérison de la communauté en donnant à ses membres le moyen de parler aux personnes concernées par l'agres-

²⁷³ CHCH Position Paper (1993), cité dans Ross, «Duelling Paradigms?», cité à la note 93, pp. 246-247.

sion au moment du choix de la peine, et 2) il permet au tribunal d'entendre directement les personnes qui sont le plus directement touchées. La Couronne et la défense, tout comme nous, ont tenté dans le passé de décrire cette situation. Nous estimons qu'il est maintenant temps que le tribunal entende la victime, la famille de la victime, l'agresseur, la famille de l'agresseur et le reste de la communauté²⁷⁴.

Depuis sa création jusqu'en juin 1995, le CHCH s'est occupé de 409 clients, ainsi répartis : 94 victimes (dont 32 ont terminé le programme de guérison), 180 membres des familles des victimes (dont 27 ont terminé le programme de guérison), 52 agresseurs (dont quatre ont terminé le programme), et 83 membres des familles des agresseurs²⁷⁵. Deux agresseurs ont récidivé depuis qu'ils participent au programme.

Les prochaines étapes

Comme c'est le cas pour d'autres initiatives en matière de justice, le financement du CHCH est toujours flottant. Les sommes octroyées par l'Initiative fédérale en matière de justice applicable aux autochtones, qui a appuyé le programme, ne sont pas permanentes, et personne ne sait encore d'où viendront les fonds lorsque ce financement prendra fin. L'approche holistique intense fait que le coût de chaque dossier peut sembler élevé pour une communauté d'environ 1 500 personnes. Toutefois, les comparaisons avec les coûts d'autres programmes sont tout à fait trompeuses. Le CHCH est un programme unique en son genre au Canada – c'est un programme qui répond véritablement aux besoins des personnes confrontées au phénomène de l'agression sexuelle et qui tente de s'attaquer aux racines du comportement dans le but de briser le cycle.

D'autres collectivités autochtones et non autochtones s'intéressent vivement à ce projet, et le personnel du CHCH est constamment sollicité pour parler du programme et mettre sur pied des ateliers. C'est d'ailleurs précisément l'aspect holistique du programme qui suscite cet intérêt.

À la longue, le programme trouvera certainement des façons novatrices de s'attaquer aux problèmes découlant de l'agression sexuelle en s'inspirant des traditions culturelles. Le domaine de la détermination de la peine est de toute évidence celui qui devrait évoluer le plus rapidement. Les cercles de consultation de Hollow Water sont un début et non un aboutissement. Le groupe-ressource pense qu'on finira par abandonner carrément le système judiciaire non autochtone, même si cela demandera du temps. Comme il l'a dit dans son rapport sur les cercles de consultation :

²⁷⁴ Ministère de la Justice, Direction de la justice autochtone, «Community Holistic Circle Healing, Hollow Water First Nation Interim Report», Ottawa, sans date, annexe 3, pp. 15-16.

²⁷⁵ Moon, «Native Healing Helps Abusers», cité à la note 264. Burma Bushie, du CHCH, a compilé ces statistiques à son intention (communication personnelle de Peter Moon, avril 1995).

[TRADUCTION] Nous avons constaté que, du moins tant que la collectivité ne sera pas suffisamment forte pour dépasser cette étape, le processus de guérison communautaire a besoin de l'appui du système judiciaire pour obliger les agresseurs à répondre de leurs actes²⁷⁶.

Quiconque se préoccupe de la justice autochtone ou souhaite de l'innovation dans ce domaine aux ramifications complexes, suivra avec intérêt l'évolution du CHCH.

Conclusion

Cet examen de quelques initiatives en cours montre que les collectivités autochtones du Canada savent trouver des solutions très diversifiées. Ces projets ne sont toutefois pas sans traits communs, ce qui nous renseigne sur les facteurs qui interviennent dans ce type d'initiatives. Nous pensons en particulier à cinq aspects : 1) l'aspect communautaire des projets; 2) l'importance d'une bonne préparation; 3) les besoins particuliers sur le plan des ressources lorsqu'on vise la guérison plutôt que la punition; 4) l'inutilité des distinctions artificielles, comme le fait d'être inscrit ou non, pour déterminer les bénéficiaires d'un projet; et 5) les façons dont ces initiatives communautaires peuvent s'intégrer à l'exercice par les nations autochtones de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

1. *L'aspect communautaire des projets*

Le fait que les initiatives que nous avons décrites dans ce chapitre soient de nature communautaire s'explique par des raisons à la fois internes et externes. D'un côté, il semble normal que des programmes qui doivent répondre aux besoins d'une collectivité particulière soient conçus par cette collectivité. De plus, les gouvernements ont apparemment favorisé les initiatives locales au détriment des programmes destinés à plusieurs collectivités autochtones ou d'envergure nationale.

Une des principales conclusions de la Table ronde sur les questions judiciaires organisée par la Commission est la nécessité d'ancrer les projets de justice dans la collectivité. L'honorable Robert Cawsey, juge en chef de la Cour provinciale de l'Alberta, a été très explicite à ce sujet. Le juge Cawsey présidait le Task Force on the Criminal Justice System and its Impacts on the Indian and Metis People of Alberta. Il a déclaré ceci à notre table ronde :

[TRADUCTION] Tout ce qui a jamais marché pour les autochtones est venu d'eux. Je ne crois pas qu'il y ait eu des initiatives imposées d'en haut qui aient donné de bons résultats²⁷⁷.

²⁷⁶ «Community Holistic Circle Healing, Hollow Water First Nation Interim Report», cité à la note 274, p. 16.

²⁷⁷ Le juge R.A. Cawsey dans «A Time For Action», vidéo produit pour la CRPA par Stonehaven Productions, 1993.

C'est une leçon que ne devraient pas oublier ceux qui sont en train de mettre au point de nouvelles initiatives et de nouveaux projets. Ce sont les collectivités elles-mêmes qui connaissent le mieux les questions de justice dont elles souhaitent s'occuper ainsi que la façon dont elles entendent le faire. Il ne peut exister un modèle de justice unique. Toute tentative pour imposer un modèle unique aux nations et aux communautés autochtones est vouée à l'échec. Une telle uniformisation est tout à fait contraire à l'esprit des observations qui nous ont été faites.

Au Manitoba, par exemple, la collectivité de la Première nation de St. Theresa Point a choisi de consacrer ses ressources à la création d'un comité de justice pour les jeunes à Hollow Water, et elle a élaboré un processus global de traitement des cas d'agression sexuelle. Ces deux projets ont donné d'excellents résultats et ont servi de modèle pour des initiatives semblables. Comment pourrait-on affirmer que ces collectivités ont fait un mauvais choix en concentrant leurs efforts sur ces problèmes? Les collectivités vont créer leur propre système de justice de façon progressive, en commençant par les domaines qui leur paraissent les plus importants.

La chose devrait aller de soi, mais il demeure que, bien souvent, les représentants des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux n'en tiennent pas compte. Sans cette liberté, il ne saurait y avoir d'autonomie gouvernementale pour les nations autochtones et leurs collectivités. Il est absurde en effet de parler d'autonomie ou d'autodétermination si l'on ne peut exercer ses droits que d'une certaine façon. Nous avons été impressionnés par la diversité des programmes mis sur pied un peu partout au pays. Ce sont là des pistes à explorer pour les autres nations et collectivités autochtones qui se demandent quelle initiative adopter.

Comme nous l'avons déjà signalé et comme nous le verrons plus en détail dans le chapitre suivant, c'est au niveau de la nation autochtone que peut s'exercer le mieux l'autonomie gouvernementale dans le domaine de la justice. Cela ne veut toutefois pas dire que toutes les collectivités d'une même nation autochtone vont nécessairement créer les mêmes programmes ou exercer leurs pouvoirs de la même façon. La justice est une question qui intéresse très directement la collectivité et il est donc important de confier le plus de pouvoirs possible aux collectivités elles-mêmes.

Le fait de prendre en main un aspect du système judiciaire marque une étape très importante pour une collectivité. Les collectivités sont obligées de vivre quotidiennement avec les conséquences des décisions qu'elles prennent dans le domaine de la justice. Lorsqu'ils participent à des programmes qui visent la guérison, les contrevenants continuent habituellement de vivre dans la collectivité plutôt que d'être emprisonnés au loin pendant de longues périodes. Les collectivités sont donc portées à élaborer leurs programmes avec prudence et à ne pas brûler les étapes, ce qui est de bon augure pour l'avenir de ces initiatives.

2. La nécessité d'une bonne préparation

Si l'on veut que réussissent les projets de justice autochtone, il est essentiel de prévoir une période d'élaboration pour consulter la collectivité et former le personnel.

Tous les programmes de justice autochtone n'ont pas été couronnés de succès et tous ne se sont pas déroulés sans heurts. Comme nous l'avons signalé plus haut dans ce chapitre, on a dû mettre un terme au programme de justice du conseil tribal South Island à la suite de préoccupations concernant son fonctionnement. Il semble que certaines de ces préoccupations aient été attribuables à un manque de consultation et de discussion entre des parties ayant un intérêt vital dans l'élaboration du projet²⁷⁸.

De la même façon, le programme de déjudiciarisation à Attawapiskat, que nous avons décrit dans ce chapitre comme étant le premier du genre au Canada, fait actuellement l'objet d'une réévaluation de la part de la collectivité. D'après une évaluation du projet effectuée par Obonsawin-Irwin Consulting pour le Procureur général provincial, un certain nombre des problèmes sont dus au fait que l'on n'a pas suffisamment consulté les membres de la collectivité au départ. Les types de causes déjudiciarisées et le choix des anciens appelés à faire partie du conseil de déjudiciarisation ont suscité certaines inquiétudes qui ont compromis l'acceptation du projet par la collectivité. De plus, vexés de n'avoir pas été suffisamment consultés, les policiers de la réserve se sont braqués contre les responsables du projet.

En plus du projet d'Attawapiskat, Obonsawin-Irwin a évalué le projet de cercle de consultation de la Première nation de Sandy Lake, toujours pour le compte du Procureur général. À Sandy Lake, les problèmes ont été tels qu'ils ont entraîné l'interruption des services. Après avoir examiné ces deux projets, les consultants ont pris le temps de formuler une série de recommandations sur la façon dont devraient être élaborés les futurs projets de justice communautaire autochtone. D'après une des recommandations clés, l'élaboration de chaque projet devrait comporter une triple démarche : une évaluation des besoins; l'élaboration proprement dite; et une mise en œuvre préliminaire²⁷⁹.

Ni le programme de Sandy Lake ni celui d'Attawapiskat ne prévoyaient une étape distincte d'élaboration de projet. À Toronto, les 11 premiers mois des activités du Conseil communautaire ont été consacrés au développement du projet. L'évaluation du projet du Conseil communautaire renforce les recommandations formulées par Obonsawin-Irwin selon lesquelles tous les projets de justice autochtone devraient prévoir une étape préparatoire dotée d'un financement adéquat. Citons les évaluateurs à ce propos :

[TRADUCTION] Il faut du temps pour obtenir la participation de la collectivité; on l'obtient «lentement mais sûrement». Si l'on ne donne pas aux gens le temps de s'approprier le programme, celui-

²⁷⁸ Clark & Associates, *Building the Bridge*, cité à la note 159.

²⁷⁹ Obonsawin-Irwin Consulting Inc., *Future Aboriginal Community Justice Project Development Needs: An Addendum to the Sandy Lake and Attawapiskat First Nations Justice Pilot Project Evaluation Reports*, Toronto, ministère du Procureur général, juillet 1992, p. 17.

ci risque d'échouer ou, tout au moins, de ne pas représenter les désirs et les objectifs de la collectivité²⁸⁰.

Dans le cas du Conseil communautaire, les évaluateurs ont constaté que l'étape d'élaboration avait joué un rôle clé dans le succès du programme.

D'après l'expérience acquise et les recommandations de diverses études, il semble qu'il faille prévoir une phase d'élaboration de 12 à 18 mois, bien financée, pour toutes les initiatives de justice autochtone. Il serait donc tout à fait irréaliste d'espérer mettre ce genre de projet sur pied en quelques mois. Comme Moyer et Axon l'ont fait remarquer dans leur évaluation du Conseil communautaire, la phase d'élaboration n'est pas un caprice – elle constitue un élément essentiel de tout projet judiciaire :

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'élaborer un nouveau programme, il n'y a pas de raccourci possible. Si cette étape est bien financée, le directeur de projet aura plus de chances de faire du bon travail parce qu'il en aura le temps [...] d'après notre expérience, on met souvent sur pied des programmes novateurs (autochtones ou non autochtones) sans avoir consacré suffisamment d'énergie à l'élaboration et à la mise en œuvre préliminaire, ce qui peut nuire gravement à l'efficacité et à la rentabilité du programme au cours de sa première année de fonctionnement²⁸¹.

L'idée de faire participer la collectivité et de lui confier la maîtrise du programme fait peur à certaines personnes. Une véritable consultation peut s'accompagner d'une perte de pouvoir et de contrôle pour les policiers, les juges, les avocats, les fonctionnaires et les conseillers de bande élus. Il arrive que la crainte de perdre leur contrôle amène les fonctionnaires ou les administrateurs du système judiciaire à s'adresser à des dirigeants communautaires en qui ils ont confiance pour leur confier la responsabilité d'élaborer et de mettre en place un programme de justice. Malgré la bonne volonté possible de ces dirigeants, le procédé donne rarement de bons résultats. Même si les personnes choisies sont respectées par la collectivité, le fait qu'elles ne soient pas expressément mandatées par elle condamne habituellement le programme. Nous l'avons vu, c'est ce qui s'est produit pour un certain nombre d'initiatives en matière de justice autochtone.

Une véritable consultation exige que l'on permette à toutes les personnes concernées par l'élaboration du projet de participer efficacement au processus. Une

²⁸⁰ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», cité à la note 236, pp. 30, 23, 29. Dans une note qui figure dans cette partie de leur rapport, les évaluateurs soulignent que l'importance d'une bonne élaboration a été reconnue dans d'autres projets non autochtones. Les évaluateurs signalent également qu'au cours des consultations communautaires, on n'a jamais présumé que le programme serait mis sur pied. Pour qu'une consultation ait un sens, il faut que toutes les options restent ouvertes, y compris celle d'abandonner le projet.

²⁸¹ Moyer et Axon, «An Implementation Evaluation», pp. 28-30.

consultation qui se résume à une pure formalité et qui laisse de côté des secteurs de la collectivité qui voudraient y participer n'est pas une véritable consultation. En fin de compte, ce genre d'imposture ne donnera rien de bon car un projet de justice autochtone ne peut réussir s'il n'a pas l'appui de la collectivité. Une véritable consultation doit inclure la possibilité d'abandonner le projet.

Les anciens, les sages et les chefs de clan doivent participer au processus de consultation. Ces personnes ne sauraient jouer un rôle accessoire ou purement formel. Les projets qui cherchent à obtenir des résultats différents de ceux du système non autochtone doivent faire appel à la sagesse et aux conseils des gens qui savent comment produire ces résultats. Si l'on veut simplement copier le système non autochtone en lui mettant un visage autochtone, il suffit de s'entourer de gens qui savent comment copier. Les projets de justice autochtone que nous avons examinés et qui ont du succès recherchent autre chose. Et les anciens ont un rôle crucial à jouer dans cette recherche²⁸².

En outre, le processus de consultation doit également rejoindre les oubliés, c'est-à-dire les personnes dont les opinions sont rarement prises en considération lorsqu'on prend des décisions importantes. Dans beaucoup de collectivités autochtones, comme d'ailleurs dans le reste du pays, les femmes et les jeunes comptent souvent parmi les plus marginalisés. Étant donné l'importance que nous attachons à une pleine participation des femmes et des jeunes, nous allons consacrer une section du chapitre suivant à cette question.

À Hallow Water et à Toronto, la collectivité a participé activement à l'élaboration des programmes judiciaires qui sont maintenant en place, et les femmes sont intervenues dans les décisions. Le succès de ces projets montre que l'on ne peut faire de progrès dans le domaine des initiatives judiciaires que si l'on procède à une véritable consultation de la population. Les leaders communautaires ne devraient pas avoir peur de demander aux membres de leur collectivité ce qu'ils veulent. Les notions de consultation et de consensus caractérisent la façon dont les autochtones examinent les questions importantes²⁸³. Il existe peu de questions plus importantes ou plus graves que la prise en main de certains aspects du système judiciaire.

3. Les besoins différents en matière de ressources

La façon dont les sociétés occidentales conçoivent la fonction gouvernementale incite les citoyens à compartimenter les questions qui les touchent dans leur vie quotidienne. Il y a le compartiment de la justice pour ceux qui enfreignent la loi,

²⁸² Nous examinons les problèmes que peut soulever le rôle des anciens dans les projets judiciaires au chapitre suivant, dans le contexte de la protection des femmes et des enfants.

²⁸³ La nécessité d'en arriver à un consensus au sujet des projets judiciaires ne veut pas dire qu'il faut absolument que toutes les décisions soient prises selon cette méthode. Dans certaines collectivités et certaines nations, il arrive que les décisions soient finalement prises à la majorité lorsqu'il s'agit

le compartiment de la santé pour ceux qui sont malades, le compartiment des services sociaux pour ceux qui ont des besoins spéciaux, etc. Avec une telle approche, on est obligé de se demander dans quelle catégorie ranger tel programme, vers quelle catégorie de financement se tourner et qui faire profiter des avantages. Cette fragmentation de l'expérience humaine est tout à fait contraire à la conception holistique des personnes et des problèmes.

Dans le système occidental, la personne qui enfreint la loi tombe dans le compartiment du droit pénal. Le système ne s'intéresse que de façon très accessoire aux raisons qui ont poussé cette personne à agir ainsi. Le système pénal non autochtone est axé sur la punition, dont la forme ultime est l'incarcération. Toutes les personnes qui sont traduites devant les tribunaux ne sont pas envoyées en prison, mais il est incontestable que le système tend à répondre au comportement criminel par la punition plutôt que par la guérison. C'est ce qui explique que le gros des ressources financières destinées aux personnes qui ont été déclarées coupables sont affectées à la construction et à l'entretien des prisons. Les juges qui estiment que l'incarcération n'est pas la mesure indiquée dans un cas donné constatent qu'il leur est très difficile de fixer une autre peine. La plupart du temps, ils en sont réduits à espérer que cette expérience servira de leçon au contrevenant.

Cette démarche est très différente de celle d'un système qui considère la personne dans son intégralité et qui croit davantage à la guérison qu'à la punition. Le passage suivant, tiré d'un rapport présentiel préparé par l'équipe d'évaluation du CHCH dans un dossier de 1989, illustre de façon concise la différence qui existe entre ces deux orientations :

Nous comprenons pourquoi le système extérieur considère la punition comme un instrument de dissuasion et utilise l'incarcération à cette fin. Il y a peu de temps encore, nous étions nous-mêmes d'accord avec cette idée. Mais aujourd'hui, nous voyons les choses différemment. L'incarcération, selon nous, constitue une mesure appropriée dans le seul cas où une personne refuse, ou est incapable, d'assumer la responsabilité de son comportement et, par conséquent, nous croyons que l'incarcération doit être fonction des possibilités de guérison plutôt que de la gravité de l'infraction²⁸⁴.

Lorsqu'elle recherche la guérison plutôt que la punition, la collectivité n'a pas du tout besoin des mêmes ressources. Dans un système axé sur la punition, il faut des prisons, des gardes et des choses de ce genre. Lorsqu'on vise la guérison, on a besoin

de questions particulièrement délicates. Cependant, quelle que soit la façon dont la décision est prise en fin de compte, il est essentiel que toutes les personnes qui risquent d'être touchées par ces initiatives soient véritablement consultées.

²⁸⁴ Lajeunesse, *Processus holistique de réconciliation*, cité à la note 257, annexe B, rapport présentiel n° 2, p. 7.

d'établissements de traitement, de services de counselling, d'anciens et d'un personnel solide. Il est vrai que le fait de comparaître devant ses pairs est un des facteurs qui expliquent le succès du Conseil communautaire de Toronto, mais il ne faudrait pas minimiser l'importance du fait que les membres du Conseil et son personnel peuvent orienter leurs clients vers toute une gamme de services torontois adaptés aux autochtones. À Hollow Water, c'est grâce à l'orientation qu'a choisie le CHCH, à savoir la guérison et le counselling, que les délinquants sexuels peuvent retourner dans la collectivité pour exécuter leur probation, tout en continuant à franchir les 13 étapes de leur cheminement.

Pratiquement tous les projets judiciaires examinés dans le présent chapitre font appel à des ressources, tant professionnelles que bénévoles, axées sur la guérison. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la capacité des programmes judiciaires autochtones d'atteindre leurs objectifs dépend directement de l'existence de programmes communautaires permettant aux contrevenants de commencer le processus de guérison. En l'absence de tels programmes, les initiatives, même inspirées des meilleures intentions, ne sont guère promises au succès²⁸⁵

La façon dont le Conseil communautaire de Toronto traite les cas de violence familiale illustre fort bien cette idée. Le Groupe de travail sur la violence familiale créé pour déterminer les conditions dans lesquelles on pourrait transmettre au Conseil communautaire certaines affaires de violence familiale a conclu que la capacité de fournir des services, en particulier aux contrevenants, était un préalable à la déjudiciarisation de ces affaires. Le groupe a estimé qu'en l'absence de ressources orientées vers la guérison, il fallait pratiquement se contenter d'offrir aux contrevenants ce que fournit déjà le système actuel. Les membres du groupe de travail n'étaient pas très favorables à l'incarcération mais ils ont tous reconnu que, tant qu'il n'y aurait pas d'autres programmes véritablement capables de changer le comportement du contrevenant, le partenaire de celui-ci serait en danger. C'est pourquoi ils ont estimé que, dans ces circonstances, il serait irresponsable de déjudiciariser ce type d'affaire. La déjudiciarisation n'est possible que lorsque les ressources nécessaires sont en place.

4. L'inutilité des distinctions de statut

Il est intéressant de noter que la plupart des initiatives judiciaires communautaires ne font aucune distinction entre les Indiens inscrits, les Indiens non inscrits, les Métis ou les Inuit. La plupart des programmes judiciaires s'adressent à une communauté définie géographiquement. Ainsi, le CHCH dessert quatre collectivités voisines – une collectivité des Premières nations et trois collectivités où résident principalement des Métis. Même dans le Nord, les collectivités préfèrent s'occuper de tous leurs résidents plutôt que de les départager en fonction d'une caractéristique extérieure. Comme nous l'avons vu plus haut, le juge Heino Lilles

²⁸⁵ Pauktuutit, «Setting Standards First», mémoire présenté au National Symposium on Care and Custody of Aboriginal Offenders, organisé par le Service correctionnel du Canada, 1995, pp. 8-10.

du Yukon a demandé à un comité consultatif d'anciens de l'aider à fixer la peine d'un non-autochtone qui vivait dans la collectivité.

Sur le territoire mohawk de Kahnawake, la juridiction du tribunal constitué aux termes de l'article 107 ne se limite pas aux Indiens inscrits qui y résident, mais s'étend à toutes les personnes qui sont dans le ressort du tribunal. Ainsi, toute personne accusée d'une infraction au code de la route sur ce territoire, qu'elle soit autochtone ou non, doit comparaître devant le tribunal de Kahnawake, à moins qu'elle n'ait un motif raisonnable de refuser de pénétrer dans la réserve²⁸⁶.

Il y a des programmes qui s'appliquent non seulement à un territoire donné mais aussi aux membres de la communauté qui vivent à l'extérieur de ce territoire. Le programme de déjudiciarisation de Shubenacadie, par exemple, est offert à tous les résidents de la réserve et à tous les membres de cette collectivité, où qu'ils aient été arrêtés en Nouvelle-Écosse. De la même façon, le règlement sur la protection de l'enfance adopté par la bande des Spallumcheen devait au départ s'appliquer à tous les enfants de la réserve ainsi qu'à tous les membres de la Première nation vivant hors réserve.

À Toronto, le fait de vivre dans cette ville ne donne pas automatiquement le droit de participer au programme du Conseil communautaire. Il faut utiliser certains critères pour distinguer les autochtones des non-autochtones. Rappelons cependant que le programme n'établit aucune distinction entre les différents groupes d'autochtones. En fait, la plupart du temps, il suffit que la personne concernée s'identifie comme autochtone pour qu'elle puisse participer au programme. Au cours du processus de modification de l'entente relative aux cas de violence familiale (décrit plus haut), le Groupe de travail sur la violence familiale a proposé que le programme soit offert à toutes les familles autochtones. L'entente définit la famille de la façon suivante :

[TRADUCTION] Aux fins du présent protocole, le terme «famille» comprend les personnes vivant en union de fait et les couples homosexuels. Aux fins de ce protocole, le terme «famille» comprend également la famille autochtone traditionnelle et les arrangements claniques.

Sous réserve des autres dispositions du présent protocole, tous les membres d'une unité familiale qui s'identifie comme une famille autochtone peuvent relever du Conseil communautaire. En fin de compte, ce sont les Services juridiques autochtones de Toronto (ALST) qui déterminent si une famille est autochtone ou non²⁸⁷.

²⁸⁶ Voir *Guy Farcrau c. Cour de Kahnawake*, cité à la note 149, et le texte qui l'accompagne.

²⁸⁷ Groupe de travail sur la violence familiale, «Proposed Protocol on the Diversion of Cases of Family Violence to Aboriginal Legal Services of Toronto's Community Council Program», Toronto, Aboriginal Legal Services of Toronto, 1994, p. 1.

Le groupe de travail n'a pas jugé bon de limiter la participation au programme aux seuls contrevenants autochtones parce que cela écarterait du programme les familles dont la victime est autochtone mais où le contrevenant ne l'est pas. Il n'a vu aucune raison de refuser de s'occuper des femmes autochtones vivant avec des hommes non autochtones dans un ménage s'identifiant comme autochtone.

Ces principes qui, d'une façon générale, ne font pas appel au statut personnel comme critère d'admission mais plutôt à des critères géographiques ou à l'auto-identification, sont ceux d'une philosophie raffinée. Cependant, la population cible des initiatives judiciaires autochtones n'est pas uniquement déterminée par les responsables de ces programmes. Les lois applicables et les négociations entrent aussi en ligne de compte. C'est pourquoi le règlement sur la protection de l'enfance des Spallumcheen s'applique uniquement aux membres de la Première nation qui vivent dans la réserve, et il n'est pas toujours aisé de faire respecter les décisions des tribunaux de l'article 107. Cette question essentielle de la compétence sera examinée plus en détail dans le chapitre suivant.

5. Vers la création de systèmes de justice autochtone distincts

Les systèmes de justice autochtone distincts seront mis en place progressivement. En fait, nous parlons souvent dans ce rapport d'une période de transition au cours de laquelle des programmes toujours mieux adaptés à la culture autochtone vont remplacer ceux du système judiciaire non autochtone. La plupart des initiatives que nous avons examinées dans ce chapitre peuvent contribuer grandement à la modification du système actuel comme à l'élaboration de systèmes de justice autochtone distincts. Pour atteindre ce dernier objectif, il va toutefois falloir que ces initiatives et d'autres du même genre s'affranchissent du carcan fédéral-provincial et qu'elles soient reconnues comme une concrétisation du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Sans une telle reconnaissance, les initiatives en question vont demeurer des exemples isolés; si louables soient-elles, elles n'arriveront pas à s'épanouir pleinement.

Lorsque ce droit aura été reconnu aux autochtones, on pourra penser à l'exercer. Au départ, la plupart des nations et collectivités autochtones vont continuer à utiliser les structures judiciaires en place. La différence est que, ce faisant, elles exerceront leur droit à l'autodétermination. Progressivement, à mesure que les nations autochtones vont se pencher sur les problèmes de justice, elles vont se doter des systèmes appropriés et exercer leurs pouvoirs législatifs. Il est certes important de souligner que l'autodétermination dans le domaine de la justice comprend nécessairement le droit qu'ont les nations autochtones de façonner le système judiciaire à leur image, mais il faut reconnaître que ces nations ne seront pas en mesure de remplacer toutes les institutions en place du jour au lendemain. Mais il n'y a pas lieu de s'inquiéter. D'une part, la justice n'est pas le seul domaine auquel les autochtones vont devoir s'intéresser. L'autonomie gouvernementale comprend de nombreuses facettes, et ce sera à chaque nation et collectivité autochtone de décider dans quel ordre procéder. D'autre part, comme nous l'avons

signalé à plusieurs reprises dans ce chapitre, la mise en place d'un système de justice est une opération qui demande du temps. Même les initiatives apparemment modestes doivent faire l'objet d'un examen approfondi de la part des membres de la collectivité. La prise en charge de nouvelles responsabilités dans le domaine de la justice est une décision importante qui peut avoir de grandes répercussions dans la collectivité. C'est pourquoi il convient d'avancer prudemment.

Cela veut dire en pratique que, pendant un certain temps – probablement quelques années ou quelques décennies –, les nations autochtones ne seront pas en mesure de remplacer toutes les institutions du système de justice non autochtone par des institutions adaptées à leur culture. En fait, il est possible que certaines nations et collectivités autochtones préfèrent conserver le système actuel pendant une période indéterminée et consacrer leurs énergies à autre chose. Quoi qu'il en soit, on peut penser que certains aspects du système judiciaire non autochtone, voire un grand nombre d'entre eux, vont demeurer en place au cours de cette étape de transition et de développement des systèmes de justice autochtone.

Dans certaines collectivités, les services de police seront encore fournis par la GRC ou par un corps policier municipal. Ailleurs, cela voudra dire que certaines affaires seront jugées par des tribunaux non autochtones, assistés peut-être par des cercles de consultation ou des conseils d'anciens, alors que d'autres seront réglées exclusivement par des organismes autochtones. Il n'est pas nécessaire, au cours de cette période de transition, de tracer une ligne de démarcation très nette entre les systèmes de justice autochtone et le système non autochtone – il est non seulement possible mais souhaitable qu'il y ait des chevauchements.

4

Un cadre conceptuel et constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone

 La Commission considère que la nouvelle relation entre les peuples autochtones et les autres Canadiens doit être fondée sur la reconnaissance du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Nous avons conclu que ce droit inhérent est reconnu et confirmé dans l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il sert de fondement à l'instauration de gouvernements autochtones constituant l'un des trois ordres de gouvernement du Canada. Nous consacrons un chapitre entier de notre rapport final aux conséquences de cette conclusion et à la manière dont l'autonomie gouvernementale des autochtones pourrait s'intégrer au régime fédéral canadien.

Dans le présent rapport nous considérons que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale englobe le droit des nations autochtones d'établir et d'administrer leurs propres systèmes de justice, y compris le pouvoir de légiférer sur leur propre territoire. La Commission estime que les autorités fédérales, provinciales et territoriales devraient élaborer et mettre en œuvre une politique dans le domaine de la justice, fondée sur le droit des nations autochtones d'établir et d'administrer leurs propres systèmes de justice, incluant le pouvoir de promulguer des lois, sur leur propre territoire.

L'établissement d'un système de justice est un droit inhérent de chaque nation autochtone. Cela n'interdit pas aux collectivités autochtones de cette nation de participer à l'exercice de ce pouvoir. Il appartiendra aux membres de chaque nation autochtone de déterminer la nature et la forme de leur système de justice et la répartition des responsabilités au sein de la nation.

Dans le présent chapitre nous examinons les questions les plus importantes soulevées par ces conclusions et nous nous efforçons de traiter les principaux problèmes et défis que posent la création et la mise en œuvre de systèmes de justice autochtone.

Pour commencer, nous décrivons ce à quoi ces systèmes pourraient ressembler, sans d'ailleurs déterminer ou circonscrire arbitrairement la forme qu'ils prendront. Dans cette description nous examinons l'expérience du système de tribunaux tribaux aux États-Unis, d'une part parce que c'est lui qui a le plus retenu l'attention des observateurs canadiens et qui leur a inspiré le plus d'études, d'autre part parce que cette expérience tirée du passé et du présent américains est très instructive pour l'élaboration de systèmes de justice autochtone au Canada. L'expérience américaine jette également de la lumière sur l'une des questions les plus épineuses qui se posent au Canada, celle des compétences. Qui sera assujéti à un tel système, dans quels cas et dans quels territoires?

Nous verrons également comment les systèmes de justice autochtone peuvent s'intégrer aux aménagements constitutionnels existants. Y a-t-il place pour ces systèmes dans la *Loi constitutionnelle de 1867* qui répartit actuellement les compétences législatives dans le domaine de la justice entre les gouvernements fédéral et provinciaux? Quel est l'effet des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en particulier les articles 25 et 35 concernant la reconnaissance, la confirmation et la protection des droits ancestraux ou issus de traités? Faudra-t-il modifier la Constitution pour donner les fondements nécessaires aux systèmes de justice autochtone? Dans notre examen des arrangements constitutionnels nous verrons si l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale autorise les autochtones à adopter un droit pénal qui leur est propre. Cela soulève la question du rôle du *Code criminel* et celle de savoir si son existence exclut la possibilité pour les autochtones de légiférer dans le domaine de la justice pénale.

La même question se pose en ce qui concerne la *Charte canadienne des droits et libertés*. S'applique-t-elle aux gouvernements autochtones et aux systèmes de justice autochtone? Cette question intéresse particulièrement les organisations de femmes autochtones, qui ont fait valoir que la légitimité d'une justice autochtone sera compromise si elle ne garantit pas la protection des groupes et des personnes vulnérables, en particulier tous ceux qui, dans un passé récent, ont été exclus du processus décisionnel. Ce n'est d'ailleurs pas la seule difficulté à laquelle se heurtera un système de justice autochtone, quel qu'il soit, pour asseoir sa légitimité. Si ses décisions ne sont pas considérées par ceux qu'elles touchent comme justes et comme n'étant pas l'expression d'un pouvoir abusif et arbitraire, elles ne permettront jamais d'inclure les autochtones dans le cercle de la justice. La Charte canadienne est-elle capable de remplir cette fonction, ou des chartes autochtones adoptées par les gouvernements autochtones concorderaient-elles mieux avec le droit à l'autonomie gouvernementale et avec le recours à des méthodes appropriées sur le plan culturel pour protéger les droits fondamentaux de la personne?

Pour qu'un système de justice autochtone assure la protection des femmes et des enfants, il ne suffit pas de déterminer si la Charte canadienne s'applique à la justice autochtone; conscients de l'importance de cette question, nous lui avons réservé une section distincte dans le présent chapitre.

Un système de justice complet permet non seulement de résoudre les questions de fait et de droit au stade du procès, mais il offre également aux parties mécontentes la possibilité d'interjeter appel des décisions. Quels types de structures d'appel conviennent aux systèmes de justice autochtone? Y a-t-il un rôle à jouer pour une cour d'appel autochtone pancanadienne? Que devrait-être le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'examen des décisions des systèmes de justice autochtone?

Pour terminer, nous examinons le fonctionnement des systèmes de justice autochtone dans les centres urbains. Les autochtones citadins peuvent-ils aussi avoir accès à ces systèmes, et dans ce cas, de quelle façon ceux-ci se distingueraient-ils des systèmes existant dans d'autres régions du pays?

Toutes ces questions sont très importantes et une mise en garde s'impose. **Il ne faut pas considérer le présent chapitre comme une esquisse de réponse à toutes les questions qui devront être un jour résolues. Notre intention est plutôt de proposer un cadre général pour élaborer plus complètement les systèmes de justice autochtone que ne le permettent les initiatives actuelles dans ce domaine, qui ont un caractère ponctuel et une portée limitée.** Souvent, les responsables de ces initiatives recommencent les mêmes combats contre les différents ordres de gouvernement, avec des résultats divers et, ce qui nuit à leur efficacité, presque toujours avec des budgets limités et un état d'esprit caractéristique des projets pilotes. Nous espérons donc que le cadre général présenté ici permettra de donner des bases plus solides aux nations autochtones qui voudront exercer leur droit à l'autodétermination dans le domaine de la justice.

Les systèmes de justice autochtone : un retour au futur

Une grande partie des ouvrages canadiens consacrés aux systèmes de justice autochtone sont axés sur la création de tribunaux autochtones, considérés comme l'âme de ces systèmes. L'accent mis sur de telles structures s'explique par le fait que, dans la justice pénale du Canada, ce sont les activités des tribunaux qui sont la préoccupation dominante des médias, du public et des spécialistes. Pourtant, une part beaucoup plus importante des fonds publics est consacrée au maintien de l'ordre, à la prévention du crime et aux activités correctionnelles qu'aux tribunaux²⁸⁸. L'opinion que le public se fait de la justice criminelle est déterminée dans une large

²⁸⁸ *Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 2, p. 1, citant des chiffres fournis par Statistique Canada, signale que les coûts des activités policières sont environ le triple de ceux du secteur correctionnel et sont sept ou huit fois plus élevés que ceux des tribunaux.

mesure par ce qui se passe au tribunal. Bien que la mise en place de services de police communautaire montre que l'on accorde maintenant une plus grande importance à la prévention du crime, la police continue de consacrer une grande partie de ses efforts aux personnes à traduire devant les tribunaux. De la même manière, c'est le tribunal qui, en déterminant la culpabilité du prévenu et en lui imposant une peine, enclenche l'intervention des services correctionnels. Le public considère donc que sur les plans institutionnel, fonctionnel et symbolique, les tribunaux sont au centre du système.

Comme nous l'avons indiqué précédemment dans ce présent rapport, les sociétés autochtones du Canada n'ont pas d'institutions professionnalisées d'administration de la justice comparables à des tribunaux, leurs conceptions de la justice n'étant d'ailleurs pas fondées sur la nécessité d'un lien entre le crime et le châtement. Lorsque nous considérons la forme que des systèmes contemporains de justice autochtone pourraient prendre, nous ne devons donc pas présupposer que des tribunaux autochtones en seront la pièce maîtresse. En revanche, comme les sociétés autochtones ont évolué en réaction aux énormes problèmes que créent la criminalité et les situations sociales dysfonctionnelles, le tribunal ou une institution de ce type aurait indiscutablement un rôle à jouer dans un système de justice autochtone contemporain. Cela ne signifie pas que ce tribunal doit être calqué sur les autres tribunaux canadiens ni agir comme eux. En examinant les processus judiciaires autochtones qui peuvent être mis en œuvre avec ou sans tribunaux, **nous tenons encore une fois à souligner le fait que nous ne prétendons pas offrir des réponses définitives ou favoriser des modèles en particulier, mais nous voulons montrer qu'il y a des méthodes viables d'expression des droits constitutionnels et de la justice contemporaine sous des formes autochtones pratiques.**

Les tribunaux tribaux aux États-Unis : hier et aujourd'hui

Beaucoup d'organisations et de collectivités autochtones, des analystes des milieux juridiques et universitaires et plusieurs commissions et enquêtes judiciaires ont ressenti l'attrait exercé par l'expérience des tribunaux tribaux aux États-Unis. Notre Commission l'a également éprouvé, et en 1992 ses membres ont eu l'honneur d'être les hôtes de la nation navajo, des Apaches Mescaleros et des Pueblos de Zuñi et de Santo Domingo pour visiter leurs tribunaux tribaux. Il est facile de comprendre pourquoi l'expérience américaine a suscité tant d'intérêt au Canada. Les gouvernements tribaux américains sont très fiers de leurs tribunaux, qui sont pour eux le symbole contemporain de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. De nombreuses nations autochtones canadiennes ont des liens historiques et familiaux étroits avec les tribus américaines, liens que le 49^e parallèle n'a pas rompus. Un examen de l'expérience des tribunaux tribaux aux États-Unis est important pour notre Commission car il apporte des éclaircissements importants sur les questions relatives au droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale, sur les injustices dont les autochtones des États-Unis et du Canada ont souffert dans

le passé, et sur l'exercice contemporain de l'autonomie gouvernementale dans le domaine de la justice. En outre, l'expérience américaine offre d'utiles leçons, de nature tant positive que négative, dont nous pouvons tirer profit au Canada.

Le système judiciaire tribal aux États-Unis remonte aux premières décisions prises par la Cour suprême américaine au cours de la première moitié du XIX^e siècle. Dans ces décisions, le juge en chef John Marshall, s'appuyant sur les pratiques britanniques des XVII^e et XVIII^e siècles, se livrait à une réflexion sur les relations issues de traités entre les nations indiennes et la Couronne – sujet que nous avons abordé dans *Partenaires au sein de la Confédération*²⁸⁹. Ces décisions affirmaient le principe selon lequel les nations indiennes des États-Unis, tout en ayant cessé d'être des nations étrangères totalement souveraines, conservaient leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. En 1832, dans *Worcester c. Georgia*, la Cour suprême a abrogé une série de lois adoptées par l'État de Georgie qui auraient eu pour effet d'annuler la constitution et les lois coutumières de la nation cherokee, et de confisquer son territoire. Toutes ces lois enfreignaient un traité conclu entre la nation cherokee et les États-Unis. Le juge en chef Marshall s'appuyait sur le droit international et les pratiques coloniales pour déclarer :

[TRADUCTION] Un des principes fondamentaux du droit des nations est que lorsqu'une nation est faible, elle ne renonce pas à son indépendance – son droit à l'autonomie gouvernementale – en s'associant à une plus grande puissance et en acceptant sa protection [...] Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des entités politiques distinctes et indépendantes qui conservaient leurs droits naturels ancestraux à titre de propriétaires incontestés du sol, de temps immémorial [...] Le terme même de «nation», qui leur est si généralement appliqué, signifie «peuple distinct des autres». Les mots «traité» et «nations», qui appartiennent à notre langue, ont été choisis par nous pour être utilisés dans le domaine diplomatique et législatif car chacun a un sens précis et bien compris de tous. Nous avons appliqué ces termes aux Indiens, comme nous l'avons fait aux autres nations de la terre. Ils conservent toujours le même sens²⁹⁰.

Le principe du maintien de la souveraineté des Indiens demeure important dans le règlement contemporain des questions relatives à la compétence des tribunaux tribaux indiens (question que nous examinerons plus en détail dans la suite de ce chapitre), mais il convient aussi de noter que certains des faits qui sous-tendent *Worcester c. Georgia* ont une importance qui n'est pas simplement historique. Au cours des quelque trente premières années du XIX^e siècle, la nation cherokee a connu

²⁸⁹ Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 8, chapitre 1, «Le statut originel des peuples autochtones», pp. 13-19.

²⁹⁰ *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, 1832, pp. 559-561.

ce qu'un historien américain a appelé une période de renaissance pendant laquelle elle s'est efforcée de s'adapter à une baisse considérable de sa population, à la cession de vastes portions de ses terres ancestrales et à des changements radicaux de sa vie socio-économique. Adaptant ses formes traditionnelles de fonction gouvernementale à la situation nouvelle, elle a créé une législature bicamérale, des cours de district, une cour supérieure et un système électoral. Dans les années 1820, la nation cherokee a promulgué plusieurs lois nouvelles s'appliquant à tous les domaines de la vie économique et sociale. Bien que son système gouvernemental et ses lois fussent inspirés du système politique américain et des principes de la jurisprudence anglo-américaine, beaucoup de ces lois intégraient des éléments du droit coutumier cherokee afin d'essayer de fusionner des traditions juridiques différentes. En 1827 la nation cherokee a adopté une constitution écrite établissant sa souveraineté nationale. Il est intéressant de noter que cette constitution comprenait une charte des droits garantissant le procès devant jury et l'application régulière de la loi²⁹¹.

Si nous donnons cet exemple historique puisé chez les Cherokee, ce n'est pas parce que la superposition d'un système occidental de fonction gouvernementale et de justice au droit coutumier est nécessairement le modèle à retenir pour les autochtones canadiens, mais parce que c'est un exemple frappant de la manière dont une nation autochtone, aux prises avec de profonds changements socio-économiques et un bouleversement de son mode de vie traditionnel, a réussi à prendre un nouvel élan et à donner une forme moderne à un système de gestion gouvernementale et à l'administration de la justice.

Malgré l'affirmation, sur le plan juridique, de son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et à la protection de son territoire contre toute ingérence de l'État, la nation cherokee n'a pas été autorisée à demeurer sur son territoire sous la protection de ses lois et de sa constitution. Au cours d'un des épisodes les plus sombres de l'histoire américaine, elle a été expulsée de son territoire à l'ouest du Mississippi, et 4 500 Cherokee sont morts sur la tristement célèbre «piste des larmes».

Aux États-Unis comme au Canada, la politique à l'égard des Indiens a subi des changements profonds à la fin du XIX^e siècle, sous la pression de l'expansionnisme économique et du darwinisme social. De même, la doctrine de l'autorité inhérente de la tribu a subi une transformation à la suite de laquelle les tribunaux ont reconnu le principe de la pleine autorité du gouvernement fédéral sur les tribus. C'est au cours de cette dure période dominée par les politiques d'assimilation que les premiers tribunaux tribaux ont été établis, en 1883. Voici comment on a décrit leur origine et leurs débuts :

[TRADUCTION] Loin d'être un instrument d'autodétermination pour les Indiens, ils étaient considérés comme un instrument

²⁹¹ William G. McLoughlin, *Cherokee Renaissance in the New Republic*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1986, pp. 284, 397-399.

d'assimilation culturelle. L'établissement de ces tribunaux faisait partie de l'effort concerté pour mettre hors la loi les institutions culturelles traditionnelles, éliminer la polygamie, affaiblir l'influence des guérisseurs, promouvoir l'ordre public, civiliser les Indiens et leur apprendre à respecter la propriété privée en fractionnant les terres tribales en lots individuels. À l'origine, l'intention était de créer un tribunal des délits indiens pour chaque gouvernement tribal. En fin de compte, sur les instructions du commissaire aux affaires indiennes, ces tribunaux furent créés dans deux tiers environ des agences indiennes. Chacun était présidé par l'agent indien local, qui appliquait la loi définie dans un code criminel et civil simplifié, rédigé par le commissaire. On ne tenait aucun compte du droit coutumier ou on en interdisait purement et simplement l'application car il représentait un mode de vie que la cour visait à détruire²⁹².

Bien qu'un certain nombre de tribunaux des délits indiens fonctionnent encore aujourd'hui, leur nombre a diminué et la grande majorité de ceux qui demeurent remontent à une époque différente de la politique américaine à l'égard des Indiens²⁹³. En 1934 le Congrès a adopté l'*Indian Reorganization Act*, parfois appelée «Indian New Deal²⁹⁴». Cette loi mettait fin à une période de 50 ans qui avait été désastreuse pour les tribus américaines, dont la plus grande partie du territoire avait été aliéné à la suite de son fractionnement en lots privés. Elle rendait également en partie aux gouvernements tribaux le contrôle sur leur vie économique et sociale. Elle donnait certains pouvoirs aux tribus indiennes : promulguer leurs propres constitutions tribales; établir des gouvernements tribaux; définir les conditions d'appartenance; promulguer des lois régissant les affaires internes, y compris l'ordre public. Elle établissait aussi la possibilité de créer des tribunaux tribaux dans le cadre de la constitution tribale ou du code tribal de l'ordre public.

De nombreuses tribus se sont prévaluées de cette loi pour créer des tribunaux tribaux. Les auteurs du rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, qui contient une étude assez approfondie du système judiciaire tribal, faisaient observer qu'environ 108 tribus ont des tribunaux établis en vertu de constitutions

²⁹² *Locking Up Natives in Canada*, cité à la note 37, p. 225. Voir aussi Bradford W. Morse, *Indian Tribal Courts in the United States: A Model for Canada?*, Saskatoon, Native Law Centre, Université de la Saskatchewan, 1980; R. Hemmingson, «Jurisdiction of Future Tribal Courts in Canada: Learning from the American Experience» (1989) 2 *Canadian Native Law Report*, p. 1; Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 273.

²⁹³ Pour un examen plus détaillé des liens entre l'autonomie gouvernementale autochtone et les lois et les politiques fédérales des États-Unis, voir Russell Lawrence Barsh, «L'autonomie gouvernementale des autochtones aux États-Unis», étude réalisée pour la CRPA, 1993.

²⁹⁴ Loi du 18 juin 1934, Public Law No. 73-383, c. 576, 48 Stat. 984.

tribales ou des tribunaux judiciaires tribaux établis en vertu de l'*Indian Reorganization Act*, et que leur nombre a considérablement augmenté ces dernières années²⁹⁵.

L'*Indian Reorganization Act* ne représentait cependant qu'une mesure limitée en faveur de l'autonomie gouvernementale des tribus. Sans doute autorisait-elle la création de constitutions, de gouvernements, de codes tribaux de l'ordre public, mais le modèle prévu pour ces institutions et ces codes était d'inspiration non autochtone. Le Bureau of Indian Affairs a conservé son attitude interventionniste à l'égard des affaires tribales et, en 1935, il a révisé le code des tribunaux des délits indiens, qui a, dans une large mesure, servi de modèle aux tribunaux tribaux établis en vertu de l'*Indian Reorganization Act*. C'était un modèle fondé sur les codes des juges de paix des États et il accordait essentiellement aux tribunaux tribaux des pouvoirs en matière de délits criminels mineurs (en termes canadiens, des pouvoirs en matière d'infractions punissables par procédure sommaire).

Outre les tribunaux des délits indiens et les autres tribunaux établis en vertu de l'*Indian Reorganization Act*, il existait un troisième type de tribunal tribal, appelé tribunal traditionnel, utilisé surtout chez les Indiens pueblos du Sud-Ouest. Le fonctionnement de ce tribunal est soumis aux pouvoirs inhérents de la tribu, sous réserve de certaines lois fédérales. Le tribunal applique le droit coutumier tribal complété par des lois tribales spécifiques. On a consacré peu d'études à ce type de tribunal.

Il convient de mettre en place deux autres éléments pour compléter le tableau historique et législatif avant d'examiner le système de tribunaux tribaux plus en détail. Le premier concerne la nette réduction des pouvoirs de ces tribunaux par la *Major Crimes Act* de 1885, qui réserve l'instruction de sept (puis quatorze) types de causes à une cour fédérale²⁹⁶. Le meurtre, l'homicide, le viol et les infractions relatives aux stupéfiants en font partie.

L'*Indian Civil Rights Act* de 1968 est la seconde loi fédérale qui empiète sur la compétence des tribunaux tribaux²⁹⁷. Elle impose deux types de restrictions au fonctionnement de ces tribunaux. En ce qui concerne les sanctions qu'ils peuvent utiliser dans les affaires criminelles, la loi leur interdit d'imposer des peines supérieures à une amende de 5 000 \$ ou à une année de prison ou les deux. Ce qui est peut-être encore plus important, l'*Indian Civil Rights Act* étend la protection du *Bill of Rights* américain aux affaires instruites par les tribunaux tribaux. Dans *Talton c. Mayes*, la Cour suprême a déclaré que comme les gouvernements tribaux préexistaient largement la rédaction de la Constitution américaine, les droits individuels prévus dans ce document ne pouvaient pas être accordés aux membres des tribus indiennes vivant dans des réserves²⁹⁸. La Loi de 1968 a redressé la situation en accor-

²⁹⁵ Rapport de l'AJLM, cité à la note 2, volume 1, p. 275.

²⁹⁶ Loi du 3 mars 1885, c. 341, 23 Stat. 362.

²⁹⁷ Loi du 11 avril 1968, 82 Stat. 73.

²⁹⁸ *Talton c. Mayes* (1896), 163 U.S. 376 (Cour suprême des États-Unis).

dant aux habitants des réserves la liberté de parole, la liberté de presse, et les autres libertés démocratiques figurant dans le *Bill of Rights*. La Loi étendait également les dispositions du *Bill of Rights* au droit pénal, notamment les garanties d'équité procédurale telles que le droit à un procès rapide, la protection contre l'auto-incrimination et le droit d'être représenté par un avocat. Nous reviendrons sur l'à-propos de limiter la compétence de ces tribunaux à certains domaines et d'appliquer les garanties procédurales du système non autochtone à un système de justice autochtone²⁹⁹.

Les tribunaux tribaux établis en vertu de l'*Indian Reorganization Act*, qui fonctionnent conformément au droit tribal et aux codes tribaux de l'ordre public, sont le principal moyen utilisé par les gouvernements indiens des États-Unis pour exercer leur autorité dans le domaine de la justice. C'est donc le système le plus intéressant comme modèle possible pour le Canada.

Tous ceux qui ont étudié les tribunaux tribaux prévus par l'*Indian Reorganization Act* notent qu'à l'exception de leur personnel, il n'y a rien qui soit exclusivement indien dans leur composition ou dans les codes tribaux qu'ils appliquent et administrent. Leurs procédures pénales sont inspirées du modèle des États et du modèle fédéral, avec en plus les protections offertes par le *Bill of Rights*, et leurs codes tribaux sont calqués sur les codes criminels américains. Les difficultés créées par l'imposition de lois et de codes de l'ordre public et par l'observation de procédures non autochtones ressortent dans plusieurs analyses. Voici ce que déclarent les responsables de l'American Indian Lawyer Training Program dans le rapport *Justice in Indian Country*:

[TRADUCTION] Les tribunaux tribaux se trouvent aujourd'hui face à une tâche monumentale. Ils doivent se conformer aux mandats imposés par le gouvernement fédéral tout en conservant le caractère particulier et la pertinence culturelle qui en font des «tribunaux tribaux» et pas simplement des instruments du gouvernement fédéral utilisés par des Indiens en pays indien. L'atteinte de ces objectifs dépend, dans une large mesure, d'un financement suffisant et de programmes de formation appropriés et accessibles partout. En outre, les tribus doivent veiller à la séparation des pouvoirs dans les tribunaux qui ne sont ni traditionnels ni coutumiers, afin d'assurer l'équité procédurale, l'équité fondamentale, la stabilité et la crédibilité. Par ailleurs, il est indispensable que les tribus exigent que l'on reconnaisse les jugements des tribunaux tri-

²⁹⁹ Une troisième loi a eu un effet marqué sur la compétence des tribunaux tribaux, effet qui a été renforcé depuis par l'*Indian Civil Rights Act*. En 1953 le Congrès des États-Unis a promulgué la *Public Law 280* (Loi du 15 août 1953, c. 505, 67 Stat. 588). Cette loi traduisait la volonté du Congrès de mettre fin à la responsabilité fédérale à l'égard des Indiens en la transférant aux gouvernements des États. Dans les États auxquels cette loi s'appliquait, la plupart des tribunaux tribaux ont alors disparu à cause de la préséance juridictionnelle des tribunaux de ces États. La loi a été vivement

baux et que les autres entités gouvernementales, à l'intérieur comme à l'extérieur de la tribu, les acceptent³⁰⁰.

Un avocat australien qui a travaillé dans un des tribunaux tribaux des États-Unis a fait des commentaires sur les compromis que ces tribunaux ont été obligés de faire pour pouvoir exercer une certaine souveraineté tribale :

[TRADUCTION] À mon avis, l'existence de tribunaux tribaux qui fonctionnent conformément à un droit et à un code de procédures écrits, se justifie par le fait qu'ils sont une des manifestations visibles de la souveraineté de la tribu. En général, ni les procédures ni le droit substantiel n'ont le moindre rapport avec le droit indien traditionnel. La tentative actuelle vise surtout à donner plus de rigueur aux procédures grâce à une formation appropriée, afin d'assurer l'équité procédurale. Cette expression est utilisée dans sa pleine acception anglo-saxonne. J'estime que beaucoup de juges et de personnes qui jouent un rôle dans le gouvernement tribal savent que l'équité procédurale ne correspond pas nécessairement à la façon indienne de procéder mais que, en particulier après l'adoption de l'*Indian Civil Rights Act*, elle est considérée comme une autre valeur imposée (pas nécessairement bonne), qui doit être respectée si l'on veut conserver le droit de gérer ses propres affaires³⁰¹.

Lorsqu'on évalue l'expérience américaine, il importe de comprendre que les tribunaux tribaux ne sont pas simplement une création figée de la législation fédérale mais qu'ils appartiennent à un système dynamique. L'effort en faveur de plus larges possibilités d'autodétermination pour les tribus, qui est maintenant une pierre angulaire de la politique fédérale américaine à l'égard des Indiens, a influé sur le fonctionnement des tribunaux tribaux. Pouvant compter sur de plus grandes compétences juridiques, qu'elles trouvent d'ailleurs souvent chez leurs propres membres, les tribus ont réorganisé leurs codes tribaux, dont beaucoup autorisent maintenant expressément l'intégration du droit coutumier. De nombreuses critiques portées contre les tribunaux tribaux, par exemple le manque de locaux adéquats ou de personnel de soutien, sont uniquement dues à l'insuffisance des ressources fournies pour soutenir les institutions tribales importantes.

James Zion, conseiller des tribunaux de la nation navajo, a une connaissance étendue de nombreux systèmes judiciaires tribaux et connaît en outre fort bien ce qui

critiquée, en particulier compte tenu de l'adoption d'une autre politique favorable à l'autodétermination des Indiens, et lorsque l'*Indian Civil Rights Act* de 1968 a été adoptée, les gouvernements tribaux ont recouvré la compétence qu'ils avaient perdue.

³⁰⁰ *Justice in Indian Country*, Oakland, American Indian Lawyers Training Program Inc., 1980, p. 54.

³⁰¹ P. Ditton, mémoire à l'Australian Law Reform Commission, cité dans *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, rapport n° 31, volume 2, 1986, p. 64.

se passe au Canada. Dans son mémoire pour la Table ronde sur les questions judiciaires de la Commission, il nous a avertis que pour bien comprendre le système judiciaire tribal des États-Unis, une simple description de leur fonctionnement par des observateurs de l'extérieur n'est pas suffisante :

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 procédures 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 [...] 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 [...] 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 initiés³⁰².

³⁰² J.W. Zion, « Reprendre la justice en main : Perspectives des Indiens des États-Unis » dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, pp. 320-321 (sans les notes).

Le système judiciaire navajo offre un bon exemple du processus d'adaptation des institutions juridiques aux valeurs culturelles :

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 [avec le Bill of Rights américain et les principes américains en matière de droits civils] 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)³⁰³.

Le système judiciaire tribal navajo est le plus important et le plus complexe de son genre, ce qui s'explique en partie par la taille de la nation navajo elle-même. Celle-ci couvre un territoire plus vaste que certains États américains (et provinces canadiennes); elle a une population de près de 200 000 personnes et son budget de justice tribale s'élève à des millions de dollars. Le système judiciaire navajo traite plus de 40 000 dossiers par an³⁰⁴. Les décisions écrites de la Cour suprême navajo et de nombreuses cours de district navajos sont publiées dans des recueils vendus dans le commerce. Il y a une association du barreau navajo qui fixe ses propres critères d'admissibilité comportant notamment l'obligation de connaître le droit navajo. Cette association tient également une conférence annuelle sur le droit navajo au cours de laquelle elle étudie les propositions de réforme et tout ce qui, dans l'évolution du droit fédéral, a des répercussions sur les Amérindiens³⁰⁵.

³⁰³ Zion, «Reprendre la justice en main», p. 323.

³⁰⁴ Selon les statistiques fournies par la Navajo Nation Judicial Branch pour l'année financière 1993-1994 (*Navajo Nation Court Statistics, 1993-95*), 40 114 dossiers ont été clos; 52 % étaient des infractions au code de la route, 37 %, des affaires criminelles, et 12 %, des affaires civiles. En 1994-1995, 41 283 dossiers ont été clos.

³⁰⁵ Robert Yazzie, «La justice chez les Navajos: d'hier à aujourd'hui» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 421.

Le degré de raffinement auquel la nation navajo est parvenue dans son système de justice peut se vérifier à d'autres égards. La *Peacemaker Court* a été un des jalons les plus importants dans l'évolution de ce système. L'origine et les raisons de sa création sont énoncées dans la préface au manuel de la *Peacemaker Court* :

[TRADUCTION] Le 23 avril 1982, les juges de la nation navajo ont adopté les règles et procédures nécessaires pour la création de la *Navajo Peacemaker Court*. Ce nouveau tribunal est fondé sur l'ancienne pratique des Navajos qui consiste à choisir un *Naat'aanii* ou chef, pour arbitrer les différends, régler les conflits familiaux, essayer de réformer les délinquants et représenter son groupe et ses relations avec d'autres collectivités telles que les tribus et les gouvernements. Lorsque le tribunal navajo des délits indiens a été créé sous la supervision du Bureau of Indian Affairs en 1903, les juges navajos de ce tribunal ont maintenu la tradition du *Naat'aanii* en chargeant des chefs de la collectivité de travailler avec ceux qui avaient des problèmes et se querellaient avec les autres [...]

À l'époque contemporaine, on s'est efforcé de créer des tribunaux navajos qui fonctionnaient selon le modèle juridique anglo-européen, voie qui a été choisie parce que les Navajos craignaient que l'on mette fin à leur système juridique et que l'État en prenne le contrôle. Les procureurs tribaux et le conseil tribal navajo se sont donc inspirés des institutions fédérales et étatiques parce qu'ils pensaient que le système coutumier navajo ne leur permettrait pas d'obtenir justice. Ils avaient simplement oublié que ce système avait jusque-là fait les preuves de son efficacité dans le règlement des différends.

Les juges des tribunaux tribaux navajos souhaitaient rétablir l'ancienne pratique qui consistait à charger des membres influents de la collectivité de régler les conflits qui, dans bien des cas, ne peuvent pas être résolus dans le cadre normal d'un tribunal. Les procès sont coûteux, en temps et en argent; ils sont très compliqués pour le citoyen ordinaire et, bien souvent, le système anglo-européen qui est fondé sur la confrontation au tribunal ne donne pas de bons résultats [...]

L'expression «*Peacemaker Court*» convient parfaitement car les *Naat'aanii* du système traditionnel navajo qui avait précédé nos tribunaux étaient les «conciliateurs» de ce peuple. Ce système est conçu pour remplacer les systèmes judiciaires anglo-européens formalistes, coûteux et dépourvus d'harmonie afin de permettre aux nouveaux conciliateurs navajos d'ouvrir la voie au règlement pacifique des querelles communautaires¹⁰⁶.

¹⁰⁶The Navajo Peacemaker Court Manual, 1982, pp. 2-6.

Nous voyons donc comment le mieux connu des tribunaux tribaux américains va puiser dans le passé pour créer une version contemporaine de ses processus traditionnels et en faire une partie importante de ses méthodes de règlement des différends. Dans le système navajo, les conciliateurs sont choisis par les collectivités locales mais ils peuvent l'être également par les parties à un litige. Ils jouent donc un rôle de médiation et, si les parties sont d'accord, ce sont eux qui prennent la décision finale concernant le litige, décision qui peut être consignée comme une ordonnance formelle du système judiciaire navajo. Les parties au litige peuvent prendre elles-mêmes l'initiative du processus, ou le tribunal de district, devant lequel les procès se déroulent dans le système navajo, peut renvoyer l'affaire devant la Peacemaker Court. Il y a donc une forte interaction entre ces deux processus de règlement dont les vertus combinées servent l'intérêt de l'administration de la justice. Bien que la Peacemaker Court s'occupe principalement d'affaires civiles, elle traite aussi les affaires pénales mineures.

Le système de conciliation navajo, qui constitue un «retour au futur», comme l'a dit justement un des juges adjoints de la Cour suprême de la nation navajo, est très proche par l'esprit des processus traditionnels de règlement des conflits utilisés par de nombreuses sociétés autochtones canadiennes :

[TRADUCTION] Le terme navajo *hozhooji naat'aanii* décrit le processus de conciliation [...] *Hozho* est un terme juridique fondamental chez les Navajos [...] Selon Thelma Bluehouse, il représente un état d'harmonie et de paix complètes. Il définit la pensée et la justice navajos [...] *Hozho* est un état de choses ou d'esprit dans lequel tout est à sa place et fonctionne en harmonie avec tout le reste [...] Le but du *hozhooji naat'aanii* est de rétablir l'harmonie entre les parties au litige [...] Le rôle du conciliateur dans la cérémonie est d'amener ces parties à l'état de *hozho*. Pour cela, il utilise la persuasion et non la coercition [...] Un conciliateur est un guide et un planificateur. En tant que guide, il aide les parties à déterminer comment l'harmonie a été détruite entre elles. Chez les non-Indiens le règlement des différends tend à mettre l'accent sur l'acte qui a provoqué le conflit. Chez les Navajos l'effort de conciliation vise plutôt les causes du problème. La cérémonie de conciliation comprend des étapes et des mécanismes destinés à instruire les parties au litige et à les guider dans leur quête de l'état de *hozho*. Elle s'ouvre par une prière au cours de laquelle on fait appel à l'aide du surnaturel. La prière permet aussi de mettre les parties dans une disposition favorable. À un moment donné, le conciliateur examine la place que les parties occupent dans l'univers; il confirme que l'harmonie a été rompue entre elles, détermine comment et pourquoi cela s'est produit et décide si les parties sont prêtes à atteindre l'état de *hozho*. La méthode est comparable à l'établissement d'un diagnostic. On

explique comment ou pourquoi les parties ont violé les valeurs navajos, ont manqué aux règles de la solidarité, ou ont rompu l'harmonie entre elles. Ces exordes ne sont pas de simples récitations ou invocations de principes moraux abstraits, mais des examens concrets et pragmatiques du problème dans le contexte des valeurs navajos. Le conciliateur examine ensuite avec les parties les causes précises du différend afin de les aider à trouver un moyen d'y mettre fin. Le terme *hozhoojigo* décrit un processus de planification – autre notion fondamentale de la justice navajo. Il signifie «faire les choses comme il faut» ou «agir comme il faut» en déterminant les moyens pratiques d'avoir dorénavant une conduite conforme aux valeurs reconnues. On appelle ce processus «discuter les choses à fond»; sans exercer de pressions excessives, il permet de guider les parties vers une solution consensuelle qui rétablit l'harmonie et des rapports permanents entre elles au sein d'une collectivité. Cette notion de rapport est essentielle car la collectivité a droit à la justice et au retour de l'harmonie entre ses membres. Comme la cérémonie de la guérison, la méthode est efficace car elle fait appel à la bonne volonté et à la solidarité pour ramener les parties dans le sein de leur collectivité³⁰⁷.

La méthode navajo de conciliation montre que ce que l'on peut considérer comme les caractéristiques fondamentales des processus de justice non autochtone ne sont pas nécessairement essentiels ni même pertinents dans un processus judiciaire autochtone fondé sur des principes différents.

[TRADUCTION] La médiation américaine utilise le modèle d'une tierce personne neutre qui habilite les parties au litige et les guide vers un règlement de leurs problèmes. Dans la médiation navajo, le *Naat'aanii* n'est pas tout à fait neutre, et ses conseils se réfèrent beaucoup plus à un système de valeurs que ceux du médiateur dans le modèle américain. En tant que membre du clan des parties et apparenté à elles ou en tant qu'ancien, le *Naat'aanii* a son point de vue personnel. Le médiateur navajo traditionnel était apparenté aux parties, ce qui lui donnait l'autorité nécessaire pour user de persuasion auprès d'elles. Le Navajo Nation Code of Judicial Conduct de 1991 énonce les règles d'éthique que les conciliateurs doivent respecter et précise que, sous réserve d'une objection, ceux-ci peuvent être liés aux parties par le sang ou appartenir à leur clan³⁰⁸.

³⁰⁷ Philmer Bluehouse et James Zion, «Hozhooji Naat'aanii: The Navajo Justice and Harmony Ceremony» 10 *Mediation Quarterly* (numéro spécial de l'été 1993 consacré au point de vue des autochtones américains sur la pacification), pp. 327, 331-334.

³⁰⁸ Bluehouse et Zion, «Hozhooji Naat'aanii», p. 334.

Les observateurs canadiens se sont beaucoup intéressés au système judiciaire tribal navajo à cause de sa taille et de son raffinement. On pourrait même dire que les visites des délégations autochtones et des commissions d'enquête canadiennes aux tribunaux navajos sont devenues une sorte de quête du Graal. Les membres de la nation navajo qui s'occupent de son système judiciaire se hâtent toutefois de préciser que celui-ci est en pleine évolution et qu'une part importante de cette évolution est un retour aux processus traditionnels navajos afin de compléter, et dans certains cas de remplacer, le système né du sol stérile des tribunaux des délits indiens et des codes de l'ordre public imposés par le Bureau of Indian Affairs. Comme tous les autres, nous avons été profondément impressionnés par ce que nous avons vu au cours de notre visite à la nation navajo et nous en sommes revenus avec la certitude que les systèmes de justice autochtone étaient viables et capables de se développer en harmonie avec le droit coutumier autochtone.

Cependant, comme d'autres commissions l'ont signalé, la taille même de la nation navajo lui assure une place d'exception dans le système américain, alors qu'au Canada, il n'y a pas de nations autochtones aussi peuplées que les Navajos. C'est pour cette raison que la Commission a également étudié le fonctionnement d'un certain nombre de tribunaux tribaux dans des réserves qui, par la taille, la population et la situation socio-économique, étaient plus proches de celles du Canada, en particulier des petites réserves pueblos du Nouveau-Mexique et de l'Arizona. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a également observé le fonctionnement de tribunaux tribaux dans l'État de Washington, où le Northwest Intertribal Court System a été établi pour assurer des services de cours itinérantes à 16 tribus du nord-ouest du Pacifique qui comptent des populations de 200 à 500 personnes vivant dans des réserves relativement petites. Les collectivités desservies par ce système ont une taille et une population beaucoup plus proches de celles des collectivités autochtones au Canada. À la suite de cette expérience, les commissaires du Manitoba ont convoqué une séance spéciale et tenu un colloque sur les tribunaux tribaux. Des juges de tribunaux tribaux américains, des administrateurs judiciaires et des avocats tribaux y ont parlé de leur travail et de la manière dont ils s'attaquent aux problèmes juridictionnels, juridiques, administratifs et politiques.

Notre commission a jugé qu'au lieu de refaire le même travail, il était plus logique d'en reprendre les grandes lignes. Les passages suivants empruntés au rapport de la commission d'enquête représentent, à notre connaissance, le compte rendu le plus récent et le plus complet du fonctionnement des tribunaux tribaux aux États-Unis.

Le volume

[TRADUCTION] Il y a, entre les systèmes judiciaires tribaux, des différences considérables qui sont dues à la population des réserves que ces systèmes desservent, à la demande, aux fonds disponibles, à la juridiction des tribunaux, et aux principes qui déterminent l'orientation des gouvernements tribaux [...] Les chiffres nationaux les plus récents [...] révèlent que la charge de travail va de plus de

70 000 dossiers dans le système judiciaire des Navajos à seulement trois dossiers chez les Klallams de Jamestown [...] Les écarts de population sont tout aussi importants; alors que la population des Navajos atteint 166 665 personnes, la tribu indienne de Shorewater Bay ne compte que 65 membres. En 1985, cinq tribus seulement comprenaient plus de 10 000 membres. Certaines des [petites collectivités] participent à des systèmes judiciaires régionaux, tels que le Northwest Intertribal Court System dans l'État de Washington et la Western Oklahoma Court of Indian Offenses, alors que d'autres prennent contact avec une tribu voisine plus importante pour obtenir les services d'un juge qui appliquera leurs propres lois. *Néanmoins, un certain nombre de tribus dont la population est très comparable à celle des Premières nations du Canada utilisent un système de tribunaux pleinement opérationnel.* La superficie du territoire est également très variable; encore une fois, c'est la réserve des Navajos qui est la plus vaste avec 16 millions d'acres (25 000 milles carrés environ) alors que la plus petite ne couvre que 2,12 acres.

Les juges

Il y a environ 360 juges tribaux aux États-Unis. Chaque tribu, ou presque, a ses propres codes civil et criminel adoptés par le conseil tribal. D'autres codes peuvent être utilisés dans certains domaines particuliers. Ces codes sont analogues aux lois adoptées par les gouvernements fédéral et provinciaux. Ils constituent les lois de la tribu qui sont interprétées et appliquées par les juges. *Il nous est clairement apparu que la possibilité d'appliquer les lois tribales donne aux juges tribaux le sentiment de faire un travail beaucoup plus utile, sentiment partagé par ceux qui comparaissent devant eux.*

La méthode de sélection des juges pour les tribunaux tribaux dépend du mécanisme préféré par chaque district. La méthode est habituellement décrite dans le code tribal. La plupart des tribus n'exigent aucun titre scolaire ou universitaire particulier des candidats. Elles leur demandent habituellement d'être membres de la tribu et d'avoir vécu dans la réserve pendant un certain temps avant leur nomination ou leur élection, mais ce n'est pas toujours le cas. Dans les 145 tribunaux tribaux sur lesquels on dispose d'informations, le mandat le plus courant (65 tribus l'ont choisi) est de quatre ans pour les juges en chef. Il y a toujours un mécanisme de révocation en cas de forfaiture de leur part. Comme c'est le cas en général, les motifs de révocation sont décrits en termes assez vagues. Il est cependant rare que des juges de tribunal tribal aient été révoqués pour prévarication ou délit d'action.

Le personnel

Qu'ils aient reçu une formation juridique ou non, les procureurs jouent un rôle dans les tribunaux tribaux américains. *L'utilisation de la langue tribale ou de l'anglais est autorisée pendant le déroulement de la procédure judiciaire.* Tous les procureurs du gouvernement ne sont pas des avocats, mais ils ont tous une formation juridique ou une expérience dans d'autres domaines du système judiciaire. Un certain nombre de tribus exigent formellement qu'un avocat passe un examen du barreau portant sur le droit tribal et le droit fédéral applicable aux Indiens avant de pouvoir se présenter devant un tribunal tribal. Les conditions d'admissibilité peuvent d'ailleurs varier car beaucoup de tribus insistent pour que les avocats aient un diplôme d'une faculté de droit reconnue par l'American Bar Association, mais beaucoup d'autres ne le font pas. Dans le second cas, le but apparemment poursuivi est de permettre aux membres autodidactes des tribus ou à ceux qui ont suivi avec succès des programmes parajuridiques offerts par des collèges communautaires de devenir des «avocats tribaux», terme le plus couramment utilisé pour les avocats de la défense et les avocats nommés d'office [...] L'examen de droit tribal sert à s'assurer que tous les avocats plaidants connaissent parfaitement le droit substantiel qui régit la vie de la collectivité, ainsi que la procédure des tribunaux tribaux. Cela aide les magistrats non seulement à prendre les décisions appropriées, mais aussi à mieux faire respecter le droit tribal.

Les tribunaux tribaux emploient plus de 360 juges, sans compter un personnel de plus de 800 personnes, composé de greffiers, d'administrateurs, d'huissiers, de procureurs, de secrétaires, d'agents de probation, de conseillers pour les adolescents, de défenseurs publics et de surveillants de détenus [...] Ils utilisent aussi fréquemment un procureur tribal qui non seulement traite les dossiers criminels mais représente la tribu sur le plan légal et fournit une aide juridique au conseil et à la police tribale. Certaines tribus, qui ne disposent pas de fonds suffisants, ne peuvent pas offrir de services de probation et de counselling.

Les greffiers et les administrateurs de tribunaux tribaux ont formé une association nationale qui les représente et qui offre des services de formation permanente à ses membres. Nous avons assisté à un des colloques régulièrement organisés par le département de l'Intérieur. *Le programme nous a fortement impressionnés car il nous a montré que les membres d'une tribu ayant une formation théorique très limitée sont capables d'acquérir les compétences requises pour faire fonctionner tous les rouages d'un tribunal.*

Le financement

Chaque système judiciaire a besoin de ressources financières qui lui permettent de se procurer un personnel suffisant et des locaux. La direction des services judiciaires du Bureau of Indian Affairs a pour mandat de négocier des ententes annuelles avec les gouvernements tribaux reconnus par les autorités fédérales et de leur fournir des fonds pour la prise en charge des salaires, des avantages sociaux, des dépenses administratives, des cours de formation et autres besoins connexes. Les tribus et les juges tribaux se plaignent constamment du fait que les contributions du BIA ne leur permettent pas de couvrir les coûts de fonctionnement de ces tribunaux différents de tous les autres, pas plus qu'ils ne permettent d'en augmenter le nombre et de les améliorer.

Le gouvernement américain n'a pas encore accordé de subventions pour construire des locaux appropriés dans beaucoup de réserves. Bien que certains des bâtiments qui abritent les tribunaux soutiennent aisément la comparaison avec ceux que nous avons au Manitoba, la plupart d'entre eux laissent à désirer et ne contribuent pas au respect que devrait inspirer un tribunal.

Les préoccupations

Les tribunaux tribaux sont fréquemment critiqués. Un des problèmes est dû au roulement excessivement rapide du personnel judiciaire, qui peut s'expliquer par la période d'occupation assez brève des postes que prévoient les constitutions et les codes tribaux. Il se peut aussi que les salaires relativement bas et les avantages sociaux limités contribuent à cet état de choses.

Il y a manifestement un sérieux problème de stress. Être membre d'une petite collectivité et juger des voisins, des amis et des membres de sa propre famille constitue inévitablement une tâche ingrate et pénible sur le plan personnel. Lorsqu'on dispose de fonds limités, les conditions de travail peuvent devenir peu attrayantes et la frustration peut s'installer à cause du manque de possibilités d'innovation ou de changement [...]

La nature du travail dans les tribunaux tribaux a aussi tellement changé que les juges sont maintenant obligés d'être mieux informés du droit pertinent. Cela signifie que certains juges n'ont plus les connaissances ou la formation juridique nécessaire pour traiter certaines des questions complexes qui leur sont soumises. En revanche, comme le danger de la surprofessionnalisation menace ces tribunaux, les membres des Premières nations risquent de se trouver exclus comme cela s'est produit lorsque le relèvement

des normes d'examen a provoqué l'échec de tous les candidats navajos au barreau, en 1988. D'autre part, lorsqu'on privilégie la formation professionnelle, on se retrouve parfois avec des avocats et des juges qui ne sont pas imprégnés des valeurs traditionnelles et connaissent mal le droit coutumier. En adoptant un style juridique occidental avec toutes les exigences que cela implique sur le plan éducatif, on risque d'enlever leur caractère foncièrement autochtone aux tribunaux tribaux et de leur faire perdre une grande partie de ce qui fait leur force, en particulier leur caractère informel et leur popularité au sein de la collectivité [...]

La plupart de ces tribunaux ne disposent pas d'une gamme suffisante d'options efficaces de détermination de la peine. Bien que les amendes et l'emprisonnement soient des solutions couramment utilisées, des problèmes se posent lorsque l'on veut recourir à d'autres stratégies plus créatrices, tels que les travaux compensatoires, les ordonnances de service communautaire, les programmes de lutte contre l'alcoolisme et la toxicomanie, les centres de désintoxication, les programmes de restitution, de probation et de réconciliation entre les victimes et les délinquants. Théoriquement, les juges tribaux peuvent choisir une de ces formules, mais dans la pratique cela leur est souvent impossible car ces programmes n'existent pas faute de ressources.

Le danger est donc que les tribunaux tribaux fassent les frais de la situation. Le modèle accusatoire en common law peut en fait être incompatible avec des valeurs traditionnelles établies de longue date en faveur de l'harmonie et de la réconciliation. En outre, ces tribunaux n'obtiennent peut-être pas suffisamment de ressources pour fournir des avocats à tous les indigents qui sont parties à un litige afin de leur permettre de bénéficier de ce système accusatoire, ou pour assurer le fonctionnement de programmes offrant des sanctions substitutives.

Les avantages

Les tribunaux tribaux offrent beaucoup d'avantages, en particulier un processus très efficace de traitement des affaires civiles et pénales. De propos délibéré, les causes y sont instruites le plus rapidement possible afin d'éviter que le conflit ne s'envenime ou que la détention provisoire d'un accusé ne se prolonge indûment. *Les tribunaux tribaux offrent non seulement une formule plus commode aux membres de la tribu mais ils sont considérés par eux comme plus compréhensifs, plus respectueux de leurs coutumes, de leurs valeurs et de leurs cultures, de leurs droits et de leurs statuts particuliers, et comme susceptibles d'être plus équitables à leur égard que ne l'a été le système judiciaire non autochtone. Lorsque le tribunal jouit du respect inhérent du prévenu*

et de la collectivité, l'impact et les effets de ses décisions sont beaucoup plus profonds.

Les tribunaux tribaux sont manifestement capables de combler le vide qui sépare actuellement le droit anglo-américain et les cultures indiennes [...] Certaines tribus ont élaboré des versions modernes de systèmes de justice traditionnelle.

Les tribus américaines ont pris l'engagement de préserver et d'étendre leur système judiciaire. Peut-être plus que toute autre chose, cela démontre leur foi et leur confiance dans leur valeur ultime [...] En outre, les tribunaux fédéraux et étatiques respectent de plus en plus l'importance et l'autorité de ce système original. À titre d'exemple, un colloque éducatif mixte sur la justice, le Sovereignty Symposium, se déroule depuis quelques années avec la participation de la Cour suprême de l'Oklahoma et des tribunaux tribaux de cet État [...]

*Tout cela nous amène à conclure que les tribunaux tribaux ont manifestement joué un rôle essentiel en permettant aux Amérindiens de disposer d'un système judiciaire équitable, juste et acceptable sur le plan culturel*³⁰⁹.

Après avoir procédé à l'examen probablement le plus complet du système de tribunaux tribaux des États-Unis qu'aient réalisés les récentes commissions d'enquête, les commissaires du Manitoba concluaient en ces termes :

[TRADUCTION] L'existence de tribunaux tribaux pleinement fonctionnels dans diverses réserves indiennes des États-Unis, dont beaucoup ont une taille et une situation socio-économique analogues à celles des réserves indiennes du Manitoba, et les avantages qu'en tirent ces collectivités prouvent à l'évidence que des systèmes de justice autochtone distincts sont possibles et pratiques³¹⁰.

S'appuyant sur son examen et sur les mémoires qui lui avaient été soumis par les autochtones du Manitoba, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba recommandait que :

[TRADUCTION] les gouvernements fédéral et provinciaux et ceux des Premières nations autochtones s'engagent à établir des tribunaux tribaux dans un proche avenir, marquant ainsi la première étape de l'établissement d'un système judiciaire pleinement opérationnel, contrôlé par les autochtones³¹¹.

³⁰⁹ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, pp. 286-298 [nous soulignons].

³¹⁰ Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 269.

³¹¹ Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 266.

Étant donné la petite taille de la plupart des collectivités autochtones du Manitoba et le coût élevé d'administration de systèmes de justice distincts pour chacune d'entre elles, la commission d'enquête recommandait également que :

[TRADUCTION] en établissant des systèmes de justice autochtone, les autochtones du Manitoba envisagent d'utiliser un modèle régional inspiré du Northwest Intertribal Court System de l'État de Washington³¹².

La commission recommandait en outre ceci :

[TRADUCTION] Dans la mesure du possible, les systèmes de justice autochtone s'efforcent d'élaborer des règles et des processus adaptés aux réalités culturelles afin d'établir une approche moins formaliste aux procédures en vigueur dans les tribunaux, de manière à ce que les autochtones qui sont parties à un litige en tirent un certain sentiment de réconfort, sans pour cela compromettre les droits d'une personne accusée d'un acte criminel³¹³.

Manifestement, il y a des avantages à cette recommandation de créer un système de tribunaux autochtones comme point de départ pour des systèmes de justice contrôlés par les autochtones à l'intention des collectivités autochtones qui le désirent. C'est une démonstration à la fois symbolique et concrète de l'autonomie gouvernementale autochtone en action. Les mémoires soumis à l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba et certains de ceux qui ont été présentés à notre commission montrent que plusieurs nations et collectivités autochtones du Canada sont favorables à l'établissement de tribunaux tribaux dans lesquels ils voient une mesure importante de reprise du contrôle de la justice dans leur quête de l'autonomie gouvernementale.

Au Canada, les nations et les collectivités autochtones ont le grand avantage de pouvoir tirer des leçons de l'expérience américaine, d'en exploiter les points forts et d'en éviter les faiblesses. Il est aujourd'hui possible pour les peuples autochtones d'élaborer eux-mêmes des systèmes de tribunaux tribaux; ils n'ont plus, comme pendant les premières années d'existence de ces tribunaux aux États-Unis, à se faire imposer des systèmes de l'extérieur. **Le présent rapport a pour objet d'établir le cadre juridique et stratégique de ce genre d'entreprise.**

L'avenir au Canada

Toutes les nations et collectivités autochtones ne considèrent pas que les tribunaux tribaux sont une première étape nécessaire ni même un objectif ultime, ce qui témoigne bien de la diversité de leurs conceptions d'un système judiciaire. Comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, un certain nombre d'initiatives

³¹² Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 317.

³¹³ Rapport de l'AJIM, volume 1, p. 315.

importantes dans le domaine de la justice autochtone ont lieu en dehors des salles de tribunaux et leur but est précisément de rendre inutile tout jugement d'un tribunal. Le processus holistique de guérison de Hollow Water et des Services juridiques autochtones du Conseil communautaire de Toronto nous en offrent des exemples. Les processus mis en œuvre par ces initiatives, comme c'est le cas de la Peacemaker Court récemment rétablie dans le système navajo, sont plus conformes aux valeurs autochtones traditionnelles.

Nous croyons qu'il est possible de combiner les avantages des approches traditionnelles à la justice autochtone, qui s'appliquent en dehors du tribunal et, dans les cas appropriés, des processus inspirés des tribunaux non autochtones, qui ne sont pas des copies serviles mais qui, pour reprendre les termes du rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, utilisent des règles et des procédures adaptées aux réalités culturelles. Certaines nations et collectivités autochtones préféreront peut-être les formules excluant l'utilisation des tribunaux; pour d'autres, l'élaboration d'un système judiciaire autochtone sera une meilleure façon de s'attaquer au problème; d'autres encore voudront peut-être utiliser simultanément les deux formules afin de créer un système intégré dans lequel elles seront complémentaires. Nous n'avons pas l'intention de décider d'avance du choix à faire ni d'en établir les limites; nous préférons essayer de créer le cadre conceptuel et juridique qui rendra ces options possibles.

Comme notre examen des initiatives dans le domaine de la justice l'a montré, il existe déjà toute une gamme de processus de justice communautaire (bien que leurs fondements juridictionnels et financiers soient souvent fragiles) qui s'appuient surtout sur les valeurs traditionnelles pour guérir le désordre et le désaccord individuel et collectif. **Ce que ces initiatives ont de commun, en dehors de principes partagés, c'est que le délinquant accepte la responsabilité de ses actes.** Dans des initiatives telles que celle de Hollow Water, c'est précisément ce que le délinquant est tenu de faire et il doit aussi montrer qu'il est prêt à se soumettre au processus de guérison. Le projet du Conseil communautaire de Toronto s'appuie sur le même principe. Aux étapes ultérieures du processus, où interviennent par exemple les cercles de détermination de la peine, le délinquant doit plaider coupable ou bien être reconnu coupable au terme d'un procès dans le système judiciaire non autochtone. Une des meilleures preuves de l'efficacité de ces processus judiciaires autochtones est peut-être que des individus qui nient leur responsabilité dans le système non autochtone parce qu'ils craignent les sanctions punitives de ce système, sont souvent prêts à accepter la responsabilité de leurs actes dans un système autochtone axé sur une justice réparatrice.

Il n'empêche que certains individus refuseront toujours de reconnaître le bien-fondé des allégations portées contre eux. Ce refus peut avoir plusieurs raisons. Une personne peut avoir été accusée à tort; c'est le cas, par exemple, du jeune homme déjà condamné pour introduction par effraction qui est accusé du même délit alors qu'il est en fait innocent, à cause de sa réputation dans la collectivité et parce qu'une personne qui lui ressemblait a été observée sur les lieux du crime.

Il peut également arriver que des accusés, se considérant comme des marginaux peu populaires dans leur collectivité, craignent de ne pas être traités avec respect et dignité dans le processus communautaire. Dans un tel cas, le refus de reconnaître leur responsabilité exprime peut-être davantage les doutes que le système autochtone inspire à ces individus que leur prise de position vis-à-vis de leur culpabilité. Il se peut qu'avec le temps ils se laissent convaincre du bon fonctionnement de la justice autochtone, mais en attendant ils continueront probablement à plaider non coupable.

Il faut aussi reconnaître que dans de nombreuses collectivités autochtones où régnait auparavant la cohésion, des fossés se sont creusés, souvent entre les générations. Beaucoup de jeunes autochtones ont en effet grandi en voyant la justice non autochtone comme le produit d'un système accusatoire, perception renforcée par des médias qui reflètent des valeurs étrangères aux traditions ancestrales des autochtones. Cela fait aujourd'hui partie de la réalité de beaucoup de ces jeunes et c'est ainsi qu'ils s'attendent à être traités s'ils commettent un délit. Avec le temps, des systèmes de justice autochtone, en particulier ceux qui sont fondés sur la réconciliation et la guérison, permettront peut-être d'établir un nouvel équilibre entre les droits et les responsabilités, mais il est probable que des accusés continueront à plaider non coupable.

Dans ces exemples, et il y en a certainement d'autres, un processus exclusivement fondé sur l'acceptation de la responsabilité et sur la non-contestation des accusations ne permettra pas à la collectivité de régler tous les problèmes. Ce ne sera pas un système judiciaire complet et exhaustif.

Des choix s'offriront à la collectivité, mais le succès des systèmes de justice autochtone sera déterminé dans une large mesure par le respect et la confiance des personnes marginalisées, exclues jusque-là des décisions. Comme les expériences de Hollow Water et du Conseil communautaire de Toronto le montrent, les processus autochtones qui paraissent donner les meilleurs résultats sont ceux qui s'appliquent à tous.

Comment un système de justice autochtone pourrait-il réagir aux individus qui nient leur responsabilité ou invoquent leur innocence? Une des options consiste à laisser le soin au système non autochtone de traiter l'affaire. C'est ce qui se passe actuellement dans la plupart des cas d'actes criminels graves, même lorsqu'il existe une structure judiciaire autochtone. C'est peut-être parce que la police et les autorités chargées des poursuites sont opposés à ce que de telles causes soient renvoyées à un système autochtone, ou parce que la collectivité elle-même estime ne pas avoir les capacités et les ressources nécessaires. Il se peut que certaines nations autochtones et leurs collectivités décident, lors de l'élaboration de leurs propres systèmes judiciaires, que la façon la plus efficace d'utiliser leur énergie et leurs ressources est de se concentrer sur les cas où l'individu est prêt à accepter la responsabilité de ses actes et de laisser à la justice pénale non autochtone le soin de régler les autres cas, en espérant que d'autres réformes rendront ce système plus réceptif aux pré-

occupations des autochtones. C'est l'objectif visé par la vaste majorité des recommandations des nombreuses commissions d'enquête qui nous ont précédés¹¹⁴.

Cependant, les nations et collectivités autochtones qui désirent assurer pleinement l'administration de la justice, pouvoir qui fait partie intégrante de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, devront élaborer un processus qui permettra de remplir la fonction décisionnelle qui doit jouer lorsqu'un accusé se déclare non coupable.

Les travaux historiques et anthropologiques que nous avons examinés nous apprennent peu de choses sur la manière dont ces cas étaient traités dans la justice autochtone traditionnelle. Dans une étude intitulée «*Law Ways of the Comanche Indians*», E.A. Hoebel déclarait que [TRADUCTION] «le refus de culpabilité par un accusé [...] est si rare qu'il n'y a pas suffisamment de cas pour en tirer des conclusions valables¹¹⁵». Dans leur étude sur les Cheyennes, Hoebel et Llewellyn ont examiné la question de la décision dans le cas de faits contestés et le problème ainsi posé à toute collectivité homogène :

[TRADUCTION] La véritable contestation du fait, le secret conservé sur la vérité pertinente, demande beaucoup d'ingéniosité pour trouver une solution. Considérez donc le nombre extraordinaire de mécanismes notés chez les Cheyennes, qui ont été inventés au fur et à mesure pour traiter un point de fait douteux – et cela en dépit du fait que, dans cette culture, rien n'indiquait une tendance à adopter une formule unique de règlement. Un cheval emprunté aurait dû être rendu depuis longtemps; quelles étaient les intentions de l'emprunteur? Un fœtus avait été avorté, mais par qui? Les soupçons inspirés par la jalousie à l'égard d'une épouse étaient-ils justifiés? Un guerrier soupçonné avait-il vraiment aidé les ennemis blancs? Y avait-il quelque chose de délibéré dans un meurtre commis accidentellement par une personne en état d'ivresse? Qui était la personne responsable de la tentative de

¹¹⁴ Une autre option lorsqu'un individu refuse de reconnaître sa responsabilité – option trop souvent utilisée par certaines collectivités autochtones – consiste à laisser jouer les processus informels de contrôle social. Le problème est que cela peut laisser sans protection les personnes les plus vulnérables. Par exemple, dans son étude sur huit collectivités crie, Carol La Prairie concluait que : [TRADUCTION] «La nature du délit, les pressions exercées par la collectivité, les cancons, le ridicule, la crainte de représailles de la part des délinquants, la conviction que lorsqu'on rapporte une infraction, le tribunal et la prison entrent automatiquement en jeu, ou au contraire, une attitude cynique à l'égard de la police et la conviction qu'il ne se passera rien de toute façon, contribuent à empêcher qu'on rapporte cette infraction.» (Carol La Prairie, *Justice For the Cree*, cité à la note 49, p. 72.) Le rapport de recherche sur la baie James signalait que les rapports d'infraction étaient rares, en particulier dans les cas de violence conjugale et familiale.

¹¹⁵ E. Adamson Hoebel, «*Law Ways of the Comanche Indians*» dans *Law and Warfare*, sous la direction de Paul Bohannon, New York, National History Press, 1967, p. 187.

viol? L'accusation de braconnage était-elle justifiée? [...] Cela suffit à nous faire mesurer la gamme de faits ou questions auxquels les Cheyennes étaient confrontés. Tous ces cas, sauf deux, ont été réglés de manière satisfaisante, et de presque autant de façons différentes qu'il y avait de questions³¹⁶.

Les documents historiques et anthropologiques canadiens ne jettent pas non plus beaucoup de lumière sur les processus décisionnels qui ont été utilisés dans ces situations. Cela peut sans doute s'expliquer. Comme dans le cas des Cheyennes, les problèmes se prêtaient peut-être à certaines formes de règlement dont la subtilité peut avoir échappé à l'observateur non autochtone, en particulier s'il ne maîtrisait pas la langue autochtone. Il se peut également que dans les systèmes autochtones où l'on s'attachait à déterminer si un préjudice avait été causé plutôt qu'à savoir si l'acte était accidentel ou intentionnel, les circonstances justifiant un débat étaient beaucoup moins nombreuses.

Même si, dans les situations contestées, la fonction décisionnelle a moins d'importance dans les systèmes autochtones que dans les systèmes de droit coutumier et civil, cela ne signifie pas que les nations autochtones doivent se doter de systèmes de justice qui copient le processus décisionnel du système non autochtone. Ce processus, qui est énoncé dans le *Code criminel* et complété par les règles de la preuve, est lui-même le produit d'une longue évolution. Beaucoup de ses caractéristiques, aujourd'hui jugées essentielles à l'équité d'un procès, n'existaient pas il y a un siècle. Il est bon de rappeler qu'un accusé n'avait pas automatiquement droit à un avocat avant 1836, qu'il ne lui était pas possible d'exiger la présence de témoins avant 1867 et que le «privilège» de témoigner sous serment ne date que de 1898. Avant le XVIII^e siècle, les règles de la preuve étaient pratiquement inexistantes³¹⁷. En outre, au Canada, ce n'est que depuis l'adoption de la Charte en 1982 que des progrès importants ont été réalisés en ce qui concerne les règles d'exclusion conçues pour assurer l'intégrité du procès et l'administration de la justice³¹⁸. Comme d'autres systèmes juridiques, le droit coutumier a fait preuve de dynamisme et a su évoluer avec le temps; de la même manière, on peut s'attendre à ce que les systèmes de justice autochtone, qui s'inspirent de traditions juridiques différentes, abordent un jour des questions qui ne se posaient eut-être pas autrefois et s'adaptent aux circonstances actuelles.

³¹⁶ K. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*, Norman (Oklahoma), University of Oklahoma Press, 1941, pp. 306-307.

³¹⁷ Voir G.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1979, pp. 411-419.

³¹⁸ Voir par exemple le commentaire de la juge McLachlin dans *R. c. Hebert*, [1990] R.C.S. 151 (Cour suprême du Canada), dans lequel elle retrace l'élaboration des règles du droit coutumier régissant les confessions et le privilège de ne pas s'incriminer, et réfléchit sur les effets de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un processus autochtone régissant les procès : des orientations possibles

Lorsque les nations autochtones et les collectivités qui les composent entreprennent la tâche difficile de reconstitution et d'élaboration d'un processus décisionnel moderne, elles peuvent s'inspirer de divers modèles, dont l'un est le processus actuel régissant un procès criminel. Elles ont également l'avantage, prix d'une expérience amère et aliénante, de voir comment ce processus, avec sa lourde insistance sur l'accusation et le contre-interrogatoire, est contraire à des valeurs autochtones importantes. Il est donc raisonnable de s'attendre à ce que les nations autochtones fassent tout leur possible pour que leur propre processus ne perpétue pas cette insensibilité culturelle.

Nous n'avons pas l'intention de prescrire de méthode pour concevoir un processus régissant les procès qui soit conforme aux valeurs autochtones. C'est aux peuples autochtones eux-mêmes de le faire. À l'intention de ceux qui demeurent sceptiques à l'égard de la viabilité de l'entreprise, nous pouvons cependant suggérer des orientations possibles.

La démarche que nous avons trouvée la plus utile dans notre réflexion sur les formes à donner à un processus décisionnel dans un système de justice autochtone comporte deux éléments apparentés. **Le premier consiste à s'appuyer sur les processus autochtones traditionnels de prise de décision qui sont jugés conformes aux valeurs autochtones contemporaines; le second consiste à déterminer les caractéristiques du processus de la justice pénale qui sont jugées les plus aliénantes et culturellement inadéquates, et à les éviter.** Le lien entre ces deux démarches est évident : il y a des chances qu'une caractéristique du droit pénal présente ces défauts précisément parce qu'elle est contraire aux valeurs et aux méthodes de prise de décision des autochtones.

Le juge Murray Sinclair nous a donné quelques exemples utiles des diverses approches que les autochtones adopteraient probablement pour mener à bien la tâche essentielle d'établissement d'un processus décisionnel.

[TRADUCTION] Dans les sociétés autochtones la «détermination de la vérité» serait, à mon avis, très différente de ce qu'elle est dans la société occidentale. Les méthodes et les processus de règlement des différends dans les sociétés autochtones se sont naturellement développés à partir de leurs systèmes de valeurs fondamentales. La foi dans l'honnêteté foncière et la sagesse de chaque individu implique que celui-ci peut avoir des opinions utiles en toute situation et que, s'il désire les exprimer, il faut l'écouter avec respect. Les méthodes autochtones de règlement des conflits permettraient donc à quiconque d'exprimer une opinion ou de faire un commentaire. La «vérité» d'un incident serait déterminée après qu'il aurait été décrit par de nombreuses personnes. Comme il n'est jamais possible de parvenir à «toute la vérité»,

les autochtones auraient tendance à croire que le meilleur moyen de s'en rapprocher est de permettre à tout le monde de s'exprimer. Dans un tel système, le silence d'un accusé devant une montée d'opinions de plus en plus convergentes serait considéré comme un aveu de culpabilité.

Cette approche est tout à fait différente d'un système dans lequel l'accusé a non seulement le droit de demeurer silencieux sans qu'on lui en fasse grief, mais où son avocat lui conseille invariablement de ne pas témoigner, où seule la victime ou un petit nombre de personnes sont appelées à témoigner, où les questions sont choisies avec soin par l'avocat de la partie adverse, où il est possible de poser des questions qui dictent la réponse à donner, où certains sujets sont considérés comme non pertinents, et où certaines informations très importantes concernant l'accusé, l'accusateur ou leurs familles sont jugées irrecevables¹¹⁹.

Selon notre compréhension, dans la perspective autochtone traditionnelle, on favorise une répartition des pouvoirs décisionnels et l'atteinte d'un consensus. À l'inverse, les systèmes juridiques occidentaux préfèrent que les pouvoirs et la prise de décision s'exercent dans le cadre de structures hiérarchiques. Le procès criminel est un exemple classique. Comme le décrivait le juge Barry Stuart, de la Cour territoriale du Yukon, dans l'affaire *R. c. Moses*:

[TRADUCTION] Dans tout processus de prise de décision, le pouvoir, le contrôle, l'atmosphère générale et la dynamique sont fortement influencés par le cadre physique, et en particulier par la disposition des places attribuées aux participants [...] Dans la justice pénale, la manière dont la salle de tribunal est aménagée exerce une influence sur les participants et sur leur manière de participer. Elle agit sur la teneur, l'ampleur et l'importance de l'information fournie au tribunal. Les règles régissant l'audience renforcent le jeu du pouvoir et de l'influence que favorise le cadre [...]

Le juge qui préside du haut de sa tribune porte une robe ample qui souligne son autorité; armé du pouvoir de contrôler le processus, il est rarement contesté. Debout lorsqu'ils s'adressent au juge et pleins de déférence, les avocats renforcent dans l'esprit du public l'impression que le juge détient le rôle clé. Tout cela encourage les membres de la collectivité à croire que seuls les juges possèdent la sagesse et les ressources nécessaires pour parvenir à un résultat juste et viable [...] Les règles de procédure font que les avocats, en raison de leur position privilégiée, contrôlent le flux

¹¹⁹ Sinclair, «Aboriginal Peoples, Justice and the Law», cité à la note 58, pp. 180-181.

de l'information. La facilité avec laquelle ils manient les règlements et les termes juridiques crée une impression d'assurance et de compétence que les profanes considèrent en général comme une condition indispensable de participation.

Relégué à l'arrière de la salle, le public est séparé des avocats et du juge par une barre ou par un espace laissé vide derrière les tables des avocats. Les échanges entre ces derniers et le juge donnent l'impression d'un rituel. Le cadre, comme le jeu des acteurs, dissuade tous les autres de participer³²⁰.

En coopération avec la collectivité autochtone de Mayo au Yukon, le juge Stuart a contribué à créer un processus dans lequel le tribunal et le public ont pu examiner les caractéristiques du comportement dysfonctionnel et violent à cause duquel M. Moses se retrouvait constamment devant les tribunaux et en prison. Pour cela, les participants ont formé un cercle baptisé depuis «cercle de consultation». Dans ses motifs relativement à l'affaire *Moses*, le juge Stuart a expliqué comment la restructuration du processus conformément à la forme et aux principes d'un cercle autochtone a permis de modifier la dynamique de l'audience et d'améliorer la qualité de la prise de décision en encourageant une participation beaucoup plus large de la collectivité à l'examen des problèmes concernant ses membres.

[TRADUCTION] En aménageant la salle de façon à former un cercle sans pupitre ni table, dans lequel tous les participants se faisaient face, ce qui les plaçait sur un plan d'égalité, la dynamique du processus décisionnel a été profondément modifiée.

Tous ceux qui formaient le cercle se sont présentés. Les gens restaient assis lorsqu'ils prenaient la parole. Après l'allocution préliminaire du juge et des avocats, le processus formel est devenu un débat informel mais très animé sur les meilleurs moyens de protéger la collectivité et d'arracher Phillip à l'emprise de l'alcool et du crime.

Le ton des discussions a été tempéré par le fait que tous les participants étaient très près les uns des autres. Dans la plupart des cas, ils s'appelaient par leur nom et non par leur titre. Bien que la plupart des sujets aient suscité des désaccords et de vives discussions, les attitudes affectées, la pontification et les platitudes éculées si caractéristiques des interventions des avocats et des juges en étaient fort heureusement absentes.

Le cercle a profondément modifié le rôle de tous les participants, ainsi que l'orientation, le ton, le contenu et la portée des discussions [...]

³²⁰ R. c. *Moses*, cité à la note 169, pp. 355, 357.

Le cercle met fin à la domination que les salles de tribunal traditionnelles permettent aux avocats et aux juges d'exercer. Dans un cercle, le droit de parole et l'importance et la crédibilité des interventions ne sont pas déterminés par la disposition des sièges. Le public n'est plus le même. C'est à toutes les personnes qui se trouvent dans le cercle que l'on doit s'adresser, et celles-ci peuvent toutes interroger directement qui bon leur semble [...] Dans le cercle, il n'est plus possible d'éluider les questions difficiles en utilisant une terminologie complexe et obscure.

Le cercle a permis à tous de participer au débat. Alors que la salle d'audience ne favorise que la participation des avocats et d'un juge, le cercle a imprimé un rythme naturel à la discussion [...]

Dans le cadre traditionnel des salles d'audience, c'est le juge qui dirige toutes les interventions, toutes les déclarations. Il n'est donc pas surprenant que tous les participants, y compris le public, considèrent qu'il appartient au juge, après avoir entendu tous les témoignages, de rendre une décision sage et définitive. Grâce au cercle, le débat a cessé de prendre la forme d'interventions individuelles adressées au juge et il est devenu une suite d'interventions déterminées par les fluctuations naturelles de l'intérêt chez les participants [...] En permettant à tout le monde de participer au débat, le cercle a également obligé tout le monde à trouver une réponse. La peine a été déterminée avec la participation de tous. Cette approche, fondée sur la recherche d'une entente, a encouragé les participants à ne pas se contenter de partager la responsabilité mais à fixer de concert une peine utile et constructive [...]

Cet effort constructif de la part des participants a permis de déterminer une peine nettement différente de celles qui sont habituellement imposées pour des infractions de ce genre, et radicalement différente du type de peine imposée jusque-là à Phillip pour des infractions similaires. Le cercle a encouragé la volonté collective de rechercher une solution totalement différente des peines imposées au cours des 10 années précédentes, de trouver une solution acceptable pour tous les participants parce qu'ils croyaient qu'elle donnerait de bons résultats. Stimulés par la liberté des réactions et par la richesse des échanges, les participants ont recherché un consensus, une solution adaptée à un problème qui tourmentait la collectivité depuis 10 ans et avait privé Phillip d'autant d'années de vie utile³²¹.

³²¹ R. c. *Moses*, pp. 356-360.

Bien que l'utilisation du cercle dans les affaires criminelles du système non autochtone se soit limitée jusqu'à présent à la détermination de la peine, dans le même contexte on pourrait utiliser ce processus traditionnel comme principale méthode de prise de décision, y compris l'attribution des responsabilités³²².

Pour ceux qui ont reçu une formation juridique occidentale classique, cette suggestion semble créer un certain nombre de problèmes. Que se passerait-il si un membre de la collectivité participant au cercle voulait parler d'autres infractions commises, selon lui, par l'accusé et pour lesquelles il n'a jamais été inculpé? En vertu des règles actuelles de la preuve, ce ne serait ni pertinent ni admissible, sauf si l'on invoquait les règles très limitées des «faits similaires». Que se passerait-il si des participants de la collectivité divulguaient des remarques faites par d'autres personnes au sujet de l'accusé, déclarations qui, en vertu des règles actuelles de la preuve, seraient considérées comme des oui-dire et donc, non recevables? Imaginons aussi la situation où un membre de la police tribale voudrait révéler au cercle une déclaration que l'intéressé lui aurait faite au moment de l'arrestation, déclaration revenant en fait à une confession. De telles déclarations sont recevables en vertu des règles existantes de la preuve à condition, surtout, qu'elles aient été faites volontairement et que la Charte ait été respectée.

Dans le système actuel, ces questions entrent dans le cadre d'un processus décisionnel contrôlé par les avocats et par les juges. Les avocats s'inspirent des règles de la preuve pour choisir les preuves qui seront présentées au tribunal. Lorsqu'un avocat cherche à présenter des preuves qui ne sont peut-être pas recevables, il appartient à l'avocat de la partie adverse de faire opposition et c'est ensuite le juge qui décide de la recevabilité de ces preuves. Autrement dit, ce sont les avocats et les juges qui contrôlent les preuves sur lesquelles la décision sera fondée. La question se pose donc de savoir qui sera le contrôleur si cette décision est prise dans un cercle.

Plusieurs réponses nous viennent immédiatement à l'esprit. Premièrement, la nécessité d'avoir un contrôleur est due au fait que les règles de la preuve ont pour objet de limiter le nombre de faits qui peuvent être invoqués. Certaines de ces règles ont trait à la pertinence des preuves, d'autres à la protection des droits des prévenus, d'autres encore sont destinées à assurer l'intégrité du processus judiciaire en refusant les éléments de preuve qui contribueraient à jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Il ne faut pas croire que ces règles conviendraient nécessairement dans un système de justice autochtone, en particulier un système de justice réparatrice³²³. En effet, si le système vise la guérison et la réconciliation et si la menace d'emprisonnement n'est pas un de ses fondements, il est peut-être moins impérieux d'avoir des règles restrictives. Un système de justice autochtone pourrait donc adopter une conception beaucoup plus large de la pertinence des

³²² Voir cependant nos commentaires sur l'évolution du processus du cercle au Yukon et dans le nord du Québec dans l'examen que nous faisons des cercles de consultation au chapitre 3.

³²³ McElrea, «Restorative Justice», cité à la note 194; et Consedine, *Restorative Justice*, cité à la note 103.

preuves et une conception très différente de ce qui jetterait le discrédit sur son fonctionnement. Dans un tel système le rôle de contrôle des avocats serait beaucoup moins nécessaire.

Même si un système autochtone, sous une forme transitoire ou définitive, continuait à utiliser les règles existantes de la preuve dans son processus décisionnel, ces règles pourraient être appliquées dans le contexte d'un cercle. Il faudrait peut-être alors que des contrôleurs trient les éléments de preuve avant leur présentation et qu'un arbitre intervienne si ce choix soulevait des objections, mais il serait très facile de le faire dans une structure différente. Conformément aux principes du cercle, certaines responsabilités seraient assignées aux avocats et aux juges, sans pour cela interdire aux autres membres de la collectivité de participer au processus.

Cette participation de la collectivité à un processus d'arbitrage autochtone a des précédents bien établis. La formule du jury en justice pénale est un excellent exemple à cet égard. Bien que le droit d'être jugé par un jury de pairs remonte à la *Magna Carta* et soit considéré comme une des garanties les plus importantes de la liberté individuelle, il demeure que dans la justice pénale canadienne contemporaine des jurys ne sont constitués que dans très peu de cas. L'immense majorité des décisions sont prises par les juges. Même lorsque des jurys sont constitués, on constate que les autochtones y sont sous-représentés alors qu'ils forment au contraire un pourcentage très élevé des accusés¹²⁴.

Dans un système judiciaire autochtone, la formule du jury pourrait faire peu neuve. Lorsqu'un délinquant nie sa culpabilité, un tel système permettrait peut-être d'obtenir pour la première fois ce que les autochtones considéreraient vraiment comme un jugement par un jury de pairs. En outre, l'obligation d'un verdict unanime s'accorde parfaitement avec la prise de décision fondée sur un consensus, chère aux autochtones. Ce serait un intéressant retour des choses si les collectivités autochtones adoptaient un processus décisionnel qui est en perte de vitesse dans le système non autochtone, pour en faire un élément important d'un système autochtone contemporain.

Cela ne signifie pas que le jury dans un système autochtone jouerait exactement le même rôle que dans le système non autochtone, où de nettes distinctions sont

¹²⁴L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba concluait dans son chapitre sur les jurys :

[TRADUCTION] Nous considérons que le système de jury au Manitoba est un exemple flagrant de discrimination systémique à l'égard des autochtones. Les études effectuées dans le cadre de notre enquête confirment que les autochtones sont nettement sous-représentés dans les jurys dans le nord du Manitoba et qu'ils sont presque totalement absents des jurys constitués à Winnipeg [...] Nos études montrent clairement que la représentation des autochtones dans les jurys est insuffisante, même lorsqu'il s'agit du procès d'un autochtone accusé d'avoir commis un délit à l'égard d'un autre autochtone dans une collectivité autochtone. (Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, pp. 378-379; voir également *Justice on Trial*, cité à la note 23, chapitre 4, pp. 45-46.)

établies entre les questions de fait et les questions de droit, distinctions que même les avocats les plus chevronnés ont parfois de la difficulté à appliquer. Il est possible que le système autochtone décide d'accorder plus de responsabilités au jury, même pour les questions qui, dans le système non autochtone, sont l'apanage des juges. Ce pourrait être le cas lors de l'interrogatoire des témoins. Dans certaines provinces, les procédures qui guident les enquêtes du coroner permettent aux membres du jury d'interroger les témoins lorsqu'ils veulent des éclaircissements sur leurs témoignages. Il leur est interdit de le faire dans les procès criminels à cause, essentiellement, des règles de la preuve et du contrôle exclusif que les avocats exercent sur la présentation de la preuve. Dans un processus décisionnel autochtone, où le rôle des avocats serait réduit, il serait peut-être possible de donner un rôle plus important au jury. Selon les règles de la preuve utilisées, il demeurerait peut-être nécessaire de déterminer la pertinence de certaines questions, d'où la nécessité d'avoir des participants au processus qui pourraient se prononcer sur ces questions. Cependant, la redéfinition et la redistribution des responsabilités pourraient donner une forme très différente et nettement autochtone à l'équité procédurale et substantielle.

C'est le caractère accusatoire de ce processus qui risque le plus de changer sous l'influence des autochtones. On nous a dit que, pour les autochtones, l'atmosphère de confrontation créée par ce processus, qui non seulement oppose la Couronne à la défense mais aussi dresse témoin contre témoin afin d'établir «les faits», perturbe les relations interpersonnelles et détruit l'harmonie sociale. L'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins par les avocats, principale méthode d'établissement de la crédibilité dans le processus accusatoire, ne tient pas compte du fait que beaucoup de sociétés autochtones interdisent toute déclaration qui pourrait être

Dans une étude effectuée pour la Commission de la réforme du droit du Canada, Archibald Kaiser examinait le même problème :

[TRADUCTION] Les lois actuelles ne permettent pas vraiment aux accusés d'influer sur la composition raciale ou culturelle d'un jury, à cette réserve près que les techniques générales de sélection d'un jury, telles que les exceptions péremptoires et les récusations motivées, permettent d'en modifier la composition. Le problème existe avant même que ces processus de sélection ne soient invoqués, car il est fort peu probable que le jury comporte une proportion élevée de personnes ayant la même origine raciale que l'accusé, à supposer que celui-ci soit autochtone. Cela est dû aux lois provinciales sur les jurys et aux possibilités réduites de récusation des jurés actuellement offertes en vertu de l'article 629 [du *Code criminel*]. Les décisions semblent être demeurées conformes à cette interprétation restrictive de la sélection des jurés car elles concluent en général que l'absence de représentants d'une race donnée ne constitue pas une preuve de discrimination. Les tribunaux canadiens répugnent simplement à reconnaître que la composition raciale ou culturelle d'un jury pourrait avoir le moindre effet sur l'issue du procès. (H. Archibald Kaiser, «The Criminal Code of Canada, A Review Based on the Minister's Reference» (1992) *U.B.C. Law Review* (numéro spécial sur la justice autochtone), pp. 120-121; voir également R. c. *Kent, Sinclair and Gode* (1986), 27 C.C.C. (3^e) 405 (Cour d'appel du Manitoba).

préjudiciable à la famille, au clan ou à la collectivité. Comme le faisait remarquer Rupert Ross dans *Dancing with a Ghost*, dans les sociétés autochtones il peut être moralement inacceptable de tenir des propos hostiles, critiques ou hargneux au sujet d'une personne en sa présence, alors que c'est précisément ce qu'exigent nos règles accusatoires¹³⁵. D'autres caractéristiques du processus actuel régissant les procès sont également difficiles à accepter pour les autochtones. Le fait que l'accusé soit obligé de s'exprimer par l'intermédiaire d'un avocat, alors qu'il se trouve dans la salle et qu'il serait parfaitement capable de le faire lui-même, est une notion tout à fait étrangère pour les autochtones, et les règles de la preuve, qui interdisent de témoigner aux membres de la collectivité alors qu'ils connaissent intimement les circonstances de l'affaire, sont totalement contraires aux pratiques consensuelles des autochtones.

Il ne serait pas difficile de modifier certaines de ces caractéristiques si les autochtones étaient les principaux intervenants aux audiences. On pourrait s'attendre à ce qu'un avocat autochtone, au fait des valeurs auxquelles sont attachés ses concitoyens autochtones, apporte à la tâche de représentation une attitude et un comportement différents de ceux qui sont encouragés dans le système non autochtone. Par exemple, conseiller à son client de ne pas participer au cercle alors que la collectivité s'attend à ce qu'il le fasse ne contribuerait certainement pas à renforcer la crédibilité de ce client. De même, poser des questions qui seraient jugées déplacées par les membres du cercle ne servirait pas non plus le client et ne contribuerait guère à régler une question importante pour la collectivité.

Nous ne prétendons pas qu'un procès mené selon les méthodes autochtones permettra d'éviter tout élément contradictoire lorsque l'autochtone contestera l'accusation portée contre lui. Il y aura toujours des cas où les témoins mentiront ou feront erreur. Il y aura des témoignages à infirmer, et l'avocat autochtone jugera peut-être que la seule méthode possible pour déterminer la crédibilité du témoin consistera à le soumettre à un contre-interrogatoire rigoureux afin de faire ressortir d'éventuels motifs cachés ou des contradictions dans ses déclarations. Mais ce qui, dans le système non autochtone, est toujours la stratégie préférée, peut devenir la solution de dernier ressort dans un système autochtone. Il ne faut pas sous-estimer la capacité d'un avocat autochtone, en particulier celui qui a été formé dans les deux systèmes judiciaires, de trouver des méthodes plus appropriées sur le plan culturel pour établir les faits.

Au cours de nos audiences et de nos recherches, nous avons été frappés par la manière tout à fait particulière dont les autochtones présentent des faits et des opinions. Conter une histoire, peut-être empruntée à un autre temps et lieu, pour illustrer l'argument ou la leçon à tirer au lieu de se contenter de simples affirmations, est une façon de procéder profondément enracinée dans les mœurs des sociétés autochtones. Les avocats autochtones pourraient fort bien s'inspirer de cette tradition pour élaborer un style particulier d'interrogation des témoins. Ces récits

¹³⁵ Ross, *Dancing with a Ghost*, cité à la note 135, chapitre 3.

peuvent être empruntés au vaste répertoire d'histoires de «Trickster» (le Filou), si courantes chez les peuples autochtones au Canada. Comme l'expliquait John Borrows, membre de la nation anishnabe et professeur de droit à Osgoode Hall :

[TRADUCTION] Dans le discours des Premières nations, un personnage fictif appelé le Trickster montre ce que ce serait de penser ou de se comporter comme quelqu'un de différent de soi-même. Cela aide les peuples des Premières nations à comprendre des points de vue différents, à opposer des interprétations distinctes et à les comparer. Trickster a des incarnations diverses selon les cultures. Les Anishnabe (Ojibwas) du centre du Canada l'appelaient Nanabush; les membres des Premières nations de la Colombie-Britannique l'appellent le Corbeau; pour les Micmacs des Maritimes, il est Glooscap; et pour les autres Premières nations du Canada il est le Coyote, le Corbeau, le Blaireau ou le Vieil Homme. Trickster revit aujourd'hui dans la version contemporaine de nos contes ancestraux [...] Trickster nous permet de tirer des leçons de la manière dont d'autres personnes se comprennent elles-mêmes parce qu'il adopte un comportement qui, à certains égards, correspond à celui de la personne qui écoute, et à d'autres, est tout à fait différent. Trickster encourage une prise de conscience des complexités de la différence car les auditeurs sont obligés de l'interpréter et d'accepter la possibilité de leur partialité. Trickster les aide donc à comprendre combien leur point de vue est limité¹²⁶.

Si l'on intégrait ce point de vue autochtone au système, on pourrait demander à un témoin d'interpréter le récit. Ce serait un moyen de l'amener à reconnaître qu'il fait peut-être erreur et de donner la possibilité à d'autres membres du cercle de tirer la même conclusion. Le recours au récit présente certaines limites, mais il en va de même du contre-interrogatoire. En fin de compte, il appartiendra aux autochtones de décider eux-mêmes de la méthode de décision qui correspond le mieux aux buts de leur système judiciaire.

L'émergence d'un processus décisionnel autochtone, fondé sur les principes du cercle et faisant appel à la participation la plus large possible des membres de la collectivité et pas simplement à celle de spécialistes, et un cadre d'établissement de la preuve qui ne se réduit pas à de simples questions et réponses mais fait appel à un récit des faits, pourraient non seulement permettre d'établir un processus conforme à la conception autochtone de la justice, mais aussi ouvrir des perspectives nouvelles à la justice non autochtone. Il existe déjà un corpus de recherches confirmant la théorie que, pour en arriver à un verdict, les jurys non autochtones reconstituent les éléments de preuve sous des formes narratives. Nancy Pennington

¹²⁶John Borrows, «Constitutional Law From a First Nation Perspective: Self-Government and the Royal Proclamation» (1994) 28 *U.B.C. Law Review* 7-8.

et Reid Hastie, deux psychologues américains qui ont fait des recherches très poussées sur la prise de décision par les jurys, ont écrit :

[TRADUCTION] Le modèle narratif est fondé sur l'hypothèse que les jurys réorganisent l'information présentée au cours du procès sous forme de récit [...] La démarche constructive joue en particulier dans les procès où les éléments de preuve sont décousus et difficiles à synthétiser. Tout d'abord, une masse considérable d'information est souvent présentée sur une période de plusieurs jours. Deuxièmement, elle prend habituellement la forme de questions et de réponses dont l'enchaînement n'est pas nécessairement logique; différentes personnes témoignent sur des éléments différents de la séquence des événements, sans nécessairement suivre un ordre chronologique ni établir de liens de cause à effet; d'ailleurs, on ne laisse normalement pas les témoins se livrer à des conjectures sur l'enchaînement logique des événements, par exemple sur les raisons qui ont poussé quelqu'un à commettre tel acte ou sur la réaction d'une personne devant un événement déterminé. C'est au moment du plaidoyer préliminaire et du plaidoyer final que l'avocat peut réorganiser cette information sous la forme d'un récit, mais il ne profite pas toujours de ces occasions³²⁷.

Les deux auteurs ont constaté qu'il était plus rare que les jurys condamnent un accusé lorsque les éléments de preuve de l'accusation étaient présentés dans l'ordre des témoins et ceux de la défense, sous la forme d'un récit (31 % concluaient à la culpabilité), et qu'il y avait plus de chances qu'ils le condamnent lorsque les éléments de preuve de l'accusation étaient présentés sous forme de récit et ceux de la défense, dans l'ordre des témoins (78 % en faveur de la culpabilité)³²⁸. Il se peut donc très bien que la présentation des éléments de preuve sous forme narrative fournisse des modèles de remplacement utilisables dans le système non autochtone.

Lorsque nous avons essayé d'imaginer à quoi pourraient ressembler des systèmes judiciaires autochtones, nous avons comparé le processus non autochtone, qui se déroule habituellement dans une salle d'audience, avec le processus autochtone, qui prend la forme d'un cercle. Il ne faut surtout pas penser qu'une méthode exclut l'autre : le processus non autochtone n'est pas gravé dans la pierre.

Il est tout aussi important de comprendre que le «cercle» est un processus extrêmement dynamique et souple. La composition d'un cercle n'est pas prédéterminée. Une collectivité peut, par exemple, décider que le cercle sera formé de membres

³²⁷ Nancy Pennington et Reid Hastie, «A Story Model of Juror Decision Making» dans *Inside the Jury*, sous la direction de R. Hastie, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1993, p. 195.

³²⁸ Pennington et Hastie, «A Story Model of Juror Decision Making», p. 211.

représentatifs du groupe qu'elle constitue (sous la forme d'un jury, par exemple) et de personnes qui se feront les défenseurs du processus. Une autre collectivité peut au contraire décider que le cercle devra regrouper autant de ses membres que possible, en particulier si les intérêts de la collectivité tout entière sont en cause (par exemple, dans les cas de vandalisme contre une école où un autre édifice public). Il est probable que le degré de participation communautaire ne demeurera pas constant. Au début, la collectivité voudra peut-être avoir la participation la plus large possible de ses membres à des fins éducatives, c'est-à-dire pour légitimer le système autochtone et faire ressortir ses différences avec le processus non autochtone. L'administration de la justice ne sera cependant pas le seul point inscrit au calendrier de l'autonomie gouvernementale. La nécessité d'aborder d'autres questions revêtant une importance vitale pour la collectivité conduiront probablement à l'établissement de distinctions entre les cas qui peuvent être réglés sans la participation de la communauté tout entière et les autres. Il est inévitable que les approches utilisées dans les systèmes judiciaires autochtones seront très diverses du fait de la diversité des peuples autochtones eux-mêmes.

En effet, ce qui montre bien cette diversité, c'est que certaines nations et collectivités autochtones n'adopteront pas le cercle. Les Salish du littoral, les Kwakiutl, les Gitksans, les Nisga'as, les autres nations de la côte ouest, et les Haudenosaunee dans l'Est, sont les peuples de la Longue maison ou de la Grande maison. Tout en partageant à bien des égards les mêmes conceptions philosophiques et spirituelles que celles qui imprègnent les cercles, ces peuples utilisent une disposition des places et un protocole tout à fait différents. Dans certaines longues maisons les membres des différents clans s'assoient le long des murs, selon un ordre formel bien défini correspondant aux rapports entre les participants et aux responsabilités qu'ils ont les uns à l'égard des autres. Il est prévisible que la puissance et la force qui se dégagent des cérémonies et des activités qui se déroulent dans les longues maisons et les grandes maisons seront exploitées pour façonner de nouveaux systèmes judiciaires autochtones. En fait, cela a déjà commencé.

Dans une affaire qui a créé un précédent, la nation des Salish du littoral dans l'île de Vancouver a démontré l'efficacité de ses lois et institutions traditionnelles en réglant un des conflits contemporains les plus ardues. Bien que le droit pénal ne joue pas dans cet exemple, l'affaire illustre parfaitement les méthodes de règlement des conflits chez les autochtones³²⁹.

L'affaire concernait la garde d'un enfant dont la mère venait de mourir. Une des dernières requêtes de celle-ci avait été que son fils Jeremy soit élevé par sa sœur, qui était membre de la nation nuu-chah-nulth, afin qu'on lui enseigne les traditions qui lui permettraient d'avoir un statut privilégié dans la bande maternelle. Le père, un Salish du littoral, prétendait que son fils jouissait des mêmes droits dans

³²⁹ Le compte rendu suivant, les citations et les extraits de l'entente sont tirés de Michael Jackson, «In Search of the Pathways to Justice», cité à la note 103, pp. 204-207.

sa famille paternelle. Le père et la tante voulant tous deux la garde de l'enfant, l'affaire a été portée devant le tribunal provincial de la famille. Pour que Jeremy puisse jouir de ce statut privilégié, il fallait qu'il commence très jeune à suivre l'enseignement de ses aînés. La question à trancher était donc la suivante : était-ce dans l'intérêt de ce jeune garçon et si oui, la famille maternelle était-elle plus importante que celle du père? La tante a demandé la garde de Jeremy en vertu de la *Family Relations Act*. Le Conseil tribal du sud de l'île a été autorisé à intervenir au cours des audiences et a proposé que l'affaire soit renvoyée devant un conseil d'anciens pour que celui-ci joue un rôle de médiateur. L'affaire a été reportée de six semaines, et les parties s'étaient mises d'accord sur les conditions de la médiation qui comportaient les éléments suivants :

[TRADUCTION] Le conseil des anciens devait être accepté par les deux familles et devait être dirigé par le président du conseil tribal. La médiation devait se dérouler dans une grande maison neutre, lieu traditionnel de rencontre des Salish du littoral; elle devait avoir lieu le soir afin de permettre aux familles des deux parties d'être convenablement représentées. Des porte-parole des deux familles s'adresseraient au conseil des anciens selon la tradition afin de leur faire part de leurs préoccupations et d'agir au nom de leurs familles. Les anciens ou les membres élus du conseil pourraient jouer le rôle de témoins des villages de chacune des deux familles; celles-ci auraient droit à la présence d'un avocat qui jouerait le rôle d'observateur pendant la médiation. Les solutions de remplacement et les recommandations proposées par les médiateurs aux familles ne seraient exécutoires que si les familles le décidaient d'un commun accord.

Le conseil des anciens s'est réuni et a rencontré les parties pour discuter de l'affaire et des précédents dans le droit des Salish du littoral, à la suite de quoi les parties ont accepté la solution proposée par le conseil. Bien que, comme le veut la tradition, ce règlement n'ait pas été consigné par écrit, une entente formelle a été rédigée et signée par toutes les parties et leurs représentants pour permettre au tribunal d'intégrer les conditions du règlement à sa décision. Cette entente comporte les dispositions suivantes :

[TRADUCTION] Attendu qu'un conflit a éclaté entre Allan John Jones [le père] et Audrey Thomas [la sœur de la mère], concernant les dispositions à prendre en faveur de l'enfant Jeremy, pour sa garde et son bien-être [...]

Attendu que les deux familles souhaitent que l'enfant grandisse dans un climat d'affection et d'harmonie entre les deux familles;

Et attendu que les enseignements, les traditions, la culture et le patrimoine des deux familles sont un droit de naissance de Jeremy et un don du Créateur;

Il est décidé que, conformément au précédent du droit de la famille et aux recommandations du conseil des anciens et des grands-parents des deux familles que la tradition soit honorée et respectée, et conformément aux coutumes de nos collectivités autochtones, la garde de l'enfant est confiée à Allan John Jones [...] Il est en outre décidé qu'Allan John Jones devra respecter le rôle, les conseils et l'influence des grands-parents des deux familles en ce qui concerne la manière d'élever l'enfant et le respect à l'égard de nos coutumes et de nos traditions eu égard au droit de la famille et aux dispositions spéciales concernant les familles étendues;

Il est également convenu qu'Audrey Thomas, sœur de feu Lucy Thomas, a un intérêt particulier dans la manière dont Jeremy sera élevé et qu'elle devra être traitée en conséquence conformément à nos enseignements;

Il est en outre convenu que l'enfant sera élevé dans le respect des coutumes et des traditions des deux familles et des cultures des grandes nations des Nuuchah-nulth et des Salish du littoral;

Il est également convenu qu'Allan John Jones devra accorder le droit d'accès et de visite aux parents et membres des deux familles conformément aux dispositions spéciales et aux coutumes des peuples autochtones en général et, en particulier, qu'il devra veiller à ce que l'enfant passe, comme le respect à leur égard l'exige, suffisamment de temps avec les grands-parents des deux familles, et il est par ailleurs convenu que les privilèges accordés aux grands-parents le seront également à Audrey Thomas;

Il est en outre convenu que le cœur et la porte des deux familles demeureront toujours ouverts à l'enfant Jeremy afin de le faire bénéficier de leur influence conformément aux dispositions spéciales et aux coutumes de nos peuples autochtones;

Il est en outre convenu qu'Allan John Jones a maintenant une obligation spéciale, conformément aux coutumes et aux traditions du droit de la famille, à l'égard de son fils Jeremy et des deux familles;

Et il est donc finalement convenu qu'Allan John Jones et Audrey Thomas, ainsi que les grands-parents et le conseil des anciens, requièrent son honneur le juge E.O. O'Donnell de la Cour provinciale [...] de rendre une décision conforme aux vœux des deux familles visant l'intérêt de l'enfant conformément aux coutumes et aux traditions du droit de la famille;

Toutes les parties conviennent, en apposant leur signature à ce document, d'élever l'enfant Jeremy dans le respect de nos coutu-

mes, en lui apprenant à les connaître et à les aimer, afin qu'il soit bien préparé pour la vie au sein de notre société autochtone et de la collectivité non indienne où il évoluera plus tard.

La procédure judiciaire a repris devant le tribunal provincial de la famille, et une ordonnance a été rendue à la suite du consentement des parties, accordant la garde de l'enfant au père et le droit d'accès à la tante et aux grands-parents des deux familles. L'ordonnance était accompagnée de l'entente écrite présentée ci-dessus, qui faisait dorénavant partie du jugement. Dans son jugement écrit, le juge O'Donnel faisait les commentaires suivants :

[TRADUCTION] Avant de traiter la forme de l'ordonnance proprement dite, je tiens personnellement à ajouter quelques mots à cause de l'importance historique du processus qui a abouti à cette entente et à ce jugement [...] Cette méthode de règlement des conflits a prouvé que les méthodes et les institutions autochtones traditionnelles peuvent fonctionner efficacement à notre époque. Le processus tout entier a montré qu'il est possible pour les institutions autochtones et pour nos tribunaux de collaborer et d'œuvrer de concert au profit de toutes les parties³³⁰.

Dans ce cas le recours au droit des Salish du littoral et son mécanisme de règlement des conflits ont permis d'éviter l'hostilité et les souffrances qui accompagnent habituellement les batailles pour la garde d'un enfant. Les deux familles pourront donc participer à l'éducation de l'enfant, qui profitera du patrimoine et des traditions des deux familles sans être obligé de choisir entre elles. Dans son commentaire, Michael Jackson fait observer qu'il est peu probable qu'on aurait pu obtenir le même résultat si l'on avait compté sur des procédures judiciaires où chaque partie aurait appelé à la barre des témoins des anciens qui auraient parlé, un peu comme des experts, du droit des Salish du littoral, en laissant au juge le soin de décider de l'intérêt de l'enfant.

[TRADUCTION] Le succès de cette affaire tient totalement au fait que tous les éléments essentiels du système judiciaire autochtone ont été invoqués. Les parties ont pu accepter les recommandations du conseil des anciens parce que c'est lui qui fait les lois, ce qui établit sa légitimité; le forum – la Grande maison – où se sont déroulées les délibérations concernant la loi et son application à ce cas était le symbole architectural des liens qui unissent les familles des Salish du littoral; ses sculptures, ses mats totémiques et les emblèmes qui le décorent représentent leur histoire commune; les procédures utilisées dans la Grande maison, les discours qui sont écoutés respectueusement et sans interruption au cours

³³⁰ «Family Relations Act and Audrey Thomas and Allan John Jones», jugement inédit du juge E.O. O'Donnel, 13 juillet 1988.

de la recherche d'un consensus, s'inspirent des traditions éprouvées qu'observent les Salish du littoral lorsqu'ils prennent des décisions.

Si on avait traité l'affaire en faisant appel au témoignage d'experts, la légitimité de *notre* fonction judiciaire, le symbolisme de l'architecture et du protocole de *nos* tribunaux, et *nos* méthodes d'interrogatoire et de contre-interrogatoire auraient influé sur la décision finale qui aurait été prise par un étranger à la collectivité. Si les parties avaient continué à recourir au processus contradictoire, la décision leur aurait été imposée et aurait probablement encore aggravé la dissension entre les familles; non seulement elle aurait créé d'autres factions dans la collectivité, mais aussi elle aurait probablement été préjudiciable à l'enfant³³¹.

Comme le juge O'Donnell le faisait observer dans son jugement, le processus autochtone et celui du tribunal ont pu fonctionner en harmonie. Ce résultat est en grande partie dû au fait que le conseil tribal a collaboré avec les autorités judiciaires pour sensibiliser les intéressés aux différences culturelles et que des juges tels que le juge O'Donnell se sont montrés réceptifs à cet effort. Michael Jackson soulève cependant les questions suivantes, fondamentales selon lui dans tout débat sur l'exercice de la justice dans les collectivités autochtones.

[TRADUCTION] Pourquoi faudrait-il que des collectivités autochtones telles que les Premières nations du sud de l'île sensibilisent les juges non autochtones à la nécessité de respecter le système autochtone dans leurs décisions? Dans la mesure où les peuples autochtones ont leur propre méthode de règlement des conflits de ce genre, plus favorable au maintien de l'harmonie sociale et de l'épanouissement individuel, pourquoi ne pas reconnaître qu'ils ont compétence pour trancher ces questions conformément à leurs propres principes et procédures³³²?

Notre réponse à la dernière question est claire. Le droit inhérent des nations autochtones à l'autonomie gouvernementale comprend le droit de régler des conflits de ce genre, ce qui est indispensable non seulement au maintien de l'harmonie sociale mais à la transmission des valeurs d'une génération à l'autre, suivant leurs lois et procédures.

Les systèmes de justice autochtone : grandes lignes

Même si la Commission n'a pas l'intention de prescrire la forme à donner aux systèmes judiciaires autochtones, nous croyons opportun d'esquisser les éventuels

³³¹Jackson, «In Search of the Pathways to Justice», cité à la note 103, pp. 206-207.

³³²Jackson, «In Search of the Pathways to Justice», p. 207.

contours de tels systèmes, par-delà les procès, pour mieux comprendre la diversité des approches auxquelles se prête la justice autochtone. Cela est particulièrement important car la justice pénale existante, fondée sur la punition et l'emprisonnement, peut nous rendre aveugles aux autres moyens d'imposer l'ordre et la paix dans un contexte de justice.

Notre examen des conceptions autochtones de la justice montre clairement que les systèmes de justice autochtone reposent sur les principes d'une justice réparatrice dans laquelle la réconciliation et la guérison jouent un rôle capital. Une telle justice exige l'élaboration de processus qui font intervenir tous ceux dont la participation est nécessaire à la réconciliation et à la guérison, ainsi que les ressources humaines et physiques nécessaires pour atteindre cet objectif. Dans notre examen des initiatives judiciaires autochtones, nous avons vu comment les autochtones de différentes nations utilisent des processus qui leur sont propres pour rompre les cycles du crime et de la victimisation. Pour ceux qui veulent déterminer l'orientation future des systèmes de justice autochtone, il y a d'importantes leçons à tirer de ces initiatives.

Si le maintien de la paix et la réconciliation sont les objectifs essentiels des corps de police autochtones, le recrutement et la formation de leurs membres, par exemple, prendront probablement une forme différente qu'à la GRC et dans les polices provinciales. Cela ne signifie naturellement pas que la police autochtone ne devra pas apprendre à désamorcer les situations dangereuses où il faut contrôler les participants avant d'essayer de les raisonner et de les réconcilier. Les corps de police autochtones, agissant sous l'autorité de gouvernements autochtones, pourront cependant élaborer toute une gamme de techniques fondées sur des compétences et des traditions différentes de celles que la police non autochtone utilise.

Pour les questions qui ne peuvent pas être réglées grâce à l'intervention des policiers, nous avons également vu comment, grâce à des initiatives telles que celle de Hollow Water, les autochtones ont élaboré des processus permettant d'établir la responsabilité des délinquants, d'habiliter les victimes, de tenir compte des fondements historiques et sociaux de la violence et de l'agression sexuelle, tout en associant la communauté à l'effort de guérison et de renouvellement de la force individuelle et collective. Comme les participants à l'initiative de Hollow Water se hâtent de le souligner, ils n'offrent pas nécessairement le modèle par excellence. C'est simplement un modèle qui est logique et qui donne de bons résultats pour eux. Il y a cependant des leçons très importantes à tirer pour ceux qui veulent élaborer leurs propres processus, ceux-ci pouvant prendre la forme de cercles de justice et de guérison ou s'inspirer de la longue maison ou d'autres lieux de réunion autochtones. Il nous paraît également évident, à en juger d'après des initiatives telles que celle des Gitksans et des Wet'suwet'en que, lorsque les familles étendues et les clans sont le fondement de l'organisation socio-économique, ces familles et ces clans joueront un rôle clé dans les systèmes judiciaires autochtones contemporains. Qu'il s'agisse de régler une affaire où un accusé accepte la responsabilité

du préjudice causé ou de rendre une décision dans un cas où les faits sont contestés, un système judiciaire fondé sur les traditions et les points forts de l'organisation sociale d'une nation autochtone a fondamentalement plus de chances d'atteindre ses objectifs que celui qui s'appuie sur des structures étrangères et aliénantes. Dans les systèmes gitksan et wet'suwet'en, c'est la salle du festin et non le tribunal qui sert de palais de justice.

Le développement des cercles de détermination de la peine montre également qu'il est possible d'élaborer des modèles de prise de décision qui habilent les collectivités en quête de solutions constructives pour les individus et les familles qui se font du mal et en font aux autres.

Au chapitre 3 nous avons aussi examiné l'expérience de la Nouvelle-Zélande/Aotearoa, où la formule de la réunion des groupes familiaux a été saluée comme un tournant important sur le plan juridique et celui des politiques; grâce à elle, les jeunes contrevenants sont traités dans le cadre d'une justice réparatrice. Des réunions semblables pourraient d'ailleurs s'intégrer aux systèmes judiciaires autochtones canadiens, du fait que leur composition correspond aux caractéristiques de l'organisation sociale autochtone. Il existe à l'étranger d'autres expériences dont les nations autochtones du Canada s'inspireront certainement. Il y a d'importantes leçons à tirer du système judiciaire tribal aux États-Unis pour constituer des tribunaux de ce type et, en particulier, pour en déterminer les exigences. La reconnaissance de pouvoirs suffisamment étendus, qui est une de ces exigences, sera examinée plus loin dans ce chapitre. À notre avis, des initiatives récentes telles que la création de la Peacemaker Court chez les Navajos, pourraient occuper une place importante dans les systèmes de justice autochtone de notre pays.

Le cheminement des prisonniers autochtones vers un renouveau spirituel pourrait également faciliter l'élaboration de systèmes judiciaires autochtones. Ce ne sont pas les autochtones qui ont construit les «maisons aux barreaux de fer» et il est probable que le système autochtone consacrerait plus d'efforts que le système non autochtone à trouver des solutions de rechange à l'emprisonnement. Même si c'est le cas, il y aura cependant toujours des individus que l'on ne pourra pas autoriser à demeurer dans la collectivité, soit à cause du danger constant qu'ils présentent, soit à cause de la nature des infractions commises. Pour ces individus il faudra utiliser des moyens de contrôle plus stricts que ceux que peut offrir la communauté. Cela signifie-t-il donc que les nations autochtones, dans l'exercice de leur compétence dans le domaine de la justice, devront maintenant construire leurs propres prisons ou prendre les mesures nécessaires pour que ces individus soient incarcérés dans des établissements non autochtones? Lorsqu'elles examineront cette question, les nations autochtones pourront s'inspirer de l'expérience des programmes existants centrés sur la spiritualité autochtone et des leçons tirées de l'ouverture du pavillon de ressourcement de Maple Creek, en Saskatchewan. Comme nous l'avons vu au chapitre 3, il ne s'agit pas seulement d'une architecture inspirée par les constructions autochtones, mais d'une création philosophique

intégrant les principes et les processus de la quête de guérison. Dans la mesure où les autochtones auront besoin de sortir de leurs collectivités pour cesser d'être violents, le pavillon de ressourcement nous paraît avoir davantage d'avenir que le pénitencier dans des systèmes de justice autochtone.

La question des compétences

Les types de compétences

Nous examinons dans cette section les questions de compétence qu'il va falloir résoudre si l'on veut que les nations autochtones puissent créer leurs propres systèmes de justice. Lorsque nous parlons des systèmes de justice autochtone, nous pensons à des systèmes conçus aussi bien pour administrer la justice que pour adopter des lois. La création de tels systèmes doit s'effectuer dans le cadre d'une constitution qui répartit les pouvoirs en matière de justice entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales et qui reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones. Il est donc nécessaire de commencer par examiner le cadre constitutionnel actuel de façon à déterminer dans quelle mesure les systèmes de justice autochtone peuvent s'y intégrer. Il faudra également examiner si l'exercice des compétences législatives des gouvernements autochtones risque d'être restreint par les dispositions ou les pratiques constitutionnelles actuelles. En particulier, nous allons étudier la façon dont les nations autochtones peuvent exercer leurs pouvoirs législatifs dans le domaine du droit pénal.

Nous examinons ensuite les façons dont l'on pourrait résoudre les conflits de compétence que risque de faire apparaître le fonctionnement de systèmes de justice autochtone aux côtés du système de justice non autochtone. Les questions envisagées ici sont celles de la compétence personnelle, de la compétence matérielle, de la compétence territoriale et enfin, celle de la reconnaissance et du respect par les organes décisionnels tant autochtones que non autochtones des décisions émanant d'un système judiciaire différent.

Cependant, avant de pouvoir examiner toutes ces questions en détail, il sera utile, une fois de plus, d'examiner l'expérience américaine. En effet, la plupart des questions de compétence qui nous intéressent ici ont déjà été traitées, sous une forme ou une autre, dans ce pays au moment de la création du système des tribunaux tribaux et au cours de son évolution. Il ne faudrait pas laisser passer l'occasion de tirer profit de cette expérience.

L'expérience des tribunaux tribaux

L'émergence du système des tribunaux tribaux aux États-Unis s'explique par l'histoire constitutionnelle de ce pays. La décision qu'a rendue la Cour suprême américaine dans l'affaire *Worcester c. Georgia* en 1832 est importante en ce qu'elle a reconnu le principe de la souveraineté tribale par rapport aux actions des États membres.

Cette décision indique que, dans l'ensemble, le droit pénal américain relève des différents États membres. Les pouvoirs attribués aux États dans le domaine du droit pénal et le principe de la souveraineté des tribus ont provoqué un certain nombre de conflits au cours des 90 années qui ont suivi *Worcester*. Dans l'arrêt *Ex Parte Crow Dog*³³³, en 1883, la Cour suprême des États-Unis a jugé que seuls les tribunaux tribaux avaient compétence pour entendre les affaires pénales concernant les territoires indiens et que, par conséquent, un Sioux qui avait tué un autre Sioux sur des terres indiennes n'était pas justiciable des tribunaux des États. C'est à la suite de cette décision que le Congrès américain a adopté la *Major Crimes Act*.

Les nations indiennes jouissaient donc d'une liberté complète à l'égard des gouvernements des États pour ce qui est de l'adoption et de l'application des lois, mais d'après ces décisions judiciaires, le gouvernement fédéral conservait le pouvoir d'intervenir dans les questions indiennes. C'est ce qu'a confirmé la Cour suprême des États-Unis dans sa décision *Talton c. Mayes* en 1896 :

[TRADUCTION] ces droits possèdent certes les caractéristiques des pouvoirs d'un gouvernement local, lorsqu'ils servent à exercer des fonctions tribales, mais ils demeurent néanmoins assujettis à l'autorité législative suprême des États-Unis³³⁴.

Les décisions de la Cour suprême au XIX^e siècle n'ont pas précisé la forme que devaient prendre les systèmes indiens de règlement des conflits, mais c'est le gouvernement fédéral qui a contrôlé l'évolution des tribunaux tribaux à partir de 1883³³⁵. En adoptant l'*Indian Civil Rights Act* en 1968, le gouvernement fédéral s'assurait que les tribunaux tribaux ressembleraient, par l'organisation et le fonctionnement, aux tribunaux du reste du pays.

Il est très difficile de définir quelle est la compétence personnelle des tribunaux tribaux; même les avocats qui plaident devant les tribunaux tribaux américains ont du mal à s'y retrouver. Pour ce qui est des affaires pénales, la compétence des tribunaux tribaux s'étend aux membres de la tribu pour toutes les infractions à l'exception de celles que vise la *Major Crimes Act*. Ces tribunaux ne peuvent juger les non-Indiens pour des infractions commises dans la réserve, sauf pour les infractions mineures au code de la route. Les infractions commises par des non-Indiens doivent être jugées par des tribunaux fédéraux ou étatiques. On a pensé jusqu'en 1990 que la compétence des tribunaux tribaux s'étendait aux infractions (autres que celles que vise la *Major Crimes Act*) commises par des Indiens vivant dans une réserve même s'ils appartenaient à une autre tribu. En 1990, la Cour suprême a

³³³ *Ex Parte: In The Matter of Kang-Gi-Shun – Otherwise Known as Crow Dog* (1883), 109 U.S. 556 (Cour suprême des États-Unis).

³³⁴ *Talton c. Mayes*, cité à la note 298, p. 384.

³³⁵ Jonathan Rudin et Dan Russell, «Native Alternative Dispute Resolution Systems: The Canadian Future in Light of the American Past», Toronto, Ontario Native Council on Justice, 1993, pp. 7-8.

toutefois semé la confusion dans *Duro c. Reina*³³⁶. L'arrêt *Duro* illustre les problèmes de compétence qui peuvent découler d'un système qui confie à des tribunaux non autochtones le soin de décider, cas par cas, la portée exacte de cette compétence.

Le 15 juin 1984, Albert Duro, un Indien californien mission, avait tué, prétendait-on, un jeune garçon de 14 ans sur la réserve Salt River Pima-Maricopa en Arizona. Duro a été accusé de meurtre et, selon les dispositions de la *Major Crimes Act*, l'affaire a été entendue par un tribunal fédéral. Le ministère public a toutefois retiré les accusations portées contre Duro, qui a alors été accusé sur la réserve d'avoir déchargé illégalement une arme à feu, une infraction mineure qui relève du tribunal tribal. Duro a contesté la compétence du tribunal tribal, et la question a finalement été soumise à la Cour suprême. Celle-ci a reconnu, comme Duro le soutenait, que le tribunal tribal ne pouvait exercer sa compétence qu'à l'égard des membres de la tribu qui résidaient sur le territoire où siégeait la cour³³⁷.

L'arrêt *Duro* a créé un vide juridique dans les réserves indiennes (ce qu'a d'ailleurs admis la Cour suprême), vide qui empêchait pratiquement les tribus de maintenir l'ordre puisqu'une partie importante de la population vivant dans la réserve échappait à la justice tribale. En effet, non seulement ces personnes ne relevaient pas des tribunaux tribaux mais on se demandait sérieusement si les autorités étatiques et fédérales étaient disposées à combler ce vide.

L'arrêt *Duro* a transformé en cauchemar une situation qui était déjà complexe, celle des compétences d'attribution. Eldridge Coochise, président de l'American Indian Court Judges' Association, a présenté un exposé devant le Committee on Interior and Insular Affairs de la Chambre des représentants en 1991. Le Comité tenait des audiences pour étudier les répercussions de l'arrêt *Duro*. Au cours de son exposé, Coochise a produit un tableau dans lequel il tentait de décrire les compétences des tribunaux tribaux. Ce tableau contenait beaucoup de blancs qui représentaient soit des sujets ne relevant d'aucun système judiciaire, soit des questions de compétence non résolues³³⁸. Toutes les nations indiennes ont décidé de présenter au Congrès des observations à ce sujet, et celui-ci a alors adopté une loi qui avait pour principal effet d'infirmier l'arrêt *Duro* et de rendre aux tribunaux tribaux le pouvoir d'entendre les affaires concernant tout Indien se trouvant dans la réserve, compte tenu des limites imposées par la *Major Crimes Act*. Cette décision du Congrès a ramené le fouillis inextricable qui s'était installé dans le domaine des compétences des tribunaux tribaux à la «simple confusion» qui existait avant l'arrêt *Duro*.

³³⁶ *Duro c. Reina* (1990), 110 S. Ct. 2053 (Cour suprême des États-Unis).

³³⁷ United States Congress, House of Representatives Committee on Interior and Insular Affairs, *The Duro Decision: Criminal Misdemeanour Jurisdiction in Indian Country*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1991, p. 3.

³³⁸ Observations écrites d'Eldridge Coochise présentées au Committee on Interior and Insular Affairs de la Chambre des représentants, *The Duro Decision: Criminal Misdemeanour Jurisdiction in Indian Country*, p. 119.

Dans le domaine du droit privé, les tribunaux tribaux ont une compétence pratiquement illimitée sur les questions prenant naissance sur la réserve et ils ont résolu des affaires très complexes mettant en jeu des millions de dollars. Cette compétence s'étend aussi bien aux membres de la tribu qu'aux Indiens appartenant à d'autres tribus. La compétence civile à l'égard des parties autres qu'indiennes est une question beaucoup plus complexe qui suscite, depuis une quarantaine d'années, une jurisprudence abondante. Dans *Williams c. Lee*³³⁹, la Cour suprême a conclu que c'était le tribunal tribal navajo et non la Cour suprême de l'Arizona qui possédait une compétence exclusive à l'égard d'une action introduite par un non-Indien dans le but de faire exécuter une obligation découlant d'un contrat conclu dans la réserve navajo avec un Indien. La Cour en est arrivée à cette conclusion en jugeant que la question relevait de la compétence tribale et non de la compétence étatique ou fédérale si le sujet était un élément essentiel du droit de la tribu à l'autonomie gouvernementale, et que c'était là le critère à appliquer. La Cour suprême a utilisé ce critère pour déclarer valide une taxe tribale sur les cigarettes vendues à des non-Indiens et une taxe sur les minéraux exigée des sociétés en activité sur les terres de la réserve. La cour a également confirmé la validité d'une taxe commerciale imposée aux sociétés non indiennes, et invalidé des taxes étatiques sur les redevances provenant de baux miniers versées par des non-Indiens à une tribu³⁴⁰.

Avant de clore l'examen des tribunaux tribaux, il convient de revenir sur deux remarques que nous avons faites au début du chapitre. Tout d'abord, ce serait une erreur de penser que les tribunaux tribaux représentent nécessairement la méthode de règlement des conflits que préfèrent les Amérindiens. Le choix des tribunaux tribaux comme instance chargée de régler les conflits sur les réserves n'a pas été précédé de consultations ou de discussions avec la collectivité, mais imposé par le gouvernement américain. De la même façon, c'est également de l'extérieur qu'a été réglé le conflit entre les préoccupations liées à l'équité procédurale et les traditions autochtones de règlement des conflits. L'adoption de l'*Indian Civil Rights Act* a apporté la solution que souhaitait le Congrès. Cette loi ne prévoit aucun mécanisme de retrait et les collectivités n'ont d'autre choix que d'adhérer à l'ICRA. En gros, le modèle du tribunal tribal constitue l'application de ce que Rudin et Russell qualifient d'approche «taille unique» aux questions de justice autochtone³⁴¹.

Le deuxième point qu'il convient de souligner est que les restrictions imposées par les lois fédérales n'ont pas complètement empêché l'apparition d'autres systèmes judiciaires sur les réserves. En fait, comme notre étude de la Navajo Peacemaker Court le montre, on a vu apparaître dans les territoires qui relèvent des tribunaux tribaux des projets semblables aux autres projets de justice autochtone mis en place au Canada.

³³⁹ *Williams c. Lee* (1959), 358 U.S. 217, 223, 3 L. Ed. 2d 251 (Cour suprême des États-Unis).

³⁴⁰ On trouvera dans le rapport de l'AJM un résumé de la compétence civile des tribunaux tribaux américains, volume I, pp. 278-279.

³⁴¹ Rudin et Russell, «Native Alternative Dispute Resolution Systems», cité à la note 335, pp. 31-32.

Le fondement juridique des systèmes de justice autochtone

Le cadre constitutionnel

Nous avons décrit en détail dans *Partenaires au sein de la Confédération* la place des peuples autochtones dans le cadre constitutionnel canadien et il serait inopportun de passer en revue ici tous les documents cités dans cette étude³⁴². Il convient toutefois de revenir sur une de ces questions, celle de savoir si le droit d'adopter des lois, d'administrer et de créer des systèmes de justice fait partie des droits inhérents des peuples autochtones. Si tel est le cas, il faudra se demander si les lois en question se situent au centre ou aux confins des pouvoirs autochtones en matière pénale. Dans le second cas, ce genre de loi devrait être approuvé par les autres ordres de gouvernement.

La *Loi constitutionnelle de 1867* contient plusieurs dispositions qui répartissent entre le gouvernement fédéral et les provinces les responsabilités dans le domaine de la justice. D'une façon générale, le Parlement du Canada est compétent en matière de droit pénal et de procédure pénale tandis que les législatures provinciales sont chargées d'administrer la justice. Ces responsabilités découlent de la répartition des pouvoirs qu'opèrent les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 91(27) énonce que l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à la «loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle». Le paragraphe 92(14) énonce que les législatures provinciales peuvent exclusivement légiférer dans le domaine suivant: «L'administration de la justice dans la province, y compris 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».

Le professeur Wayne Mackay a décrit la façon dont les constitutionnalistes interprètent habituellement ces dispositions, en dehors de toute considération des effets que peut avoir l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[TRADUCTION] Selon une interprétation littérale de ces deux articles, c'est le gouvernement fédéral qui fixe les règles de fond, y compris les règles de preuve. Le pouvoir fédéral englobe également la procédure pénale. Ce pouvoir fédéral comprend le traitement des affaires pénales, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'à l'issue finale mais les gouvernements provinciaux ont également un rôle important à jouer pour ce qui est des services de police, des poursuites et de l'administration générale de la justice. Cet arrangement est, en pratique, le fruit d'un fédéralisme coopératif – coopération dont les peuples autochtones ont le plus souvent

³⁴² Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 8, chapitre 2 «La Loi constitutionnelle de 1982: un tournant», pp. 29 à 49.

été exclus. Reste aux gouvernements provinciaux le pouvoir de créer une organisation judiciaire à qui seraient confiées ces questions³⁴³.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce :

35. (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le sens du paragraphe 35(1) a suscité de nombreuses hypothèses avant que les tribunaux n'aient eu l'occasion d'en préciser la portée. Qu'entendait-on par l'expression «droits existants – ancestraux ou issus de traités» et quel pouvait être le sens du mot «existants» au début de l'article³⁴⁴? La décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1990 dans l'affaire *R. c. Sparrow* a dissipé une partie de cette incertitude³⁴⁵.

L'arrêt *Sparrow* contient des éléments importants et nouveaux mais il doit être interprété avec prudence. La Cour suprême a noté dans ses motifs de jugement que l'affaire concernait la portée du droit des autochtones à pêcher à des fins de subsistance et elle a signalé qu'il ne faudrait pas oublier ce contexte lorsqu'on interpréterait l'arrêt.

La Cour a jugé que les droits «existants» dont parle le paragraphe 35(1) sont ceux qui n'ont pas été éteints par une décision gouvernementale ayant cet effet. Le fait de réglementer un tel droit n'a toutefois pas été considéré comme entraînant l'extinction. D'après la Cour, pour qu'un droit ancestral soit déclaré éteint, il faut que le gouvernement ait clairement eu l'intention de l'éteindre.

Qu'en est-il donc de la situation du droit à l'autonomie gouvernementale et, en particulier, du droit d'administrer la justice et d'adopter des lois compte tenu du paragraphe 35(1)? Nous avons écrit ce qui suit dans *Partenaires au sein de la Confédération* :

il semble que les lois fédérales relatives aux Indiens ne visaient pas à les dépouiller de toute autorité gouvernementale, même si elles ont gravement désorganisé et corrompu leurs structures politiques, ne leur laissant que des pouvoirs très limités. Il y a des raisons convaincantes de conclure que leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale existait toujours en 1982 lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce droit peut en conséquence être qualifié d'«existant» aux termes du paragraphe

³⁴³ A.W. Mackay, «Federal-Provincial Responsibility in the Area of Criminal Justice and Aboriginal Peoples» (1992) *U.B.C. Law Review* (numéro spécial sur la justice autochtone), p. 315.

³⁴⁴ Le mot «existants» ne figurait pas dans la version originelle de l'article 35. Les provinces ont tenu à l'ajouter parce qu'elles estimaient qu'il aurait pour effet de limiter les droits dont parle cet article aux droits ancestraux qui étaient en vigueur au moment de l'adoption de la Loi constitutionnelle.

³⁴⁵ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (Cour suprême du Canada).

35(1) [...] Une approche semblable pourrait toutefois être adoptée [également] à l'égard des droits gouvernementaux des Inuit et des Métis aux termes du paragraphe 35(1)¹⁴⁶.

L'exercice des droits visés par le paragraphe 35(1) comporte toutefois certaines restrictions. D'une façon générale, la protection qu'offre la Charte vaut, pour reprendre les termes de l'article 1, «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Mais l'article 35 ne fait pas partie de la Charte et l'on ne peut donc invoquer l'article 1 pour justifier des mesures gouvernementales qui auraient pour effet de restreindre les droits du paragraphe 35(1). Avant *Sparrow*, on aurait pu soutenir qu'une disposition législative restreignant un droit garanti par le paragraphe 35(1) devait être invalidée parce que le seul autre article qui traite des conflits entre la Constitution et les décisions gouvernementales est l'article 52, qui énonce que la Constitution «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».

Malgré l'absence de ce que l'on a appelé le «critère des limites raisonnables» dans l'article 35, la Cour a précisé dans *Sparrow* que les droits ancestraux ne sont pas absolus. D'après elle, un gouvernement ne peut porter atteinte à un droit du paragraphe 35(1) que si le règlement ou la loi contestée poursuit un objectif législatif régulier. Ensuite, le gouvernement devrait justifier le règlement en démontrant qu'il répond à une nécessité impérieuse et réelle. La Cour a souligné le fait que, lorsqu'il s'agit de limiter un droit du paragraphe 35(1) :

l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable¹⁴⁷.

Compte tenu de tout cela, nous avons décrit dans *Partenaires au sein de la Confédération* la portée du droit à l'autonomie gouvernementale telle qu'elle ressort du paragraphe 35(1) en définissant trois principes directeurs :

Le premier de ces principes veut que le champ de compétence virtuelle [...] qui appartient aux peuples autochtones aux termes du paragraphe 35(1), a la même étendue, en gros, que le pouvoir concernant «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens» conféré au gouvernement fédéral par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce domaine, les gouvernements autochtones et le gouvernement fédéral détiennent des pouvoirs

¹⁴⁶ *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 8, chapitre 2, pp. 35-36.

¹⁴⁷ *R. c. Sparrow*, cité à la note 345, p. 1114.

législatifs concurrents, c'est-à-dire qu'ils ont des pouvoirs législatifs qui sont indépendants mais qui chevauchent [...]

Suivant le deuxième principe, s'il y a incompatibilité d'une loi autochtone et d'une loi fédérale et que les deux soient par ailleurs valides, la première prime, sauf si la seconde satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Sparrow*. Selon ce critère, les lois fédérales ont prééminence lorsqu'on peut démontrer que la nécessité de l'intervention fédérale est impérieuse et réelle et que ces lois sont conciliables avec les responsabilités fondamentales de fiduciaire qu'a la Couronne envers les autochtones.

Selon le troisième principe, l'interaction entre les lois autochtones et les lois provinciales est soumise à des règles semblables à celles qui régissent l'interaction des lois fédérales et provinciales en ce domaine¹⁴⁸.

Qu'est-ce que cela veut dire pour les gouvernements autochtones qui voudront créer et administrer leurs propres systèmes judiciaires? Il ressort de notre analyse des tribunaux de l'article 107 que, dans une certaine mesure au moins, le chef de compétence fédérale que constitue le paragraphe 91(24) prévoyait des mécanismes judiciaires distincts pour les autochtones. Par conséquent, si l'on admet que les droits visés par le paragraphe 91(24) se répartissent entre les gouvernements autochtones et le gouvernement fédéral, il faut en déduire que les peuples autochtones possèdent à tout le moins des pouvoirs concurrents à ceux du gouvernement fédéral dans ce domaine, sous réserve, bien entendu, de l'existence d'un motif impérieux d'accorder la primauté à la loi fédérale.

Pour préciser la portée du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, en particulier dans le domaine de l'administration de la justice, il faut également tenir compte de l'argument avancé par les nations indiennes qui ont signé avec la Couronne des traités qui comprennent des dispositions pertinentes. Ces nations soutiennent que ces traités confirment leur droit à l'autonomie gouvernementale dans ce domaine¹⁴⁹.

Le premier traité conclu entre les Britanniques et les Haudenasaunee en 1664 prévoyait la répression des infractions transnationales et reconnaissait la compétence mutuelle de chacune des parties à l'égard des infractions commises par leurs sujets ou les personnes placées sous leur protection. C'étaient, par conséquent, les autorités britanniques qui devaient réprimer les infractions commises par des sujets

¹⁴⁸ *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 8, p. 39 (sans les notes). Nous reviendrons sur cette question dans notre rapport final.

¹⁴⁹ Il n'est pas possible de comprendre la véritable nature des traités dont nous parlons ici en se limitant au seul examen de leur texte. Il est indispensable de s'en remettre également à la tradition orale si l'on veut appréhender la véritable portée de ces documents. La question sera abordée de façon plus détaillée dans notre rapport final.

britanniques contre des Iroquois alors que les Iroquois devaient réprimer les actes commis par les Iroquois contre des sujets britanniques ou des sujets indiens bénéficiant de la protection britannique³⁵⁰.

Le renouvellement et la reformulation de 1726 d'un traité conclu entre la nation micmaque et les Britanniques en 1725 contenaient également des clauses qui traitaient des pouvoirs en matière de justice. Les nations indiennes de la Confédération des Wabanakis avaient convenu qu'«en cas de vol avec violence ou d'outrage commis par un ou plusieurs Indiens [contre les sujets de Sa Majesté résidant dans la province], la ou les tribus auxquelles ils appartiennent feraient réparation et restitution aux parties lésées». D'après la nation micmaque, les chefs de ces tribus étaient, en vertu de ces articles, responsables des actes commis par leurs membres contre des sujets britanniques, et ces actes ne relevaient ni des tribunaux, ni des organismes législatifs provinciaux³⁵¹.

Les différentes nations indiennes qui vivaient dans ce qui est maintenant le Manitoba, la Saskatchewan et l'Alberta et qui étaient parties aux traités numérotés négociés après la Confédération affirment, qu'en raison des dispositions de ces traités, elles ont conservé leurs pouvoirs en matière de justice. Les nations indiennes de l'ouest du Canada soutiennent que, d'après leur tradition orale, il avait été convenu au cours de la négociation de ces traités qu'aucune des parties n'interviendrait dans les affaires internes des autres parties. On reconnaissait, en particulier, que les nations indiennes conserveraient leurs propres systèmes judiciaires et qu'elles remettraient à la Police montée du Nord-Ouest les personnes à traduire devant les tribunaux de la Couronne³⁵². L'Assembly of Manitoba Chiefs a soutenu dans son témoignage devant l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba que non seulement les traités numérotés confirmaient leurs pouvoirs en matière d'administration de la justice sur les terres qui leur étaient réservées, mais que ces traités envisageaient également un rôle pour les tribus indiennes dans l'administration de la justice sur les terres cédées par traité³⁵³.

La Commission estime que la protection constitutionnelle des droits existants – ancestraux ou issus de traités – reconnue et confirmée par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'étend à l'autonomie gou-

³⁵⁰ «Articles of Agreement Between the Five Nation Indians and Colonial George Cartwright, 1664» dans *Early American Indian Documents, Treaties and Laws, 1607-1789*, sous la direction de A. Vaughan, Washington (D.C.), University Publications of America, volume 7, p. 294.

³⁵¹ L'interprétation micmaque du traité wabanaki est expliquée dans le mémoire de Marie Battiste présenté pour le compte du Grand Council of the Mikmaq Nation à la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, cité à la note 31, volume 3, 1989, annexe 2, p. 81.

³⁵² Nous allons examiner en détail l'interprétation donnée aux traités numérotés dans notre rapport final.

³⁵³ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 313.

vernementale autochtone dans les domaines relatifs à la création de systèmes de justice.

Recommandation 1

La Commission recommande que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux reconnaissent le droit des nations autochtones de créer et d'administrer leurs propres systèmes de justice conformément à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, y compris le pouvoir de légiférer, dans le territoire de chaque nation autochtone.

À la recherche d'un fondement constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone : la répartition des pouvoirs

À la lumière de notre interprétation du paragraphe 35(1), quel cadre juridique s'accorderait le mieux avec ces systèmes? Les travaux effectués dans ce domaine par l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, la Commission de réforme du droit du Canada et les recherches que nous avons commandées ont guidé notre réflexion. Le cadre constitutionnel et juridique actuel offre plusieurs moyens de fonder ces systèmes. On peut résumer les deux premières solutions de la façon suivante. Le gouvernement fédéral ou une province pourrait adopter une loi portant création d'un système de justice autochtone, prévoyant également la constitution d'un système de tribunaux autochtones. Le gouvernement fédéral pourrait s'appuyer pour le faire soit sur le paragraphe 91(24), soit sur l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 91(24) attribue au Parlement compétence sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» (ce qui, d'après la Cour suprême du Canada, vise également les Inuit³⁵⁴) tandis que l'article 101 énonce que le Parlement du Canada pourra «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». La compétence d'un tribunal autochtone créé par le gouvernement fédéral pourrait s'étendre aux litiges régis par les lois fédérales, par la *Loi sur les Indiens* notamment, ainsi qu'aux questions auxquelles s'applique la common law fédérale, notamment la common law en matière de titre ancestral. Cette compétence pourrait également s'étendre aux affaires pénales ainsi qu'aux litiges régis par des lois provinciales d'application générale incorporées par renvoi aux termes de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*³⁵⁵.

La compétence législative provinciale découlerait du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère aux législatures provinciales le pouvoir de

³⁵⁴ *Re Term "Indians"*, [1939] R.C.S. 104 (Cour suprême du Canada). Nous estimons que cet article vise également les Métis. Nous y reviendrons dans notre rapport final.

³⁵⁵ Voir Patrick Macklem, «Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs et les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la magistrature» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 336. Voir également Mackay, «Federal-Provincial Responsibility», cité à la note 343.

légiférer dans le domaine de l'administration de la justice, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux. Selon la jurisprudence relative au paragraphe 91(2+), une province peut, dans certaines circonstances, adopter des lois d'application générale régissant les autochtones, mais d'une façon générale, une loi provinciale ne peut s'appliquer uniquement à ceux-ci. Dans l'arrêt *Kruger et Manuel c. La Reine*, la Cour suprême du Canada a jugé que «le fait qu'elle 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 générale³⁵⁶». On pourrait toutefois soutenir qu'une loi provinciale créant un tribunal autochtone ne saurait être une loi d'application générale et qu'il faudrait donc la considérer comme une loi concernant les Indiens et leurs terres.

Malgré cette possibilité, il existe des arguments favorables à l'utilisation des pouvoirs provinciaux pour créer un tribunal autochtone. En particulier, les tribunaux ont jugé que le paragraphe 92(14) autorisait une province à créer un tribunal dont serait justiciable une catégorie de personnes qui relèvent d'une compétence fédérale exclusive, sans que cela empiète sur une compétence législative fédérale. Ainsi, dans l'arrêt *Re Loi sur les jeunes contrevenants (I.-P.-É.)*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité d'une entente fédérale-provinciale prévoyant la création d'un système judiciaire distinct pour les jeunes contrevenants. On contestait la validité d'une entente selon laquelle une loi fédérale conférait aux tribunaux provinciaux pour adolescents le pouvoir d'administrer une loi fédérale concernant les jeunes contrevenants. La Cour suprême a confirmé la constitutionnalité de la participation provinciale en ces termes :

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 Loi³⁵⁷.

Ainsi, d'après cette décision, une province a le pouvoir de créer un tribunal dont est précisément justiciable une catégorie de personnes qui relèvent d'une compétence législative fédérale, savoir les adolescents inculpés d'une infraction criminelle. Aux termes de cet arrêt, il semble possible qu'une province ait le droit de créer des tribunaux autochtones, même si les peuples autochtones relèvent d'une compétence législative fédérale³⁵⁸.

Une loi provinciale créant un système de justice autochtone serait valide s'il était possible de la qualifier de loi concernant l'administration de la justice. Une loi pro-

³⁵⁶ *Kruger et Manuel c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 à la p. 110 (Cour suprême du Canada).

³⁵⁷ *Re Loi sur les jeunes contrevenants (I.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252 à la p. 263 (Cour suprême du Canada).

³⁵⁸ Dans une étude commandée pour notre table ronde sur les questions judiciaires, Patrick Macklem fait le commentaire suivant au sujet de l'analogie que l'on peut établir entre la création par les provinces d'un tribunal pour adolescents et d'un tribunal autochtone :

vinciale qui créerait un tribunal autochtone comporterait des aspects fédéraux et provinciaux. L'aspect fédéral serait que cette loi vise uniquement les autochtones. Son aspect provincial serait qu'elle concerne l'administration de la justice dans la province. Lorsque l'aspect provincial l'emporte sur l'aspect fédéral, la loi peut alors être valablement adoptée par une province³⁵⁹. Il est difficile de se prononcer dans l'abstrait sur la constitutionnalité d'une loi, mais il est probable qu'une loi provinciale créant un tribunal autochtone viserait uniquement les autochtones dans le but d'administrer la justice dans la province. L'aspect fédéral ne constituerait donc qu'un moyen d'atteindre un objectif législatif provincial valide, et cet aspect serait donc relativement moins important que l'aspect provincial de la loi en question.

La province pourrait attribuer à des tribunaux autochtones le pouvoir de juger des questions concernant les autochtones mais qui relèvent d'une compétence législative provinciale, et peut-être aussi des questions qui relèvent de l'autorité législative fédérale. Dans l'arrêt *P. G. Ontario c. Pembina Exploration of Canada Ltd.*, la Cour suprême a déclaré, à l'unanimité :

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 constitutionnel³⁶⁰.

Le juge La Forest a également déclaré, au nom de la Cour, qu'une province pourrait confier des pouvoirs généraux à un tribunal inférieur créé par la province «notamment à l'égard des actions qui relèvent d'un domaine de compétence fédérale». À moins que le gouvernement fédéral n'ait expressément attribué une

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 leur 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. (Macklem, «Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs et les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la magistrature», cité à la note 355, pp. 338-339.)

³⁵⁹ *Multiple Access Limited c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 181 (Cour suprême du Canada).

³⁶⁰ *P. G. Ontario c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206 à la p. 217 (Cour suprême du Canada).

compétence exclusive dans un domaine donné à un tribunal fédéral, les provinces ont compétence pour confier aux tribunaux provinciaux le pouvoir d'entendre des litiges portant sur des sujets fédéraux. Le fait qu'il y ait eu collaboration entre le gouvernement fédéral et une province, comme c'était le cas dans *Re Loi sur les jeunes contrevenants (I.-P.-É.)*, réduirait le risque qu'une initiative provinciale soit déclarée inconstitutionnelle³⁶¹.

Il existe une troisième possibilité dans ce domaine. On pourrait entamer des négociations fédérales-provinciales en vue de reconnaître le droit des autochtones à créer et à maintenir des systèmes de justice autochtone comme un aspect des droits existants – ancestraux ou issus de traités – reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est en fait la solution que recommandait l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba :

[TRADUCTION] la solution qui semble la plus propice à la création de systèmes de justice autochtone pour [...] les Premières nations, les Métis et les Inuit consisterait à mettre sur pied des négociations trilatérales qui déboucheraient sur une entente contenant une disposition déclarant expressément que le droit de créer et de maintenir des systèmes de justice autochtone constitue un droit existant – ancestral ou issu de traités – au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela pourrait certes nous amener un jour à adopter une disposition constitutionnelle à ce sujet, mais cela ne nous empêche pas d'affirmer qu'il est possible de créer des systèmes de justice autochtone, à condition de fournir les efforts nécessaires et d'avoir la collaboration des intéressés³⁶².

Une quatrième solution consisterait à créer des systèmes de justice autochtone en vertu du droit à l'autonomie gouvernementale reconnu au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La jurisprudence au sujet de l'article 35 n'est guère abondante, mais il existe de fortes raisons de penser que les peuples autochtones ont conservé le droit inhérent de créer leurs propres systèmes de justice, que l'on voie là un droit ancestral ou bien un droit issu de certains traités. Bien sûr, en l'absence d'entente fédérale-provinciale, la constitutionnalité des initiatives autochtones dans ce domaine risque d'être contestée devant les tribunaux : c'est là un danger.

À la recherche d'un fondement constitutionnel pour les systèmes de justice autochtone : l'organisation judiciaire

Il reste une dernière question à examiner pour déterminer laquelle de ces solutions, seule ou combinée à d'autres, fournirait un fondement constitutionnel à la créa-

³⁶¹ Macklem analyse de façon plus approfondie la question de la compétence législative provinciale dans «Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs», cité à la note 355, pp. 337-342.

³⁶² Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 313.

tion de systèmes de justice autochtone. Cette question concerne les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives à l'organisation judiciaire. Ces dispositions, que l'on retrouve aux articles 96 à 100 sous la rubrique «Judicature», énoncent que le gouverneur général nomme les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province (article 96); que 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 (article 97); que ces juges pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes (paragraphe 99(1)); qu'ils sont tenus de cesser d'exercer leurs fonctions à l'âge de 75 ans (paragraphe 99(2)) et que le traitement de ces juges doit être versé par le gouvernement fédéral (article 100). Si ces dispositions devaient, selon la Constitution, s'appliquer aux systèmes de justice autochtone, il est facile de voir qu'elles viendraient indûment limiter la forme que pourraient prendre ces systèmes et qu'elles nuiraient par conséquent à l'objectif de la reprise en main de la justice par les autochtones. Ceux-ci ne pourront pas exercer un contrôle suffisant sur les questions de justice autochtone si c'est le gouvernement fédéral qui possède, selon la Constitution, le pouvoir de choisir les candidats autochtones à la magistrature et si le Parlement du Canada a le pouvoir de révoquer les juges autochtones. Compte tenu de l'importance du rôle que les anciens risquent de jouer dans la plupart des systèmes de justice autochtone ainsi que des raisons pour lesquelles on veut faire appel à leur expérience, il serait ridicule d'exiger qu'ils soient membres d'un barreau provincial et il serait tout à fait regrettable qu'on leur impose de cesser leurs activités au moment où ils atteignent l'âge de 75 ans³⁶³.

L'application de ces dispositions à un tribunal judiciaire ou administratif créé par une province est une question complexe. D'une façon générale, si le tribunal judiciaire ou administratif exerce des pouvoirs analogues à ceux qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté à l'époque de la Confédération, ces dispositions s'appliquent. La compétence à l'égard des actes criminels fait partie de cette catégorie et il semblerait donc que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire s'appliquent à la nomination et à la révocation des personnes choisies pour siéger à un tribunal autochtone qui exercerait ce genre de pouvoir. La question est en outre compliquée par le fait que les tribunaux ont élaboré un ensemble de critères assez complexes pour déterminer si la compétence qu'exerce l'organe provincial déclenche l'application des dispositions relatives à l'organisation judiciaire. Dans l'un des grands arrêts dans ce domaine, *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Ironworks*, le Comité judiciaire du Conseil privé a adopté une interprétation téléologique des dispositions relatives au système judiciaire. Lord Simonds a déclaré :

[TRADUCTION] Pour savoir si les pouvoirs exercés sont «analogues», il est commode de se demander si la nature des questions

³⁶³ Sur le sens du terme «ancien», voir la note 160, chapitre 3.

confiées au tribunal commande qu'elles soient confiées à des juges possédant les mêmes qualités que ceux qui composent les cours supérieures ou autres³⁶⁴.

Dans cette affaire, le Comité judiciaire a confirmé la constitutionnalité du Labour Relations Board de la Saskatchewan pour le motif que les domaines confiés à cet organisme n'étaient pas analogues aux questions qui auraient été soumises aux tribunaux en 1867. La cour a jugé qu'en raison de la nature des relations de travail, [TRADUCTION] «il est essentiel que les membres [du Labour Relations Board] aient des connaissances et une expérience acquises à l'extérieur de la magistrature pour résoudre leurs problèmes».

Dans une affaire postérieure qui concernait la Commission ontarienne de location résidentielle, la Cour suprême du Canada a précisé le critère et jugé que, même lorsque les pouvoirs sont comparables à ceux qu'exerçaient les cours supérieures à l'époque de la Confédération, ils peuvent avoir été régulièrement confiés dans les cas suivants :

Les «pouvoirs judiciaires» 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 [...] 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»³⁶⁵.

L'application de ces critères aux systèmes de justice autochtone permet de tirer les conclusions provisoires suivantes. Dans la mesure où les initiatives judiciaires autochtones s'inspirent d'une philosophie où la justice est conçue comme la recherche de la guérison où l'objectif premier est le rétablissement de l'harmonie sociale et non la punition et où seuls sont acceptés les contrevenants qui reconnaissent leur responsabilité, il semblerait que ces organes judiciaires n'exercent pas des pouvoirs analogues à ceux des cours supérieures à l'époque de la Confédération. Dans le cas où ces systèmes comprendraient également un volet judiciaire auquel seraient soumises les affaires dans lesquelles l'accusé plaide non coupable, on pourrait alors soutenir que l'arbitre exerce bien une fonction judiciaire mais que ce volet est accessoire à la fonction première qui consiste à rechercher la réconciliation ou que cette fonction est comme un pouvoir nécessairement inséparable de la réalisation d'un objectif plus large qui consisterait à régler les litiges en s'inspirant des valeurs et traditions particulières aux nations autochtones et aux collectivités qui en font partie.

³⁶⁴[1949] A.C. 134, p. 151.

³⁶⁵*Renvoi relatif à la Loi sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 à la p. 736, par le juge Dickson.

Il est évident que si le système de justice autochtone envisagé reprend les fonctions exercées par les tribunaux pénaux non autochtones, il devient difficile de soutenir que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire ne s'appliqueraient pas. Par exemple, si un tribunal autochtone fonctionnait selon les mêmes procédures et les mêmes principes qu'un tribunal non autochtone, utilisait les mêmes principes en matière de détermination de la peine, à la seule différence que les juges seraient autochtones, il serait alors plus difficile de soutenir que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire ne s'appliquent pas à la nomination de ces juges.

Nous avons parlé jusqu'ici de l'application des dispositions relatives à l'organisation judiciaire à des tribunaux autochtones créés par une loi provinciale. Qu'advierait-il si c'était le Parlement qui, en vertu de ses pouvoirs, créait un tel tribunal? Les tribunaux ont clairement indiqué que l'article 96 lie aussi bien le Parlement du Canada que les législatures provinciales lorsque le Parlement tente de conférer à des tribunaux provinciaux le pouvoir de se prononcer sur des questions fédérales. Dans *McEvoy c. P. G. du Nouveau-Brunswick*, on contestait une entente fédérale-provinciale en vertu de laquelle on voulait transférer à un nouveau tribunal de compétence criminelle unifiée composé de juges nommés par la province, le pouvoir des cours supérieures provinciales d'entendre tous les actes criminels prévus par le *Code criminel*. La Cour suprême du Canada a jugé que cette proposition était contraire à l'article 96 parce qu'elle amenait le Parlement à renoncer au pouvoir du gouverneur général de nommer les juges qui connaissent des actes criminels et que la province exercerait alors un pouvoir de nomination inconstitutionnel. La Cour suprême a déclaré : «l'article 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 judiciaire³⁶⁶».

La Cour suprême n'a toutefois pas précisé dans l'arrêt *McEvoy* si l'article 96 restreignait le pouvoir du gouvernement fédéral d'attribuer la compétence des cours supérieures à une entité créée non pas par une province mais par le Parlement. Elle n'a pas décidé si les dispositions des articles 96 à 100 concernant la nomination, les qualités et la retraite des juges s'appliqueraient à un tribunal autochtone qui aurait été créé par le Parlement et auquel celui-ci aurait attribué une compétence en matière criminelle.

On pourrait penser que ces dispositions ne s'appliquent pas à des tribunaux judiciaires ou administratifs établis et constitués par le gouvernement fédéral³⁶⁷. On peut également estimer que ces dispositions lient tout autant le Parlement que les provinces et que par conséquent, les tribunaux créés par le gouvernement fédéral qui

³⁶⁶ *McEvoy c. P. G. du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704 à la p. 720 (Cour suprême du Canada).

³⁶⁷ Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, pp. 423-424. C'est également l'opinion de Bora Laskin, juge en chef de la Cour suprême du Canada maintenant décédé. Voir par exemple *Renvoi concernant l'article 6 du Family Relations Act*, [1982] 1 R.C.S. 62, par le juge Laskin, dissident en partie.

exercent les pouvoirs que possédaient les cours supérieures de district et de comté en 1867 doivent également respecter les dispositions relatives à l'organisation judiciaire³⁶⁸. La Cour suprême du Canada a, dans une décision récente, refusé de se prononcer sur cette question³⁶⁹.

La réponse à cette question dépend de la façon dont les tribunaux conçoivent l'objectif sous-jacent des dispositions relatives à l'organisation judiciaire. Deux théories s'affrontent à ce sujet. Selon la première, ces dispositions reflètent le souci de protéger l'indépendance des tribunaux. D'après cette thèse, les dispositions relatives à l'organisation judiciaire s'appliquent aussi bien, et de la même façon, au Parlement qu'aux provinces. Selon l'autre théorie, compte tenu du fait que les juges des cours supérieures, de district et de comté sont autorisés par la Constitution à exercer leurs compétences dans le domaine du droit provincial aussi bien que fédéral, les dispositions relatives à l'organisation judiciaire reflètent le droit légitime du gouvernement fédéral de contrôler la nomination et la révocation de ces juges de façon à éviter les empiètements de la part des provinces. Le Parlement pourrait fort bien créer, sans contrecarrer cet objectif, un tribunal judiciaire ou administratif fédéral chargé d'administrer le droit fédéral en écartant les dispositions relatives à l'organisation judiciaire, parce qu'il serait impossible dans ce cas qu'une province tente de s'approprier des pouvoirs fédéraux dans un tel domaine³⁷⁰.

Même si ces dispositions sont en principe applicables au gouvernement fédéral, leur application à un système de justice autochtone créé par le gouvernement fédéral dépendrait de la mesure dans laquelle le processus et les principes mis en place s'inspireraient des traditions et des valeurs autochtones au lieu de calquer le système non autochtone.

La dernière question, qui nous amène dans des territoires inexplorés, est celle de savoir si les dispositions relatives à l'organisation judiciaire seraient applicables à des systèmes de justice autochtone créés par les nations autochtones en vertu de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu des différentes thèses sur les objectifs sous-jacents à ces dispositions, on pourrait soutenir que, selon la nature et la fonction de tels systèmes de justice autochtone, ces dispositions ne devraient pas s'appliquer. Robin Elliot, faisant valoir que les articles 96 à 100 visent à préserver l'indépendance des tribunaux, a écrit que [TRADUCTION] «nos obligations et nos droits les plus importants [devraient] être définis et mis en œuvre par des personnes ayant une grande expérience juridique et qui sont à l'abri des pressions

³⁶⁸ Voir Robin Elliot, «Case Comment: Is Section 96 Binding on Parliament?» (1982) 16 *U.B.C. Law Review* 313.

³⁶⁹ Voir *Chrysler Canada Limited c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394 (Cour suprême du Canada).

³⁷⁰ Macklem examine ces points de vue concurrents dans «Le système de justice autochtone, la répartition des pouvoirs législatifs», cité à la note 355, pp. 359-360.

que pourraient exercer le gouvernement ou le public³⁷¹». Les dispositions des articles 96 à 100 ont pour objet de garantir que l'on nomme uniquement des personnes rompues au droit et indépendantes du gouvernement. Dans des systèmes de justice autochtone, les qualités des personnes qui inspireraient le respect par leur expertise seraient probablement très différentes de celles que l'on retrouve dans les dispositions relatives à l'organisation judiciaire. Le respect accordé à la sagesse de certains anciens ne découle pas du fait qu'ils sont membres d'un barreau provincial et s'il peut arriver qu'ils s'inspirent de certains précédents, ce ne sont pas ceux que l'on retrouve dans les recueils de jurisprudence non autochtones. Si, comme nous le pensons, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale comprend celui de créer des systèmes de justice autochtone qui reflètent les valeurs propres aux autochtones, il paraît peu judicieux, que ce soit sur le plan du droit constitutionnel ou sur celui des principes, d'appliquer des dispositions qui viendraient compromettre cet objectif.

Si une nation autochtone décidait de confier une fonction judiciaire à un organe comprenant des membres de la famille ou du clan de la victime et du contrevenant – parce que cela favorise le but premier qu'est le retour à l'harmonie – on viendrait là encore restreindre le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale en exigeant l'application de dispositions qui s'inspirent d'une notion de l'indépendance élaborée dans un contexte non autochtone. L'intégrité du processus décisionnel est tout aussi importante dans les systèmes de justice autochtone que non autochtone et nous reviendrons sur cette question dans la suite du présent chapitre. Pour les fins qui nous occupent ici, nous estimons qu'il est à la fois possible et souhaitable d'appliquer les dispositions relatives à l'organisation judiciaire aux systèmes de justice autochtone créés en vertu de l'article 35 de façon à dégager un espace constitutionnel qui permettrait à ces systèmes de s'épanouir.

Selon certains arguments, les dispositions relatives à l'organisation judiciaire ne s'appliqueraient pas aux systèmes de justice autochtone, qu'ils aient été créés par un gouvernement provincial, fédéral ou autochtone, mais il demeure que la question est de toute évidence très complexe; qui plus est, ce ne sont pas les autochtones mais la Cour suprême du Canada qui sera appelée à lui apporter une réponse. La nature de cette réponse risque de favoriser ou d'entraver la création de tels systèmes, et de les faire évoluer différemment.

La jurisprudence relative à la répartition constitutionnelle des pouvoirs en justice pénale s'inspire du principe d'après lequel tous les pouvoirs possibles sont répartis entre les gouvernements fédéral et provinciaux et de l'idée qu'il existe un système judiciaire commun. Cette jurisprudence ne tient aucunement compte de l'existence de systèmes autochtones distincts. La reconnaissance constitutionnelle d'une compétence des autochtones dans le domaine de la justice comme aspect de l'autonomie gouvernementale va exiger que l'on élargisse les horizons juridiques

³⁷¹ Elliot, «Is Section 96 Binding on Parliament?», cité à la note 368, p. 328.

et conceptuels actuels pour donner aux autochtones les moyens de ramener la justice dans leurs nations et leurs collectivités.

Cette section de notre rapport est plutôt technique car elle porte sur des aspects particulièrement complexes de notre droit constitutionnel. Voici un résumé de nos conclusions :

La Commission estime que la Constitution autorise les gouvernements fédéral et provinciaux à créer divers éléments des systèmes de justice autochtone, mais la solution qu'elle préconise consisterait à établir ces systèmes en vertu du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si, comme nous le pensons, le droit de créer un système judiciaire fait partie du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il serait en effet préférable de carrément fonder la création d'un tel système sur les pouvoirs des gouvernements autochtones et non pas sur des lois fédérales et provinciales. Nous ne pensons pas que la création de systèmes de justice autochtone doive nécessairement s'appuyer sur l'exercice de pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux, mais il serait manifestement souhaitable d'entamer des négociations avec les gouvernements fédéral et provinciaux dans le but de formuler des aménagements conceptuels et pratiques pour l'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale dans le domaine de la justice, ce qui faciliterait d'autant la transition vers des systèmes de justice autochtone fondés sur les pouvoirs législatifs des gouvernements autochtones et réduirait les risques de contestation constitutionnelle.

Recommandation 2

La Commission recommande que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux du Canada mettent la création de systèmes de justice autochtone à l'ordre du jour des négociations en cours au sujet des revendications territoriales, des traités et de l'autonomie gouvernementale, et qu'ils soient prêts à réviser les traités et les ententes en vigueur de façon à apporter une solution aux questions judiciaires, si les parties autochtones en manifestent le désir.

Les systèmes de justice autochtone et les pouvoirs législatifs

Notre analyse des systèmes de justice autochtone et de leur fondement constitutionnel et juridique s'est jusqu'ici limitée à la forme qu'ils pourraient prendre et aux compétences qu'ils pourraient exercer. Nous avons également examiné comment les systèmes de justice autochtone traditionnelle et les initiatives contemporaines qui en sont l'expression recherchent davantage la guérison et la réparation que la punition. Un système de justice ne se limite toutefois pas au règlement des litiges; il comprend également des règles et des lois qui énoncent les droits

et les obligations définissant les relations des citoyens entre eux ainsi qu'avec leurs familles, leurs collectivités et leur environnement.

Les pouvoirs législatifs constituent une partie essentielle et intégrale du droit d'une nation autochtone à l'autonomie gouvernementale. Dans notre rapport final, qui explorera tous les aspects du droit à l'autonomie gouvernementale, nous prenons appui sur *Partenaires au sein de la Confédération* pour préciser le cadre dans lequel les nations autochtones pourraient, en tant qu'un des trois ordres de gouvernement, exercer ces pouvoirs législatifs en harmonie avec les pouvoirs législatifs du gouvernement fédéral et des provinces. Aux fins du présent rapport, qui traite principalement des questions de justice pénale, nous avons été amenés à aborder la difficile question des pouvoirs législatifs autochtones, inséparables du droit à l'autonomie gouvernementale et comprenant le pouvoir d'adopter des lois pénales, pouvoir que le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue exclusivement au Parlement du Canada.

Le rapport entre le pouvoir législatif fédéral en matière criminelle et le droit des gouvernements autochtones d'adopter des lois soulève la question plus large du pluralisme juridique au Canada. Il y a pluralisme juridique lorsqu'on retrouve plusieurs systèmes juridiques ou judiciaires distincts dans un même pays. Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous démontrons comment au XIX^e siècle, les tribunaux canadiens et américains ont rendu des décisions qui reconnaissaient la validité des lois autochtones, qui existaient parallèlement à celles des nouveaux régimes coloniaux. La décision du juge Monk dans *Connolly c. Woolrich* où il est reconnu que [TRADUCTION] «les droits politiques et territoriaux des Indiens, leurs lois et leurs usages demeuraient pleinement en vigueur» dans le Nord-Ouest, démontre que le pluralisme juridique occupe une place d'honneur dans l'histoire de notre pays³⁷². Nous soutenons également que le pluralisme juridique est non seulement un élément essentiel de notre histoire mais qu'il joue un rôle important dans la définition des rapports contemporains entre autochtones et non-autochtones.

Dans le contexte particulier du droit pénal, Bryan Keon-Cohen s'est fondé sur les expériences canadienne, américaine et australienne pour formuler les questions essentielles que pose le pluralisme juridique.

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'activité sociale et le règlement des conflits, quelles sont les normes qu'il convient d'appliquer, celles de la communauté autochtone concernée ou celles de la majorité? Pour définir ce qui est bien ou mal, ce qu'il faut pardonner ou condamner, ce qui est humain ou inhumain, légal ou illégal, ou encore juste ou injuste, doit-on adopter une attitude ethnocentrique et appliquer les valeurs occidentales; doit-on tenter de considérer les choses du point de vue des autochtones

³⁷² *Connolly c. Woolrich* (1867), 17 Rapports Judiciaires Révisés de la province de Québec 75 (Cour supérieure du Québec).

et juger en conséquence; doit-on choisir l'une ou l'autre solution en fonction des circonstances; ou la seule attitude réaliste est-elle de se résigner à ce qu'il y ait seulement une solution? Ce sont là des problèmes irréductibles mais ils sont essentiels parce que tout le reste dépend du choix initial [...]

Ces questions ont peut-être une résonance particulière, dans les trois pays étudiés, dans le contexte de l'application à des populations autochtones minoritaires d'un système de justice pénale d'inspiration anglo-saxonne. La réponse qu'ont apportée jusqu'ici ces trois pays a principalement consisté à limiter, voire à supprimer complètement, le pluralisme juridique, si l'on entend par là le fait d'accepter des systèmes juridiques distincts et parallèles, ceux des populations autochtones et des populations non autochtones. Nous pensons aussi que cette analyse vaut également pour ce que l'on qualifie parfois d'exception importante, les systèmes judiciaires en place sur les réserves indiennes américaines, parce que ces systèmes ne sont considérés que comme le pâle reflet du système judiciaire américain général. On procède à des réformes et à des enquêtes mais il y a dans ces trois pays une profonde réticence à trancher le nœud gordien et à laisser se créer des systèmes de justice autochtone distincts et parallèles. Cette tension entre les théories sociales et l'administration de la justice continue à causer des problèmes. Nous pensons que, dans le cas des peuples autochtones, le pluralisme social doit s'accompagner d'un séparatisme juridique. Nous pensons également que les événements sanglants qui ont marqué notre histoire démontrent que l'autre façon d'aborder la question a rarement été équitable pour les autochtones³⁷³.

Lorsqu'on examine la place que devrait occuper le pluralisme juridique dans un réaménagement des rapports entre autochtones et non autochtones, on constate qu'il existe des arguments puissants pour et contre l'application d'un code pénal unifié à tous les Canadiens, autochtones et non-autochtones. Avant d'examiner ces arguments, il serait bon de préciser les diverses fonctions que remplit le *Code criminel*. Dans une étude réalisée pour la Commission de réforme du droit du Canada dans le cadre de son renvoi concernant les peuples autochtones et la justice pénale, Archibald Kaiser en a résumé l'utilité en ces termes :

[TRADUCTION] Le *Code criminel* remplit plusieurs fonctions importantes dans notre système de justice pénal. Tout d'abord, il précise le genre de conduite qui peut être déclarée blâmable selon le droit pénal. C'est pourquoi l'on retrouve dans le Code les principes généraux de la responsabilité pénale, les moyens de défense

³⁷³ Bryan A. Keon-Cohen, «Native Justice in Australia, Canada and the U.S.A.: A Comparative Analysis» (1982) *Canadian Legal Aid Bulletin* 189-190.

et une description des types de comportement qui sont sanctionnés pénalement. Deuxièmement, le *Code criminel* précise de nombreux aspects de la procédure pénale; depuis le dépôt de l'information jusqu'aux fouilles et perquisitions et la conduite du procès, il décrit les étapes que l'État et ses agents doivent suivre pour établir la culpabilité de l'accusé. Troisièmement, le *Code criminel* énonce la peine maximale dont sont passibles les différentes infractions et prévoit les divers types de sanctions dont ces infractions peuvent être assorties³⁷⁴.

Ces trois fonctions – définition de l'infraction, procédure à suivre pour établir la culpabilité ou l'innocence, et détermination de la peine – sont intimement reliées mais elles soulèvent des questions différentes pour ce qui est du cadre nécessaire à la création de systèmes autochtones distincts.

Une autre remarque préliminaire doit être faite, savoir le *Code criminel* canadien est loin d'être parfait et que l'évaluation des arguments concurrents doit en tenir compte. Kaiser a résumé ainsi les critiques les plus récentes :

La Commission de réforme du droit du Canada déclare dans son étude de 1986 intitulée *Pour une nouvelle codification du droit pénal* :

Après avoir bien servi la société canadienne pendant près d'un siècle, le *Code criminel* actuel est maintenant tombé en désuétude. Adopté en 1892, refondu en 1955 et modifié un grand nombre de fois au cours des années, il accuse l'usure de nombreuses années d'un emploi soutenu [...]

L'édition revue et augmentée de cette étude, qui a été publiée en 1987 par la CRDC, est davantage critique :

Le *Code criminel* actuel [...] ne convient plus à nos besoins [...] L'agencement des dispositions laisse à désirer. Le langage est archaïque et les règles sont difficiles à comprendre. Le *Code criminel* comporte des lacunes [...] Il contient des dispositions désuètes. Il étend à outrance le domaine strict du droit pénal, et il néglige certains des graves problèmes actuels.

Le rapport de 1988 intitulé *Notre procédure pénale* était encore plus caustique dans son jugement sur l'état de la procédure pénale canadienne.

La procédure pénale canadienne présente, en cette fin du XX^e siècle, une certaine confusion [...] La procédure pénale est ainsi devenue un véritable labyrinthe qui présente au surplus un manque de cohérence souvent déconcertant.

³⁷⁴Kaiser, «The Criminal Code of Canada», cité à la note 324, p. 96.

D'une manière générale, il faut bien dire que la procédure pénale canadienne ne se caractérise ni par son uniformité, ni par sa cohérence sur le plan théorique, ni même par son utilité pratique.

Les dispositions du *Code* portant sur la procédure sont dispersées et manquent de cohérence [...] L'absence de principes directeurs est un défaut particulièrement marquant de la procédure pénale canadienne.

Le jugement porté par la CRDC en 1991 sur le *Code* commençait à prendre un ton familier :

Mais avec les années qui ont passé, les innombrables modifications effectuées à la pièce, l'utilité de ce texte est devenue problématique : les avantages de la codification ont dans une large mesure été perdus en cours de route.

Son contenu laisse maintenant à désirer³⁷⁵.

Quels sont donc les arguments en faveur de l'adoption d'un code pénal qui serait propre aux autochtones? Le premier type d'argument est qu'au niveau des principes, le droit à l'autonomie gouvernementale comprend le droit des nations autochtones à définir les lois applicables à leurs administrés. Au-delà de ce premier principe général, il est possible de dégager, comme deuxième type d'argument, d'autres principes qui sont reliés aux fonctions particulières que remplissent les codes criminels. Si l'on commence par la fonction qui consiste à définir le comportement que l'on considère comme suffisamment incorrect ou blâmable pour en justifier la répression par les autorités, on peut soutenir très légitimement que le droit pénal joue un rôle essentiel parce qu'il définit les valeurs qui reflètent le caractère distinctif d'une société donnée. Lord Patrick Devlin, anciennement juge à la Chambre des lords d'Angleterre, a formulé cet argument avec vigueur. Dans un des grands textes de la doctrine britannique moderne, lord Devlin a écrit :

[TRADUCTION] Une société ne peut exister que si elle est animée par des idées communes, pas seulement par des idées politiques mais également par des idées sur la façon dont ses membres doivent se comporter et régler leur vie; ces dernières idées en définissent la morale. Toutes les sociétés ont une structure morale aussi bien que politique; ou plutôt, puisque cette formulation peut donner l'impression que ces deux systèmes sont indépendants, je dirais plutôt que la structure sociale est composée à la fois d'éléments politiques et d'éléments moraux [...]

Sans des idées communes sur la politique, sur la morale et sur l'éthique, il n'y a pas de société [...] Le droit doit également pro-

³⁷⁵ Kaiser, «The Criminal Code of Canada», pp. 59-60.

téger les institutions et cette communauté d'idées politiques et morales, sans laquelle les citoyens ne peuvent vivre ensemble³⁷⁶.

Les nations autochtones constituaient des sociétés distinctes avant l'arrivée des colons européens. Malgré la colonisation et les séquelles des spoliations, de la répression et des tentatives d'assimilation forcée, les nations autochtones sont encore des sociétés distinctes. Au début du présent rapport, nous avons décrit, en partie, les philosophies, les valeurs et les préceptes qui modèlent la façon dont les peuples autochtones perçoivent la justice et qui sont tout à fait différents chez les non-autochtones. Nous allons parler tout au long de notre rapport final de la conception du monde qu'ont les autochtones, de la façon dont elle a modelé leur expérience et de la vitalité qu'elle a su conserver. On pourrait donc soutenir que les nations autochtones ont le droit d'adopter un droit pénal qui reflète les valeurs qui les définissent.

Les autochtones ont toutefois beaucoup de valeurs en commun avec les non-autochtones. Les dispositions du *Code criminel* qui protègent les citoyens contre la violence, les agressions physiques et sexuelles, le vol à main armée, le vol et le vandalisme, sont des éléments essentiels des notions de paix et de dignité que cherchent à protéger toutes les sociétés. Mais il ne faudrait pas supposer qu'il y a convergence parfaite entre ce que le *Code criminel* considère comme une infraction et ce que les autochtones rangent parmi les infractions. Prenons, par exemple la protection de l'environnement. Beaucoup de peuples autochtones accordent une très grande priorité à l'environnement et sanctionnent sévèrement ceux qui n'en sont pas respectueux³⁷⁷. Le *Code criminel* contient des centaines d'infractions pour les atteintes à l'intégrité de la personne ou des biens, mais il n'en prévoit pas beaucoup qui visent à protéger l'intégrité de l'environnement. Il existe bien entendu un nombre croissant de lois fédérales et provinciales qui traitent de la protection de l'environnement où sont créées des infractions punissables par de courtes peines d'emprisonnement et, dans certains cas, par des amendes très élevées. La plupart de ces infractions sont toutefois qualifiées d'infractions réglementaires et ne couvrent pas le contrevenant du même opprobre que les infractions criminelles. En englobant les infractions contre l'environnement, un code pénal autochtone refléterait la gravité de ce genre de comportement dans l'échelle des valeurs de la nation autochtone concernée.

Les obligations et les devoirs envers autrui sont un autre domaine où se manifestent des différences importantes. Le *Code criminel* reflète le principe de common law selon lequel une omission n'est un acte criminel que lorsque la loi exige d'agir. Ainsi, le fait de ne pas fournir de nourriture ou de ne pas porter assistance à une

³⁷⁶ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, pp. 9, 10, 22.

³⁷⁷ Voir Gisday Wa et Delgam Uukw, *The Spirit of the Land*, cité à la note 6, pp. 23, 34. Voir également Diamond Jenness, "The Indian's Interpretation of Man and Nature" dans *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, sous la direction de J.R. Miller, Toronto, University of Toronto Press, 1992, pp. 444-445.

personne en danger ne constitue une infraction que si l'on se trouve dans une situation particulière par rapport à cette personne, comme celle de parent ou de tuteur d'un jeune de moins de 16 ans, ou celle de conjoint, ou si l'on s'est engagé expressément à faire certaines choses³⁷⁸. Par contre, les codes pénaux européens inspirés de la tradition civiliste contiennent des dispositions qui imposent une obligation plus large à cet égard³⁷⁹. L'esprit du droit civil transparait dans l'article 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec : « Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable³⁸⁰. »

De nombreuses nations autochtones ont une conception très large des obligations mutuelles découlant de la vie en société, en raison, bien souvent, de leur structure clanique. Il paraît raisonnable de penser que les nations autochtones vont adopter des lois pénales dont les principes fondamentaux en matière de responsabilité tiendront davantage du droit civil que de la common law.

Pour passer à la deuxième fonction du *Code criminel* – la description des règles de forme régissant le processus pénal et permettant de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé – nous avons déjà examiné comment les règles non autochtones avaient été élaborées dans le cadre d'un système accusatoire. Si l'on veut donner son véritable sens au pluralisme juridique et à la reconnaissance de systèmes de justice autochtone distincts, il serait logique de prévoir des règles de procédure adaptées à des systèmes qui ne sont pas accusatoires. Cependant, comme nous l'avons mentionné plus haut, les systèmes de justice autochtone devront également traiter les plaidoyers de non-culpabilité et il conviendrait, par conséquent,

³⁷⁸ Voir le *Code criminel*, articles 215 à 218.

³⁷⁹ Voir par exemple l'article 63 du Code pénal français, Paris, Éditions Dalloz, 1992, qui énonce :

Sans préjudice de l'application, le cas échéant, des peines plus fortes prévues par le présent code et les lois spéciales, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans [et d'une amende], ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire.

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ni pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.

³⁸⁰ *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12. L'obligation définie dans la Charte du Québec est maintenant renforcée par les dispositions de l'article 1471 du nouveau *Code civil* du Québec (L.Q. 1991, c. 64 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), qui énonce :

La personne qui porte secours à autrui ou qui, dans un but désintéressé, dispose gratuitement de biens au profit d'autrui est exonérée de toute responsabilité pour le préjudice qui peut en résulter, à moins que ce préjudice ne soit dû à sa faute intentionnelle ou à sa faute lourde.

d'inclure certains éléments du processus accusatoire dans un code autochtone. Une bonne partie des dispositions du *Code criminel* peuvent servir à concilier les intérêts de la nation autochtone et les droits de l'accusé. De plus, bon nombre de questions juridiques concernant la procédure pénale – comme la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives – soulèvent des questions constitutionnelles en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous y reviendrons plus loin dans le présent chapitre.

Il existe d'autres règles de procédure pénale qui, tout en étant conformes aux valeurs autochtones sur le plan des principes, se sont avérées inéquitables dans la pratique. Nous illustrerons notre propos en parlant des dispositions relatives au cautionnement; comme nous l'avons vu au chapitre 2, les taux de détention avant-procès sont bien plus élevés pour les autochtones que pour les non-autochtones, et ce en raison d'une discrimination systémique. Ce déséquilibre n'est pas dû aux dispositions elles-mêmes mais à la façon dont elles sont appliquées aux autochtones. Dans le chapitre 3, nous avons examiné ce que suggère Rupert Ross relativement à une participation accrue de la collectivité aux enquêtes sur cautionnement, de façon à ce que les conditions de la mise en liberté ne soient pas seulement mieux adaptées aux valeurs culturelles de la collectivité mais également mieux intégrées au besoin de protection et de guérison de la collectivité. Dans un code pénal autochtone, les règles en matière de mise en liberté prévoiraient très probablement une telle participation de la collectivité.

Cela nous amène à la troisième fonction du *Code criminel*, celle qui consiste à fixer la peine des personnes déclarées coupables. Compte tenu de l'importance qu'accorde le public à la détermination de la peine, le lecteur sera peut-être surpris d'apprendre que le *Code criminel*, qui fixe des peines d'emprisonnement maximales pour chacune des infractions, ne contenait à venir jusqu'à tout récemment aucune déclaration législative des objectifs ou des principes à la base de ce processus. Ce n'est qu'en 1995 que le Parlement du Canada a modifié le Code pour y insérer une telle déclaration³⁸¹. Auparavant, l'élaboration des principes en matière de détermination de la peine était laissée aux cours d'appel des provinces, la Cour suprême du Canada ne jouant elle-même qu'un rôle très limité³⁸².

Les principes qu'ont élaborés les cours d'appel en matière de détermination de la peine visent plutôt la punition et la dissuasion que la réconciliation. La Commission canadienne sur la détermination de la peine entame son analyse de l'histoire du *Code*

³⁸¹ Projet de loi C-41, Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, c. 22 (sanctionnée le 13 juillet 1995), articles 718, 718.1 et 718.2.

³⁸² On trouvera une analyse de l'évolution historique des principes en matière de détermination de la peine et de l'absence de lignes directrices législatives dans le rapport intitulé *Réformer la sentence : une approche canadienne*, rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1987, chapitre 3. Le rôle limité qu'a joué la Cour suprême du Canada dans ce domaine s'explique par le fait que ses règles n'autorisent pas, sauf cas vraiment exceptionnels, les appels interjetés contre les sentences.

criminel par ces mots : «En prévoyant de lourdes peines pour un grand nombre d'infractions, le Code de 1982 révélait qu'il était fondé sur une logique du châtiement et de la dissuasion³⁸³». Quoique les tribunaux aient affirmé que la peine n'avait pas pour seules fins la dissuasion et la dénonciation mais également la réinsertion sociale et la restitution, il est juste d'affirmer que, dans l'ensemble, le système a surtout recherché les deux premiers objectifs. La meilleure preuve en est que le Canada est un des pays occidentaux qui possède le plus fort taux d'emprisonnement par habitant, phénomène qui a un effet discriminatoire et dévastateur sur les autochtones³⁸⁴. Comme nous l'avons montré au chapitre 2, l'importance accordée à la punition est contraire aux notions de justice réparatrice que partagent de nombreuses nations autochtones et au concept de guérison qui sous-tend plusieurs initiatives judiciaires autochtones.

C'est dans les modifications apportées au *Code criminel* en 1995 que l'on trouve pour la première fois une déclaration législative des objectifs et des principes visés par les peines. Attendues depuis longtemps, ces modifications représentent une codification des principes élaborés par les tribunaux plutôt qu'un réaménagement en profondeur de ces principes. L'article 718 énonce :

Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes ayant pour but :

- a) de dénoncer le comportement illégal;
- b) de dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) d'isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) de favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) d'assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

³⁸³ *Réformer la sentence : une approche canadienne*, p. 35.

³⁸⁴ Avec un taux d'incarcération de 130 par 100 000 habitants, le Canada se place au quatrième rang au monde, après la Russie (558), les États-Unis (519) et l'Afrique du Sud (368). Le taux canadien est sensiblement plus élevé que ceux des pays occidentaux comparables; il est, par exemple, plus de 40 % plus élevé que celui du Royaume-Uni qui a un taux de 92 par 100 000 habitants, et trois fois plus élevé que celui des Pays-Bas où le taux est de 44. Voir Conseil de l'Europe, «Américains derrière les barreaux, l'utilisation internationale de l'incarcération 1992-1993», *Bulletin d'information sur les prisons*, 1992.

L'article 718.2 énonce :

Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants : [...]

- e) l'examen de toutes les sanctions substitutives accessibles et applicables à tous les délinquants dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

Cette déclaration d'objectifs et de principes n'empêche certes pas d'imposer une peine axée sur la réparation et la guérison, mais ce n'est pas là une priorité.

Une déclaration d'objectifs et de principes par les autochtones serait certainement fort différente. Elle accorderait très probablement la priorité au rétablissement de la paix et de l'harmonie par le biais de la guérison du délinquant et de la victime et prévoirait des mesures de restitution et d'indemnisation. En d'autres termes, les notions de guérison et de restitution auraient un rôle central et non marginal.

Il y a lieu de signaler que la déclaration d'objectifs et de principes que proposait le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général dans son rapport de 1988 sur la réforme de la détermination de la peine, rapport intitulé *Des responsabilités à assumer*, n'était pas loin de substituer à l'objectif de rétribution celui de réparation si cher aux autochtones³⁸⁵.

La déclaration des objectifs de la peine qui a été incorporée dans le *Code criminel* par le projet de loi C-41 traduit une orientation différente de celle qui existe dans le rapport *Des responsabilités à assumer* : elle penche du côté de la justice rétributive plutôt que réparatrice pour des raisons qui sont imputables au climat politique de l'heure. On sait que les gens réclament des peines plus sévères et des périodes

³⁸⁵ D'après le Comité :

La détermination de la peine a pour objet de favoriser la préservation d'une société juste, pacifique et sûre, en rendant les délinquants responsables de leurs agissements criminels par l'imposition d'une juste sanction qui :

- a) oblige les délinquants – ou les incite s'il est impossible de les obliger – à reconnaître le tort qu'ils ont fait aux victimes et à la société et à assumer la responsabilité des conséquences de leur comportement;
- b) tient compte des mesures que les délinquants ont déjà prises ou se proposent de prendre pour réparer le tort causé aux victimes et à la société ou pour manifester qu'ils assument la responsabilité de leur comportement;
- c) favorise la réconciliation entre les délinquants et les victimes quand les victimes le souhaitent ou consentent à prendre part à ces mesures;
- d) au besoin, fournit aux délinquants la possibilité de s'amender ou de se réadapter à la société afin de devenir des citoyens responsables et respectueux des lois;
- e) au besoin, dénonce le comportement du délinquant ou le neutralise.

d'incarcération plus longues. Une des raisons qui militent le plus en faveur d'une justice authentiquement autochtone est que cette justice ne serait plus tributaire des forces politiques et des orientations des gouvernements non autochtones.

Il est possible de se faire une idée de ce que comprendrait un code autochtone des infractions en examinant deux exemples : le premier est le projet de code pour le territoire mohawk d'Akwasasne et l'autre, le code qui est en vigueur au Groenland.

En 1989, un code des infractions et de la procédure judiciaire pour le territoire mohawk d'Akwasasne a été présenté au Conseil des chefs de la nation mohawk. Il n'a pas encore été mis en vigueur parce qu'il faut auparavant (compte tenu du fait que le territoire chevauche le Québec, l'Ontario et l'État de New York) entamer des négociations avec deux gouvernements fédéraux, deux gouvernements provinciaux et le gouvernement d'un État. Le projet de code ne comprend que 40 pages mais dresse une liste complète des infractions criminelles. Celles-ci sont réparties en trois grandes catégories : infractions contre une autre personne ; infractions contre la collectivité et infractions contre la nature. Les infractions sont également classées, selon leur gravité, en infractions mineures, graves et très graves. Les infractions très graves sont passibles d'une amende maximale de 5 000 \$, d'une pénalité correspondant à deux fois le bénéfice tiré de l'activité illégale, de la probation ou de la prestation d'un service d'intérêt général de moins de cinq ans, ou du bannissement. Le code décrit également une procédure où les audiences sont tenues par un tribunal composé de juges de paix dont les décisions, notamment en matière de peine, doivent être prises par consensus. Le code prévoit également que les allégations de forfaiture à l'égard d'un juge de paix sont examinées par un conseil mohawk.

Le code des infractions mohawk comprend de nombreuses infractions que l'on retrouve également dans le *Code criminel* canadien. Ainsi, l'article 1, qui traite des infractions contre une autre personne, interdit notamment le meurtre, le viol et l'agression sexuelle, l'enlèvement, les voies de fait, le vol, la possession de biens volés et les dommages volontaires. En vertu de l'article 12, constitue également une infraction le fait «de faire une fausse déclaration contre une autre personne». Le *Code criminel* canadien interdit la publication de propos blasphématoires, sédi-tieux et diffamatoires (articles 59, 60, 296 à 301) mais l'infraction du code mohawk a manifestement pour but de protéger d'une manière plus complète la bonne réputation des citoyens. Dans la catégorie des infractions contre la collectivité figu-

Au nombre des principes de détermination de la peine que le comité recommande, figure le principe voulant que :

[...] L'emprisonnement ne doit être imposé qu'après avoir envisagé l'opportunité des peines autres que l'incarcération, soit dans le cadre de programmes de réconciliation de la victime avec le contrevenant, soit dans le cadre de la planification des dispositions sentencielles de remplacement. (Rapport du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, *Des responsabilités à assumer*, Ottawa, 1988, pp. 62-63.)

rent l'inconduite, l'ivresse publique et le détournement de fonds publics. Quant aux infractions de la troisième catégorie, celles contre la nature, c'est le fait «pour une personne ou un groupe de personnes de modifier un terrain ou le tracé d'un cours d'eau et de nuire ainsi aux cycles de vie naturels ou à la nature». Cette disposition vise manifestement à refléter toute la valeur que les autochtones accordent à la protection de l'environnement naturel.

Le code criminel du Groenland a été adopté par le gouvernement danois en 1954. À cette époque, le Groenland avait une population d'environ 35 000 habitants, dont 5 000 Danois et 30 000 Inuit. Depuis la colonisation du Groenland par le Danemark en 1721, les Danois et les autres colons établis au Groenland étaient assujettis, avec certaines réserves, au droit danois, alors que la population autochtone avait conservé ses pratiques coutumières qui étaient complétées par certains règlements adoptés par le gouvernement danois³⁸⁶.

Verner Goldschmitt, professeur de droit à l'Université de Copenhague et l'un des rédacteurs du code criminel du Groenland a résumé le système de droit coutumier qui était appliqué au Groenland.

[TRADUCTION] Nous avons constaté que le principe fondamental à la base de l'administration de la justice au Groenland était l'individualisation du traitement des criminels, et que la gravité de l'infraction commise jouait un rôle très mineur. La principale caractéristique du système informel des peines [...] était sa souplesse et son rejet de l'emprisonnement³⁸⁷.

Le nouveau code criminel du Groenland tentait de codifier le droit coutumier en vigueur. Ainsi, à la différence de la tradition civiliste normale, le code de 1954 s'intitule code criminel et non code pénal de façon à souligner que la punition telle

³⁸⁶ Gerhard Muller (dir.), *The Greenland Criminal Code*, Comparative Criminal Law Project, New York University School of Law, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1970. Ce code a été modifié à plusieurs reprises et le texte actuel a été publié dans la promulgation n° 49, 1979, du ministère de la Justice du Danemark. Les principales dispositions concernant l'administration de la justice au Groenland figurent dans la loi danoise sur l'administration de la justice au Groenland, promulgation n° 99 du 21 mars 1984. En 1994, le ministère de la Justice du Danemark a créé la commission du Groenland sur l'administration de la justice et l'a chargée d'examiner les changements qu'il conviendrait d'apporter au code criminel du Groenland et à la loi sur l'administration de la justice au Groenland, compte tenu des changements sociaux survenus dans cette île depuis 40 ans. Lors d'une conférence internationale tenue à Vancouver en juillet 1995, un des membres de cette commission, Finn Larsen, a déclaré que l'on allait probablement conserver les grandes lignes du code criminel du Groenland, tout en lui apportant quelques modifications. (Finn Larsen, «Local Involvement in Legal Policy and Justice Delivery in Greenland», exposé présenté à la conférence «Putting Aboriginal Justice Devolution Into Practice: The Canadian and International Experience», Vancouver, du 5 au 7 juillet 1995. Voir également Henrik G. Jensen, «Justice in Greenland» dans *Preventing and Responding to Northern Crime*, sous la direction de Kurt Taylor et Griffiths, Burnaby, Northern Justice Society et Université Simon Fraser, 1990, p. 121.)

³⁸⁷ Muller, *The Greenland Criminal Code*, p. 3.

qu'elle est conçue traditionnellement n'est qu'une des sanctions autorisées par le code. Les dispositions substantielles du code en matière d'infractions ressemblent certes à celles du code pénal danois mais elles contiennent également certaines infractions particulières au Groenland. En particulier, le code énonce : [TRADUCTION] «Est coupable de consommation excessive d'alcool quiconque se trouve en état d'ébriété, ou amène une autre personne à se trouver dans cet état, que ce soit intentionnellement ou par négligence grossière, et met ainsi en danger la personne ou les biens d'autrui³⁸⁸.»

Conformément au droit coutumier du Groenland, les infractions ne sont pas classées en fonction de leur gravité et les sanctions qu'autorise le code peuvent être imposées seules ou en combinaison, quelle que soit l'infraction commise. Voici comment l'article 87 énonce les principes applicables à la détermination de la peine :

[TRADUCTION] La décision doit refléter la nature de l'infraction et l'intérêt de la société à sanctionner ce type de comportement. Il convient d'accorder une importance spéciale à la personnalité du criminel et aux mesures à prendre pour l'empêcher de commettre d'autres infractions.

Le code s'applique à tous les résidents du Groenland. Il prévoit toutefois une exception pour les personnes qui ne sont pas domiciliées au Groenland et pour celles dont le lien avec ce pays est ténu. Dans ces cas-là, c'est le code pénal danois qui s'applique. Goldschmitt a expliqué la raison d'être de cette exception :

[TRADUCTION] Cette disposition tient compte des cas pour lesquels il serait difficile de prendre des mesures punitives à l'égard de personnes qui n'ont pas de véritables liens avec le Groenland, ou pour lesquelles il serait injuste de tenter d'adapter le criminel au Groenland plutôt qu'à la situation sociale du Danemark. Ainsi, les personnes domiciliées au Danemark qui occupent un emploi saisonnier au Groenland et qui commettent des infractions seront jugées par un tribunal danois en vertu du code pénal danois. Il est également évident que l'on ne peut pas s'attendre à ce que les sanctions du code pénal aient l'effet voulu sur un individu qui, par exemple, a été emprisonné à plusieurs reprises au Danemark³⁸⁹.

Le code du Groenland illustre la façon dont on peut actualiser une approche traditionnelle à l'imposition de sanctions. Dans le contexte canadien, les codes pénaux autochtones donneraient probablement eux aussi la priorité aux mesures réparatrices et non aux mesures punitives. Tout comme dans le code du Groenland, le

³⁸⁸ Code criminel du Groenland, article 24, cité à la note 386. Cette disposition est beaucoup plus large que celle du code pénal danois mais elle a été jugée nécessaire, compte tenu des problèmes d'alcoolisme que connaît le Groenland et des dangers qui sont reliés à l'alcool comme le risque de se noyer ou de mourir de froid.

³⁸⁹ Muller, *The Greenland Criminal Code*, cité à la note 386, p. 8.

principe fondamental consisterait à tenter de protéger la société en réintégrant le contrevenant plutôt qu'en l'isolant.

Ces exemples indiquent que les codes pénaux autochtones pourraient donner une expression juridique aux valeurs fondamentales des nations autochtones et refléter leurs principes et processus distincts pour préserver la paix et l'ordre dans leurs collectivités. Quels sont donc les arguments favorables à un code pénal unique, applicable à tous les Canadiens, tant autochtones que non autochtones? L'un de ces arguments se fonde sur le principe d'égalité. Jeremy Webber a préparé une étude pour la Table ronde nationale sur les questions judiciaires dans laquelle il a formulé cet argument de la façon suivante :

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 individuels³⁹⁰.

Considéré à un niveau très général, cet argument n'est guère convaincant dans un pays fédéral comme le Canada, dont la Constitution est expressément conçue pour permettre une certaine diversité des lois applicables aux diverses régions du pays. Il n'y a pas beaucoup de Canadiens qui penseraient que leur droit civique fondamental à l'égalité est gravement compromis parce que les lois de la Nouvelle-Écosse diffèrent à de nombreux égards de celles de la Saskatchewan, pour ne pas parler évidemment de celle du Québec.

Néanmoins, on peut présenter sous une forme plus précise l'argument de l'égalité. À la différence d'autres pays fédéraux, le Canada possède un *Code criminel* fédéral uniforme qui s'applique à l'ensemble du pays. Ce code est en vigueur depuis plus d'un siècle. Les Canadiens présupposent que, dans l'ensemble, un comportement qui est criminel en Colombie-Britannique l'est également en Ontario et dans l'Île-du-Prince-Édouard. Par contre, il existe aux États-Unis et en Australie un grand nombre de codes pénaux parce que ce sont les États membres de ces fédérations qui ont le pouvoir de légiférer dans le domaine du droit pénal. Selon cet argument, même si le Canada observe deux traditions juridiques distinctes – le droit civil au Québec et la common law dans le reste du pays –, on fait valoir que le *Code criminel* constitue une institution unificatrice qui concourt à définir

³⁹⁰ Jeremy Webber, «Individualité, égalité et différence : raisons justifiant un système judiciaire autochtone parallèle» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 154.

l'identité canadienne en faisant partager certaines valeurs fondamentales à tous les citoyens. Si l'on accepte cet argument, il devient nécessaire d'imposer aux citoyens des normes uniformes minimales en matière de comportement pour faire respecter les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent ces deux traditions juridiques.

Il faut, pour pouvoir évaluer cet argument, tenir compte du fait que les aménagements constitutionnels actuels dans le domaine de la justice pénale visent à concilier le double besoin d'uniformité et de diversité en attribuant au Parlement du Canada une compétence législative en matière de droit pénal et de procédure pénale et en attribuant aux provinces une compétence dans le domaine de l'administration de la justice. Du fait de cet arrangement constitutionnel, les services de police, les poursuites pénales, la création de tribunaux, certains éléments du système correctionnel et les mesures de rechange destinées aux jeunes contrevenants relèvent des provinces. Qui plus est, certaines dispositions du *Code criminel* prévoient de toute évidence les variantes régionales. Par exemple, les articles qui traitent du jeu permettent aux provinces de réglementer cette activité selon des modalités qui peuvent différer d'une province à l'autre. Les modifications récentes au *Code criminel* qui autorisent les sanctions substitutives pour les contrevenants adultes laissent également aux procureurs généraux des provinces le soin de créer et de mettre en place de telles sanctions.

Il est également important de rappeler que, si les provinces ne peuvent adopter de véritables lois pénales, elles ont le pouvoir de faire appliquer et respecter leurs lois en imposant des amendes, des pénalités ou des peines de prison³⁹¹. Les tribunaux ont interprété largement ce pouvoir et confirmé la validité de certaines infractions provinciales, comme la conduite dangereuse et le fait de fournir de faux renseignements dans un prospectus, infractions très semblables à celles du *Code criminel*. En pratique les gouvernements fédéral et provinciaux possèdent donc des pouvoirs législatifs concurrents à l'égard d'une partie considérable du domaine du «droit pénal», au sens large de ce terme³⁹².

Par contre, le fait de reconnaître le droit des nations autochtones de mettre sur pied leurs propres systèmes de justice dans le cadre de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale introduit une diversité d'une dimension tout à fait nouvelle dans les aménagements constitutionnels en vigueur, dimension qui, à la différence des dimensions fédérale et provinciales, n'est pas fondée sur des valeurs partagées et une identité commune mais sur des valeurs différentes qui reflètent le caractère unique des cultures et des identités autochtones. Pour la plupart des autochtones, le *Code criminel* n'est pas un instrument qui représente leurs valeurs ou qui reflète leur identité. Les rapports des nombreuses enquêtes sur la justice qui ont précédé celle-ci démontrent que c'est un instrument qui leur est bien souvent tout à fait étranger.

³⁹¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphe 92(15).

³⁹² Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cité à la note 367, pp. 492-495.

Il ne s'agit donc pas simplement de repenser l'équilibre à créer entre l'uniformité et la diversité au sein d'un même système de justice pénale qui reflète des valeurs partagées, mais de réaménager le système actuel pour faire place à un système différent fondé sur des valeurs différentes. La tâche n'est pas facile. La création de systèmes de justice pénale autochtone qui s'appliqueraient sur les territoires autochtones parallèlement au système de la majorité exigera une collaboration étroite entre les intéressés et une grande sensibilité aux aspects interculturels. Si l'on y parvient, ce réaménagement honorera dans un cadre adapté au XXI^e siècle, les contributions respectives des autochtones et des non-autochtones de façon à ce que leurs traditions judiciaires puissent s'exprimer par des systèmes de justice fonctionnant de façon harmonieuse.

Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous avons examiné la nature du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que reconnaît et confirme le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous l'avons qualifié de droit organique comportant plusieurs dimensions. Certains domaines sont au centre du champ de compétence : les nations autochtones peuvent alors prendre des initiatives sans conclure au préalable des accords avec les gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux³⁹³. D'autres domaines sont aux confins du champ de compétence : des mesures peuvent être prises dans ces domaines une fois seulement que des ententes sont intervenues entre les gouvernements concernés. Les domaines centraux de l'autonomie gouvernementale comprennent, avons-nous dit, «ceux qui sont cruciaux pour la vie et le bien-être de la collectivité sans pour autant avoir d'incidences profondes sur les gouvernements voisins ni prendre une importance prépondérante sur le plan national ou régional».

Pour énoncer cette définition avec plus de précision, par l'expression «ceux qui sont cruciaux pour la vie et le bien-être de la collectivité» nous entendons «les domaines qui sont cruciaux pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone en particulier, pour sa culture et son identité». De même, par l'expression «ni prendre une importance prépondérante sur le plan national ou régional» nous entendons «les domaines que les intérêts fédéraux ou provinciaux ne transcendent pas».

Par conséquent, le critère à utiliser pour déterminer les sujets qui font partie des compétences centrales du gouvernement autochtone est le suivant a) ces sujets sont d'une importance cruciale pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone particulier, pour sa culture et son identité; b) ils n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins; et c) les intérêts fédéraux ou provinciaux ne les transcendent pas.

Il reste donc à savoir si le droit de déterminer quels sont les actes qui constituent une violation des valeurs fondamentales d'une nation et comment les réprimer représente a priori un sujet d'importance cruciale pour la vie et le bien-être de la

³⁹³ Voir *Partenaires au sein de la Confédération*, cité à la note 8, p. 38. Nous avons toutefois souligné qu'il serait très souhaitable dans la pratique d'en arriver à des ententes.

nation, pour sa culture et son identité. Si c'est le cas, le pouvoir de se doter de lois dans le domaine de la justice pénale ferait alors partie des compétences centrales des gouvernements autochtones et, sous réserve des deux autres volets du critère, les nations autochtones auraient le droit d'adopter, si elles le souhaitent, leur propre droit pénal qui s'appliquerait dans leurs territoires, ainsi que des règles de procédure pénale et des principes de détermination de la peine.

Le pouvoir de définir les actes qui violent les valeurs fondamentales d'une nation semble faire partie des compétences centrales, mais il peut exister des situations où, par le biais de l'application des deuxième et troisième volets du critère, la compétence législative à l'égard de certains sujets ne fasse plus partie des compétences centrales et appelle donc l'accord des autres gouvernements avant qu'un gouvernement autochtone puisse légiférer.

Les conclusions de la Commission au sujet de l'étendue des pouvoirs des nations autochtones dans le domaine du droit pénal peuvent être résumées de la façon suivante :

Premièrement, les gouvernements autochtones ont le pouvoir de régir une vaste gamme de sujets dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale, pour ce qui est de leur application dans leurs territoires, conformément à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, tel que reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Deuxièmement, lorsque des aspects du droit pénal et de la procédure pénale se situent au *centre* des compétences des gouvernements autochtones, ceux-ci peuvent agir de leur propre initiative. Quant aux aspects qui se situent aux *confins* de ces compétences, des ententes doivent être conclues avec les autres ordres de gouvernement intéressés avant que les nations autochtones puissent exercer leur compétence.

Troisièmement, le critère permettant de distinguer ce qui est au centre et ce qui est aux confins est que les sujets centraux a) sont d'une importance cruciale pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone particulier, pour sa culture et son identité; b) ils n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins; et c) les intérêts fédéraux ou provinciaux ne les transcendent pas.

Quatrièmement, les compétences autochtones dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale pour leur application sur les territoires autochtones existent, d'une façon générale, *concurrentement* avec les pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de droit pénal et de procédure pénale. En cas de conflit entre une loi autochtone et une loi fédérale adoptée aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la loi autochtone l'emporte, sauf s'il est possible de démontrer que l'intervention fédérale se justifie par une nécessité impérieuse et réelle et que la loi fédérale est conciliable avec les obligations fondamentales de fiduciaire qu'a la Couronne envers les autochtones.

Cinquièmement, les gouvernements autochtones peuvent en principe agir dans les domaines faisant partie de leurs compétences centrales sans qu'il soit nécessaire de conclure au préalable des ententes avec les autres ordres de gouvernement, mais nous estimons qu'une telle façon de faire n'est pas souhaitable, en pratique, dans le domaine du droit pénal, à cause de la nécessité d'assurer la reconnaissance et le respect mutuels des décisions judiciaires (courtoisie judiciaire) et pour éviter les contestations.

Le lecteur aimerait peut-être qu'on lui fournisse des exemples de sujets se situant au centre de la compétence autochtone et de sujets se situant aux confins. Il ne faut toutefois pas oublier qu'un sujet est central dans la mesure où il est fondamental pour la culture et l'identité d'une nation autochtone; les sujets centraux peuvent donc varier d'une nation à l'autre. Il n'appartient pas à la Commission de déterminer ce qui est central et ce qui ne l'est pas : c'est à chaque nation autochtone de se prononcer.

Recommandation 3

Même si les nations autochtones peuvent adopter leur propre droit pénal et leur propre procédure pénale dans les domaines centraux de leurs compétences sans conclure d'ententes avec les autres ordres de gouvernement, la Commission recommande qu'elles entament des négociations pour conclure de telles ententes avant d'exercer leurs pouvoirs, ce en vue d'assurer la reconnaissance et le respect mutuels des décisions judiciaires (courtoisie judiciaire) et d'éviter les contestations.

Nous prévoyons que dans plusieurs cas ces négociations vont déterminer non seulement le contenu des lois autochtones mais également celui des lois fédérales. Il est en effet très possible qu'à la suite de ces négociations, on constate que le besoin d'adopter une loi autochtone sur un sujet donné soit moins vif et que les gouvernements autochtones acceptent de faire leurs lois pénales fédérales. Ce sera toutefois à eux d'effectuer un tel choix. Le but premier des négociations serait de fournir aux nations autochtones la certitude que leurs régimes juridiques constituent un élément légitime et donc respecté du cadre général de la justice pénale canadienne.

C'est normalement de façon progressive que les nations autochtones exerceront leurs pouvoirs législatifs. Nous ne voulons pas dire par là que la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'autonomie gouvernementale interdit d'appliquer le *Code criminel* aux autochtones. Nous croyons plutôt que celui-ci va continuer à s'appliquer aux autochtones jusqu'à ce que ces derniers aient élaboré leurs propres lois, si c'est ce qu'ils souhaitent, dans les domaines qui relèvent de leur compétence. Ces lois pourraient reprendre le *Code criminel* en totalité ou en partie. Le souci de rédiger des lois pénales mieux adaptées à la culture des autochtones va amener ces derniers à examiner quelles sont les parties du Code actuel qui sont incompatibles avec leurs valeurs fondamentales, quels sont les actes ou les omissions qui sont absents du Code et qui devraient être compris dans une loi autochtone et enfin,

quelles sont les procédures et les sanctions qui s'accorderaient avec les valeurs des autochtones et leur attitude face au comportement criminel.

Nous voulons également souligner que le pouvoir d'adopter des lois dans le domaine de la justice pénale appartient aux seules nations autochtones, et non pas aux différentes collectivités qui les composent. Rien n'empêche, bien entendu, les membres d'une nation de confier certains aspects du processus pénal à des collectivités, mais ce droit, dans sa plénitude, ne peut être exercé que par la nation.

Enfin, nous faisons remarquer que le *Code criminel*, lorsqu'il a été introduit en 1892, n'était certainement pas une institution proprement canadienne. Ce code doit beaucoup au projet de code de 1879 préparé par l'éminent juge et juriste anglais, James Fitzjames Stephen. Le projet de Stephen est devenu, avec de légères modifications, le projet de code britannique des commissaires de 1879 qui, à son tour, a inspiré le projet de code anglais de 1881. Chose paradoxale, ce dernier code n'a jamais été adopté en Angleterre mais il a exercé une influence déterminante sur le contenu du *Code criminel* canadien³⁹⁴. Considérés dans un contexte historique, les codes pénaux autochtones qui seraient élaborés un siècle après l'apparition du premier *Code criminel* constitueraient en fait la première codification faite en sol canadien; ce serait un juste retour des choses que nos nations autochtones en soient les auteurs.

En résumé, les nations autochtones ont le droit d'établir des systèmes pénaux qui reflètent et respectent leur spécificité culturelle en vertu de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Ce droit n'est toutefois pas absolu puisqu'il s'exerce dans le cadre du système fédéral canadien. L'expression contemporaine des notions et processus judiciaires autochtones réussira mieux que le système non autochtone actuel à panser les plaies infligées par le colonialisme et à répondre au défi que représente le maintien de la paix et de la sécurité dans un monde en constante évolution.

La résolution des conflits de compétence

La nature des problèmes susceptibles de se poser

Il existe fondamentalement quatre façons de regrouper les questions de compétence que vont poser les systèmes de justice autochtone. Voici les trois premières : la compétence matérielle – quels types de questions relèvent du système judiciaire; la compétence personnelle – qui a le droit ou l'obligation d'utiliser le système judiciaire; et la compétence territoriale – dans quel territoire s'applique le système judiciaire. Il est possible que ces trois secteurs se chevauchent en pratique. Le quatrième secteur est celui de la courtoisie judiciaire – les différents systèmes judiciaires reconnaissent mutuellement leurs décisions. Il existe des réponses à chacune de ces questions. Il est probable que les choix que les nations autochtones vont effectuer dans ce domaine seront déterminés par le souci d'un équilibre entre des considérations de principe et des considérations pragmatiques.

³⁹⁴ *Réformer la sentence : une approche canadienne*, cité à la note 382, p. 35.

La notion de compétence territoriale doit être le point de départ de l'examen de ces questions. Il convient de supposer, en l'absence d'arguments contraires déterminants, que chaque nation autochtone exercera ses compétences à l'égard de toutes les personnes qui résident sur son territoire. Cette réponse n'est pas particulièrement originale puisqu'elle ne fait que refléter ce qui existe dans le reste du pays. Il est incontestable que la compétence qu'exercent les provinces à l'égard de tous leurs résidents est suprême. La personne qui est inculpée d'une infraction criminelle en Alberta est jugée par des juges qui vivent dans cette province; elle est poursuivie par la Couronne provinciale et défendue par des avocats ayant le droit de pratiquer dans la province selon le règlement du Barreau de l'Alberta¹⁹⁵. Les accusés n'ont pas la possibilité de demander que leur procès ait lieu dans une autre province.

De la même façon, les prévenus autochtones, quelle que soit la province canadienne où des accusations ont été portées contre eux, doivent accepter d'être traduits devant le tribunal compétent, même si les pratiques et les procédures de celui-ci sont contraires à leurs valeurs ou à leur culture. Si ces accusés sont tenus de comparaître devant des tribunaux qui ne reconnaissent pas les différences culturelles fondamentales lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'une province, comment pourrait-il en aller différemment, sur le plan des principes, pour une personne non autochtone qui se trouve sur le territoire d'une nation autochtone? Une telle approche paraît simple, uniforme et d'application facile.

Il va toutefois y avoir certaines différences importantes entre les systèmes autochtones et le système non autochtone. Il ne s'agit pas seulement de différences formelles mais de différences qui reflètent des façons très dissemblables de concevoir la justice. Dans le système non autochtone, les juridictions pénales sont pratiquement identiques, tant sur le plan de l'organisation que du fonctionnement, dans toutes les provinces et territoires. Il n'en ira pas nécessairement de même pour les systèmes judiciaires élaborés par les nations autochtones. L'une des principales différences est que, dans les limites que nous avons déjà identifiées, les nations autochtones pourront adopter leurs propres lois pénales et choisir leur propre façon de répondre aux besoins des victimes et des contrevenants. Pour cette raison, même dans le cas où une nation autochtone continuerait d'utiliser le *Code criminel*, rien ne l'empêcherait d'adopter des procédures d'enquête, de formuler des politiques de détermination de la peine et de traiter le comportement criminel différemment des provinces et des territoires.

De plus, comme nous allons le voir plus loin dans ce chapitre, les nations autochtones pourraient invoquer l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* – la clause nonobstant – si elles l'estiment nécessaire pour atteindre les objectifs

¹⁹⁵ Comme nous l'avons vu dans le chapitre 3, c'est la Couronne fédérale qui conduit les poursuites à l'égard de certaines infractions criminelles ou quasi criminelles, p. ex. la contrefaçon de monnaie et le trafic de stupéfiants. Les avocats auxquels le gouvernement fédéral choisit de confier ces fonctions doivent être autorisés à pratiquer dans la province où ils vont travailler.

qu'elles ont fixés à leur système judiciaire. Les provinces ont certes également le droit de recourir à l'article 33 mais non pour ce qui est du droit pénal et de la procédure pénale parce qu'il s'agit là d'un domaine qui, en vertu de la Constitution, est une attribution exclusive du Parlement.

Ces facteurs nous amènent à mentionner une autre différence entre les systèmes de justice autochtone et ceux que l'on retrouve dans les provinces et les territoires. Le postulat qui fonde le *Code criminel* est que les valeurs culturelles reflétées par le Code sont communes à tous les Canadiens. Comme nous l'avons abondamment signalé, il y a des aspects fondamentaux de ce postulat qui ne s'appliquent pas à un bon nombre d'autochtones. Il existe sans doute d'autres Canadiens qui ne partagent pas non plus ces valeurs, mais les autochtones possèdent des droits historiques en tant que premiers occupants de ce pays, des droits qui sont reconnus par la Constitution et qui leur confèrent le pouvoir d'adopter, dans les domaines centraux du droit pénal pour lesquels ils ont compétence, des lois qui reflètent les valeurs propres à leurs nations. Ce faisant, ils devront cependant tenir compte des résidents non autochtones qui vivent sur leurs territoires.

Dans les travaux qu'ils ont effectués pour l'Ontario Native Council on Justice, Jonathan Rudin et Dan Russell ont examiné cette difficulté dans le contexte d'un système de justice autochtone fonctionnant dans une réserve :

[TRADUCTION] Prenons le cas d'un non-autochtone qui serait accusé d'avoir commis une infraction dans la réserve [...] On pourrait soutenir que, si le système correspond aux valeurs culturelles des résidents autochtones de la réserve, il est par le fait même mal adapté à un accusé non autochtone. Si le système s'inspire des valeurs, des coutumes et des croyances de la collectivité, on est en droit de se demander comment un tel système pourrait s'appliquer à une personne qui ne partage pas ces valeurs, coutumes ou croyances. Un système de justice autochtone serait tout aussi étranger pour un non-autochtone que l'est le système judiciaire de la culture dominante pour les autochtones. Un autochtone qui ne serait pas membre de la tribu vivant dans la réserve pourrait lui aussi opposer cet argument. Il pourrait en effet soutenir que le système judiciaire propre à sa culture ne ressemble pas au système auquel il doit maintenant faire face et qu'il serait donc injuste et inéquitable de l'obliger à être jugé par un tel système³⁹⁶.

Cette situation est loin d'être irréaliste ou hypothétique. Elle rappelle au contraire les problèmes des systèmes de justice autochtone aux États-Unis. Comme nous l'avons vu, même si les autorités tribales possèdent le droit inhérent d'adopter des lois et d'administrer la justice dans leurs propres territoires, les tribunaux tribaux se heurtent à de grands problèmes. Le premier concerne la compétence person-

³⁹⁶Rudin et Russell, «Native Alternative Dispute Resolution Systems», cité à la note 335, p. 55.

nelle. Selon l'opinion de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Duro*, une nation indienne ne peut réglementer que les affaires qui concernent ses membres qui vivent dans la réserve. Ce droit est fort limité. Au cours de son témoignage devant la commission de la Chambre des représentants qui examinait l'arrêt *Duro*, Gay Kingman, directrice exécutive du National Congress of American Indians, faisait observer qu'il arrive souvent que, dans les réserves américaines, la majorité de la population soit d'origine indienne mais qu'un grand nombre des résidents ne soient pas officiellement membres de la tribu³⁹⁷. Le Congrès a été obligé d'adopter une loi spéciale après l'arrêt *Duro* pour que les tribunaux tribaux puisse exercer leurs compétences à l'égard de tous les Indiens vivant dans les réserves. Quant aux non-Indiens, ils ne sont pas régis par le droit pénal tribal, sauf en cas d'infractions mineures au code de la route.

Aux États-Unis, les garanties procédurales du *Bill of Rights* s'appliquent devant les tribunaux tribaux en vertu de l'*Indian Civil Rights Act*. Notre *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux nations autochtones, mais les nations indiennes des États-Unis ne peuvent invoquer une disposition comparable à notre clause nonobstant, option qui s'offre, à notre avis, aux nations autochtones du Canada. Dans ces circonstances, le fait d'exercer des pouvoirs à l'égard de personnes non autochtones se trouvant sur le territoire d'une nation autochtone lorsque toutes les garanties qu'offre la Charte ne sont pas disponibles à cause d'un recours à la clause nonobstant, pourrait susciter des contestations devant la Cour suprême du Canada. Celle-ci pourrait fort bien juger que la personne lésée ne dispose d'aucun recours, ou ordonner que cette nation modifie certains aspects de ses procédures judiciaires ou encore, comme la Cour suprême des États-Unis l'a fait dans l'arrêt *Duro*, elle pourrait apporter des changements profonds aux régimes juridiques de toutes les nations autochtones.

La reconnaissance des décisions des organes décisionnels autochtones par le système de justice non autochtone soulève une autre question. Comme le droit à l'autonomie gouvernementale est inhérent et qu'il englobe toute une gamme de questions judiciaires, les gouvernements autochtones pourraient prendre immédiatement en main les affaires judiciaires dans les domaines centraux. Par contre, si un tribunal de l'extérieur déclarait qu'il n'est pas lié par les décisions d'un organisme décisionnel autochtone, cela causerait un problème grave. Les personnes qui font l'objet d'une accusation criminelle et dont le dossier a été traité par le système de justice autochtone aimeraient être sûres qu'elles ne feront pas l'objet de poursuites devant les tribunaux non autochtones après avoir été jugées une première fois par une instance autochtone³⁹⁸. La même question se poserait pour les affai-

³⁹⁷ Témoignage de Gay Kingman, dans *The Duro Decision*, cité à la note 337, p. 110.

³⁹⁸ Cette question n'est pas simplement théorique. En 1988, trois jeunes gens de Kahnawake ont été accusés d'incendie criminel et d'un certain nombre d'autres infractions criminelles par la Sûreté du Québec. Les jeunes ont préféré être jugés par la Longue maison plutôt que d'être traduits devant le système de justice non autochtone. La Longue maison s'est réunie et a rendu jugement. La Couronne du Québec a reconnu que les sentences imposées aux adolescents par la Longue maison

res familiales et civiles. Si les gouvernements autochtones et non autochtones n'acceptent pas chacun de reconnaître leurs décisions mutuelles, les personnes qui ont fait l'objet d'un jugement se trouveraient dans une situation fort incertaine³⁹⁹.

C'est pourquoi il ne suffit pas d'affirmer que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* résout, par sa seule existence, tous les problèmes que peut soulever l'interaction de deux systèmes judiciaires. Il faut donc envisager d'autres solutions.

Aux États-Unis, les tribunaux tribaux et le système non autochtone sont au service de leurs ressortissants propres. Ce principe a été à l'origine de nombreux problèmes pour les tribunaux tribaux. En raison de la *Major Crimes Act*, les tribus ne sont pas en mesure de juger certaines infractions, même si elles souhaiteraient le faire.

Cette notion de compétence divisée, qui se règle bien souvent en fonction de l'appartenance à la tribu, suscite de nos jours de nombreux litiges portant sur la compétence des tribunaux tribaux. Ce modèle de répartition des compétences a limité inutilement le développement du système des tribunaux tribaux. Les dispositions de l'*Indian Civil Rights Act* qui venaient restreindre les compétences des tribunaux tribaux ont également empêché les nations indiennes de rechercher des méthodes de règlement des conflits qui soient mieux adaptées sur le plan culturel. Grâce à l'article 25 de la Charte canadienne et à la capacité qu'ont les nations autochtones d'élaborer leurs propres chartes, le Canada n'a pas besoin d'imiter ce modèle; cela nous permet d'avoir une répartition des compétences qui facilite l'épanouissement des systèmes de justice autochtone au lieu de les étouffer.

Contrairement à ce qui se fait aux États-Unis, il ne faudrait pas que les tribunaux ou les assemblées législatives non autochtones fixent unilatéralement les compétences qui devraient être confiées aux systèmes de justice autochtone. Il serait préférable que, une fois qu'on aura négocié avec les autres ordres de gouvernement la teneur de la compétence autochtone en matière de justice, la nation détermine elle-même jusqu'où elle désire exercer cette compétence.

Les choix des nations autochtones en matière d'infractions et de contrevenants

Les nations autochtones ne devraient pas être limitées dans la définition des infractions qu'elles souhaitent pouvoir juger. Il faudrait plutôt que les peuples autochtones

étaient non seulement mieux adaptées sur le plan culturel mais également plus sévères que celles qu'auraient imposées les tribunaux du Québec, mais elle a néanmoins insisté pour que ces jeunes gens soient traduits devant les tribunaux québécois. Ceux-ci ont refusé, ce qui a entraîné l'émission de mandats d'arrestation à leur endroit. Pour plus de détails sur cette affaire, voir M. David, «Two Justice Systems for One Nation?», *Tribune Justice* 6/4, p. 16, et «Decision of the Longhouse in the Case of Ryan Deer, Dean Horne and another», Kahnawake, inédit.

³⁹⁹ Le présent rapport porte principalement sur les questions de droit pénal, mais nous estimons que le domaine du droit privé – tant pour ce qui est du pouvoir de légiférer que de l'administration de la justice – est également visé par le droit inhérent des peuples autochtones à créer leurs propres systèmes judiciaires.

décident eux-mêmes s'ils sont prêts à s'occuper de certaines infractions. Les infractions qu'ils ne souhaitent pas juger pour le moment continueront d'être entendues par les tribunaux non autochtones.

Les systèmes de justice autochtone devrait également pouvoir déterminer quels sont les accusés qui seront jugés par ces tribunaux. Le fait que l'intéressé soit autochtone ou non ne devrait pas être un facteur déterminant; les systèmes de justice autochtone devraient être accessibles à tous. La plupart des initiatives judiciaires que nous avons recensées dans le chapitre précédent étaient axées sur la guérison. Les contrevenants qui désirent participer à ces programmes doivent, à titre de condition préalable, accepter la responsabilité de leurs actes; les programmes ne se prononcent pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Un programme judiciaire autochtone axé sur la guérison doit pouvoir refuser les gens qui ont démontré qu'une telle démarche ne les intéresse pas⁴⁰⁰. Bien entendu, il est possible que les systèmes de justice autochtone prévoient un processus de constatation des faits. Dans ce cas-là, la question de savoir si l'accusé accepte la responsabilité de ses actes perdrait de son importance.

Cela pourrait signifier, en pratique, que des personnes accusées d'avoir commis la même infraction criminelle dans le même territoire pourraient être jugées selon des mécanismes différents. À la différence de ce qui se passe aux États-Unis, le choix de l'instance ne devrait pas être déterminé par l'appartenance à la tribu, ni par la nature de l'infraction. L'instance devrait être choisie en fonction de la capacité et du désir du système de justice autochtone de répondre aux besoins particuliers du prévenu.

Il est essentiel que les systèmes de justice autochtone puissent choisir les types d'infractions et contrevenants qui relèveront d'eux. On nuirait au développement et à l'évolution de ces systèmes si on leur imposait, dès le départ, l'obligation de juger tous les types d'infractions et tous les contrevenants.

Recommandation 4

La Commission recommande que les systèmes de justice autochtone puissent choisir les types d'infractions et de contrevenants qui relèveront d'eux. Les infractions et les contrevenants qui ne ressortiraient pas aux systèmes autochtones continueraient de relever du système non autochtone.

Le choix du tribunal par l'accusé

Si un système de justice autochtone peut déterminer les types de délinquants qui relèveront de lui, ne devrait-on pas accorder le même droit aux contrevenants qui ne sont pas autochtones? Il serait unique au Canada d'offrir aux prévenus la possibilité d'être jugés par le système de leur choix, mais il existe de bons arguments

⁴⁰⁰ Ainsi, dans le programme du Conseil communautaire de Toronto, une personne qui a fait l'objet d'une autre accusation criminelle ne peut revenir devant le Conseil si elle a manqué à comparaître à l'audience initiale du Conseil ou si elle n'a pas exécuté la décision initiale du Conseil.

pour que l'on permette aux personnes non autochtones vivant sur le territoire d'une nation de choisir entre le système de justice autochtone et celui de la majorité.

Incapables à choisir le tribunal qui les jugerait, les non-autochtones ne seraient pas obligés de comparaître devant un système qui s'inspire de valeurs culturelles qui ne sont pas les leurs. Sur le plan pratique, le fait d'accorder cette possibilité aux accusés permettrait probablement d'éviter les contestations du genre *Duro*, et leur effet potentiellement dévastateur sur la compétence des systèmes de justice autochtone – contestations qui ne manqueraient pas de surgir si toutes les personnes vivant dans les limites du territoire d'une nation donnée devaient relever du système judiciaire de cette nation.

Il ne serait peut-être pas souhaitable d'offrir un tel choix à un individu accusé d'avoir transgressé une loi qui est particulière à la nation autochtone. Les nations autochtones ne vont pas uniquement adopter des lois pénales; elles vont certainement créer de nombreuses infractions réglementaires. Peter Hogg et Mary Ellen Turpel ont examiné cette question pour la Commission et proposé que le règlement des conflits dans les domaines suivants relève toujours exclusivement des nations autochtones: la gestion du territoire; la réglementation de l'activité sur celui-ci, y compris la chasse, la pêche, l'exploitation minière et forestière; l'octroi de permis aux entreprises; les codes applicables à l'urbanisme, au zonage et à la construction; et la protection de l'environnement⁴⁰¹.

Par ailleurs, il semblerait bien étrange de confier à des procureurs de la Couronne du système non autochtone les poursuites relatives à des infractions commises en vertu de lois autochtones qu'ils ne connaîtraient que vaguement. Il serait également étrange de confier à des juges du système non autochtone, qui ne connaissent pas l'objet véritable de la législation ni l'éventail des sanctions offertes dans un cas donné, le soin de fixer la peine des personnes qui ont contrevenu à ces lois. En fait, il n'est guère logique de penser que l'on pourrait confier aux tribunaux d'un système judiciaire la tâche d'appliquer des lois qui appartiennent à un autre système.

Cependant, si leurs lois comportent des sanctions, les nations autochtones voudront peut-être ce que les accusés bénéficient de tous les moyens de défense, y compris les dispositions de la Charte, qu'ils auraient pu invoquer dans le système non autochtone. C'est précisément dans les cas où des individus risquent de faire l'objet de sanctions sans bénéficier de tout l'éventail des garanties procédurales et constitutionnelles que pourraient intervenir des arrêts du genre *Duro* qui viendraient restreindre la compétence des systèmes de justice autochtone en se fondant sur des motifs d'ordre tribal ou racial.

⁴⁰¹ P.W. Hogg et M.E. Turpel, «La mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones: aspects constitutionnels et questions de compétence» dans *L'autonomie gouvernementale des peuples autochtones – Questions juridiques et constitutionnelles*, Ottawa, CRPA, 1995, p. 446.

Si l'on offre aux non-autochtones la possibilité de choisir le tribunal compétent pour les juger parce qu'ils ne partagent pas les valeurs et la culture de la nation autochtone où ils résident, pourquoi alors ne pas offrir la même possibilité aux autochtones qui sont membres d'une autre nation? Il est en effet possible que leurs cultures et leurs valeurs diffèrent de celles de la nation où ils résident. Pourquoi les empêcher d'être jugés par le système de leur propre nation? Un tel argument a ses mérites, mais nous pensons qu'il convient de le rejeter, et ce pour deux raisons : premièrement, parce qu'il est probable que les aspects essentiels de la culture et les valeurs fondamentales des deux nations aient un dénominateur commun; et deuxièmement, parce que les autochtones qui décident de vivre avec une autre nation devraient respecter les systèmes en vigueur sur le territoire de cette nation. En effet, l'histoire révèle que les nations autochtones ont traditionnellement fait preuve de courtoisie les unes envers les autres, et on peut présumer qu'elles seront portées à reconnaître et à respecter les institutions des autres nations⁴⁰²

L'idéal serait évidemment que toutes les personnes se trouvant sur le territoire d'une nation relèvent du système judiciaire de cette nation. Il faudra toutefois attendre un certain temps avant que les systèmes de justice autochtones gagnent la confiance de tous les résidents, en particulier des résidents non autochtones. Ils l'apprécieront une fois qu'il aura fait ses preuves. Nous pensons que c'est ce qui va se produire progressivement et que l'objectif ultime de la compétence territoriale sera atteint à mesure que les résidents non autochtones se familiariseront avec les valeurs qui sous-tendent les systèmes autochtones.

Compétence territoriale et courtoisie judiciaire

Pour ce qui est de la compétence territoriale, les membres des nations autochtones qui commettent des infractions criminelles à l'extérieur du territoire de leur nation devraient s'attendre à être jugés par le système judiciaire de l'endroit où a été commise l'infraction. L'article 479 du *Code criminel* autorise les personnes inculpées d'une infraction criminelle à plaider coupable devant tout tribunal de la province où les événements se sont produits, pourvu qu'elles obtiennent le consentement du bureau du procureur de la Couronne de la province où a été portée l'accusation⁴⁰³. On appelle ce processus le transfert d'accusation. Rien n'empêche d'adopter des dispositions semblables pour permettre aux membres des nations autochtones de voir leur cas traité dans leur communauté d'origine, pourvu qu'ils acceptent la responsabilité des infractions dont ils sont accusés. Ce droit ne peut toutefois être absolu ou laissé à la seule discrétion de l'accusé. Avant de procéder à un transfert d'accusation, il serait bon de contacter les responsables de la collectivité d'origine de l'accusé pour voir s'ils acceptent un tel transfert. La collectivité

⁴⁰² Voir par exemple Paul Williams, «Kaswentha – Relations entre les Haudenosaunee et la Couronne, 1664-1993», étude réalisée pour la CRPA, 1993; et Olive P. Dickason, *Canada's First Nations: A History of Founding Peoples from Earliest Times*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, chapitre 4.

⁴⁰³ En pratique, les accusés peuvent également exercer ce droit lorsque l'infraction a été commise dans une autre province.

pourrait accepter ou rejeter la requête en se fondant sur la nature de l'inculpation et sur sa capacité à s'occuper de l'individu concerné.

Nous en arrivons enfin à la question de la courtoisie judiciaire. Comme nous l'avons vu plus haut, tous les efforts déployés par les nations autochtones pour mettre sur pied des systèmes de justice distincts seront vains si les tribunaux du système non autochtone refusent d'être liés par leurs décisions. Un cadre juridictionnel qui reposerait sur des accords entre la nation autochtone et les gouvernements concernés et qui accorderait aux accusés non autochtones la possibilité de choisir le système qui va les juger, devrait permettre aux systèmes de justice non autochtone de respecter sans aucune difficulté les décisions prononcées par les instances autochtones. En effet, la reconnaissance de ces décisions devrait constituer un élément essentiel des négociations précédant la création de systèmes de justice autochtone. De la même façon, les instances décisionnelles autochtones reconnaîtraient les décisions rendues par les tribunaux non autochtones à l'endroit des autochtones résidant sur un territoire non autochtone qui auraient commis des infractions sur ce territoire.

En reconnaissant clairement le droit des nations autochtones à préciser les infractions et les accusés qu'elles sont désireuses et capables de juger, et en accordant aux accusés non autochtones qui ne sont pas membres d'une nation autochtone la possibilité de choisir le système qui va les juger, on supprimerait la plupart des obstacles au transfert de compétence. Les nations autochtones qui n'offriraient pas un tel choix aux accusés non autochtones risquent d'éprouver des difficultés à faire reconnaître les décisions de leurs organes décisionnels par les gouvernements et les tribunaux non autochtones.

Recommandation 5

La Commission recommande que les nations autochtones élaborent leurs systèmes de justice pénale en accordant aux résidents non autochtones accusés d'avoir commis une infraction sur leur territoire le choix d'être jugés par le système pénal de la nation concernée ou par le système pénal non autochtone, sauf dans les cas où l'infraction dont il s'agit est particulière au système de la nation concernée et a pour but de protéger les valeurs qui sont au cœur de la culture de cette nation.

Conclusion

Rupert Ross a constaté que de nombreuses tentatives d'établir des initiatives judiciaires autochtones au Canada échouent à cause des problèmes rencontrés dans la classification des types d'infractions qu'il est préférable de confier à des organes autochtones ou qu'il convient de laisser au système non autochtone. Ces négociations tentent habituellement de classer les infractions en fonction de leur gravité, et l'intention est de réserver au système non autochtone les affaires «graves». La difficulté est qu'il n'est pas possible de déterminer la gravité d'une infraction en se fondant uniquement sur le *Code criminel*. Il n'est véritablement possible de

comprendre la gravité d'une infraction qu'après avoir examiné les faits de l'affaire, les antécédents de l'accusé, ainsi que ses rapports avec la victime et la collectivité. Invariablement ou presque, ces négociations ne débouchent pas et toutes les parties se retrouvent frustrées. Comme l'écrit Ross: [TRADUCTION] «À la fin de chaque journée, les participants semblent partir non seulement avec le sentiment de n'avoir fait aucun progrès mais aussi avec l'impression qu'aucun changement n'est possible⁴⁰⁴.»

L'impasse que signale Ross tient, d'après nous, au fait que l'on demande à des spécialistes non autochtones de la justice de déterminer l'étendue de la compétence autochtone. Ces spécialistes exercent *leur* discrétion lorsqu'ils donnent leur assentiment à une initiative judiciaire autochtone. Les pouvoirs autochtones sont ainsi conçus comme un privilège et non comme un droit. Notre approche est différente. Les pouvoirs autochtones en matière de justice devraient être traités comme un droit; l'exercice de ce droit devrait toutefois être progressif, et tenir compte des choix, de la volonté et des ressources des différentes nations autochtones.

Cette approche devrait contribuer à éviter les heurts culturels qui peuvent se produire quand différents systèmes existent dans un même pays. Compte tenu de la latitude offerte aux nations et aux collectivités autochtones pour ce qui est du type d'infractions et de délinquants justiciables de leurs systèmes, on peut s'attendre à ce que les systèmes de justice autochtone diffèrent de façon marquée de ceux de la société non autochtone. Le fait de reconnaître la nécessité d'une telle diversité, combiné à la possibilité de choisir l'instance compétente, devrait dégager le gouvernement fédéral de la pression qui pourrait s'exercer en vue de l'adoption d'une loi comme la *Major Crimes Act* américaine, et devrait également amener les tribunaux à appliquer de façon plus souple la *Charte canadienne des droits et libertés*, en utilisant les ressources qu'offrent l'article 25 et les chartes autochtones qui ne manqueront pas d'être élaborées.

L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux systèmes de justice autochtone

Contexte

La *Charte canadienne des droits et libertés* offre de nombreuses garanties aux personnes qui se présentent devant les tribunaux. Les articles de la Charte qui portent sur les garanties juridiques (les articles 7 à 14) accordent entre autres à tout inculpé la présomption d'innocence, le droit à l'assistance d'un avocat, la protection contre la double incrimination et le droit d'être jugé dans des délais raisonnables. En outre, l'article 7 garantit le respect des principes de justice fondamentale – expression dont la Cour suprême continue à préciser la portée. Enfin, l'article 15 porte que la loi ne fait exception de personne, et interdit notamment toute forme de discrimina-

⁴⁰⁴ Ross, «Managing the Merger», cité à la note 185, pp. 4-6.

tion fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Les documents comme la Charte visent à fournir une assise solide aux sociétés libres. Ils codifient des valeurs communes à tous les défenseurs de la liberté dans le monde. Toutefois, la Charte n'est pas neutre : elle représente une vision particulière de la relation qui s'établit entre l'individu et les gouvernements. Cette vision repose surtout sur les traditions libérales occidentales. En fait, pour mieux cerner la portée de la Charte, la Cour suprême du Canada utilise souvent de façon explicite des notions libérales occidentales. Comme le juge en chef Antonio Lamer le disait pour cerner le sens de l'expression «principes de justice fondamentale», qui figure dans l'article 7, «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire⁴⁰⁵».

Selon la Charte, la relation qui s'établit entre la personne et la collectivité est spécifique et elle touche des idéaux qui ne sont pas nécessairement universels par nature. Le juge Bertha Wilson a bien expliqué cette notion dans *R. c. Morgentaler* lorsqu'elle a déclaré ce qui suit : «La Charte est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société.» Le juge Wilson a pris soin de préciser cette notion particulière :

Ainsi, les droits garantis par la Charte érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir⁴⁰⁶.

Cette affirmation résume peut-être effectivement la notion d'interaction sociale incarnée par la Charte, mais cette notion n'est pas partagée par tous les peuples autochtones du Canada. Les représentants des organisations autochtones et de nombreux intervenants l'ont affirmé à maintes reprises. Les préoccupations autochtones au sujet de la Charte ont été manifestes dès que l'idée d'un document garantissant les droits constitutionnels a été proposée. Lorsqu'elle a comparu devant le Comité permanent des affaires autochtones, en 1982, l'Assemblée des Premières nations a déclaré :

[TRADUCTION] Les Amérindiens ne peuvent admettre que les droits individuels priment sur les droits collectifs. Nos sociétés n'ont jamais été structurées de cette façon, contrairement à la vôtre, et c'est là que le bât blesse [...] Si vous distinguez les droits individuels des droits collectifs, vous vous engagez dans une voie qui conduira à une discrimination encore plus marquée. La Charte des droits est fondée sur l'égalité. Autrement dit, chacun a les mêmes droits dans tout le pays [...] la Charte des droits entre

⁴⁰⁵ *Renvoi relatif au par. 94(2) du Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486 à la p. 503 (Cour suprême du Canada).

⁴⁰⁶ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 164 (Cour suprême du Canada).

donc automatiquement en conflit avec notre philosophie, notre culture et notre organisation, qui sont fondées sur les droits collectifs. Il faudrait modifier la notion. Nous ne pouvons pas accepter la Charte des droits dans son libellé actuel parce qu'elle irait à l'encontre de notre propre système de vie et de gouvernement⁴⁰⁷.

Si l'applicabilité de la Charte au sein des systèmes de justice autochtone inquiète, c'est que le respect des droits ainsi garantis pourrait entraîner l'assimilation de ces systèmes, par la forme et par la fonction, au système non autochtone. C'est ce qui s'est passé dans le cas des tribunaux tribaux instaurés aux États-Unis en vertu de l'*Indian Civil Rights Act*, et certains craignent que cela ne se produise au Canada si la Charte s'applique aux systèmes de justice autochtone.

Certaines des garanties fournies par le *Bill of Rights* américain et la Charte du Canada pourraient effectivement aller à l'encontre des préceptes de nombreux systèmes de justice autochtone. Prenons par exemple la protection contre l'auto-incrimination. Dans le cadre de nombreuses initiatives autochtones en matière de justice, il faut que l'accusé prenne la parole – souvent sans un avocat pour le faire à sa place. C'est que la guérison ne peut commencer que si le contrevenant est disposé à parler de ce qu'il a fait.

Un autre exemple nous est fourni dans le domaine des sentences. Comme nous l'avons vu dans notre examen du code criminel du Groenland, les systèmes autochtones ne prévoient pas nécessairement des peines définies pour chaque infraction. Par exemple, deux individus qui reconnaissent avoir commis un vol pourraient être traités très différemment dans un système de justice autochtone, suivant leurs besoins propres et leurs antécédents sociaux⁴⁰⁸. En fait, les décisions des systèmes de justice autochtone ne découlent pas nécessairement de la constatation qu'une personne a commis un délit particulier. En 1988, par exemple, lorsque la Longue maison de Kahnawake a entendu trois jeunes qui étaient accusés d'incendie criminel et d'autres délits, la peine la plus grave qu'elle leur a imposée sanctionnait le fait que les jeunes avaient menti à la collectivité en se prétendant victimes d'un complot de la Sûreté du Québec. Pour ce mensonge, les jeunes ont reçu le premier de trois avertissements. Après trois avertissements, les intéressés sont passibles d'exil⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Cité dans Menno Boldt et J. Anthony Long, «Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans *The Quest for Justice, Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, sous la direction de Menno Boldt, J. Anthony Long et Leroy Little Bear, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 171.

⁴⁰⁸ Répétons que le système de justice non autochtone prévoit aussi une certaine souplesse. Voir l'analyse de cette question aux pp. 272 et suivantes du présent rapport.

⁴⁰⁹ La décision de la Longue maison dans cette affaire se lisait ainsi :

[TRADUCTION] Cet avertissement vous suivra toute votre vie. Ce système nous a été donné par le Pacificateur pour écarter de nous la discorde. C'est une formule que nos ancêtres utilisaient pour décider si certaines personnes étaient devenues indésirables parmi nous et menaçaient la paix et la sécurité de la collectivité. En

Le *Code criminel* prévoit des délits assimilables à la tromperie (p. ex. le méfait public), mais on ne saurait établir une correspondance exacte. En outre, la Longue maison n'a aucune définition précise de ce qu'est la tromperie – en fait, elle n'a de définition pour aucun délit. Il est tout à fait possible qu'attendu les graves conséquences pouvant découler d'une violation des lois tacites de la Longue maison, le fait de punir par un avertissement et, ensuite, par l'exil une personne coupable de tromperie violerait les principes de justice fondamentale énoncés à l'article 7 de la Charte.

De même, nous avons évoqué plus haut la possibilité que les systèmes de justice autochtone laissent à l'organe de constatation des faits le soin de se prononcer, dans chaque cas, sur la recevabilité des preuves. Si les règles de preuve qui s'appliquent à des questions comme l'ouï-dire et la preuve de faits similaires sont considérées comme relevant des «principes de justice fondamentale», alors les initiatives judiciaires autochtones pourraient être contestées en vertu de la Charte.

Il n'y a pas que les questions de procédure judiciaire ou d'établissement des faits qui font problème relativement à la Charte. Certaines des garanties fournies par la Charte – par exemple la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (article 8) – joueraient au moment de l'enquête policière. Dans l'affaire *R. c. Hatchard*, la décision du juge Stach, de la Division générale de la Cour de l'Ontario, illustre bien le conflit que risque de susciter l'opposition des droits individuels et des droits collectifs. Les faits principaux de cette affaire sont les suivants :

[TRADUCTION] La Première nation du lac Big Trout habite une réserve isolée du nord-ouest de l'Ontario. L'aéroport de la collectivité se trouve à l'extérieur de la réserve, et un autobus amène les passagers au village. Dans le cadre d'une campagne intensive contre l'alcool et les stupéfiants, la collectivité avait adopté un règlement en vertu du paragraphe 85(1) de la *Loi sur les Indiens*, [...] pour permettre qu'un constable spécial, un constable de bande ou un agent de la paix autorisé fouille tout arrivant dans la réserve, ainsi que ses bagages. Pendant la campagne, la Première nation avait instauré un système de patrouille communautaire qui interceptait toutes les personnes à leur arrivée dans la réserve afin de les fouiller et de confisquer les stupéfiants et l'alcool.

Un employé des services de lutte contre la toxicomanie a averti les représentants de la Première nation que l'accusé rentrait dans la collectivité et apportait des stupéfiants dans le but d'en faire le

cas de deuxième avertissement, nous vous rappellerons vos liens et vos obligations à l'égard de votre peuple, et une peine plus lourde vous sera imposée. Le troisième avertissement est la dernière chance offerte pour rentrer dans le droit chemin. S'il n'en est pas tenu compte, il ne reste plus qu'à imposer l'exil à vie. («Decision of the Longhouse», cité à la note 398, p. 2.)

trafic. La Police provinciale de l'Ontario ne se trouvait pas dans la collectivité à l'époque et elle n'avait pas les effectifs nécessaires pour aider les représentants de la Première nation. Il n'y avait pas de juge de paix en résidence dans la collectivité, et les représentants de la Première nation n'avaient pas obtenu de mandat de perquisition⁴¹⁰.

Une fouille des bagages de l'accusé a permis de découvrir de l'alcool et des stupéfiants. À son procès pour trafic, l'accusé a soutenu que cette fouille contrevenait à l'article 8 de la Charte, qui protège les personnes contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Dans cette affaire, toutefois, la preuve a été jugée recevable. Le tribunal a invoqué explicitement le fait suivant :

[TRADUCTION] La fouille s'inscrivait dans l'effort déployé par une collectivité autochtone isolée pour extraire de son sein le fléau social des substances intoxicantes, et le fait de recevoir la preuve matérielle obtenue à la suite de la fouille ne jettera pas le discrédit sur l'administration de la justice.

L'affaire n'a pas été portée en appel. Si elle l'avait été, ou si une situation semblable se présentait dans une autre collectivité, l'issue pourrait fort bien en être très différente.

Si un tribunal déterminait que de tels gestes contreviennent aux dispositions de la Charte, il est évident que des problèmes se poseraient. Les efforts d'une collectivité qui tente de réprimer des activités jugées nuisibles au bien-être général seraient gravement entravés par la nécessité de respecter un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs qui ne tient pas compte des besoins, de la culture et des traditions de cette collectivité.

Depuis la promulgation de la Charte, la Cour suprême du Canada a accordé une grande importance à la protection des droits des personnes accusées d'actes criminels. Rien ne permet de penser qu'elle modifiera prochainement sa philosophie. Il serait donc possible d'invoquer la Charte pour faire casser les décisions des systèmes de justice autochtone, sous prétexte de conflit entre les droits des accusés autochtones et ceux de la collectivité autochtone. Si la chose se produisait, la Cour pourrait, compte tenu de ses décisions antérieures, trancher en faveur des droits de l'accusé. Une série de décisions de ce genre aurait un effet débilisant sur le développement des systèmes de justice autochtone.

Par contre, certains considèrent que les garanties fournies par la Charte sont tout aussi essentielles aux systèmes de justice autochtone qu'aux systèmes non autochtones. Ainsi, rien ne permet de penser que les gouvernements autochtones seront

⁴¹⁰ *R. c. Hatchard*, [1993] 1 C.N.L.R. 96 (Cour de justice de l'Ontario).

moins tentés que les gouvernements non autochtones d'abuser de leur pouvoir⁴¹¹. Pour prévenir de tels abus de pouvoir, délibérés ou accidentels, on peut entre autres s'appuyer sur un document comme la Charte. Par ailleurs, il a été avancé qu'à cause de l'isolement, de nombreuses collectivités autochtones sont plus exposées à d'éventuelles violations des droits individuels. Ce n'est pas que les collectivités autochtones sont nécessairement moins soucieuses des droits de la personne, mais on sait que les petites collectivités, autochtones et non autochtones, sont souvent plus conservatrices et tolèrent moins la différence⁴¹².

Les organisations féminines autochtones, notamment l'Association des femmes autochtones du Canada, tiennent à ce que les gouvernements autochtones soient assujettis à des lois garantissant la protection des droits des femmes autochtones⁴¹³. Le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* règle en partie la question :

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.

Même si l'on ne saurait trop insister sur l'importance de la reconnaissance des droits des femmes autochtones dans la Constitution, il faut admettre que cette reconnaissance ne suffit pas, en soi, à protéger convenablement ces droits. Malgré les garanties constitutionnelles, il est indéniable que les femmes autochtones sont marginalisées dans de nombreuses collectivités. La question de la protection des droits des femmes dans les systèmes de justice autochtone ne se limite pas au simple fait de savoir si la Charte doit s'appliquer aux gouvernements autochtones. C'est pour cette raison que nous consacrons une section ultérieure du présent chapitre à la question.

S'il est difficile de régler la question de l'applicabilité de la Charte aux gouvernements autochtones, c'est que la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas explicite à cet égard⁴¹⁴. Le paragraphe 32(1) de la Charte stipule ce qui suit :

La présente charte s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

⁴¹¹ Au sujet des conflits d'intérêts et des questions d'éthique gouvernementale pouvant toucher les autochtones, voir Mary Ellen Turpel, «Enhancing Integrity in Aboriginal Government: Ethics and Accountability for Good Governance», étude réalisée pour la CRPA, 1995.

⁴¹² Roger Gibbins, «Citizenship, Political, and Intergovernmental Problems With Indian Self-Government» dans *Arduous Journey, Canadian Indians and Decolonization*, sous la direction de J. Rick Ponting, Toronto, McClelland & Stewart, 1986, p. 375.

⁴¹³ Voir Teresa Nahanee, «Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la Charte» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, pp. 371-395.

⁴¹⁴ Nous reviendrons sur ce point dans notre rapport final.

- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

La Charte s'applique donc sans équivoque aux lois adoptées par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Elle vise aussi tout organe auquel ces gouvernements délèguent le pouvoir d'assumer des fonctions gouvernementales. Par conséquent, si le gouvernement fédéral ou une province accordait par voie législative aux nations autochtones le pouvoir d'administrer la justice, ces nations exerceraient un pouvoir délégué et elles seraient donc tenues de respecter les dispositions de la Charte dans l'exercice de ce pouvoir⁴¹⁵. Toutefois, nous estimons que le droit des nations autochtones à l'autonomie gouvernementale n'est pas un pouvoir délégué mais plutôt un droit inhérent reconnu par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Est-ce à dire que la Charte s'applique aux gouvernements autochtones lorsqu'ils exercent un droit inhérent?

Comme l'article 32 ne fait pas mention des gouvernements autochtones, on peut soutenir que la Charte ne s'applique pas à leurs activités. Cette position est étayée par le fait que l'article 35, qui reconnaît et confirme le droit ancestral et issu de traités à l'autonomie gouvernementale, n'est pas intégré à la Charte, qui constitue la partie 1 de la Loi. L'article 35, au contraire, se trouve dans la partie 2 de la Loi, intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada».

Kent McNeil présente ce raisonnement dans un document qu'il a rédigé à l'intention de la Commission. Voici ce qu'il écrit à la fin de son étude :

[TRADUCTION] Les tribunaux pourraient toutefois minimiser l'importance de ces arguments [tendant à prouver que la Charte ne s'applique pas aux gouvernements autochtones], de crainte que les droits et libertés fondamentaux ne soient pas protégés si les gouvernements autochtones peuvent déroger à la Charte. Ce type d'activisme judiciaire doit être évité. Il s'agit d'une question politique. Avant de déterminer si la Charte doit oui ou non s'appliquer aux gouvernements autochtones, il faut l'examiner en détail, tenir un débat public et bien comprendre les conséquences de son application. À l'heure actuelle, nous ne comprenons même pas adéquatement la portée de la question⁴¹⁶.

Par ailleurs, le paragraphe 32(1), plutôt que d'être considéré comme un catalogue exhaustif des gouvernements spécifiquement visés par la Charte, peut être interprété comme l'énoncé d'un principe général en vertu duquel la Charte s'applique à l'action des gouvernements et non aux gestes des particuliers. Dans cette optique, qui est celle adoptée par la Commission, le fait que l'article 32 ne précise pas qu'il

⁴¹⁵ Hogg et Turpel, «La mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», cité à la note 401, pp. 472-478.

⁴¹⁶ Kent McNeil, «Aboriginal Governments and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Legal Perspective», étude réalisée pour la CRPA, 1994.

s'applique aux gouvernements autochtones n'est pas nécessairement déterminant. Au contraire, il serait anormal de voir dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance implicite du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale et d'exiger par ailleurs la présence d'une mention expresse garantissant l'application de la Charte à ces gouvernements.

La reconnaissance tacite d'un ordre de gouvernement autochtone dans le paragraphe 35(1) nous amène à interpréter plus largement le paragraphe 32(1). Si le paragraphe 35(1) consacre le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, nous croyons que le paragraphe 32(1) devrait être interprété en conséquence. Autrement, l'application de la Charte serait très inégale et il faut éviter une telle inégalité en l'absence de toute formulation explicite contraire. En d'autres termes, l'énonciation progressive des droits généraux dont il est fait mention au paragraphe 35(1) devrait tenir compte du caractère central de la Charte dans le régime constitutionnel global du Canada.

Cet argument est étayé par le fait que si la Charte cessait de s'appliquer dans certaines zones où les personnes ne seraient plus protégées contre les violations de leurs droits par les gouvernements mais reprendraient ces droits en quittant le territoire, la déclaration liminaire de l'article 52 – savoir que la Constitution, y compris la Charte, est la loi suprême du pays et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit – deviendrait dérisoire.

L'application de la Charte aux lois et aux actions des gouvernements autochtones ne signifie toutefois pas que les systèmes de justice autochtone doivent être des copies conformes du système non autochtone. Comme nous le verrons dans la prochaine section, plusieurs choix s'offrent aux nations autochtones pour que leurs systèmes de justice distincts s'épanouissent même s'ils sont assujettis à la Charte.

Un éventail de moyens pour protéger les droits individuels

Quand on parle de la Charte et des systèmes de justice autochtone, il ne s'agit pas tant de savoir si les droits individuels doivent être protégés que de déterminer les moyens d'assurer cette protection et l'équilibre entre droits individuels et droits collectifs. Attendu que la Charte s'applique aux gouvernements autochtones, plusieurs choix s'offrent aux nations autochtones à cet égard. Elles pourraient premièrement s'en remettre à la Charte, pondérée par l'article 25. Elles pourraient aussi élaborer des chartes des droits autochtones pour compléter et renforcer les garanties prévues dans la Charte canadienne et pour guider les tribunaux dans l'interprétation des garanties actuelles de celle-ci. Elles pourraient encore combiner ces deux options – l'application de la Charte, pondérée par l'article 25 et par des chartes des droits autochtones – et y ajouter le recours à l'article 33, la clause de dérogation de la Charte canadienne. Nous allons examiner une à une ces trois options, en gardant à l'esprit qu'il s'agit – et qu'il s'agira toujours – de déterminer laquelle protégera le mieux les droits fondamentaux des membres des nations autochtones.

Pour chaque nation, le point de départ doit être le maintien de la Charte canadienne. La Charte elle-même, toutefois, prévoit que ses dispositions doivent être interprétées en fonction des droits garantis aux autochtones ailleurs dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 25 de la Charte précise :

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, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

L'interaction des articles 25 et 35 a donné lieu à de nombreux débats, mais elle n'a pas encore été examinée par les tribunaux. Dans *Partenaires au sein de la Confédération*, nous avons adopté le point de vue courant mais non universel que même si l'article 25 exempte de l'application de la Charte le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale, les personnes assujetties aux actions des gouvernements autochtones demeurent protégées par la Charte. Un particulier ne pourrait donc pas contester avec succès l'établissement d'un système de justice distinct par un gouvernement autochtone – puisque la création d'un tel système fait partie intégrante du droit à l'autodétermination – mais si le fonctionnement de ce système de justice violait les droits individuels garantis par la Charte, cette violation pourrait être portée à l'attention des tribunaux.

L'article 25 donne donc aux nations et aux collectivités autochtones un autre moyen de justifier des mesures qui pourraient autrement aller à l'encontre de la Charte. Tandis que les gouvernements fédéral et provinciaux ne peuvent invoquer que l'article 1 de la Charte pour justifier des mesures pouvant être considérées comme inconstitutionnelles (sous réserve de l'article 33, décrit ci-après), l'application de la Charte aux gouvernements autochtones est pondérée par les dispositions impératives de l'article 25. Cet article garantit que la Charte sera interprétée avec la souplesse nécessaire pour tenir compte des philosophies, des traditions et des pratiques culturelles distinctes qui imprègnent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Peter Hogg et Mary Ellen Turpel croient que la présence de l'article 25 réduit grandement les pressions susceptibles de forcer les programmes de justice autochtone à se conformer aux idéaux occidentaux :

L'important, c'est que l'application de la Charte, compte tenu de l'article 25, ne devrait pas obliger les gouvernements autochtones à suivre les politiques des gouvernements fédéral et provinciaux, ni à imiter leur style de gouvernement. L'article 25 permet aux gouvernements autochtones d'élaborer des programmes et des lois qui sont différents, pour des raisons culturelles légitimes, et de convaincre les tribunaux que ces raisons sont valables, dans le

cas d'une contestation fondée sur la Charte. L'article 25 donnerait aux gouvernements autochtones la possibilité de protéger, de préserver et de promouvoir l'identité de leurs citoyens par le truchement d'institutions, de normes et de pratiques gouvernementales tout à fait particulières.

De l'avis de Hogg et Turpel :

Les tribunaux arriveraient sans doute à des interprétations de la Charte compatibles avec les cultures et les traditions autochtones dans les situations où des normes différentes s'appliquent et où cette différence est intimement liée à une politique fondée sur la culture de la collectivité autochtone⁴¹⁷.

Dans l'ensemble, donc, l'article 25 devrait pouvoir protéger les systèmes de justice adaptés à la culture autochtone contre toute tentative de contestation en vertu de la Charte. Dans nos exemples d'initiatives, un processus d'établissement des faits dans lequel un groupe de type jury serait habilité à déterminer la recevabilité de la preuve pourrait être constitutionnel. De même, dans certaines circonstances, il serait possible d'exiger que les accusés parlent pour eux-mêmes. Enfin, un processus décisionnel faisant appel aux anciens ou aux chefs de clan, même s'ils avaient une connaissance personnelle de la situation des accusés, pourrait aussi être autorisé.

Par contre, les systèmes de justice autochtone inspirés de systèmes de justice non autochtone ne pourraient pas invoquer aussi facilement l'article 25. Dans un système où l'incarcération est la méthode de punition et de dissuasion privilégiée, où la présentation de la preuve s'effectue comme devant les juridictions criminelles, il est difficile de justifier en invoquant cet article les écarts par rapport aux principes de justice fondamentale établis par la Cour suprême. Même si les gouvernements autochtones ne pouvaient invoquer l'article 25, ils pourraient encore avoir recours à l'article 1 de la Charte, la clause dite des limites raisonnables.

En utilisant l'article 25, les tribunaux indiqueraient clairement que l'application de la Charte ne pose pas nécessairement un obstacle infranchissable à l'élaboration de systèmes de justice autochtone distincts. Un des problèmes inhérents à l'utilisation de cet article, toutefois, est qu'il confie à des juges non autochtones, souvent peu familiers avec la pensée autochtone, le soin de déterminer quelles pratiques d'un système de justice autochtone sont conformes aux traditions et à la culture autochtones. Les difficultés que pourrait engendrer le fait d'habiliter des juges non autochtones à arbitrer sans appel ces dossiers sont évidentes. Il faudrait donc entre autres que les nations autochtones fournissent aux juges non autochtones de l'information pertinente au sujet de ce qui constitue, à leurs yeux, la justice. À cette fin, elles pourraient notamment élaborer leurs propres chartes des droits autochtones.

⁴¹⁷ Hogg et Turpel, «La mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», cité à la note 401, pp. 477-478.

L'idée que les nations autochtones pourraient élaborer leurs propres chartes circule depuis plusieurs années déjà, mais elle a pris une nouvelle importance dans le cadre des débats qui ont entouré l'Accord de Charlottetown. Comme le concept est né de ces négociations, on a jugé qu'en promulguant sa propre charte des droits, une nation autochtone garantirait à ses citoyens des droits outre ceux qui sont déjà inscrits dans la Charte canadienne. En ce sens, une charte autochtone compléterait la Charte canadienne sans toutefois s'y substituer. Les citoyens de la nation autochtone pourraient invoquer les dispositions de leur charte autochtone, le cas échéant, et se prévaloir aussi des recours prévus dans la Charte canadienne⁴¹⁸.

La charte autochtone serait un outil d'interprétation que les tribunaux du système non autochtone pourraient utiliser pour appliquer la Charte canadienne aux lois et aux mesures adoptées par les gouvernements autochtones. De cette façon, il serait beaucoup moins inquiétant de confier à des juges du système non autochtone le soin de se prononcer sur la validité des lois ou des actions d'une nation autochtone, car les valeurs sous-jacentes à cette législation ou à ces actions pourraient être vérifiées par un examen de la charte autochtone.

Si une charte autochtone est elle-même intégrée dans un traité d'autonomie gouvernementale conclu entre une nation autochtone et la Couronne, l'influence de cette charte aux fins d'interprétation serait amplifiée. C'est que l'article 25 protège expressément les droits issus de traités des effets de la Charte canadienne. Si un traité d'autonomie gouvernementale comprenait dans ses dispositions une charte autochtone, les tribunaux sembleraient tenus d'en examiner sérieusement les clauses pour interpréter toutes les dispositions pertinentes dans la Charte canadienne.

La Charte canadienne des droits et libertés traduit indiscutablement une vision spécifique de l'équilibre entre droits individuels et droits collectifs. L'application intégrale de la Charte aux nations autochtones pourrait fort bien rendre difficile, voire impossible l'élaboration de systèmes de justice autochtone adaptés aux besoins de la population. Heureusement, nous n'avons pas à choisir entre une application uniforme de la Charte aux nations autochtones comme au reste du Canada, ou pas d'application du tout. Les dispositions de la Charte – en particulier son article 25 – combinées à d'éventuelles chartes autochtones, donnent aux nations autochtones une certaine latitude pour choisir leurs propres orientations dans le domaine de la justice, tout en demeurant à l'intérieur du cadre délimité par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Recommandation 6

La Commission recommande que les nations autochtones élaborent leurs propres chartes des droits qui viendront s'ajouter aux garanties fournies

⁴¹⁸ Voir Hogg et Turpel, «La mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale», p. 479.

par la *Charte canadienne des droits et libertés* et aideront les tribunaux à interpréter les garanties actuelles de la Charte canadienne.

L'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* proclame que la Constitution est la loi suprême du Canada et que toutes les lois doivent s'y conformer, mais la Charte elle-même contient une exception notable à cette règle. L'article 33 commence ainsi :

- (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

Cette clause nonobstant, comme on l'appelle, permet aux gouvernements d'éviter les contestations judiciaires en déclarant que certaines de leurs lois prendront effet nonobstant certaines dispositions de la Charte.

Avant même d'examiner les effets de l'article 33 sur l'aptitude des nations autochtones à se soustraire à des aspects particuliers de la Charte, il faut déterminer si elles ont le droit d'invoquer l'article 33. Pour refuser ce droit aux nations autochtones, on soutient que le libellé de l'article 33 vise uniquement le Parlement et les législatures provinciales et exclut donc les gouvernements autochtones.

Il est vrai que les gouvernements autochtones ne sont pas expressément mentionnés dans l'article 33, mais ils ne le sont pas non plus dans le paragraphe 32(1). Si les gouvernements autochtones sont, en vertu du paragraphe 32(1), considérés comme des gouvernements et donc assujettis à la Charte, comment peut-on les considérer autrement aux fins de l'article 33? Il est difficile de soutenir qu'un gouvernement autochtone est un gouvernement aux fins de l'article 32, mais pas aux fins de l'article 33, qui suit immédiatement. L'étroit rapport qui s'établit entre les deux articles permet de croire qu'il faut les interpréter de la même façon.

Le recours à l'article 33 permettrait aux gouvernements autochtones de promulguer des lois qui réaménageraient l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs dans des domaines comme la liberté d'expression (article 2), les garanties juridiques (articles 7 à 14) et les droits à l'égalité (article 15). En ce qui concerne les droits à l'égalité, il convient de signaler que les gouvernements autochtones ne seraient pas habilités à invoquer l'article 33 pour promulguer des lois créant une discrimination fondée sur le sexe, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'article 28 de la Charte porte ceci :

Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Cette garantie est reprise à l'intention des autochtones au paragraphe 35(4) :

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.

Il faut aussi signaler qu'une loi édictée en vertu de l'article 33 perd son effet cinq ans après son entrée en vigueur, à moins d'être adoptée à nouveau (paragraphe 33(3) et 33(4)). Cette disposition s'appliquerait aussi aux lois des nations autochtones.

Le droit de recourir à l'article 33 serait réservé à la nation autochtone. Les gouvernements des collectivités autochtones locales qui composent cette nation n'auraient pas le droit de se prévaloir de la clause nonobstant.

La Commission conclut que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux gouvernements autochtones, y compris à leurs systèmes de justice, et régit les rapports entre leurs ressortissants. Toutefois, en vertu de l'article 25, la Charte doit être interprétée avec souplesse pour que puissent entrer en ligne de compte les philosophies, les traditions et les pratiques culturelles distinctes des peuples autochtones. Par ailleurs, en vertu de l'article 33, les nations autochtones sont habilitées, dans les domaines centraux de leur compétence, à inclure dans leurs lois des clauses nonobstant qui rendent inopérantes certaines protections de la Charte pendant une période de cinq ans, renouvelable. Néanmoins, en vertu de l'article 28 et du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les femmes et les hommes autochtones jouissent tous au même titre du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et du droit à un traitement égal de la part de leurs gouvernements.

La sécurité des femmes et des enfants dans les systèmes de justice autochtone

Nous avons déjà abordé la nécessité de protéger les femmes et les enfants quand nous avons examiné l'importance de consultations adéquates dans l'établissement des systèmes de justice autochtone, et quand nous avons analysé le rôle de la Charte. Les préoccupations exposées ici ont trait plus précisément à la violence familiale. En consacrant à cet aspect une section distincte, nous ne voulons pas donner l'impression qu'il s'agit de préoccupations secondaires, ni que les besoins des femmes et des enfants passent après ceux du reste de la société. Au contraire, la sécurité des femmes et des enfants doit être un aspect essentiel dans tout système de justice autochtone. Un système qui n'assurerait pas adéquatement la protection des femmes et des enfants serait voué à l'échec. Nous avons voulu traiter de cette question séparément parce qu'elle a été soulevée à de très nombreuses reprises par les témoins qui ont comparu devant nous et parce que nous sommes convaincus qu'elle mérite une attention particulière.

En règle générale, on s'attendrait à beaucoup de circonspection de la part des systèmes de justice autochtone qui jugeront des membres de la collectivité accusés d'actes criminels puisque les délinquants ont plus de chances de demeurer aux alentours de la collectivité que d'être incarcérés au loin. Les collectivités ne s'empressent généralement pas d'accueillir ceux qui leur ont créé des difficultés ou causé du tort. On peut donc supposer que la communauté qui opte pour un système de justice axé sur la guérison et la réadaptation aura soigneusement pesé les conséquences de cette approche, car elle sera la première à les subir.

Ce n'est pourtant pas toujours le cas lorsqu'il s'agit de violence familiale. Ces crimes ne sont pas toujours considérés avec la sévérité voulue par tous les membres de la collectivité. Une collectivité qui ne reconnaît pas la gravité des voies de fait contre l'épouse, par exemple, pourrait adopter un programme de réinsertion sociale du contrevenant sans tenir suffisamment compte des graves dangers que court la victime. Même si l'incarcération répugne à la plupart des sociétés autochtones, elle a l'avantage d'éloigner le contrevenant de la collectivité, ne serait-ce que pour une brève période, ce qui donne au moins à la victime un sentiment temporaire de sécurité.

Si l'on fait la sourde oreille aux besoins de la victime, on envoie deux messages dangereux. Le premier est que ce genre de crime n'est pas grave. Toutes les personnes vulnérables sont alors en danger. Le second est que le contrevenant n'a rien fait de mal vraiment. Ce message invite pour ainsi dire le contrevenant à récidiver et met sa victime en danger immédiat.

La très grande majorité des mémoires que nous avons reçus à ce sujet de la part des organisations féminines autochtones ne privilégiaient pas la solution de l'incarcération. Ils mettaient plutôt l'accent sur la nécessité d'offrir des options visant la guérison de toute la collectivité. Ainsi, Lillian Sanderson, du La Ronge Native Women's Council, a déclaré devant la Commission : [TRADUCTION] «Les hommes et les femmes de nos collectivités doivent participer à ce processus de guérison pour devenir des êtres sains et fonctionnels⁴¹⁹.» Pour résumer les problèmes auxquels est confrontée la collectivité de Baker Lake, dans les Territoires du Nord-Ouest, Joan Scottie a fait écho aux sentiments de nombreux autres intervenants :

[TRADUCTION] Nous avons eu beaucoup de problèmes à Baker Lake ces dernières années; il s'est produit des agressions sexuelles, des actes de violence sexuelle contre des enfants – des tas de problèmes. Les auteurs de ces crimes sont souvent des récidivistes. Les criminels sont condamnés, ils vont en prison, ils sont libérés, et un ou deux mois plus tard, ils reviennent devant le tribunal.

⁴¹⁹ Lillian Sanderson, La Ronge Native Women's Council, La Ronge (Saskatchewan), Transcription, 28 mai 1992, p. 157.

Souvent, on me téléphone pour me parler de ces problèmes, on me dit que la prison n'est pas la solution. Les contrevenants sont punis, mais ils ne sont pas aidés. Ils ne suivent aucun traitement, et personne ne se demande pourquoi ils ont commis ces crimes [...]

Je connais, à Baker Lake, un individu qui cause des problèmes depuis six ans. Il y a des gens dans la communauté qui connaissent les raisons de son comportement et qui croient que l'on pourrait prendre des mesures pour éliminer la source du mal. Mais lorsqu'on s'adresse aux services sociaux, personne ne veut écouter. Ils croient qu'ils peuvent tout régler – en général en demandant de nouvelles accusations⁴²⁰.

Ces témoignages indiquent qu'il faut créer des programmes et des services s'inspirant de l'expérience de Hollow Water. Le programme de Hollow Water, toutefois, est beaucoup plus intensif que ce qu'offrent la plupart des autres programmes de justice autochtone. De plus, dans les cas de violence physique ou sexuelle, des initiatives comme les cercles de consultation atteignent rarement les buts auxquels fait allusion Joan Scottie⁴²¹.

Pauktuutit – l'association des femmes inuit du Canada – a fait grand cas de cette question. Elle préconise des programmes qui s'inspirent de la justice traditionnelle des Inuit, et trouve que bon nombre des initiatives adoptées à ce jour laissent à désirer. Son rapport sur les travaux d'un cercle de consultation dans une collectivité inuit cerne certains problèmes liés à cette approche. Dans ce cas particulier, un cercle a été convoqué parce qu'un homme avait brutalisé sa femme. Signalant que le cercle n'a pas tenu compte des rapports de force qui jouaient entre cet homme et cette femme – qui expliquaient en bonne partie le silence de celle-ci penant les délibérations du cercle –, le rapport aborde un autre problème :

[TRADUCTION] La victime a été réduite au silence par son mari, mais le cercle de consultation l'a peut-être bâillonnée davantage encore. Ce cercle était le premier du genre qu'appuyaient le juge et les chefs inuit. Si la victime avait révélé de nouvelles violences ou manifesté de l'insatisfaction relativement à la peine, qu'aurait-elle laissé entendre au sujet d'un processus que tous approuvaient? En plus de craindre la vengeance de son mari, elle a maintenant peut-être peur de déplaire à la communauté en parlant. La peine décidée par le cercle a été approuvée non seulement par le maire et par d'autres participants mais aussi par le juge et par un politicien inuk influent. Il est très difficile de condamner

⁴²⁰ Joan Scottie, Transcription des audiences, Baker Lake (Territoires du Nord-Ouest), 19 novembre 1992.

⁴²¹ Nous traitons de la violence familiale plus en détail dans notre rapport final.

un mécanisme sentenciel qu'appuient de si nombreux intervenants. La victime a peut-être peur d'admettre qu'elle est battue, parce qu'à ses yeux, une telle admission pourrait être interprétée comme un constat d'échec du processus. Elle peut s'imputer toute la responsabilité de la situation et continuer à souffrir en silence⁴²².

Le cercle en question était présidé par un juge, mais rien ne permet de croire que la situation serait différente dans un système totalement géré par les autochtones. À partir de l'expérience de ce cercle, Pauktuutit a présenté un certain nombre de suggestions pour les futures initiatives dans ce domaine :

1. Il faut que toute la collectivité détermine ensemble les affaires qu'il convient de traiter dans le cadre de tels programmes;
2. Lorsque des cercles sont organisés, il faut préparer la collectivité – les gens doivent savoir ce qu'on attend d'eux;
3. La composition du cercle ne peut être déterminée unilatéralement, toute la collectivité doit contribuer au processus;
4. La victime doit pouvoir participer valablement au processus délibératoire, en personne ou au moyen d'une déclaration qui sera lue en son nom;
5. Les collectivités elles-mêmes doivent se sensibiliser aux questions de violence conjugale;
6. Le choix de la peine ne doit pas seulement tenir compte des besoins du délinquant;

Mary Crnkovich écrit ce qui suit sur le cercle de détermination de la peine dans son rapport pour Pauktuutit et le ministère fédéral de la Justice :

dans les affaires d'agression sexuelle et de violence contre les femmes, le mécanisme de détermination de la peine doit être conçu non seulement en fonction de la réadaptation du contrevenant, mais aussi de la réinsertion et de la protection de la victime et de sa famille, indépendamment de ce qui est imposé à l'accusé [...] Ce qui manque, dans ce concept de «guérison», c'est la garantie que la victime sera protégée contre toute violence si le contrevenant demeure dans la communauté. À défaut d'une telle garantie, il est peu probable que les victimes puissent jamais guérir.

7. Il ne faudrait pas exiger que les couples suivent ensemble une thérapie conjugale. Les besoins de chaque partie peuvent être fort différents. Le fait d'exiger

⁴²² M. Crnkovich, «Report on the Sentencing Circle in C» dans un mémoire PAFI remis à la CRPA par Pauktuutit, 1993. Le village n'a pas été identifié afin de protéger la victime.

que les deux intéressés suivent un traitement sous-entend qu'ils sont tous deux responsables de la violence⁴²³.

Tout comme le recommande Pauktuutit, il faut bien comprendre la portée et les limites de la guérison. À Toronto, le Groupe de travail sur la violence familiale s'est penché sur cette question dans le contexte d'une éventuelle déjudiciarisation des affaires de violence familiale, qui seraient entendues par les Services juridiques autochtones. Le groupe a affirmé sans ambages qu'il fallait éviter de confondre guérison et rétablissement de l'unité familiale. À son avis, dans certains cas, la chose sera impossible et ne devra pas être tentée. La notion de guérison devrait plutôt signifier que les parties apprennent à régler leurs conflits et, le cas échéant, qu'ils se séparent en bons termes. Pour le groupe de travail, la guérison englobe une séparation salutaire et la capacité d'établir de nouvelles relations sur une base plus solide⁴²⁴.

La constitution de cercles ou de conseils sentenciers doit aussi tenir compte des points forts et des points faibles des anciens. Des écarts se sont peut-être creusés entre les valeurs des générations. Citons à cet égard le rapport du conseiller spécial en matière d'égalité auprès du ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest :

[TRADUCTION] Il faut aussi être sensible au fait que les attitudes peuvent avoir changé, et que les personnes plus âgées sont peut-être plus tolérantes que les jeunes femmes face à la violence faite aux femmes. Lorsque l'opinion des collectivités est sollicitée, ces différences doivent être reconnues⁴²⁵.

Ce point a été repris par Carol La Prairie, qui se fondait sur les travaux qu'elle a réalisés au Yukon.

[TRADUCTION] Il est très possible qu'il y ait des écarts entre les valeurs des jeunes et celles des aînés de la collectivité qui participent aux audiences et aux décisions judiciaires. Rares sont les collectivités qui n'ont pas été touchées ces 20 dernières années par l'évolution qui a mené au respect et à la reconnaissance des questions féminines, des droits des victimes et des nouveaux modes de vie. Les changements sociaux liés à cette évolution ont sans doute plus profondément marqué les jeunes que les personnes âgées. Le

⁴²³ Voir Pauktuutit, *Inuit Women and Justice: Progress Report Number 1*, cité à la note 54, partie 4, pp. 24-25. Ce rapport a été préparé dans le cadre du projet sur les femmes inuit et la justice, financé en partie par la Direction de la justice autochtone du ministère de la Justice.

⁴²⁴ Procès-verbal du Groupe de travail sur la violence familiale, Toronto, 25 octobre 1993, pp. 9-10. Voir le chapitre 3 pour plus de précisions sur le Groupe de travail sur la violence familiale.

⁴²⁵ K. Peterson, *The Justice House*, rapport du conseiller spécial en matière d'égalité auprès du ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife, Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, 1992, p. 72.

recours aux anciens dans les systèmes de justice, à l'exclusion des autres groupes d'âge, peut refléter des valeurs qui ne sont pas représentatives de la collectivité contemporaine⁴²⁶.

Il ressort des témoignages que nous avons entendus et des recherches qui ont été faites pour nous que peu de gens sont épargnés dans les collectivités autochtones où la violence sexuelle et la violence familiale se perpétuent d'une génération à l'autre. Les anciens ont souvent eux-mêmes connu la violence – parfois une séquelle des pensionnats. Dans des communautés comme Hollow Water, en bonne voie de guérison, on se rend compte de plus en plus que ceux qui souhaitent faciliter la guérison des autres doivent d'abord guérir eux-mêmes. Le rapport présenté par le Grand Conseil du Traité 3, dans le nord-ouest de l'Ontario, expose très bien cet aspect.

[TRADUCTION] À en juger par divers buts et recommandations qui ont été formulés, certains souhaiteraient revenir à nos façons de faire traditionnelles, avec l'aide des anciens. Sans vouloir manquer de respect aux anciens et sans rien enlever à leur grande contribution, il faut souligner que les anciens eux-mêmes ont été victimes de mauvais traitements. Il faut que les anciens s'engagent dans un programme de guérison personnelle. De la sorte, ils donneront l'exemple, et cette démarche nécessaire leur sera bénéfique⁴²⁷.

Nous avons également appris que certains anciens s'étaient eux-mêmes livrés à des agressions sexuelles, tout comme on trouve dans les collectivités non autochtones des personnes en position d'autorité – comme des prêtres et des enseignants – qui jettent le discrédit sur eux-mêmes et sur leur profession par les agressions qu'ils commettent. Parmi les questions importantes que les nations autochtones et leurs collectivités devront examiner, il y a celle des agresseurs qui pourraient assumer des fonctions décisionnelles dans le cadre des systèmes de justice autochtone avant de s'être soumis à un processus de guérison et d'avoir regagné la confiance de la collectivité.

C'est très bien d'établir des normes pour les systèmes de justice autochtone – encore faut-il veiller à ce qu'elles soient respectées. Les femmes et les enfants de nombreuses collectivités autochtones exercent peu d'influence sur les décisions importantes qui se répercutent sur leur vie. Citons à nouveau le conseiller spécial Peterson :

[TRADUCTION] Dans le cadre de consultations communautaires, de nombreuses femmes autochtones ont exprimé leur crainte de

⁴²⁶ Carol La Prairie, «Exploring the Boundaries of Justice, A Report Prepared for the Department of Justice, Yukon Territory, First Nations of the Yukon Territory and Justice Canada», 1992, p. 112.

⁴²⁷ Grand Council Treaty 3, «Final Report on Community Consultations», p. 38, cité dans Ross, «Duelling Paradigms?», cité à la note 93, p. 258. Ce rapport a été préparé par le Grand Council of Treaty 3 à titre de démarche initiale d'élaboration d'une stratégie pour contrer la violence dans les familles autochtones pour les 25 collectivités membres (Ross, p. 243).

ne pas être écoutées. Les anciens, des hommes, semblent capter plus facilement l'attention que les femmes. On s'est aussi grandement inquiété de ce que la violence contre les femmes n'était pas toujours traitée avec le sérieux qui convient et que, dans certains cas, elle était ouvertement tolérée. Les femmes doivent savoir qu'elles ont une voix à faire entendre dans les consultations communautaires. La violence contre les femmes n'est pas culturellement acceptable, excusable ni justifiable, et cela est clairement ressorti des ateliers communautaires. Par conséquent, lorsqu'on élabore des mécanismes pour faciliter la participation des collectivités à l'administration de la justice, il faut faire preuve d'une grande sensibilité à ces aspects. Si des comités judiciaires communautaires consultent la collectivité, les femmes doivent avoir une voix au sein de ces comités⁴²⁸.

Comme nous l'avons vu, les initiatives visant la violence familiale et la violence sexuelle à Hollow Water et à Toronto ont fait une large place aux femmes. La participation de ces dernières permet d'éviter que le processus n'aggrave la situation des femmes et des enfants. Mais de quelle façon peut-on veiller à ce que tous les programmes de ce genre tiennent pleinement compte des besoins des femmes et des enfants?

Il serait par exemple possible de créer au niveau de la nation un organisme chargé d'examiner les initiatives de justice pénale prises par les collectivités pour voir ce qu'il advient de la violence familiale dans ces initiatives. On pourrait aussi confier l'examen de ces programmes, avant leur mise en œuvre, à des groupes de femmes autochtones déjà constitués au sein des nations ou, à défaut, qui seraient formés à cette fin par les nations autochtones.

Il est clair que la société autochtone n'échappe pas au sexisme et à la violence qui imprègnent le reste de la société canadienne. Les causes du problème y sont peut-être un peu différentes que dans la société non autochtone, mais, qu'à cela ne tienne, si cet état de choses n'est pas reconnu et si des mesures concrètes ne sont pas prises, les femmes et les enfants continueront d'être en péril dans les systèmes de justice autochtone. Par contre, le programme de Hollow Water montre qu'il est possible de concevoir des systèmes qui mettent l'accent sur la guérison holistique de toutes les personnes affectées par la violence familiale ou sexuelle. C'est là une amélioration notable par rapport à la démarche du système non autochtone.

Recommandation 7

La Commission recommande que les initiatives et les systèmes de justice autochtone fassent de la sécurité des femmes et des enfants autochtones une des grandes priorités.

⁴²⁸K. Peterson, *The Justice House*, cité à la note 425, p. 72.

Recommandation 8

La Commission recommande que toutes les nations fassent appel au savoir-faire des femmes autochtones et des organisations féminines autochtones pour examiner les initiatives dans le domaine de la justice, et qu'elles veillent à ce que la participation des femmes à la création et à la conception de systèmes de justice soit à la fois valable et marquante.

L'intégrité du processus décisionnel

Un facteur important peut nuire à l'établissement de systèmes de justice autochtone, savoir l'impression que les décideurs pourraient exercer leur autorité de façon partielle ou injuste. Il importe donc de protéger l'intégrité du processus⁴²⁹.

Dans le système de justice non autochtone, des «règles de justice naturelle» ont fait leur apparition en réponse à ces préoccupations. Essentiellement, ces règles protègent l'intégrité du processus décisionnel de trois façons : 1) elles protègent le droit de l'intéressé à être entendu par le décideur avant qu'une décision ne soit prise; 2) elles exigent que justice non seulement soit rendue mais encore paraisse avoir été rendue; 3) elles garantissent que l'intéressé est jugé par des décideurs qui n'ont pas d'idées préconçues à cause d'informations reçues avant l'audience ou en raison de liens personnels avec des personnes impliquées dans l'affaire.

Les règles de justice naturelle sont relativement simples à énoncer, mais leur application n'est pas toujours facile. Ainsi, les tribunaux ont jugé que le droit d'être entendu ne comporte pas nécessairement le droit de contre-interroger des personnes possédant des informations pertinentes sur l'affaire ni même celui de s'adresser directement aux décideurs. En outre, il peut être difficile d'établir l'impartialité d'un décideur. Chaque cas est jugé par les tribunaux suivant ses mérites, et une attention particulière est accordée au rôle de l'organe décisionnel et aux conséquences de ses décisions pour l'intéressé. Les tribunaux criminels doivent donc respecter des règles assez strictes de justice naturelle tandis que les organismes de réglementation jouissent d'une plus grande latitude pour remplir leur devoir d'équité.

Les préoccupations relatives au caractère équitable des décisions rendues par les systèmes de justice autochtone doivent être prises au sérieux. L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a relevé que, même si la chose n'était pas courante, des juges des tribunaux tribaux américains ont déjà été accusés d'avoir cédé aux pressions de politiciens locaux⁴³⁰.

Pour dissiper ces préoccupations de la collectivité, les conseils tribaux ont dû adopter des mesures destinées à protéger les juges contre toute ingérence poli-

⁴²⁹ La question plus vaste de la légitimité et de l'intégrité des gouvernements autochtones est traitée dans notre rapport final.

⁴³⁰ Rapport de l'AJJM, cité à la note 2, volume 1, p. 295.

tique⁴³¹ Certaines constitutions tribales prévoient maintenant que les juges sont nommés pour des périodes dépassant le mandat des membres du conseil tribal. Certains codes tribaux précisent aussi les motifs pouvant entraîner la destitution d'un juge⁴³².

Il est certes indispensable que les nations et les collectivités autochtones souhaitant instaurer une structure apparentée au tribunal tribal adoptent des dispositions similaires pour protéger les décideurs contre l'ingérence politique. La réalité de l'expérience autochtone canadienne, toutefois, suscite d'autres préoccupations quant aux pressions qui pourraient s'exercer sur les décideurs. La plupart des réserves du Canada sont de petite taille; il n'est pas rare de trouver des réserves comptant seulement quelques centaines de membres dont la majorité appartient à un petit nombre de familles. Dans une telle situation, comment les décideurs communautaires peuvent-ils être à l'abri des pressions?

Si les collectivités rétablissent leurs nations sur une base historique ou régionale, elles seront en mesure de réaliser des économies d'échelle et d'écartier toute pression communautaire pour ainsi pouvoir instaurer un système de justice fonctionnel. Cette approche amènerait les décideurs à visiter la collectivité régulièrement pour y régler les questions judiciaires. Contrairement aux membres des tribunaux itinérants, ces personnes comprendraient la réalité de la vie dans les collectivités autochtones relevant d'elles et elles rendraient la justice comme les gens leur en ont donné le mandat. Cette approche est actuellement utilisée dans la partie ouest de l'État de Washington. Les services judiciaires dans cette région sont assurés par les Northwest Intertribal Court Systems (NICS). Les NICS regroupent les fournisseurs de services judiciaires qui vont régulièrement administrer la justice dans les réserves.

Certaines collectivités pourraient préférer à une structure de type tribunal la possibilité d'investir de pouvoirs décisionnels les conseils de bande ou d'autres organes composés de membres élus ou désignés selon les façons traditionnelles. Dans ces cas, nombre des préoccupations susmentionnées subsisteraient. Ainsi, en vertu du règlement des Spallumcheens sur l'aide à l'enfance, les décisions sont prises par

⁴³¹ Ces problèmes éthiques, et leurs solutions possibles, sont présentés dans Turpel, «Enhancing Integrity in Aboriginal Government», cité à la note 411.

⁴³² Rudin et Russell, «Native Alternative Dispute Resolution Systems», cité à la note 335, p. 31. Citons à cet égard l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba :

[TRADUCTION] nombre des responsables des tribunaux tribaux que nous avons rencontrés abordent la question de l'influence politique par le biais des dispositions de la constitution tribale qui séparent le pouvoir judiciaire des pouvoirs administratif et exécutif du gouvernement tribal et qui établissent un processus sûr et juste de nomination et de titularisation des juges. Des mesures de ce genre, prises par les représentants des tribunaux tribaux avec l'aide de leurs conseils tribaux, semblent les moyens les plus évidents et les plus efficaces pour faire taire de telles critiques. (Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 295.)

le chef et le conseil. Conscients du danger que cela représente, les membres du conseil qui sont parents des familles dont les cas sont étudiés ne peuvent pas siéger dans ces affaires et doivent se faire remplacer⁴³.

Toutes les solutions examinées jusqu'à maintenant ont été élaborées pour remédier à des lacunes qui entraîneraient des violations des règles de justice naturelle. Il ne faut pas en conclure pour autant que toutes les règles de justice naturelle applicables au système non autochtone s'appliqueraient également à tous les aspects des systèmes de justice autochtone. Le seul fait d'adopter les normes du système non autochtone ne permettra pas nécessairement d'élaborer des systèmes de justice autochtone capables de répondre aux besoins de la nation et de ses collectivités.

La première règle de la justice naturelle – le droit d'être entendu – sera évidemment la pierre angulaire des systèmes de justice autochtone. En effet, de nombreuses initiatives autochtones en matière de justice exigent que l'intéressé s'adresse sans intermédiaire au tribunal. Les autres règles – celle portant sur l'impartialité des décideurs et celle voulant que la justice soit rendue et paraisse avoir été rendue – sont certainement opportunes et nécessaires dans le cas des systèmes de justice autochtone calqués sur le système non autochtone. Mais les systèmes de justice autochtone qui ne s'engageront pas dans cette voie auront peut-être de la difficulté à respecter toutes les règles de justice naturelle.

Ainsi, nombre d'initiatives autochtones en matière de justice font largement appel aux chefs de clan et aux anciens ainsi qu'à l'ensemble de la communauté. C'est précisément parce qu'elles ont une connaissance intime de l'intéressé et de sa famille que ces personnes participent au processus. Comme nous l'avons signalé précédemment, l'application des règles de justice naturelle dépend fortement des tâches que l'organe décisionnel doit assumer. Dans la mesure où les systèmes de justice autochtone sont axés sur la guérison, il est normal qu'ils fassent participer ceux qui connaissent et comprennent le contrevenant. Ce sont en effet ces personnes qui sont le mieux placées pour prendre des décisions répondant aux besoins de l'intéressé et pour élaborer des options véritablement propices à la guérison et au changement.

Dans le présent rapport, nous avons insisté à plusieurs reprises sur le fait que le secret de la réussite pour les systèmes de justice autochtone n'est pas de se conformer autant que possible à des normes élaborées pour un système où tout est basé sur l'infraction et le châtement; c'est plutôt leur capacité de répondre aux besoins des nations et des collectivités qu'ils desservent. Pour combler ces besoins, il faut procéder à des consultations approfondies et surveiller et évaluer le système en permanence. Ainsi, il n'est peut-être pas nécessaire que les décideurs prouvent leur neutralité en ce sens qu'ils ne connaissent pas les parties au conflit; il est plus important d'adopter un processus que tous les participants considèrent comme équi-

⁴³ Godin-Beers et Williams, «Report on the Spallumcheen Child Welfare Program», cité à la note 140, p. 65.

table indépendamment de la relation des décideurs avec les parties. Ce n'est pas parce qu'un programme satisfait à tous les critères de l'objectivité formelle qu'il offrira nécessairement des avantages à ses clients ou qu'il sera considéré comme équitable. Pour s'en convaincre, il suffit de voir de quelle manière le système de justice non autochtone – bardé de garanties procédurales – a été incapable de répondre aux véritables besoins des autochtones.

Les structures d'appel

Jusqu'à maintenant, le présent chapitre a surtout traité des processus décisionnels qui entrent en jeu à l'étape initiale de la résolution de conflit et de la guérison. Surtout lorsque les systèmes de justice autochtone comprennent des instances d'établissement des faits – organes remplissant une fonction analogue à celle des tribunaux de première instance –, l'instauration de structures d'appel s'impose. Quelle forme ces structures devraient-elles prendre? Par ailleurs, si de tels organes sont constitués, les tribunaux d'appel du système non autochtone devraient-ils intervenir pour trancher des litiges découlant de décisions prises par les systèmes autochtones?

L'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a relevé quatre approches permettant de mettre sur pied des structures d'appel dans les systèmes de tribunaux tribaux américains.

[TRADUCTION] Si un tribunal compte plus de trois juges, les trois qui n'ont pas entendu l'affaire en première instance forment le tribunal d'appel. À l'occasion, un juge d'un autre tribunal tribal peut siéger au tribunal d'appel.

Lorsqu'il n'y a pas plus de trois juges, des juges d'autres tribunaux tribaux siègent en compagnie de ceux qui n'ont pas entendu l'affaire et ils forment le tribunal d'appel.

Des personnes de l'extérieur de la collectivité sont désignées comme membres d'une instance d'appel qui siège de temps à autre, selon les besoins. Dans le système hopi, le tribunal d'appel est composé de trois membres de la tribu qui ont reçu une formation juridique et n'habitent plus dans la réserve. L'un est juge d'un tribunal étatique, le second exerce la profession d'avocat et le troisième enseigne à l'université.

Dans le système navajo, un tribunal d'appel distinct comptant trois juges à temps plein entend tous les appels⁴³⁴.

Aux États-Unis, les tribunaux tribaux jugent assez peu d'appels, du moins dans les causes criminelles, parce que la *Major Crimes Act* a pour effet de restreindre leur compétence. Si les systèmes autochtones du Canada ne s'inspirent pas du modèle

⁴³⁴Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 289.

américain, les organes d'appel pourraient avoir un plus grand nombre d'affaires à juger.

Comme nous insistons sur l'importance de permettre aux nations et aux collectivités autochtones d'élaborer des systèmes de justice répondant à leurs besoins, il serait illogique de proposer une structure d'appel unique pour tous les systèmes de justice autochtone.

Dans les cas où le système s'apparenterait au système pénal non autochtone, on suppose que les structures d'appel refléteraient leurs équivalents du système non autochtone. Les instances d'appel pourraient être organisées au niveau de la nation ou d'un regroupement de nations, qui pourraient ainsi mettre en commun leur expertise et réaliser des économies d'échelle⁴³⁵. À un échelon supérieur, il faudrait aussi envisager d'instaurer un organe d'appel autochtone pancanadien. Un tel organe aurait pour mandat de se prononcer sur des affaires provenant de toutes les régions et veillerait à ce que les décisions d'appel reflètent les concepts de la justice autochtone dans tous les cas pertinents. Il pourrait entre autres contribuer à l'interprétation des chartes des droits autochtones. De plus, les décisions d'un organe d'appel autochtone auraient sans doute un poids considérable lorsque la Cour suprême du Canada se pencherait sur les affaires (probablement peu nombreuses) provenant des systèmes de justice autochtone par l'intermédiaire de l'instance d'appel pancanadienne. En l'absence d'une instance d'appel autochtone pancanadienne, les appels de décisions prises par l'organe d'appel d'une nation donnée devraient être entendus par la cour d'appel provinciale compétente. Si le territoire de la nation chevauche des frontières provinciales, une loi appropriée préciserait quelle cour d'appel provinciale aurait compétence. Les appels des décisions de cette cour seraient interjetés devant la Cour suprême du Canada.

Si les organes décisionnels n'étaient pas structurés comme ceux du système non autochtone, la structure d'appel devrait évidemment être différente. Certains systèmes autochtones traditionnels, dont celui des Haudenosaunee, recourent à des processus de ce type pour régler les problèmes dépassant le niveau local. Le système haudenosaunee compte quatre paliers de règlement des conflits. Le premier, au niveau du clan, est relativement informel; le deuxième juge des questions concernant plusieurs clans; le troisième entend les affaires entre villages; le quatrième est réservé aux différends entre nations⁴³⁶. Récemment, les membres de la nation mohawk ont entamé des discussions visant la refonte du système de justice de la Longue maison, qui s'inspirerait de cette structure traditionnelle.

⁴³⁵ C'est ce qui se fait dans le sud-ouest des États-Unis, où un certain nombre de tribunaux tribaux se sont regroupés pour créer une structure d'appel. Voir Rudin et Russell, «Native Alternative Dispute Resolution Systems», cité à la note 335, p. 30.

⁴³⁶ Voir Elizabeth Dixon-Gilmour, «Resurrecting The Peace: Separate Justice and the Invention of Legal Tradition in the Kahnawake Mohawk Nation», thèse de doctorat présentée à la London School of Economics and Political Science, février 1994, p. 139.

Quelles que soient les structures d'appel adoptées, elles devront se doter de l'expertise pour régler les questions tout à fait particulières soulevées par le fonctionnement des systèmes de justice autochtone. Par conséquent, ces organes devraient autant que possible exercer une compétence exclusive en matière d'appel. À tout le moins, il faudrait épuiser toutes les possibilités d'appel au sein du système autochtone avant de pouvoir interjeter appel devant le système de justice non autochtone.

Recommandation 9

La Commission recommande que les systèmes de justice des nations autochtones comprennent des structures d'appel pouvant être organisées par nation ou par groupe de nations; qu'à un niveau d'appel supérieur, la création d'une instance d'appel autochtone pancanadienne soit envisagée; qu'en l'absence d'une telle instance, les décisions de l'organe d'appel d'une nation donnée puissent être soumises à la cour d'appel provinciale; que les appels des décisions de cette cour et de l'instance d'appel autochtone pancanadienne, une fois constituée, soient présentés à la Cour suprême du Canada.

Comme nous l'avons déjà mentionné au sujet de l'effet de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il est difficile de déterminer les diverses compétences des gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones en ce qui concerne la création de structures similaires aux tribunaux. En règle générale, moins ces organes ressemblent aux tribunaux du système non autochtone, tant par la forme que par la fonction, plus les nations autochtones ont de latitude pour les créer.

Parce que les organes d'appel autochtones doivent pouvoir refléter des philosophies typiquement autochtones en matière de justice, il faut que seules des personnes possédant des compétences particulières y occupent des postes. Même si l'article 96 réserve au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, lorsque des organes d'appel autochtones sont créés en vertu de traités conclus entre la nation autochtone et le gouvernement, ces traités pourraient prévoir des nominations par accord mutuel des parties. Ces droits issus de traités seraient protégés par la Constitution, en vertu des articles 35 et 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le recours au système d'appel non autochtone devrait être réservé aux affaires qui s'y prêtent. Concrètement, cela signifie que les seules questions pouvant être soumises au système judiciaire non autochtone, si ce n'est par la voie du contrôle judiciaire, seraient celles nécessitant l'interprétation et l'application des lois constitutionnelles, y compris la Charte. Toutes les autres questions devraient relever exclusivement de la compétence du système d'appel autochtone. L'existence d'une instance d'appel autochtone pancanadienne réduirait au minimum la nécessité de recourir au système judiciaire non autochtone.

Les structures d'appel examinées ici ne sont pas, évidemment, les seules possibles. La Commission n'a aucunement l'intention de se montrer normative à cet égard.

Il appartiendra aux gouvernements autochtones de définir les structures d'appel qui leur paraîtront le plus appropriées.

Des systèmes de justice autochtone pour les citadins

On présume souvent que les systèmes de justice autochtone seront mis sur pied dans les collectivités rurales et dans le Nord, et que les autochtones citadins qui ont des démêlés avec la justice n'auraient d'autre choix que d'être jugés par le système non autochtone. Ce faisant, on met toutefois de côté la réalité contemporaine des autochtones et on refuse à près de la moitié des autochtones du Canada – ceux qui vivent en milieu urbain – l'accès à des systèmes de justice adaptés sur le plan culturel.

Étant donné les conditions de vie qui règnent dans de nombreuses réserves et collectivités du Nord, les habitants doivent souvent s'éloigner pour poursuivre leurs études ou trouver du travail. Certains, surtout les femmes, veulent échapper à la violence; d'autres, les handicapés par exemple, partent parce qu'ils ne peuvent trouver les services dont ils ont besoin dans les réserves. Ce n'est pas parce qu'elles quittent la réserve ou la collectivité que ces personnes ont renoncé à leur culture, à leurs traditions ou à leur identité.

En mettant l'accent sur la réserve ou la collectivité rurale comme base des systèmes de justice autochtone, on écarte de nombreux Indiens inscrits et non inscrits ainsi que les Métis et certains Inuit. Comme l'a montré notre examen des initiatives en matière de justice, la distinction entre autochtone inscrit et non inscrit n'est pas jugée pertinente par les collectivités lorsqu'il s'agit d'élaborer des projets judiciaires.

Toute l'information dont dispose la Commission révèle que le système de justice non autochtone n'a pas répondu aux besoins des autochtones. Cet échec ne se limite pas aux réserves, aux collectivités rurales ni à celles du Nord. Au contraire, les prisons des centres urbains du Canada, notamment dans l'Ouest, témoignent à l'évidence que le système de justice traite les autochtones citadins aussi mal que les autres.

Dans ces conditions, comment pourrait-on justifier le refus de mettre sur pied des programmes de justice autochtone en milieu urbain? À bien des égards, les collectivités urbaines se prêtent mieux à de tels programmes que les réserves. Ainsi, d'après Statistique Canada, la population autochtone de Toronto s'établissait à environ 40 000 personnes en 1991, mais les fournisseurs de services autochtones estiment que ce groupe comprend entre 60 000 et 70 000 membres⁴³⁷. Les villes de

⁴³⁷ Comme on l'a vu précédemment, lors du recensement de 1991, 40 000 personnes dans la région métropolitaine de recensement (RMR) de Toronto se sont déclarées d'ascendance autochtone. Toutefois, Statistique Canada rapportait que 14 205 personnes habitant dans la RMR de Toronto en 1991 s'étaient identifiées comme autochtones. Ce chiffre correspond aux réponses simples et n'est pas rajusté pour tenir compte du sous-dénombrement de la population attribuable à des contraintes méthodologiques. (Statistique Canada, Enquête de 1991 auprès des peuples autochtones, cité à la note 232, tableau 2, p. 6.)

Vancouver, Winnipeg, Regina, Saskatoon et Calgary, entre autres, comptent aussi d'importantes concentrations d'autochtones. La population autochtone de nombreux centres urbains équivaut à la population d'une petite ville – par exemple Saint-Hyacinthe ou Joliette. Si les petites villes sont en mesure d'administrer la justice, pourquoi un sous-ensemble de la population d'une grande ville ne le pourrait-il pas?

Dans de nombreuses communautés urbaines, les autochtones possèdent un réseau fort bien développé d'organismes sociaux et culturels. À Toronto, il existe une foule d'organismes de services sociaux autochtones et des organisations offrant des programmes éducatifs et culturels. Dans le domaine des services sociaux, par exemple, Native Child and Family Services offre des services d'aide à l'enfance, le centre Anduhyuan accueille les femmes battues, la clinique Anishnawbe dispense toute une gamme de services de santé traditionnels et modernes, la Pedahbun Lodge offre aux toxicomanes et aux alcooliques un programme de traitement en résidence, les Services juridiques autochtones fournissent une grande variété de services juridiques et le centre NaMeRes accueille les sans-abri de sexe masculin. Dans le domaine des programmes sociaux et culturels, le Native Women's Resource Centre et l'organisation Two Spirited People offrent des programmes destinés à des segments précis de la population autochtone. Le Native Canadian Centre et le Council Fire ont un large éventail de programmes à l'intention de la communauté, tandis que la Native Earth Theatre Company présente chaque année des pièces très appréciées, dont certaines primées⁴³⁸. Cet ensemble d'organismes indépendants administrés par les autochtones offre à peu près tous les services que l'on peut attendre d'un gouvernement.

Jusqu'à maintenant, lorsque nous parlions de gouvernements autochtones dans notre rapport, nous envisagions des nations exerçant une compétence exclusive sur tous les habitants de leur territoire, même si nous recommandions que les gouvernements autochtones offrent aux prévenus non autochtones la possibilité de comparaître devant le système de leur choix. Ce modèle de fonction gouvernementale est peu logique dans un contexte urbain, mais cela ne signifie pas que les communautés autochtones urbaines ne peuvent pas créer d'institutions autonomes. Dans notre rapport final, nous traitons en détail la question de la fonction gouvernementale autochtone en milieu urbain.

En bref, nous sommes d'avis qu'un modèle de fonction gouvernementale fondé sur des intérêts communs serait le plus indiqué dans le cas des communautés autochtones urbaines. Une telle structure gouvernementale ne desservirait que les autochtones qui se rallieraient volontairement au gouvernement urbain; elle ne serait pas fondée sur le territoire comme le sont les nations autochtones. L'appartenance à une communauté d'intérêts serait offerte à tous les autochtones, y compris ceux qui conserveraient des liens avec leur nation d'origine. Ce type de

⁴³⁸ Cette liste n'est pas exhaustive. On estime qu'à Toronto, il existe plus de 40 organismes autochtones spécialisés.

gouvernement concentrerait ses énergies sur la prestation de programmes et de services, et pourrait compter sur un financement stable et sûr.

Si l'on prend encore une fois l'exemple de Toronto, les structures nécessaires à l'existence d'un régime d'autonomie gouvernementale fondé sur la communauté d'intérêts sont déjà en place. Pour l'instant, toutefois, le maintien de tous les services autochtones de la ville est surtout assujéti aux caprices des bailleurs de fonds – aux niveaux fédéral, provincial et municipal. Il faut instaurer une base de financement plus sûre, reconnaissant que l'autonomie gouvernementale autochtone en milieu urbain pourrait mener à des innovations plus importantes et plus marquantes. Les progrès du Conseil communautaire, dans les domaines de l'aide à l'enfance et du règlement des conflits entre propriétaires et locataires, et les efforts du Groupe de travail sur la violence familiale montrent que la collaboration entre les divers organismes permet de faire beaucoup dans un contexte urbain pour répondre aux besoins d'une communauté autochtone diversifiée.

Les réserves, les collectivités rurales et celles du Nord, où l'alcool et la drogue sévissent, doivent souvent envoyer leurs membres suivre des traitements très loin de chez eux. Les programmes de gestion de la colère et les programmes similaires sont rarement offerts dans ces collectivités autochtones. Les centres urbains, par contre, présentent en général aux autochtones un plus grand choix de services spécialisés. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'un des critères de réussite des programmes de justice autochtone est l'existence de services facilitant la guérison.

Depuis 1992, Toronto offre un programme de déjudiciarisation aux autochtones adultes – le Conseil communautaire. Ce programme peut traiter un plus large éventail de cas que les programmes de déjudiciarisation non autochtones. Même si des analyses statistiques concluantes ne sont pas encore disponibles, les données préliminaires indiquent que le programme réussit là où le système de justice non autochtone a échoué, qu'il répond aux besoins des délinquants autochtones, qu'il les aide à s'engager dans la voie de la guérison et qu'il réduit le taux de récidive.

La création de systèmes de justice est un aspect vital de l'autonomie gouvernementale autochtone dans le contexte urbain. La création de systèmes de justice urbains nécessitera une grande collaboration et beaucoup de coordination entre le système non autochtone et les systèmes autochtones. Les gouvernements urbains fondés sur la communauté d'intérêts se préoccuperont de fournir des services juridiques et d'administrer la justice et ils n'exerceront aucun pouvoir législatif.

Les questions de compétence, par exemple, devront sans doute être tranchées selon d'autres critères que ceux qui seraient appliqués aux collectivités situées dans les réserves et dans les régions rurales. Les solutions différeront peut-être d'une communauté à l'autre, mais il ne faut pas voir là un obstacle à l'établissement de cet aspect vital de l'autonomie gouvernementale autochtone en milieu urbain.

5

La réforme du système de justice actuel



Nous avons déjà mentionné qu'il faut planifier la réforme en veillant à ne pas créer de dichotomies inutiles; il faut notamment éviter de penser que la reconnaissance de systèmes de justice autochtone dispense qui que ce soit de réformer le système non autochtone actuel. Nous avons bien indiqué que l'élaboration et la mise en œuvre de systèmes de justice autochtone se feront par étapes, et qu'il faudra ménager des ponts entre eux et le système non autochtone. C'est pour cette raison que, même si notre intérêt premier porte sur la définition d'un espace réservé aux systèmes de justice autochtone, nous jugeons également important de réfléchir à des stratégies qui permettraient de remanier le système non autochtone actuel afin de le rendre plus respectueux des peuples autochtones et plus adapté à leur expérience.

La réforme du système actuel a été l'objet de la plupart des enquêtes qui ont précédé la nôtre. Par conséquent, dès le début de nos travaux, nous avons établi qu'il serait inutile de reprendre les recherches déjà faites ou d'en reproduire les recommandations. En fait, cette simple compilation donnerait un document assez volumineux.

À l'étape documentaire, l'Alberta Task Force on the Criminal Justice System a rassemblé 708 recommandations de réforme provenant des rapports sur la justice autochtone publiés entre 1967 et 1990. Dans le rapport qu'il a produit en 1991, *Justice on Trial*, le groupe de travail albertain a présenté 340 recommandations de son cru. D'autres rapports contiennent eux aussi plusieurs centaines de recommandations supplémentaires, de sorte qu'on dénombre quelque 1 800 recommandations au total. Pourtant, malgré cette abondance de bonnes idées, tous les mémoires que

nous avons reçus et les témoignages que nous avons entendus des nations, des collectivités, des organisations et des chercheurs autochtones indiquent que la réalité quotidienne des autochtones au sein du système de justice pénale n'a pas changé de façon notable, sauf dans les cas où des initiatives autochtones ont été mises sur pied. Ce n'est évidemment pas faute de recommandations valables, mais plutôt à cause d'une absence de mesures concrètes. Nos recommandations soulignent cette absence de mesures concrètes parce que c'est précisément sur ce point qu'achoppe la réforme du système actuel.

Des recommandations à mettre en œuvre

Il ne serait guère utile de détailler ici toutes les recommandations présentées dans d'autres rapports sur la justice, mais nous avons pensé regrouper les plus courantes et les plus fréquentes. À cet égard, nous pouvons nous tourner vers le groupe de travail albertain, qui a cerné les 10 recommandations qui revenaient le plus souvent parmi les 700 qu'il a analysées :

1. Sensibiliser le personnel non autochtone du système de justice pénale aux différences culturelles;
2. Embaucher un plus grand nombre d'autochtones dans tous les secteurs du système judiciaire;
3. Proposer un plus grand nombre de solutions communautaires en matière de détermination de la peine;
4. Offrir un plus grand nombre de programmes communautaires dans le secteur correctionnel;
5. Offrir une aide plus spécialisée aux contrevenants autochtones;
6. Faire participer plus étroitement les collectivités autochtones à la planification, aux décisions et à la prestation des services;
7. Créer un plus grand nombre de groupes consultatifs autochtones à tous les niveaux;
8. Mieux reconnaître la culture et le droit autochtones dans la prestation des services;
9. Mettre l'accent sur les programmes de prévention de la criminalité autochtone;
10. Planifier et administrer le système de justice pénale en tenant compte de l'autodétermination⁴³⁹.

Le groupe de travail albertain mentionne que la plupart de ses recommandations s'inscrivent dans l'une de ces catégories et figurent dans des rapports antérieurs mais qu'il les reprend parce qu'à son avis, ces recommandations n'ont pas été mises en

⁴³⁹ *Justice on Trial*, cité à la note 23, volume 3, chapitre 4, p. 7.

œuvre de façon complète ou adéquate et sont encore valables⁴⁴⁰. Le mandat du groupe de travail consistait à [TRADUCTION] «formuler un processus en vue de surveiller et d'améliorer en permanence les programmes et initiatives mis en œuvre à la suite des recommandations du groupe de travail⁴⁴¹». Au sujet de ce libellé, les membres du groupe de travail faisaient le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Le libellé de ce mandat est regrettable parce qu'il permet au gouvernement de choisir parmi les recommandations et que, par conséquent, seules ces recommandations seront surveillées par la structure permanente. Nombre des recommandations formulées dans le présent rapport sont assujetties à la mise en œuvre d'autres recommandations⁴⁴².

Pour veiller à ce que toutes ses recommandations soient mises en œuvre, le groupe de travail a préconisé la création d'un mécanisme temporaire et d'un mécanisme permanent. Pendant les 18 mois suivant le dépôt du rapport, un comité de surveillance composé de cinq personnes devait être habilité à faire enquête auprès du gouvernement et à examiner divers éléments du système de justice pénale pour veiller à la mise en œuvre des recommandations. Le comité devait tous les trois mois faire un compte rendu aux ministres de la Justice et aux solliciteurs généraux du fédéral et de la province, et un rapport devait être déposé à la législature provinciale dans un délai d'un an pour proposer d'autres recommandations liées à la mise en œuvre. Le comité devait comprendre quatre membres nommés respectivement par le gouvernement fédéral, la province, l'Indian Association of Alberta et la Métis Association of Alberta. Le président aurait été choisi par les membres du comité, à défaut de quoi le gouvernement de l'Alberta l'aurait désigné; il se serait agi, de préférence, d'un autochtone⁴⁴³.

Le mécanisme permanent, une commission de justice autochtone comptant cinq membres, devait être constitué suivant la même procédure que le comité de surveillance, dont il aurait repris les fonctions. Il devait en outre faciliter la communication entre les peuples autochtones, le gouvernement et les diverses composantes du système de justice pénale, négocier un accord-cadre entre toutes les parties au sujet des compétences et du partage des coûts, aider les autochtones à soumettre au ministère compétent leurs préoccupations touchant l'administration de la justice et, en règle générale, favoriser la communication et aider le gouvernement à élaborer sa politique en matière de justice autochtone. Il faut aussi signaler que la commission devait avoir recours aux services d'un défenseur des intérêts autochtones qui aurait reçu et transmis les plaintes officielles des autochtones au sujet de l'administration de la justice pénale, et suivi l'évolution des

⁴⁴⁰ *Justice on Trial*, volume 1, chapitre 1, p. 5.

⁴⁴¹ *Justice on Trial*, volume 1, annexe 2, p. 2.

⁴⁴² *Justice on Trial*, volume 1, chapitre 10, p. 1.

⁴⁴³ *Justice on Trial*, volume 1, chapitre 10, p. 3.

dossiers. Tout comme le mécanisme temporaire, la commission devait déposer à la législature provinciale dans un délai d'un an, et annuellement par la suite, un rapport portant sur ses délibérations et ses recommandations⁴⁴.

Ni le comité de surveillance, mécanisme temporaire, ni la commission de justice autochtone, mécanisme permanent, n'ont été créés. Le comité directeur du groupe de travail albertain, qui avait supervisé les travaux du groupe et n'avait pas été dissous, a plutôt été prié de présenter un rapport au procureur général et au solliciteur général de l'Alberta au sujet d'une stratégie de mise en œuvre des recommandations, et un comité de travail a été constitué pour procéder à de nouvelles consultations auprès des groupes et des collectivités autochtones au sujet de la mise en œuvre.

Lors des audiences de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, Rufus Prince, un ancien de la Première nation de Long Plain, s'est inquiété en ces termes du sort qui serait réservé au rapport de la Commission, compte tenu de ce que les autochtones savaient des rapports antérieurs :

[TRADUCTION] *Nous demandons à la province d'habiliter la Commission à superviser la mise en œuvre de ses recommandations [...] il faut que vous le fassiez sinon [...] les bureaucrates vont trouver une étagère où ranger discrètement votre rapport et vos recommandations, et dans une génération, si une autre commission est chargée d'enquêter sur le même sujet, on découvrira que ces documents sont couverts de poussière.*

Toute l'énergie et tous les sacrifices que vous avez investis dans cette commission seront réduits à néant, vos efforts auront été vains. Nous aurons simplement creusé un peu plus les mêmes ornières⁴⁵.

Parce que ces préoccupations revenaient constamment, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba a consacré un chapitre complet de son rapport de 1991 à la stratégie à adopter pour mettre en œuvre ses recommandations, dont une partie porte sur la création de deux organismes : une commission de justice autochtone et un collège de justice autochtone. La commission de justice autochtone était considérée comme le pivot du processus de mise en œuvre; son mandat général consisterait à surveiller la mise en œuvre et à présenter des rapports publics de temps à autre au sujet de l'avancement des recommandations. La commission devait aussi exécuter un certain nombre d'autres tâches, notamment entamer des discussions avec les peuples autochtones pour déterminer leurs vœux relativement aux diverses recommandations, recommander une formule et une méthode de mise en œuvre, collaborer à la création de systèmes de justice autochtone et surveiller l'exécution

⁴⁴ *Justice on Trial*, volume 1, chapitre 10, p. 4.

⁴⁵ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, pp. 639-640 [nous soulignons].

des programmes de promotion sociale. Elle devait être indépendante et constituée d'un conseil d'administration composé d'un nombre égal d'autochtones et de représentants non autochtones du gouvernement, et le président devait être indépendant. Les représentants autochtones devaient comprendre des Indiens inscrits, des Métis, des Indiens non inscrits et des représentants des femmes autochtones et des autochtones citoyens⁴⁶.

Le deuxième organisme, le collège de justice autochtone, devait surtout servir de centre de formation et d'éducation permanente pour les autochtones qui occupent des postes importants au sein du système de justice actuel et des systèmes de justice autochtone. Il était aussi prévu que le collège pourrait mettre sur pied des programmes de sensibilisation aux différences culturelles à l'intention des juges, des avocats, du personnel des tribunaux, des policiers, des agents de correction et d'autres non-autochtones œuvrant dans l'administration de la justice⁴⁷.

Le gouvernement du Manitoba n'a pris aucune mesure concernant ces deux recommandations; il a plutôt proposé d'autres consultations entre le gouvernement et les peuples autochtones. L'étagère à laquelle l'ancien Rufus Prince faisait allusion semble avoir repris du service.

Un sort similaire a été réservé aux recommandations présentées par la Commission de réforme du droit du Canada dans le rapport qu'elle a publié en 1991, *Les peuples autochtones et la justice pénale*. La Commission y faisait remarquer que son mandat, qui consistait à examiner le *Code criminel*, avait suscité peu d'enthousiasme parmi les autochtones consultés: «À leur avis, il [était] devenu inutile de faire une fois de plus l'inventaire des lacunes du *Code criminel* ou celles de la pratique du droit pénal. Selon eux, la réflexion [devait] céder le pas à l'action⁴⁸.» La Commission soulignait aussi que nombre de ses recommandations n'étaient pas nouvelles, qu'elles avaient été présentées dans des rapports antérieurs au fil des ans. Sa conclusion, évidemment, était que «*la grande difficulté en ce qui concerne les problèmes que pose la justice pénale pour les autochtones n'est pas de trouver les solutions, mais bien de les appliquer*⁴⁹».

La Commission proposait deux mesures pour assurer le suivi des progrès. La première consistait à établir les coûts du changement en définissant et en évaluant le niveau des ressources consacrées aux questions de justice autochtone, y compris les ressources provinciales. La deuxième visait la création d'un institut de justice autochtone qui aurait été chargé de superviser la mise en œuvre des recommandations et d'assumer d'autres fonctions. Il devait notamment mener des recherches empiriques, recueillir des données, aider les collectivités autochtones à mettre sur

⁴⁶ Rapport de l'AJIM, volume 1, pp. 657-658.

⁴⁷ Rapport de l'AJIM, volume 1, pp. 638-639.

⁴⁸ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, cité à la note 29, p. 3.

⁴⁹ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, p. 95 [nous soulignons].

ped des programmes et élaborer des options stratégiques en matière de justice autochtone. La Commission envisageait ainsi le mandat de l'organisme :

L'Institut pourrait commander ou entreprendre lui-même des recherches sur le droit coutumier, participer à la formation des juges de paix autochtones, contribuer à la mise sur pied de programmes de sensibilisation aux différences culturelles et de formation des interprètes judiciaires. Il pourrait fournir des conseils sur la tenue des séances des tribunaux dans les collectivités autochtones, et élaborer des critères adaptés à la situation particulière des autochtones en matière de mise en liberté provisoire et de libération conditionnelle.

L'Institut pourrait, en outre, porter un jugement sur les programmes existants en matière de déjudiciarisation, de travaux compensatoires et de service communautaire, créer des programmes de son cru et conseiller les collectivités désireuses d'instaurer de tels programmes. Il pourrait aider à la présentation des demandes de subvention, à moins qu'on ne lui confie tout simplement la responsabilité de pourvoir lui-même au financement des programmes⁴⁵⁰.

La Commission de réforme du droit n'a fait aucune recommandation détaillée quant à la composition de cet institut de justice autochtone, mais elle a demandé que la dotation, le fonctionnement et le contrôle soient assurés par des autochtones «dans toute la mesure du possible⁴⁵¹». Peu après la publication de son rapport, la Commission de réforme du droit a été dissoute par le gouvernement fédéral, et ses recommandations n'ont fait l'objet d'aucun suivi direct⁴⁵².

A posteriori, il semble bien qu'on ait mésestimé la pressante nécessité de prévoir des procédés afin de mettre en œuvre le programme de réforme. Plutôt que de créer des mécanismes de soutien institutionnel indépendants, chargés de faire avancer la réforme de la justice autochtone, on a mené dans la plupart des cas une nouvelle ronde de consultations suivie d'autres débats. Il y a eu plus de 30 rapports visant le domaine de la justice autochtone. Il est donc difficile de ne pas conclure à un manque de volonté politique et à une forte résistance de la bureaucratie au changement véritable, deux phénomènes découlant en partie du fait que l'établissement de systèmes de justice autochtone n'a jamais été envisagé comme allant de pair avec l'autonomie politique des autochtones.

⁴⁵⁰ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, p. 99.

⁴⁵¹ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, p. 95.

⁴⁵² Le ministre de la Justice a déposé à la Chambre des communes le 6 octobre 1995 le projet de loi C-106, Loi concernant la Commission de réforme du droit du Canada. On s'attend à ce que soit rétablie la Commission de réforme du droit, sous un nouveau nom et modifiée, d'ici au printemps 1996.

Dans ce contexte, nous croyons qu'il incombe à notre commission de fournir un cadre pour la mise en œuvre des recommandations avancées par les diverses commissions d'enquête provinciales et fédérales sur la justice. Il est particulièrement important d'exiger du gouvernement des comptes au sujet de la mise en œuvre de ces recommandations.

Recommandation 10

La Commission recommande que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux rendent compte à leurs assemblées législatives respectives, annuellement, de la mise en œuvre des recommandations présentées par les diverses commissions d'enquête sur la justice applicable aux autochtones. Ces rapports devraient faire état des éléments suivants :

- a) **nature et portée des programmes de sensibilisation aux différences culturelles offerts aux employés du gouvernement et aux membres de la magistrature; nombre d'employés et de juges qui y participent; organismes contribuant à l'exécution de ces programmes; rôle consultatif ou autre joué par les organisations autochtones nationales, provinciales et régionales et les collectivités autochtones, relativement à l'exécution de ces programmes. En outre, ces rapports gouvernementaux devraient préciser si des mesures de suivi ont été mises en œuvre pour vérifier l'efficacité des programmes et si des procédures disciplinaires ont été prévues au cas où des employés ou des magistrats manifesteraient des attitudes racistes ou discriminatoires;**
- b) **nombre d'autochtones au service des ministères qu'intéressent les questions de justice; nombre de juges autochtones à tous les paliers et nombre de juges de paix autochtones; proportion d'autochtones au sein de l'ensemble du personnel. En outre, chaque rapport devrait exposer les difficultés qu'éprouve le gouvernement à recruter des autochtones pour combler ces postes et les mesures prises pour corriger le problème de la sous-représentation;**
- c) **étendue des consultations menées auprès des organisations autochtones nationales, provinciales et régionales et des collectivités autochtones relativement aux politiques qui s'imposent, et étendue de la participation éventuelle de telles organisations à la prestation directe de services juridiques aux collectivités autochtones – en milieu urbain, dans les réserves, dans le Nord et dans les régions rurales. Les rapports devraient aussi préciser quels sont les plans du gouvernement pour accroître le niveau de la participation autochtone;**
- d) **existence d'évaluations réalisées du point de vue autochtone par les nations autochtones, les collectivités autochtones ou les organisations autochtones nationales, provinciales ou régionales, de l'opportunité des**

réformes ou des modifications du *Code criminel* ou de questions criminelles connexes relevant de la compétence fédérale ou relativement à des infractions provinciales ou à des infractions réglementaires de compétence fédérale ou provinciale;

- e) efforts déployés pour faire participer les nations et collectivités autochtones à toutes les étapes du processus de justice pénale, y compris d'éventuelles consultations ou négociations menées auprès des nations et collectivités autochtones au sujet du rôle que celles-ci peuvent jouer, et importance des ressources et de la formation fournies par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux aux nations et collectivités autochtones disposées à assumer des responsabilités dans le domaine de la justice.

Outre notre préoccupation au sujet de ce qu'il advient des recommandations d'enquêtes antérieures dans le domaine de la justice, nous croyons qu'il est important que les recommandations du présent rapport – un rapport qui envisage les questions de justice autochtone en allant au-delà de la simple réforme du système de justice actuel – fassent l'objet d'une réflexion approfondie.

Recommandation 11

La Commission recommande que le gouvernement du Canada, dans un délai d'un an suivant la publication du présent rapport :

- a) convoque une conférence intergouvernementale qui rassemblera les ministres de la justice, les procureurs généraux, les solliciteurs généraux, les ministres des services correctionnels et les ministres responsables des questions autochtones des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, pour examiner les questions soulevées et les recommandations formulées dans ce rapport;
- b) invite à cette conférence des représentants des peuples autochtones et des organisations autochtones nationales;
- c) veille à ce que les personnes qui se consacrent à l'élaboration et à la mise en œuvre de projets autochtones de justice réparatrice et de guérison participent à cette conférence.

Recommandation 12

La Commission recommande qu'un point de l'ordre du jour soit réservé aux questions de justice autochtone lors des réunions ordinaires des ministres de la justice et des procureurs généraux du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires. Les solliciteurs généraux, les ministres des services correctionnels et les ministres responsables des questions autochtones devraient participer à la discussion de ce point, et des représentants compétents des peuples autochtones devraient être invités à assister à la discussion.

L'Association du Barreau canadien a publié en 1988 un rapport intitulé *Locking Up Natives in Canada*, dans lequel elle soutient que les avocats ont une responsabilité particulière à assumer pour faire progresser la cause de la justice à l'égard des autochtones.

Recommandation 13

La Commission recommande que, dans un délai d'un an suivant la publication du présent rapport, l'Association du Barreau canadien, les barreaux provinciaux et l'Indigenous Bar Association tiennent une réunion commune pour discuter des questions et des recommandations contenues dans ce rapport.

Les coûts de la justice

On ne saurait envisager la réforme du système de justice actuel et l'élaboration de systèmes de justice autochtone sans se pencher sur la question des ressources. Des ressources supplémentaires seront sans doute requises, mais il ne faudra pas nécessairement de grosses sommes d'argent frais. Il ressort très nettement de l'information dont nous disposons que notre société consacre déjà des ressources considérables pour appréhender, inculper et, dans de nombreux cas, écrouer un petit segment de la population canadienne.

Dans son rapport, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba signalait que le système de justice actuel est coûteux. Le Manitoba y consacre environ un demi-milliard de dollars, ce qui englobe la part manitobaine des dépenses fédérales en matière de justice, le ministère provincial de la Justice, les services de police municipaux, l'application des règlements sur la chasse et la pêche, l'administration du système de protection de l'enfance, et les dépenses des organismes non gouvernementaux comme ceux qui s'occupent des délinquants après leur mise en liberté.

[TRADUCTION] La population autochtone du Manitoba représente 12 % de la population de la province, et plus de 50 % de la population carcérale. Les sommes consacrées aux autochtones sont donc énormes⁴⁵³.

Dans le mémoire qu'il a présenté à la Commission, le ministre de la Justice et procureur général de la Saskatchewan, Robert Mitchell, a tenu à dire qu'il était difficile de déterminer très précisément la répartition des fonds (parce que ces dépenses tou-

⁴⁵³ Rapport de l'AJIM, cité à la note 2, volume 1, p. 11. Le groupe de travail albertain considère que les autochtones de l'Alberta forment entre 20 et 35 % de la «clientèle» du système de justice actuel, même s'ils représentent moins de 5 % de la population albertaine. D'après le taux d'incarcération des autochtones et le taux de croissance de la population, le groupe de travail estime que, d'ici à l'an 2011, l'augmentation du nombre de détenus autochtones à elle seule coûtera 23 millions de dollars de plus, indépendamment des dépenses actuelles. Ce chiffre ne tient pas compte des effets de l'inflation. (*Justice on Trial*, cité à la note 23, volume 1, chapitre 8, p. 17.)

chent souvent plusieurs groupes – accusés, victimes et collectivités). Il estime toutefois qu'en 1992-1993, le ministère de la Justice de la Saskatchewan, qui avait affecté à la justice pénale (police, poursuites, tribunaux et services correctionnels) un budget de 117 millions de dollars, a dépensé cette année-là 81 millions de dollars pour les autochtones. Sur ce montant, quelque 59 millions de dollars ont été consacrés aux Indiens, et 22 millions de dollars aux Métis⁴⁵⁴.

Le rapport de l'Osnaburgh-Windigo Committee concluait lui aussi que beaucoup d'argent était affecté aux affaires d'un segment relativement modeste de la population dans le nord de l'Ontario. Cet argent sert en grande partie à combattre des problèmes liés à l'alcoolisme et à l'inhalation de solvants, mais au lieu de s'améliorer, la situation est aggravée par le système pénal actuel. Le Comité a constaté que l'argent dépensé apportait d'importants avantages économiques à la société non autochtone de la région parce qu'il permettait à un grand nombre de non-autochtones de trouver des emplois au sein du système judiciaire. Les délinquants autochtones sont, de ce point de vue, ce que les commissaires ont appelé une «denrée» – la matière brute traitée par le système judiciaire.

[TRADUCTION] À Osnaburgh, d'après une analyse des affaires instruites à Pickle Lake en 1989, environ 80 % de toutes les comparutions visaient des infractions liées à l'alcool ou à l'inhalation de solvants (c'est-à-dire que l'accusé était sous l'influence de l'alcool ou des vapeurs de solvant au moment de la présumée infraction). Les habitants d'Osnaburgh croient que le gouvernement non autochtone utilise mal ses ressources pour combattre le problème. Ainsi, ils ont l'impression qu'il dépense plus d'argent pour envoyer des accusés d'Osnaburgh à la prison de Kenora – où ces personnes sont nourries et logées et où des salaires sont versés à des agents de correction non autochtones – qu'il n'en dépense pour le traitement de l'alcoolisme et de la toxicomanie. Ils croient que le système actuel d'amendes, qui débouche sur des défauts de paiement, des mandats de dépôt et des peines d'emprisonnement, néglige totalement les problèmes socio-économiques sous-jacents et ne fait que créer du travail pour les policiers non autochtones, le personnel des tribunaux et celui des services correctionnels. De ce point de vue, les «ivrognes» des Premières nations peuvent être considérés comme une «denrée» importante dans l'économie salariale non autochtone du nord de l'Ontario⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Mitchell, mémoire à la CRPA, cité à la note 34, p. 12.

⁴⁵⁵ Rapport de l'Osnaburgh-Windigo Tribal Council Justice Review Committee, cité à la note 22, p. 62.

Devant une information aussi déconcertante, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la compilation de données plus précises sur les coûts du système actuel :

À l'heure actuelle, les programmes de justice autochtones sont financés de diverses sources. Les ministères fédéraux – Affaires indiennes et du Nord, Justice, Solliciteur général, Secrétariat d'État – contribuent tous, à l'instar de bien des ministères provinciaux et d'autres organismes comme les barreaux et les universités. Nous proposons que les ressources consacrées à l'heure actuelle aux affaires autochtones en matière de justice (y compris les ressources provenant des provinces) soient définies et évaluées avec précision. Il faudrait fixer les priorités en matière de dépenses, en consultation avec les peuples autochtones, pour décider de la meilleure façon de déployer les ressources et supprimer le double emploi. Le processus devrait englober non seulement les programmes propres aux autochtones, mais aussi les dépenses qui concernent en grande partie les autochtones, comme le financement des établissements correctionnels et des services policiers. Il faudrait entreprendre dès maintenant des études de faisabilité globales concernant toutes les recommandations du présent rapport impliquant l'affectation de ressources.

On a passé sous silence pendant trop longtemps les inégalités historiques dont les autochtones ont eu à souffrir sur le plan judiciaire. Si les réformes nécessaires ont tardé, nous ne pouvons plus invoquer le manque de ressources pour justifier notre inaction⁴⁵⁶.

La Commission de réforme du droit a en outre souligné un aspect qui, à notre avis, est d'une importance fondamentale pour évaluer la question des sommes que notre société est en mesure d'affecter à la justice autochtone :

En outre, même s'il est nécessaire d'affecter des sommes dès à présent, une perspective à court terme n'est pas à conseiller. Il est possible que les systèmes de justice autochtones coûtent cher à courte échéance, mais l'investissement rapportera à long terme. Les économies découleront en partie de la réduction des ressources que le reste de l'appareil judiciaire – le système correctionnel en particulier – devra consacrer aux autochtones. Mais, chose plus importante encore, le fait de rendre aux collectivités le pouvoir de veiller à l'ordre social peut contribuer à renverser le processus de colonisation qui est à l'origine des problèmes que l'appareil judiciaire pose pour les autochtones. Cette responsabi-

⁴⁵⁶ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, cité à la note 29, p. 96 [nous soulignons].

lisation devrait déboucher sur une criminalité moindre et sur un recours moins grand à la justice, blanche ou autochtone⁴⁵⁷.

La recommandation de la Commission de réforme du droit, qui souhaite une comptabilisation précise et complète des ressources actuellement consacrées aux questions de justice autochtone, n'a fait l'objet d'aucun suivi de la part du gouvernement fédéral. Cinq ans après la publication du rapport de la Commission, nous attendons toujours que le gouvernement fournisse un chiffre qui pourrait servir de point de repère.

Ce point de repère ne fait pas défaut que dans le domaine de l'administration de la justice. Nous avons donc commandé une étude pour connaître de façon plus précise l'ampleur des dépenses fédérales, territoriales et provinciales se rapportant aux autochtones. Pour calculer ces dépenses, l'étude tient compte non seulement de la part allouée à la population autochtone, mais aussi du niveau estimatif moyen d'utilisation des divers programmes par les autochtones (par rapport au niveau d'utilisation par les non-autochtones). L'étude ne relève pas tous les coûts du système de justice pénale liés aux autochtones, mais elle donne une idée de leur importance.

Les dépenses fédérales au cours de l'année financière 1992-1993 se sont élevées à 129,6 millions de dollars. Ce total était réparti entre les dépenses au titre de la police autochtone (44,7 millions de dollars) et à celui des services correctionnels (84,9 millions de dollars). Le volet policier comprend 12,3 millions de dollars affectés à la GRC et un peu plus de 30 millions de dollars affectés à des programmes spécifiques des Premières nations, comptant 690 agents de police des Premières nations. Le volet correctionnel comprend les coûts imputables aux 2 300 détenus qui se sont identifiés comme autochtones dans les établissements correctionnels fédéraux en 1992, et environ 3 millions de dollars pour des programmes institutionnels comme la spiritualité autochtone, la liaison entre détenus et la désintoxication⁴⁵⁸.

Pour ce qui est des provinces, 31,9 millions de dollars ont été dépensés en Ontario en 1991-1992, dont 11,6 millions dans le cadre de l'Entente sur la surveillance policière des Premières nations, 8,2 millions aux services correctionnels, 4,3 millions au titre de l'activité des tribunaux autochtones, 5,4 millions au soutien des détenus et des probationnaires autochtones, 0,8 million pour la prévention des agressions sexuelles et de la violence conjugale, et 1,6 million à d'autres projets, notamment à l'élaboration de politiques sur la guérison en famille. En Colombie-Britannique, le total des dépenses effectuées pour les autochtones s'élevait à 99,7 millions de dollars. Cette somme comprenait 19 millions de dollars aux services aux adultes, 3,8 millions aux services à la jeunesse, 7,2 millions aux services communautaires, 18,2 millions au soutien de la justice, 21 millions aux services de police, 17,8 millions aux tribunaux et 3,1 millions aux services juridiques. En Alberta, les

⁴⁵⁷ CRDC, *Rapport sur les peuples autochtones et la justice pénale*, p. 97.

⁴⁵⁸ Goss Gilroy Inc., «Dépenses fédérales, territoriales et provinciales relatives aux autochtones», étude réalisée pour la CRPA, 1995.

mêmes sommes totalisaient 84,6 millions de dollars, dont 13,6 millions aux tribunaux, 5,5 millions à l'aide juridique, +1,4 millions aux services correctionnels, et 24,1 millions à l'application de la loi⁴⁵⁹.

Les résultats de cette étude, les chiffres contenus dans le rapport de l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba et les mémoires que nous a présentés le gouvernement de la Saskatchewan montrent donc que des centaines de millions de dollars sont dépensés annuellement, même si nous compilons seulement les coûts directs entraînés par l'administration de la justice pénale comme les services de police, les tribunaux et les services correctionnels.

Les chiffres tirés de l'étude de Goss Gilroy représentent la meilleure évaluation que nous ayons pu faire de la part des dépenses totales qui est attribuable aux autochtones dans le domaine judiciaire. Les gouvernements sont cependant mieux placés pour établir avec plus d'exactitude le total de ces dépenses.

Recommandation 14

La Commission recommande que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux procèdent à un examen et à une vérification complets du système de justice actuel et fournissent des chiffres détaillés au sujet de ce que coûte l'administration de la justice pour les autochtones, à toutes les étapes, y compris la prévention du crime, les services de police, les tribunaux, la probation, les services correctionnels, la libération conditionnelle et la réinsertion sociale.

Il est important que le financement soit garanti. Dans le chapitre 3, nous faisons allusion à divers mémoires que la Commission a reçus et qui exposaient les difficultés créées par l'incertitude financière quand on veut mettre en place des initiatives dans le domaine de la justice autochtone. Même si des sommes considérables ont parfois été allouées à de telles initiatives, lorsque cet argent est réparti dans l'ensemble du pays les montants sont souvent insuffisants. En outre, la «mentalité du projet pilote» limite trop souvent le financement à des périodes relativement courtes, ce qui complique beaucoup la planification et réduit, parfois à néant, les perspectives de croissance. L'expérience canadienne est similaire à celle d'autres pays. S'intéressant à l'Australie, Kayleen et Cameron Hazlehurst ont comparé le financement gouvernemental de ce pays à une pluie de confettis.

[TRADUCTION] Depuis des années, les crédits consentis aux autochtones sont fragmentés et semés à tout vent. C'est là une très mauvaise stratégie. Une foule de projets improvisés et mal financés se sont rapidement enlisés – leur financement s'est évaporé ou leur personnel, débordé et mal formé, a remis sa démission.

⁴⁵⁹Goss Gilroy Inc., «Dépenses fédérales, territoriales et provinciales relatives aux autochtones».

Ces déceptions causent un tort immense. Chaque fois qu'un nouveau projet est éliminé, chaque fois qu'une collectivité essuie un nouvel échec, les sentiments négatifs au sujet de l'«utilité» des autochtones et du caractère «désespéré» de la situation sont confirmés. Le préjudice social et psychologique supplante probablement les avantages du service communautaire offert aux jeunes, aux groupes féminins, etc. pendant quelque douze mois, dans le cadre d'un projet donné⁴⁶⁰.

Les faiblesses de la mentalité du projet pilote ont été bien exposées par Brent Cotter, sous-ministre et procureur général adjoint de la Saskatchewan, lors de la Conférence sur les peuples autochtones et la justice qui s'est tenue à Saskatoon :

[TRADUCTION] Les ministères fédéraux sont malheureusement portés à limiter le financement de projets innovateurs et de projets pilotes à deux ou trois ans. Il me semble qu'il faut réviser cette approche. Il faut débloquer des fonds pour donner aux gouvernements autochtones l'occasion de faire leurs preuves. En particulier dans le secteur de la justice, les peuples autochtones doivent avoir plein accès à des sources de financement stables et à long terme⁴⁶¹.

Nous sommes d'accord : la parcimonie qui a jusqu'à maintenant caractérisé le financement des initiatives autochtones dans le domaine de la justice doit disparaître.

Lors de notre examen des initiatives autochtones, nous avons souligné que, jusqu'à maintenant, la grande majorité des ressources financières avaient été consacrées à l'indigénisation du système de justice actuel. Il ne faudrait surtout pas croire que nous proposons de réduire ces initiatives pour réaffecter les fonds aux systèmes de justice autochtone. Pour que des changements réels se produisent, il faut entreprendre la réforme du système actuel et tout en faisant l'investissement qui permettra aux nations autochtones d'ériger l'infrastructure de leurs propres systèmes de justice.

Recommandation 15

La Commission recommande que l'on accorde plus d'importance à la stabilité du financement au moment d'allouer les budgets d'élaboration et de mise en œuvre des systèmes de justice autochtone.

⁴⁶⁰ Kayleen Hazlehurst et Cameron Hazlehurst, «Sober, Successful, and in Control: Proposing an Aboriginal Community Recovery Strategy to the Queensland Government», document inédit, 7 avril 1995.

⁴⁶¹ Brent Cotter, «The Provincial Perspective on the Split in Jurisdiction» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 134.

Recommandation 16

La Commission recommande que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux accordent un financement à long terme aux initiatives de justice pénale mises sur pied par les nations ou les collectivités autochtones; il faut au moins accorder aux nouvelles initiatives un financement couvrant toute la période requise pour évaluer et tester adéquatement le projet; en cas d'évaluation positive, le financement devrait être maintenu à long terme.

Lorsqu'on veut établir le coût du changement, il importe d'envisager le long terme. Nous savons qu'il en coûte extrêmement cher – et de plus en plus cher – de faire comparaître et d'enfermer un nombre disproportionné d'hommes, de femmes et de jeunes autochtones. De l'avis de la Commission, il serait beaucoup plus positif et productif d'établir des systèmes de justice autochtone et d'élaborer des méthodes proprement autochtones pour régler les problèmes sous-jacents à la criminalité autochtone que de construire de nouvelles prisons. Le financement des systèmes de justice autochtone doit être considéré comme un investissement à long terme pour l'avenir des autochtones, un investissement qui portera ses fruits en temps et lieu, non seulement sur le plan d'une fiche plus honorable en matière de droits de la personne, mais aussi sur le plan financier, puisque les coûts continueront d'augmenter en l'absence de tout changement authentique et durable.

Les agents du changement

Le groupe de travail albertain, l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba et la Commission de réforme du droit du Canada ont tous trois souligné dans leurs recommandations que l'établissement d'organismes ou d'institutions chargés de superviser la mise en œuvre de leurs recommandations et de coordonner et de faciliter le règlement des questions de justice autochtone était une condition essentielle du changement.

Même si l'institut de justice autochtone proposé par la Commission de réforme du droit du Canada n'a pas vu le jour, le gouvernement fédéral a créé en 1991 la Direction de la justice autochtone au sein du ministère de la Justice, et il lui a alloué un budget. En formulant nos propres recommandations concernant les organismes ou les institutions du changement, nous avons tenu compte du mandat de la Direction de la justice autochtone et du travail qu'elle a réalisé, pour éviter dédoublements et chevauchements. Cela dit, nous croyons que notre recommandation visant la création d'un conseil de justice autochtone (voir p. 332) est très valable car elle porte sur une mission, une administration et une base de financement qui se démarquent de tout ce qui existe actuellement, y compris la Direction de la justice autochtone.

La Direction de la justice autochtone a été établie dans le cadre de l'Initiative fédérale en matière de justice applicable aux autochtones, à la suite de la publication

du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada et du document de travail fédéral, *Les autochtones et l'administration de la justice*. Les passages suivants, tirés de ce document, décrivent bien les paramètres de l'initiative :

L'amélioration de la justice applicable aux autochtones est un élément essentiel de la politique du gouvernement fédéral à l'égard des autochtones (appelé Programme autochtone). Cette politique générale reconnaît d'entrée de jeu que les autochtones ont trop souvent été traités injustement, sans respect et sans égard à leur langue et à leur culture, et que les difficultés actuelles que connaissent bon nombre d'entre eux reflètent cette situation. [...]

La réforme de la justice applicable aux autochtones est donc essentielle si l'on veut atteindre les objectifs de la politique générale du gouvernement et plus particulièrement instaurer de nouvelles relations entre les autochtones et les gouvernements. En conséquence, en décrivant le troisième pilier de la politique à la Chambre des communes, le Premier ministre a affirmé l'intention du gouvernement fédéral de trouver des moyens concrets pour garantir aux collectivités autochtones un plus grand contrôle de l'administration de la justice. Huit mois plus tard, à Victoria, il a poussé plus loin cet engagement en promettant d'entamer des discussions avec les gouvernements provinciaux et les autochtones sur une nouvelle conception de la justice applicable aux autochtones. [...]

Ce document constitue donc la première étape de l'élaboration de cette nouvelle conception. Il est fondé sur le principe voulant que les solutions s'inscrivent dans le cadre de la Constitution canadienne, présente et future, selon l'interprétation de la Cour suprême du Canada. *En ce sens, il n'envisage pas la possibilité d'un système de justice entièrement distinct pour les autochtones même si les systèmes de justice communautaire sont possibles et souhaitables vu leur rapport avec l'autonomie gouvernementale.*

La politique en matière d'administration de la justice aux autochtones a pour objectif d'appuyer la politique globale du gouvernement fédéral en augmentant sa contribution :

- à la participation équitable des autochtones à tout le système de justice ainsi qu'à leur participation effective à l'élaboration de la politique en matière de justice et à la mise en œuvre de programmes en rapport avec la justice;
- à la réduction des coûts économiques et sociaux des crimes perpétrés par les autochtones et contre les autochtones, et au maintien de la paix, de la sécurité et de l'ordre dans les collectivités autochtones;

- au traitement juste et équitable des autochtones par le système de justice dans le respect de la culture autochtone et de l'histoire et des situations particulières aux autochtones, tout en répondant aux aspirations et aux besoins particuliers des autochtones;
- à la responsabilité accrue des collectivités autochtones à l'égard d'une administration de la justice qui soit compatible avec la politique gouvernementale et les négociations sur l'autonomie gouvernementale tout en leur étant favorable⁴⁶²

Le document de travail du gouvernement fédéral proposait aussi un certain nombre de «principes directeurs». Les voici, répartis en quatre rubriques:

Importance et qualité des services

- a) Les autochtones devraient avoir accès aux programmes et aux services de justice au même titre que tous les Canadiens; ils devraient avoir droit à un juste traitement par le système de justice respectant l'individu, les besoins et les situations des autochtones; et ils devraient pouvoir participer équitablement à tous les aspects de l'administration de la justice.
- b) Les collectivités autochtones devraient au moins avoir accès aux solutions de rechange en matière d'administration de la justice dont disposent les autres collectivités semblables de la région.
- c) Toute mesure ou arrangement spécial visant à répondre aux besoins et aux aspirations uniques des collectivités autochtones devrait répondre à des normes, pour ce qui est de la qualité et de l'importance du service, qui soient comparables à celles s'appliquant aux collectivités semblables de la région. [...]

Culture et sensibilité

- d) Les agents du ministère de la Justice devraient recevoir une formation appropriée garantissant le respect de l'individu et des diverses cultures et aspirations des peuples autochtones.
- e) Les autochtones devraient avoir accès à une information adaptée culturellement sur les systèmes juridique et judiciaire. [...]

Approche tripartite

- f) Toutes les initiatives en matière de politiques et de programmes devraient respecter, sous réserve des négociations constitutionnelles, les rôles et les responsabilités actuels des

⁴⁶²Justice Canada, «Les autochtones et l'administration de la justice», Ottawa, septembre 1991, pp. 21-26 [nous soulignons].

divers échelons de gouvernement et l'histoire et les situations uniques des autochtones.

- g) Toutes les initiatives en matière de politiques et de programmes devraient être prises à la suite de consultations tripartites.
- h) Les ententes financières pour les projets d'élaboration et les programmes et services de justice fournis aux collectivités autochtones devraient tenir compte des obligations et des responsabilités conjointes des gouvernements fédéral et provinciaux et des collectivités se fondant sur des ententes de financement uniformes et équitables et sur une formule mutuellement acceptable permettant d'aller dans le sens des principes ci-dessus mentionnés. [...]

Autres ententes possibles

- i) Il faudrait aussi tenir compte des mesures spéciales ou des autres ententes possibles rentrant dans le cadre des ententes constitutionnelles canadiennes en vigueur à ce moment-là, et les liens entre toute proposition de programme autochtone et les systèmes de justice existants aux niveaux fédéral et provincial devraient être clairs et mutuellement acceptés.
- j) Toutes les autres ententes en matière de justice appliquée aux autochtones devraient être réalistes tant sur le plan administratif que financier, c'est-à-dire qu'elles devraient tenir compte de la taille de la collectivité, de l'infrastructure communautaire et des ressources disponibles.
- k) La conclusion de nouvelles ententes appliquées par les autochtones devraient prévoir une période de mise en œuvre échelonnée (pluriannuelle). Il faudrait envisager une participation à la planification et une responsabilité accrue pour la collectivité.
- l) Toute autre entente conclue en matière de justice applicable aux autochtones ne devrait pas perdre de vue les principes de la justice fondamentale tout en tenant compte des normes communautaires. Les collectivités autochtones devraient avoir un rôle clairement défini en matière d'administration de la justice grâce à des mécanismes adaptés de justification permettant parallèlement de bénéficier de l'indépendance nécessaire.
- m) Les ententes s'appliquant aux collectivités autochtones devraient leur garantir des mécanismes de révision, de réclamation individuelle et de réparation⁴⁶³.

⁴⁶³ «Les autochtones et l'administration de la justice», pp. 28-33.

La ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Kim Campbell, lorsqu'elle a annoncé la nouvelle Initiative sur la justice pour les autochtones, a révélé qu'un montant de 26,4 millions de dollars sur une période de cinq ans avait été alloué pour permettre au ministre de la Justice et au Solliciteur général de collaborer «avec les autochtones, les provinces, les territoires, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et d'autres collègues, dans le but d'améliorer l'administration de la justice afin qu'elle réponde mieux aux aspirations, aux besoins et aux préoccupations des autochtones⁴⁶⁴».

Le budget de 26 millions de dollars affecté à l'initiative a été réduit d'environ 10 % dans le cadre des compressions budgétaires. Dans le budget initial, un montant de 3,9 millions de dollars était alloué au Solliciteur général pour les services correctionnels aux autochtones et le reste allait au ministère de la Justice. Le plus important montant (environ 18 millions de dollars) a été octroyé à la Direction de la justice autochtone, qui avait un mandat de cinq ans et qui assure le financement de divers projets de justice autochtone depuis 1991. Sur les 18 millions de dollars alloués à la Direction, 10 millions ont été affectés aux projets pilotes et au soutien communautaire (depuis, ce montant a été ramené à 9 millions à la suite de compressions budgétaires).

Selon la description de la Direction, les projets financés s'inscrivent dans cinq grandes catégories :

1. Consultations sur les politiques et coordination ;
2. Initiation aux différences culturelles ;
3. Vulgarisation et information juridiques ;
4. Centre de ressources ;
5. Projets pilotes (services juridiques complets, nouvelles méthodes de règlement des différends, déjudiciarisation, engagement des autochtones dans le système de justice, droit coutumier, formules novatrices à l'intérieur du cadre constitutionnel actuel, prévention du crime, amélioration des services offerts aux femmes, aux victimes et aux jeunes).

Le financement des projets pilotes est approuvé par le ministre de la Justice. Le Conseil du Trésor exige qu'il soit limité à trois ans par projet⁴⁶⁵.

Quelques initiatives autochtones décrites au chapitre 3 du présent rapport ont été financées par la Direction. La Première nation de Hollow Water a reçu 60 000 \$ à l'appui de l'étape initiale du projet de cercle de guérison holistique communautaire et 240 000 \$ pour les étapes ultérieures de ce projet qui prend fin en 1996.

⁴⁶⁴ Message de la ministre de la Justice dans «Les autochtones et l'administration de la justice», p. i.

⁴⁶⁵ Justice Canada, Direction de la justice autochtone, «Projets approuvés pour 1991-1992/1994-1995», mai 1995.

L'initiative de déjudiciarisation de la bande de Shubenacadie, à l'intention des délinquants adultes, a reçu 136 000 \$ de 1992 à 1995, tandis que le projet de déjudiciarisation du conseil tribal South Island a touché 50 000 \$ de 1991 à 1993. La Première nation de St. Theresa Point a reçu 100 000 \$ pour la mise en œuvre d'un tribunal communautaire de la jeunesse créé par le gouvernement autochtone à l'intention des jeunes contrevenants qui enfreignent les règles de la bande, les lois provinciales et certaines dispositions du *Code criminel*.

Entre 1992 et 1994, Pauktuutit – l'association des femmes inuit – a reçu 176 000 \$ de la Direction pour élaborer un document d'orientation sur la façon de faire participer les femmes inuit à la création et au développement de systèmes de justice autochtone. Elle a aussi touché 273 000 \$ pour 1994-1996, pour poursuivre ses recherches et ses consultations auprès des femmes inuit en vue de promouvoir le dialogue sur des questions se rapportant à l'administration de la justice⁴⁶.

De toute évidence, la Direction de la justice autochtone a largement contribué au financement de nombreux projets. Toutefois, l'Initiative sur la justice pour les autochtones administrée par la Direction comporte de graves lacunes. Elle souffre notamment de la « mentalité du projet pilote ». Le financement qu'accorde le ministère de la Justice à des projets pilotes ne peut dépasser trois ans. Roland Crowe, ancien chef de la Federation of Saskatchewan Indian Nations, a cerné le problème auquel se heurtent les autochtones dans ce contexte, et les critères distincts qui paraissent s'appliquer à eux.

[TRADUCTION] Souvent, nous voyons naître des projets pilotes et, au moment où tout semble déboucher, nous nous retrouvons sans argent. Lorsqu'on construit une route ou un édifice fédéral ou provincial, lorsqu'il n'y a plus d'argent, est-ce qu'on arrête la construction? Non. Si vous accordez un certain montant au système correctionnel ou au système judiciaire et que l'argent vienne

⁴⁶ Les subventions distribuées par la Direction de la justice autochtone vont de 5 000 \$, octroyés au conseil tribal de la nation shuswap pour l'évaluation des besoins en vulgarisation juridique, jusqu'à un montant de 950 000 \$, à l'appui de l'élaboration de la Nishnawbe-Aski Legal Services Corporation qui assure des services juridiques et parajuridiques à 48 collectivités autochtones du nord de l'Ontario. Des fonds ont aussi été accordés à des universités, entre autres à la Northern Justice Society de l'Université Simon Fraser, qui a reçu 29 000 \$ pour publier *Native North Americans: Crime, Conflict and Criminal Justice, A Research Bibliography*, et à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta, qui a aussi reçu 29 000 \$ pour fournir une aide pédagogique aux étudiants autochtones de première année. Diverses conférences sur les questions de justice autochtone ont aussi été appuyées : le conseil tribal Deh Cho de Fort Simpson, dans les Territoires du Nord-Ouest, a reçu 15 000 \$ pour organiser en 1992 un forum de justice communautaire, et la Metis Association of Alberta a touché 6 000 \$ pour tenir à Calgary une conférence en 1993, afin d'étudier des moyens de prévenir les situations de violence qui touchent les jeunes. La Metis Society of Saskatchewan a reçu 50 000 \$ pour tenir à Saskatoon, en 1992, une conférence en vue d'établir un cadre pour la définition de structures et de programmes de justice adaptés aux Métis de la Saskatchewan.

à manquer au milieu du projet, est-ce que vous dites «très bien, on arrête tout⁴⁶⁷»?

L'absence d'un financement stable à long terme n'est toutefois pas le seul problème que connaissent les projets pilotes de la Direction de la justice autochtone. Leonard Mandamin, un avocat autochtone de l'Alberta, à l'occasion de notre table ronde sur les questions judiciaires, a reconnu que les projets pilotes présentaient certains avantages tout en ayant des limites, notamment le fait que les autochtones ne possèdent aucun pouvoir en matière d'administration de la justice.

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. Le programme [prendra appui] 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.

[TRADUCTION] Finalement, il importe de souligner que toutes les commissions qui se sont penchées sur la question ont recommandé de procéder par voie de négociations, sauf peut-être dans le cas du Manitoba, qui est plus avancé. *Vous ne pouvez pas négocier*

⁴⁶⁷ Roland Crowe, «First Nations Perspective on Justice and Aboriginal Peoples» dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest*, cité à la note 35, p. 35.

cier si vous n'avez pas les outils voulus. Si vous n'avez pas le pouvoir ni la compétence, si vous n'êtes pas effectivement en position de force, il est extrêmement difficile de négocier, parce que tout ce qui vous reste, c'est la misère de votre peuple, ce qui ne vous laisse pas beaucoup de marge de manœuvre.

Si l'on veut vraiment négocier le processus, il vaudrait mieux veiller à ce que les autochtones soient en mesure de le faire. Sinon, le débat sera stérile, et je retournerai en Alberta pour entendre le ministre de la Justice décréter que l'on ne peut faire telle et telle chose, j'irai au tribunal après avoir écouté les représentants de la GRC citer la longue liste des mesures qu'ils prennent et je défendrai les autochtones qui se seront retrouvés seuls accusés après une altercation avec des Blancs. C'est là qu'en sont les choses aujourd'hui.

Nous écoutons de belles paroles ici, mais il reste toujours à passer aux actes⁴⁶⁸

Ces arguments touchent le mandat de la Direction de la justice autochtone et la politique fédérale en vertu de laquelle cette direction agit. Celle-ci est un organisme du ministère fédéral de la Justice qui fonctionne dans les limites fixées par les objectifs et les principes directeurs exposés dans le document de travail susmentionné. Les nations et les collectivités autochtones présentent des demandes de financement qui sont évaluées du point de vue de ces objectifs et principes. Le financement est discrétionnaire, et les autochtones ne participent ni à l'évaluation des demandes, ni à la détermination des priorités de financement. D'après notre examen des projets financés par la Direction, nous croyons pouvoir dire que la majeure partie des fonds ont été accordés à des projets visant à améliorer le système actuel plutôt qu'à des initiatives conçues pour fournir un cadre à des systèmes de justice autochtone distincts. Il ne faut guère s'en étonner puisque le document de travail du gouvernement précise que la politique «n'envisage pas la possibilité d'un système de justice entièrement distinct pour les autochtones⁴⁶⁹». Un autre problème survient du fait que l'évaluation des propositions est en grande partie confiée à des conseillers et à des chercheurs non autochtones; ce sont eux qui décident du financement initial et de son renouvellement.

Le mandat de cinq ans de l'Initiative sur la justice pour les autochtones se termine en 1996. Le financement accordé par l'entremise de la Direction de la justice autochtone prendra aussi fin à ce moment. L'incertitude créée par cette situation

⁴⁶⁸ Leonard Mandamin, «Relations entre le système judiciaire canadien et un éventuel système autochtone» dans *Les peuples autochtones et la justice*, cité à la note 7, p. 298; et Transcription, Table ronde nationale sur les questions judiciaires, Ottawa, 27 novembre 1992 [nous soulignons].

⁴⁶⁹ «Les autochtones et l'administration de la justice», cité à la note 462, p. 22.

constitue une grave préoccupation pour beaucoup de personnes qui s'efforcent d'amener la justice jusque dans leurs collectivités. La prolongation de l'initiative calmerait ces inquiétudes pendant la période de transition devant mener à l'autonomie gouvernementale, mais nous croyons que le processus de financement des initiatives de justice autochtone doit être fondamentalement modifié et que le changement doit tenir compte de la compétence autochtone en matière de justice.

Dans le modèle de répartition des pouvoirs que nous envisageons, au sein duquel les gouvernements autochtones forment l'un des trois ordres de gouvernement, les nations autochtones définiraient les systèmes de justice autochtone et leur attribueraient des crédits à partir d'un budget global. En attendant une restructuration fondamentale des rapports entre gouvernements autochtones et gouvernements non autochtones – et nous ferons des recommandations en ce sens dans notre rapport final – nous croyons qu'il est nécessaire de mettre sur pied un mécanisme visant à faciliter l'autodétermination autochtone dans le domaine de la justice.

Ce mécanisme pourrait prendre la forme d'un conseil de justice autochtone, dont le mandat combinerait des caractéristiques de l'institut de justice autochtone proposé par la Commission de réforme du droit avec des éléments de la commission de justice autochtone et du collège proposés par l'Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba. Le rôle que nous envisageons pour le conseil de justice autochtone irait toutefois au-delà de ces propositions. Les responsabilités actuelles de la Direction de la justice autochtone finiraient par être transférées au conseil de justice autochtone, qui deviendrait un organisme fédéral indépendant chargé de faciliter l'élaboration, le financement et la mise en œuvre de systèmes de justice autochtone. C'est donc le conseil qui déterminerait quelles initiatives autochtones seraient financées et dans quelle proportion.

Lorsque nous proposons de créer un conseil de justice autochtone, nous ne songeons pas au simple transfert de responsabilités administratives entre deux organismes fédéraux. À nos yeux, la création d'un tel conseil ne peut se ramener à une simple mesure d'indigénisation. Le conseil lui-même serait largement représentatif des Premières nations, des Métis et des Inuit ainsi que des autochtones citoyens; il comprendrait des femmes et des jeunes. Il aurait le pouvoir de définir la politique de financement et d'établir les priorités entre la réforme du système actuel et l'élaboration de systèmes autochtones. Il serait libre de fixer lui-même ses orientations, c'est-à-dire qu'il ne serait pas tenu de suivre la politique fédérale exposée dans le document de travail, et l'élaboration de principes directeurs reposerait sur le point de vue autochtone. La création de systèmes de justice autochtone distincts, plutôt que d'être entravée par la politique de financement, en deviendrait la raison d'être.

L'orientation générale du conseil de justice autochtone serait fixée par un conseil d'administration. Le premier groupe d'administrateurs serait désigné par le gouvernement fédéral, mais l'une des premières tâches du conseil d'administration serait de recommander au gouvernement un processus indépendant de nomination.

Afin d'assurer la continuité au sein du conseil d'administration, nous suggérons que les nominations soient étalées de façon que tous les administrateurs n'aient pas à être remplacés la même année.

Recommandation 17

La Commission recommande que soit créé, par voie législative, un conseil de justice autochtone qui sera administré essentiellement par des autochtones et dont la majorité des employés seront autochtones. Ce conseil aura pour mandat de faciliter l'élaboration, le financement et la mise en œuvre des systèmes de justice autochtone.

Nous prévoyons que ce conseil de justice autochtone assumera les responsabilités actuelles de la Direction de la justice autochtone, mais il faudra évidemment ménager une transition. Leur financement devant prendre fin en 1996, la survie de plusieurs initiatives de justice autochtone sera menacée.

Recommandation 18

La Commission recommande qu'à titre de mesure de transition, l'Initiative sur la justice pour les autochtones soit prolongée jusqu'à ce que le conseil de justice autochtone ait été établi et soit prêt à assumer son mandat.

On nous a souvent dit que l'étude des problèmes avait assez duré et qu'il était temps de passer à l'action. Par conséquent, nous voyons le conseil de justice autochtone comme un organe d'intervention devant faciliter la prise de mesures concrètes. Cela ne signifie pas que la nécessité de poursuivre les recherches a disparu, mais il ne s'agit plus tant de définir les problèmes que de trouver des réponses innovatrices qui respectent les principes et les procédures autochtones en matière de justice et qui visent à transposer les idées dans la réalité.

Le programme de recherche du conseil de justice autochtone ne serait pas difficile à établir. Nombre des questions que nous avons abordées au chapitre 4 se prêtent à des travaux de recherche que les juristes et les avocats autochtones, en collaboration avec des membres des collectivités autochtones, seraient les mieux à même de réaliser. Parmi les exemples de travaux que le conseil de justice autochtone pourrait parrainer, mentionnons l'élaboration de chartes des droits autochtones et de procédures décisionnelles qui respectent les droits et les responsabilités de l'accusé et placent les droits et les responsabilités de la victime au centre et non pas à la périphérie du cercle de la justice. Nous pouvons aussi envisager le conseil de justice autochtone comme un intervenant essentiel pour l'élaboration de nouvelles formes d'éducation juridique adaptées aux systèmes de justice autochtone. Même si les facultés de droit du Canada ont pris d'importantes mesures pour accroître le nombre d'étudiants autochtones, il semble qu'elles soient tout aussi aliénantes pour nombre d'entre eux que l'est le système de justice pénale pour les accusés et les victimes autochtones qui y ont affaire. Patricia Monture-OKanee,

maintenant professeure à l'Université de la Saskatchewan, a réfléchi sur son expérience d'étudiante en droit :

[TRADUCTION] Tout comme les attentes de mes grands-mères n'ont jamais été satisfaites, j'ai toujours eu l'impression au cours de mes études de droit que j'attendais que ma formation juridique commence. J'ai toujours cru que quelque chose «manquait» ou peut-être que je manquais quelque chose. Je ne suis pas non plus certaine d'être maintenant en mesure de définir clairement ce «quelque chose»⁴⁷⁰.

Shannon Cumming, qui vient de terminer ses études de droit, a tenté de préciser ce «quelque chose». Dans un article intitulé «Ghosts in the Machine: The Law School Experience and Aboriginal Peoples on the Road to Community Justice», il affirmait ce qui suit :

[TRADUCTION] Cet article ne ressemble en rien à ce que j'ai écrit à l'école de droit. C'est un compte rendu très personnel, rédigé en un lieu – la Faculté de droit – où le discours universitaire récompense l'analyse désincarnée des faits et du droit, où les observations personnelles n'ont guère de poids [...] Comme de nombreux autres autochtones étudiant le droit, je me suis consciencieusement appliqué à documenter des causes, à faire des recherches et à rédiger des examens, à peu près comme le font les étudiants non autochtones. Comme nombre d'autres autochtones inscrits à la Faculté, je me suis efforcé de communiquer les préoccupations de ma collectivité à une communauté qui les connaît mal. Comme nombre d'autres autochtones inscrits à la Faculté, je me suis parfois demandé si nous pouvions vraiment changer le système de l'intérieur ou si nous devons prendre des mesures plus directes pour affirmer notre droit inhérent à l'autonomie gouvernementale [...]

Mes ancêtres s'agitent depuis quelque temps. Je sens leur malaise. Au cours de mes trois dernières années à la Faculté de droit, j'ai constaté qu'il devenait de plus en plus difficile d'entendre leurs voix dans le brouhaha général. On les entend mieux dans les endroits tranquilles, dans la nature par exemple [...] Les collectivités autochtones présentent de nombreux aspects que sous-estiment ou ignorent les milieux traditionnels de la recherche – composés surtout de personnes qui ne sont pas autochtones et qui n'habitent

⁴⁷⁰Patricia Monture-Okanee, «Now that the Door is Open: First Nations and the Law School Experience» (1990) 15 *Queen's Law Journal* 185.

pas les collectivités autochtones [...] Pour de nombreux étudiants autochtones, la fréquentation de la Faculté de droit est une expérience troublante parce qu'il leur faut rapidement mettre de côté leurs notions de justice communautaire et acquérir des connaissances d'une autre nature. Le processus, par conséquent, ressemble beaucoup à la construction d'une maison avec des outils que l'on n'a jamais utilisés auparavant et qu'on préférerait ne pas utiliser [...] Le «quelque chose» auquel fait allusion [Patricia Monture-Okanee] peut être l'imperméabilité actuelle des facultés de droit au discours autochtone sur les modèles de systèmes de justice autochtone⁴⁷¹.

Il sera essentiel, pour élaborer des systèmes de justice autochtone, de repenser l'éducation juridique pour en faire un instrument d'intégration de la vie et du droit, dans l'intérêt de la collectivité. La réunion de ceux qui peuvent participer à cette entreprise est une des activités stimulantes que le conseil de justice autochtone pourrait promouvoir.

Le conseil de justice autochtone serait à même de créer un climat dans lequel les autochtones pourraient non seulement échanger leurs idées sur la justice et explorer des façons de les exprimer dans le contexte contemporain, mais aussi faire valoir l'expérience d'autres peuples indigènes. Les peuples autochtones participent déjà à une vaste gamme d'échanges internationaux et sont de plus en plus conscients des progrès juridiques et politiques que chacun d'eux réalise. Beaucoup a déjà été mis en commun dans le cadre de tribunes comme le Groupe de travail sur les populations autochtones. En matière de propriété intellectuelle et culturelle et de guérison personnelle et communautaire, une perspective autochtone dynamique s'est développée à l'échelle internationale. À l'occasion d'une conférence internationale qui s'est tenue à Vancouver en 1995, Kayleen Hazlehurst a décrit des initiatives récentes dans l'État du Queensland et a reconnu l'importante contribution des peuples autochtones du Canada à l'élaboration d'un mouvement de guérison au sein des collectivités indigènes d'autres pays.

[TRADUCTION] Le processus de guérison s'est dans une large mesure inspiré du «cercle de guérison» que les peuples autochtones du Canada nous ont fait connaître dans le cadre de nos diverses tribunes, lors de notre participation à la conférence «Healing Our People» et à l'occasion d'autres échanges depuis 1988 [...] Ces procédures indigènes ne sont pas étrangères aux autochtones d'Australie, et les visites de travailleurs autochtones

⁴⁷¹ Shannon Cumming, «Ghosts in the Machine: The Law School Experience and Aboriginal Peoples on the Road to Community Justice», document préparé en vue d'un séminaire sur la justice autochtone à la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique, 19 avril 1995, pp. 1-5.

canadiens ont encouragé les responsables à mener des expériences et à développer de nouvelles compétences⁴⁷².

Nous croyons que cette perspective autochtone internationale dans le domaine de la justice serait très utile à l'élaboration de systèmes de justice autochtone au Canada. La valeur de cette expérience comparative et son intégration dans les solutions contemporaines apportées à des problèmes communs ont été exposées par Moana Jackson, au sujet de l'élaboration d'un système de justice maori contemporain.

[TRADUCTION] Comme le droit pakeha s'est inspiré de diverses écoles de pensée, dont celles d'Aristote et de l'école stoïque, l'établissement d'une jurisprudence maorie s'inspirerait très certainement des idéaux d'autres peuples autochtones et d'autres systèmes juridiques. Mais pour développer concrètement ces idéaux, un système maori devrait utiliser le filtre de ses besoins et perspectives propres⁴⁷³

Une autre responsabilité qui pourrait s'inscrire dans le mandat d'un conseil de justice autochtone serait celle de mettre à profit l'expérience canadienne et l'expérience internationale. Nous avons déjà mentionné les travaux innovateurs qui ont été entrepris dans les collectivités autochtones du pays pour promouvoir la guérison individuelle et communautaire. Ce ne sont pas les gens compétents qui manquent pour faire avancer ces questions. Nous croyons qu'un conseil de justice autochtone pourrait fortement stimuler les échanges entre ces personnes. Ce rôle pourrait comprendre la fondation de centres autochtones de ressourcement nationaux, provinciaux ou régionaux où l'on pourrait offrir de la formation et un soutien aux travailleurs communautaires. Nous reviendrons sur ce sujet dans notre rapport final.

Finalement, le conseil de justice autochtone pourrait suivre l'évolution du système de justice actuel et voir ce qu'il advient des changements préconisés par tant de rapports sur la justice. Au début du présent chapitre, nous avons recommandé que les gouvernements soient tenus de déposer devant leurs législatures respectives des rapports annuels sur la mise en œuvre des recommandations déjà formulées. Ces rapports pourraient aussi être présentés au conseil de justice autochtone, qui veillerait à ce que l'on tienne compte de l'expérience acquise par les autochtones aux niveaux de la nation et de la communauté.

⁴⁷² Kayleen Hazlehurst, «Community Healing and Revitalization and the Devolution of Justice Services», cité à la note 76, p. 6. Voir aussi Kayleen Hazlehurst, *A Healing Place, Indigenous Visions for Personal Empowerment and Community Recovery*, Rockhampton (Queensland), Central Queensland University Press, 1994.

⁴⁷³ Moana Jackson, «The Maori and the Criminal Justice System, He Whaipaanga Hou – A New Perspective», cité à la note 21, p. 269.

6

Principales constatations et conclusions et liste des recommandations

Constatations et conclusions

1. Le système canadien de justice pénale n'a pas su répondre aux besoins des peuples autochtones du Canada – Premières nations, Inuit et Métis habitant en réserve ou hors réserve, en milieu urbain ou en milieu rural –, peu importe le territoire où ils vivent ou le gouvernement dont ils relèvent. Ce lamentable échec découle surtout de ce qu'autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer.
2. Les autochtones sont surreprésentés au sein du système de justice pénale, et tout particulièrement dans les prisons provinciales et territoriales et dans les pénitenciers fédéraux.
3. Cette surreprésentation des autochtones dans le système de justice pénale est le résultat du fort taux de criminalité chez les autochtones et de la discrimination systémique.
4. Les forts taux de criminalité chez les autochtones, à l'instar d'autres symptômes de désintégration sociale comme le suicide et la toxicomanie, sont liés à l'expérience historique et contemporaine du colonialisme, qui a systématiquement miné les fondements sociaux, culturels et économiques des peuples autochtones, notamment les formes de justice qui leur sont propres.
5. Pour corriger les causes historiques et contemporaines de la criminalité et de la désintégration sociale chez les autochtones, il faut guérir les rapports inter-

nes, entre autochtones, et avec l'extérieur, entre autochtones et non-autochtones.

6. La reconnaissance du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale est une condition essentielle à l'établissement d'un nouveau rapport entre autochtones et non-autochtones. Ce droit englobe le pouvoir d'instaurer des systèmes de justice autochtone qui reflètent et respectent les concepts et les processus autochtones en matière de justice.
7. Les nations autochtones ont le droit d'établir des systèmes pénaux qui reflètent et respectent leur spécificité culturelle en vertu de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Ce droit n'est toutefois pas absolu puisqu'il s'exerce dans le cadre du système fédéral canadien. L'expression contemporaine des concepts et processus judiciaires autochtones réussira mieux que le système non autochtone actuel à panser les plaies infligées par le colonialisme et à répondre au défi que représente le maintien de la paix et de la sécurité dans un monde en constante évolution.
8. Le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale est reconnu et confirmé dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et il sert de fondement à l'un des trois ordres de gouvernement au Canada. Dans le présent rapport, nous considérons que le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale englobe le droit des nations autochtones d'établir et d'administrer leurs propres systèmes de justice, y compris le pouvoir de légiférer sur leur propre territoire.
9. L'établissement d'un système de justice est un droit inhérent de chacune des nations autochtones. Cela n'interdit pas aux collectivités autochtones d'une nation de participer à l'exercice de ce pouvoir. Il appartiendra aux membres de chacune des nations autochtones de déterminer la nature et la forme de leur système de justice et la répartition des responsabilités au sein de la nation.
10. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comprend le droit qu'ont les autochtones d'exercer des pouvoirs dans les domaines situés au centre et aux confins de leur champ de compétence. Dans les domaines centraux, les nations autochtones peuvent prendre des initiatives autonomes sans avoir à conclure des ententes avec les gouvernements fédéral ou provinciaux. Les nations autochtones ne peuvent adopter de mesures dans les domaines situés aux confins du champ de compétence qu'après avoir négocié des ententes avec les gouvernements concernés. Le critère permettant de distinguer ce qui est au centre et ce qui est aux confins est que les sujets centraux a) sont d'une importance cruciale pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone particulier, pour sa culture et son identité; b) ils n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins; c) les intérêts fédéraux ou provinciaux ne les transcendent pas.

11. Les compétences autochtones en matière de droit pénal et de procédure pénale en vigueur dans les territoires autochtones sont, dans l'ensemble, *concurrentes* à la compétence fédérale en matière de droit pénal et de procédure. En cas de conflit entre une loi autochtone et une loi fédérale adoptée en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la loi autochtone l'emporte, sauf s'il est possible de démontrer la nécessité impérieuse et réelle de l'intervention fédérale et si la loi fédérale est conciliable avec les obligations fondamentales de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones. Les gouvernements autochtones peuvent en principe prendre des initiatives dans les domaines situés au centre de leur champ de compétence, sans qu'il soit nécessaire de conclure des ententes avec les autres ordres de gouvernement, mais nous croyons que, dans le domaine du droit pénal, une telle approche n'est pas à conseiller sur le plan pratique, à cause de considérations de courtoisie judiciaire et pour éviter les contestations.
12. Comme le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale est reconnu et confirmé dans le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à la législation et aux actions des gouvernements autochtones, y compris à leurs systèmes de justice, en vertu de l'article 32 de la Charte, et les gouvernements des nations autochtones peuvent invoquer l'article 33 de la Charte.
13. L'effet de la Charte sur le développement des systèmes de justice autochtone dépendra surtout de deux facteurs. Le premier est l'article 25 de la Charte qui garantit que celle-ci n'abroge pas les droits ancestraux ni les droits issus de traités, ni n'en déroge. Le second est le droit des nations autochtones de créer leurs propres chartes des droits autochtones, ce qui devrait garantir que la Charte canadienne est interprétée de façon souple, en tenant compte des notions et procédés distincts de la justice autochtone.
14. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux gouvernements autochtones, y compris à leurs systèmes de justice, et régit leurs rapports avec les personnes qui en relèvent. Toutefois, en vertu de l'article 25, la Charte doit être interprétée avec souplesse et en tenant compte des philosophies, des traditions et des pratiques culturelles distinctes des peuples autochtones. En outre, en vertu de l'article 33, les nations autochtones sont habilitées à adopter, dans les domaines centraux de leur compétence, des clauses nonobstant qui suspendent temporairement l'application de certains articles de la Charte. Néanmoins, en vertu de l'article 28 et du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les femmes et les hommes autochtones ont tous au même titre le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et le droit d'être traités équitablement par leurs gouvernements.
15. L'élaboration de systèmes de justice est un aspect vital de l'autonomie gouvernementale des autochtones citoyens. L'élaboration de systèmes de justice en milieu urbain nécessitera beaucoup de coordination et de coopération entre

le système de justice non autochtone et les systèmes autochtones. Fondés sur la communauté d'intérêts, les gouvernements urbains se préoccuperaient essentiellement de fournir des services juridiques et d'administrer la justice, non pas de légiférer.

Recommandations

La Commission recommande :

- Reconnaissance et courtoisie**
1. Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux reconnaissent le droit des nations autochtones de créer et d'administrer leurs propres systèmes de justice conformément à leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, y compris le pouvoir de légiférer, dans le territoire de chaque nation autochtone. (*Recommandation 1, page 245*)
 2. Que les systèmes de justice autochtone puissent choisir les types d'infractions et de contrevenants qui relèveront d'eux. Les infractions et les contrevenants qui ne ressortiraient pas aux systèmes autochtones continueraient de relever du système non autochtone. (*Recommandation 4, page 277*)
 3. Que les nations autochtones élaborent leurs systèmes de justice pénale en accordant aux résidents non autochtones accusés d'avoir commis une infraction sur leur territoire le choix d'être jugés par le système pénal de la nation concernée ou par le système pénal non autochtone, sauf dans les cas où l'infraction dont il s'agit est particulière au système de la nation concernée et a pour but de protéger les valeurs qui sont au cœur de la culture de cette nation. (*Recommandation 5, page 280*)
 4. Que, même si les nations autochtones peuvent adopter leurs propres lois pénales et leur propre procédure pénale dans les domaines centraux de leurs compétences sans conclure d'ententes avec les autres ordres de gouvernement, elles entament des négociations pour conclure de telles ententes avant d'exercer leurs pouvoirs, ce en vue d'assurer la reconnaissance et le respect mutuels des décisions judiciaires (courtoisie judiciaire) et d'éviter les contestations. (*Recommandation 3, page 271*)
 5. Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux du Canada mettent la création de systèmes de justice autochtone à l'ordre du jour des négociations en cours au sujet des revendications territoriales, des traités et de l'autonomie gouvernementale, et qu'ils soient prêts à réviser les traités et les ententes en vigueur de façon à apporter une solution aux ques-

tions judiciaires, si les parties autochtones en manifestent le désir. (*Recommandation 2, page 254*)

- Élaboration de chartes autochtones** 6. Que les nations autochtones élaborent leurs propres chartes des droits qui viendront s'ajouter aux garanties fournies par la *Charte canadienne des droits et libertés* et aideront les tribunaux à interpréter les garanties actuelles de la Charte canadienne. (*Recommandation 6, page 291*)
- Femmes et enfants autochtones** 7. Que les initiatives et les systèmes de justice autochtone fassent de la sécurité des femmes et des enfants autochtones une des grandes priorités. (*Recommandation 7, page 299*)
8. Que toutes les nations fassent appel au savoir-faire des femmes autochtones et des organisations féminines autochtones pour examiner les initiatives dans le domaine de la justice, et qu'elles veillent à ce que la participation des femmes à la création et à la conception de systèmes de justice soit à la fois valable et marquante. (*Recommandation 8, page 300*)
- Structures d'appel** 9. Que les systèmes de justice des nations autochtones comprennent des structures d'appel pouvant être organisées par nation ou par groupe de nations; qu'à un niveau d'appel supérieur, la création d'une instance d'appel autochtone pancanadienne soit envisagée; qu'en l'absence d'une telle instance, les décisions de l'organe d'appel d'une nation donnée puissent être soumises à la cour d'appel provinciale; que les appels des décisions de cette cour et de l'instance d'appel autochtone pancanadienne, une fois constituée, soient présentés à la Cour suprême du Canada. (*Recommandation 9, page 305*)
- Rôle du gouvernement à l'étape de la mise en œuvre** 10. Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux rendent compte à leurs assemblées législatives respectives, annuellement, de la mise en œuvre des recommandations présentées par les diverses commissions d'enquête sur la justice applicable aux autochtones. Ces rapports devraient faire état des éléments suivants :
- a) nature et portée des programmes de sensibilisation aux différences culturelles offerts aux employés du gouvernement et aux membres de la magistrature; nombre d'employés et de juges qui y participent; organismes contribuant à l'exécution de ces programmes; rôle consultatif ou autre joué par les organisations autochtones nationales, provinciales et régionales et les collectivités autochtones, relativement à l'exécution de ces programmes. En outre, ces rapports gouvernementaux devraient préciser si des mesures de suivi ont été mises en œuvre pour vérifier l'efficacité des programmes

et si des procédures disciplinaires ont été prévues au cas où des employés ou des magistrats manifesteraient des attitudes racistes ou discriminatoires;

- b) nombre d'autochtones au service des ministères qu'intéressent les questions de justice; nombre de juges autochtones à tous les paliers et nombre de juges de paix autochtones; proportion d'autochtones au sein de l'ensemble du personnel. En outre, chaque rapport devrait exposer les difficultés qu'éprouve le gouvernement à recruter des autochtones pour combler ces postes et les mesures prises pour corriger le problème de la sous-représentation;
 - c) étendue des consultations menées auprès des organisations autochtones nationales, provinciales et régionales et des collectivités autochtones relativement aux politiques qui s'imposent, et étendue de la participation éventuelle de telles organisations à la prestation directe de services juridiques aux collectivités autochtones – en milieu urbain, dans les réserves, dans le Nord et dans les régions rurales. Les rapports devraient aussi préciser quels sont les plans du gouvernement pour accroître le niveau de la participation autochtone;
 - d) existence d'évaluations réalisées du point de vue autochtone par les nations autochtones, les collectivités autochtones ou les organisations autochtones nationales, provinciales ou régionales, de l'opportunité des réformes ou des modifications du *Code criminel* ou de questions criminelles connexes relevant de la compétence fédérale ou relativement à des infractions provinciales ou à des infractions réglementaires de compétence fédérale ou provinciale;
 - e) efforts déployés pour faire participer les nations et collectivités autochtones à toutes les étapes du processus de justice pénale, y compris d'éventuelles consultations ou négociations menées auprès des nations et collectivités autochtones au sujet du rôle que celles-ci peuvent jouer, et importance des ressources et de la formation fournies par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux aux nations et collectivités autochtones disposées à assumer des responsabilités dans le domaine de la justice. (*Recommandation 10, page 315*)
11. Que le gouvernement du Canada, dans un délai d'un an suivant la publication du présent rapport:
- a) convoque une conférence intergouvernementale qui rassemblera les ministres de la justice, les procureurs généraux,

les solliciteurs généraux, les ministres des services correctionnels et les ministres responsables des questions autochtones des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, pour examiner les questions soulevées et les recommandations formulées dans ce rapport;

- b) invite à cette conférence des représentants des peuples autochtones et des organisations autochtones nationales;
- c) veille à ce que les personnes qui se consacrent à l'élaboration et à la mise en œuvre de projets autochtones de justice réparatrice et de guérison participent à cette conférence. *(Recommandation 11, page 316)*

12. Qu'un point de l'ordre du jour soit réservé aux questions de justice autochtone lors des réunions ordinaires des ministres de la justice et des procureurs généraux du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires. Les solliciteurs généraux, les ministres des services correctionnels et les ministres responsables des questions autochtones devraient participer à la discussion de ce point, et des représentants compétents des peuples autochtones devraient être invités à assister à la discussion. *(Recommandation 12, page 316)*

Rôle de la profession juridique

13. Que, dans un délai d'un an suivant la publication du présent rapport, l'Association du Barreau canadien, les barreaux provinciaux et l'Indigenous Bar Association tiennent une réunion commune pour discuter des questions et des recommandations contenues dans ce rapport. *(Recommandation 13, page 317)*

Ressources financières

14. Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux procèdent à un examen et à une vérification complets du système de justice actuel et fournissent des chiffres détaillés au sujet de ce que coûte l'administration de la justice pour les autochtones, à toutes les étapes, y compris la prévention du crime, les services de police, les tribunaux, la probation, les services correctionnels, la libération conditionnelle et la réinsertion sociale. *(Recommandation 14, page 321)*

15. Que l'on accorde plus d'importance à la stabilité du financement au moment d'allouer les budgets d'élaboration et de mise en œuvre des systèmes de justice autochtone. *(Recommandation 15, page 322)*

16. Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux accordent un financement à long terme aux initiatives de justice pénale mises sur pied par les nations ou les collectivités autoch-

tones; il faut au moins accorder aux nouvelles initiatives un financement couvrant toute la période requise pour évaluer et tester adéquatement le projet; en cas d'évaluation positive, le financement devrait être maintenu à long terme. (*Recommandation 16, page 323*)

Conseil de justice autochtone

17. Que soit créé, par voie législative, un conseil de justice autochtone qui sera administré essentiellement par des autochtones et dont la majorité des employés seront autochtones. Ce conseil aura pour mandat de faciliter l'élaboration, le financement et la mise en œuvre des systèmes de justice autochtone. (*Recommandation 17, page 332*)
18. Qu'à titre de mesure de transition, l'Initiative sur la justice pour les autochtones soit prolongée jusqu'à ce que le conseil de justice autochtone ait été établi et soit prêt à assumer son mandat. (*Recommandation 18, page 332*)

Pour tous renseignements :

Commission royale sur les peuples autochtones

C.P. 1993, succursale B

Ottawa (Ontario)

K1P 1B2

Téléphone : (613) 943-2075

Télécopieur : (613) 943-0304

National Library of Canada
Bibliothèque nationale du Canada



3 3286 50916 5805

ISBN 0-660-95139-8



9 780660 951393

Tant que cette transformation (la décolonisation du système de justice canadien) n'aura pas été effectuée, des injustices seront encore commises. Comme nous le rappelait Tony Mandamin à la table ronde, toutes les bonnes paroles du monde resteront sans effet si nos recommandations ne se traduisent pas par des changements dans la vie des autochtones; nous n'aurons rien accompli. **C'est pourquoi, lorsque nous avons discuté du programme de réforme, nous avons certes mis l'accent sur les recommandations générales visant l'établissement de systèmes de justice autochtone, mais nous avons aussi recommandé que de nombreuses propositions contenues dans les rapports antérieurs au nôtre, qui traitaient surtout de la réforme du système judiciaire canadien actuel, soient appliquées. Cela nous paraît indispensable non seulement pour améliorer le sort des autochtones, mais aussi parce que le système judiciaire non autochtone continuera probablement à occuper une grande place dans leurs vies.**

Il y a plusieurs raisons pour cela. Premièrement, les nations autochtones qui choisiront de réinstaurer leurs propres systèmes de justice ne seront pas immédiatement en mesure d'assumer pleinement ces pouvoirs, et il faudra donc prévoir une période de transition; deuxièmement, certaines nations pourraient juger qu'elles ne sont pas collectivement capables d'instruire telle ou telle affaire et renvoyer ces causes au système non autochtone; troisièmement, la mise en place de systèmes de justice autochtone en milieu urbain présente des défis particuliers. La Commission considère que dans les villes, où habitent près de la moitié des autochtones du Canada, de tels systèmes ont leur place (et nous traitons précisément de cette question dans le présent rapport), mais la contiguïté des systèmes de justice autochtone et non autochtone est certainement un aspect important de cette réalité urbaine. Les liens entre l'établissement de systèmes de justice autochtone et les modifications à apporter au système non autochtone devraient être considérés dans le cadre d'une réforme holistique. Dans le domaine de la justice peut-être plus que dans tout autre, vu les conséquences sur la vie des autochtones, un partenariat constructif et un dialogue fructueux sont d'une importance vitale.

Nombre des mémoires qui nous ont été présentés faisaient mention d'une double démarche; la réforme du système non autochtone serait la première, l'établissement de systèmes de justice autochtone, la seconde. Un tel concept est certainement très utile pour définir les défis à court et à long terme, mais nous croyons qu'il faut bien lier ces deux démarches grâce à un nouveau partenariat dont le pivot serait l'autonomie gouvernementale des autochtones. Ce message revenait dans tous les mémoires et tous les témoignages présentés à la Commission. Il a aussi été entendu dans les autres enquêtes sur la justice. La conclusion du juge Sarich à la Cariboo-Chilcotin Inquiry le confirme :

[TRADUCTION] De réserve en réserve, les autochtones ont toujours affirmé à la Commission qu'ils voulaient demeurer maîtres de leurs décisions et de la gestion de leurs affaires. Il faut donc un système de justice complet et acceptable sur le plan culturel. Pour ce