

PEUPLES AUTOCHTONES ET PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS EN MATIÈRE DE JUSTICE PÉNALE AU CANADA ET AU QUÉBEC

Mylène Jaccoud

Editions A. Pédone | « Archives de politique criminelle »

2014/1 n° 36 | pages 227 à 239

ISSN 0242-5637

ISBN 9782233007261

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2014-1-page-227.htm>

Pour citer cet article :

Mylène Jaccoud, « Peuples autochtones et pratiques d'accommodements en matière de justice pénale au Canada et au Québec », *Archives de politique criminelle* 2014/1 (n° 36), p. 227-239.

Distribution électronique Cairn.info pour Editions A. Pédone.

© Editions A. Pédone. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

PEUPLES AUTOCHTONES ET PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS EN MATIÈRE DE JUSTICE PÉNALE AU CANADA ET AU QUÉBEC

par

MYLÈNE JACCOUD

Professeure titulaire

École de criminologie, Université de Montréal

Les peuples autochtones du Canada sont reconnus dans la Loi constitutionnelle de 1982. Trois groupes distincts y sont désignés: les Inuit, les Indiens et les Métis¹. Les autochtones représentent 4% de la population canadienne. Plus de la moitié vit dans des agglomérations urbaines (54%). La population autochtone est concentrée en Ontario et dans les provinces de l'Ouest². Depuis des décennies, la sur-représentation des autochtones dans le système correctionnel canadien ne cesse d'augmenter. En 2010, les autochtones représentaient 20% de la population carcérale admise en détention fédérale³. La sur-représentation des femmes autochtones est encore plus imposante. La même année, celles-ci formaient près de 33% de la population carcérale féminine dans les pénitenciers fédéraux. Au cours des 10 dernières années, leur représentation a augmenté de 90%. Dans les établissements de détention provinciale de l'ouest du Canada, les détenus autochtones peuvent parfois représenter plus de 80% de la population carcérale⁴. Comme nous le verrons, la présence disproportionnée des autochtones dans le système de justice pénale est l'un des facteurs qui a favorisé le déploiement de politiques spécifiques à l'intention des autochtones, non seulement en matière de détermination des sentences mais aussi de leur gestion.

¹ Actuellement, il est d'usage de parler des Premières nations (qui regroupent les Indiens et les Métis) et les Inuit. Le Québec compte 10 nations amérindiennes (les Abénaquis, les Algonquins, les Attikamekw, les Cris, les Hurons-Wandats, les Innus, les Malécites, les Micmacs, les Mohawks et les Naskapis) et les Inuit (voir Secrétariat aux affaires autochtones, *Amérindiens et Inuit, Portrait des nations autochtones du Québec*, 2^{ème} éd., Québec, Direction des communications du ministère du Conseil exécutif, 2011)

² Statistique Canada, *Un aperçu des statistiques sur les autochtones*, Ottawa, 2010

³ Au Canada, on établit une distinction entre les prisons provinciales et les pénitenciers fédéraux. Les établissements fédéraux de détention accueillent des détenus condamnés à des peines de plus de deux ans ; les prisons provinciales gèrent les sentences dont la durée est inférieure à deux ans.

⁴ Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004 ; Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition. Rapport annuel 2010*. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

La colonisation européenne, britannique et française, qui a débuté au 17^e siècle, a conduit, au fil des siècles, à l'édification de l'État canadien que l'on connaît aujourd'hui. Cette colonisation a profondément transformé, voire anéanti les mécanismes traditionnels de justice de ces peuples. Les États constitués par la colonisation de territoires occupés par des nations désignées aujourd'hui sous le vocable de peuples autochtones ont été amenés à baliser leur rapport au droit des peuples colonisés. Morse⁵ identifie quatre types d'agencements possibles : 1) Le rejet des systèmes de droit et de justice autochtones ; 2) la séparation ; 3) l'incorporation du droit autochtone au droit du colonisateur et 4) la coopération entre les deux systèmes de droit. L'analyse des rapports entre peuples colonisés et peuples colonisateurs au Canada s'avère plus complexe que la modélisation proposée par Morse, comme nous le verrons dans cet article. Toutefois, il est possible d'affirmer que le droit criminel ou pénal canadien n'a incorporé aucun principe de droit autochtone. Pourtant, d'autres États ont choisi cette voie. Le code criminel du Groenland a intégré des principes du droit coutumier inuit, notamment ceux de réhabilitation et de restauration de l'équilibre social⁶. Le Canada s'est plutôt engagé, au fil de ses rapports avec les autochtones, à adapter ses pratiques et politiques afin de tenir compte de leur spécificité, sans modifier le contenu de son droit criminel. Nous verrons dans cet article que l'interprétation de ce qu'il faut entendre par « spécificité autochtone » varie au cours de l'histoire, ouvrant la porte à des politiques différentes selon l'interprétation qui en est faite. Selon la modélisation de Morse, le Canada tend plutôt à adopter un modèle de coopération avec les systèmes de droit des premiers peuples.

Dans cet article, nous proposons de faire état des politiques et des pratiques d'accommodements en matière de justice criminelle applicable aux Premières nations et aux Inuit.

I. LES POLITIQUES PÉNALES À TRAVERS L'HISTOIRE DE LA COLONISATION : DES PRATIQUES ET DES ENJEUX DIVERSIFIÉS

Les peuples autochtones, avant l'arrivée des premiers colons, disposaient de mécanismes efficaces et adaptés à leurs structures sociales. De nombreux observateurs font valoir le caractère particulièrement flexible et consensuel des modes de régulation sociale des premiers peuples⁷. Même s'il est inexact de réduire ces pratiques au paradigme de la justice restaurative⁸, il est vrai que les autochtones ont privilégié des pratiques centrées sur le rétablissement de l'harmonie sociale, réservant les pratiques plus répressives et punitives aux cas

⁵ B.W. Morse, « Indigenous Law and State Legal System : Conflict and Compatibility », dans B.W. Morse et G.R. Woodman, (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, p. 101, 1988.

⁶ E. Schechter, « Paix arctique et justice danoise au Groenland. Chronique de recherche », *Droit et Société*, 5, pp.77-90, 1987

⁷ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

⁸ M. Jaccoud, « Restoring Justice in Native Communities in Canada », in Lode Walgrave (ed.), *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*. Leuven University : Press Publication. pp. 285-299, 1998.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

extrêmes ou aux récidivistes⁹. Aussi, les premiers colons vont-ils découvrir des pratiques coutumières très différentes des systèmes juridiques des pays dont ils sont issus. Ils découvrent, entre autres, que les conflits sont gérés par l'oralité, le communautarisme, l'acceptation, le dialogue, la conciliation, la réconciliation.

L'histoire de la colonisation en Amérique du nord par les Français et les Britanniques, dans le secteur de la justice pénale, est l'histoire d'une justice imposée. Les peuples autochtones devront peu à peu se plier aux normes, aux codes, aux procédures et aux pratiques des colonisateurs britanniques et français¹⁰. Au cours du processus de colonisation, les pratiques traditionnelles de résolution des conflits se verront marginalisées voire criminalisées par les agents de l'État. En revanche, le système de justice euro-canadien s'est imposé de manière graduelle et non linéaire aux peuples autochtones. Jusqu'au XIX^e siècle, les colons européens sont portés à se montrer conciliants envers les pratiques coutumières des autochtones. Le jeu des alliances stratégiques couplé aux contraintes pratiques rend la soumission des autochtones difficile (surtout dans les régions périphériques)¹¹. Le flou entourant le statut des premiers peuples explique aussi en partie cette attitude conciliante. En effet, la Proclamation royale de 1763 établit un cadre constitutionnel des colonies britanniques en Amérique du Nord dans lequel des droits territoriaux sont reconnus aux autochtones, à telle enseigne qu'un domaine indien est délimité et réservé. Les traités signés à partir de 1850 découlent de l'obligation édictée dans la proclamation d'obtenir l'accord des peuples autochtones pour tout projet de colonisation des terres¹².

Le XIX^e siècle correspond à une période d'affermissement du pouvoir judiciaire sur les populations autochtones, non seulement en Amérique du Nord, mais dans d'autres colonies britanniques, comme l'Australie¹³. Cet affermissement se manifeste dans les régions où la colonisation est établie. La pénétration du système de justice euro-canadien se voit ainsi rythmée par la progression de la colonisation.

Au cours du processus de colonisation, les enjeux de l'imposition du système de justice pénale étatique au Canada sont au départ politiques, économiques et, plus tardivement, sociaux¹⁴. Les enjeux politiques sont les plus fondateurs. Les colons anglais et français utilisent le droit comme outil de centralisation de manière à

⁹ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

¹⁰ C. Jefferson, *La conquête par le droit*, Solliciteur général Canada, 1994.

¹¹ C. Brown, *Histoire générale du Canada*, Montréal, Boréal, 1988 ; J. Morisset, « Miroir indogène, reflet eurogène. Essai sur l'américanité et la fabrication de l'identité canadienne », *Recherches amérindiennes au Québec*, IX, 4, pp. 285-312, 1980

¹² C. Desbiens, I. Hirt, *Les Autochtones au Canada : espaces et peuples en mutation*, *L'information géographique*, 4, 76, pp. 29-46, 2012.

¹³ L. Ford, *Settler Sovereignty. Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788–1836*, Cambridge, Mass. and London, England, Harvard University Press, 2010 ; M.D. Walters, « The Extension of Colonial Criminal Jurisdiction over the Aboriginal Peoples of Upper Canada: Reconsidering the Shawanakisikie Case (1822-26) », *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 46, No. 2 (Spring, 1996), pp. 273-310.

¹⁴ Voir M. Jaccoud, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Éditions du Méridien, 1995.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

édifier juridiquement et symboliquement l'État-nation¹⁵. Le droit criminel paraît, à première vue, plus « apolitique » que les autres registres juridiques. Toutefois, les agents de l'État qui en sont les vecteurs jouent un rôle important dans la représentation symbolique et politique de l'État. Les expéditions norvégiennes et états-uniennes dans les eaux et territoires arctiques à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle suscitent l'envoi des premières patrouilles policières et l'ouverture de postes de police de manière à assurer l'application des « lois du gouvernement du Dominion ». La présence policière se renforce parallèlement à la fragilisation de la souveraineté canadienne, notamment pendant la seconde guerre mondiale et au cours de la guerre froide. Les aspirations nationalistes québécoises émergentes de la fin des années 1960 sont à l'origine de l'établissement des premiers postes de police de la Sûreté du Québec au Nunavik¹⁶. Les enjeux économiques sont amalgamés aux enjeux politiques. L'appropriation des ressources (souvent minières et hydroélectriques) dans les régions habitées par les premiers peuples est systématiquement accompagnée d'une plus forte pénétration des administrations publiques en général. Le droit criminel et ses agents font de la sorte partie des services que l'État estime devoir dispenser dans une région économiquement exploitée et qui nécessite le déplacement d'une main d'œuvre spécialisée allochtone. Dans le nord québécois, c'est dans le contexte du développement hydro-électrique de la Baie James à la fin des années 1960 qu'un tribunal itinérant est instauré dès 1975. Jusque là, les causes impliquant des contrevenants d'origine inuite en vertu d'infractions criminelles commises au Nunavik étaient entendues dans des districts judiciaires situés dans le sud.

Ni la singularité des pratiques coutumières des premiers peuples ni la criminalité de ces nations plutôt bien régulées forment les assises d'une politique d'imposition du système de justice criminelle au début du processus de colonisation. Les motivations sont d'abord, nous venons de le préciser, politiques, symboliques et économiques. Toutefois, et là réside la complexité des rapports entre premiers peuples et justiciers euro-canadiens dans le secteur pénal, la colonisation a des conséquences que certains experts n'hésitent pas à qualifier d'ethnocide culturel¹⁷. Les rapports marchands inégaux induits par le projet colonial ont transformé profondément et rapidement les sociétés autochtones dans toutes les sphères de la vie sociale¹⁸. Les pensionnats indiens instaurés à partir du XIX^e siècle jusqu'aux années 1980 appartiennent au registre des politiques coloniales les plus dévastatrices¹⁹. Les enfants autochtones sont placés

¹⁵ P. Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, Londres, Routledge, 1992. M. Kennedy, "Law and Capitalist Development : The Colonization of Sub-Saharan Africa", in T.C. Caputo; M. Kennedy; C.E. Reasons; A.Brannigan (Eds.), *Law and Society. A Critical Perspective*, Toronto, Harcourt Bruce Jovanovich, pp. 30-53, 1989.

¹⁶ Le Nunavik désigne la région administrative située au nord du 55^e parallèle, dans le nord du Québec et dans laquelle vivent les Inuit répartis dans 14 communautés.

¹⁷ D.B. Macdonald; G. Hudson, « The Genocide Question and Indian Residential Schools in Canada », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 45, 2, pp. 427-449, 2012.

¹⁸ G. Duhaime, *La catastrophe et l'Etat. Histoire démographique et changements sociaux dans l'Arctique*. *Etudes/Inuit/Studies*, 13, 1, pp. 75-114, 1989.

¹⁹ Cette page de l'histoire a d'ailleurs donné lieu à la mise en place d'une commission nationale de vérité et de réconciliation en juin 2010, dont l'un des mandats est précisément de « reconnaître les expériences,

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

de force dans ces institutions dont la mission est leur assimilation à la société canadienne. Le déracinement, la perte de contact avec les valeurs et traditions autochtones et les violences physiques, psychologiques et sexuelles que ces enfants expérimentent dans les écoles résidentielles vont engendrer des traumatismes très importants qui se maintiennent d'une génération à l'autre²⁰. Ces traumatismes sont la source des lourds problèmes sociaux dans les communautés autochtones. Le système de justice étatique se trouve mobilisé pour tenter d'agir sur des problématiques que les autochtones parviennent difficilement à réguler. Cette difficulté découle à la fois de l'affaiblissement des systèmes régulateurs traditionnels que la colonisation a marginalisés mais aussi de l'inadéquation de systèmes traditionnels à l'égard de problèmes sociaux nouveaux, graves, endémiques et pour lesquels ces systèmes n'ont pas été conçus²¹. L'imposition du système de droit des colonisateurs a ainsi produit un double effet : celui d'affaiblir les capacités régulatrices des sociétés autochtones et celui d'encourager la dépendance des autochtones à l'égard du système de justice étatique. Comme on le constate, des enjeux de nature plus sociale s'ajoutent aux précédents pour justifier et légitimer la présence du système de justice de l'État et envers lequel les attentes sont grandes.

A la multiplicité de ces enjeux s'ajoute une constante dans l'histoire des relations entre autochtones et non autochtones : celle des défis et des malaises ressentis par les justiciers euro-canadiens mais aussi, on s'en doute, par les autochtones eux-mêmes. Très tôt, les justiciers euro-canadiens constatent que leur système de droit a peu d'emprise et reste incompris des autochtones. Ils attribuent cet état de fait à une grande distance culturelle. Des considérations racistes sont invoquées dans cette interprétation culturaliste au début du processus de colonisation (considérations qui persistent parfois à l'époque contemporaine). Certains justiciers croient que les autochtones sont trop « primitifs » pour comprendre leur système de droit²². Qu'elles soient fondées ou non sur des préjugés racistes, la spécificité et la différence culturelle fondent les justifications les plus stables et les plus récurrentes des pratiques et politiques d'accommodements de l'État en matière d'administration de la justice au cours de l'histoire coloniale mais aussi post-coloniale.

les séquelles et les conséquences liées aux pensionnats » (Commission Vérité et Réconciliation, Rapport intérimaire, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2012). Voir aussi J.S. Milloy, « 'A National Crime': the Canadian Government and the Residential School System, 1879-1986 », Winnipeg, The University of Manitoba Press, 1999 ; L.H. Robertson, « The Residential School Experience: Syndrome or Historic Trauma », *Pimatisiwin*, vol.4, n°1, pp.2-28, 2006.

²⁰ Les experts de traumatismes intergénérationnels (voir notamment C. Partridge, « Residential Schools: The Intergenerational Impacts on Aboriginal Peoples », *Native Social Work Journal*, vol.7, pp.33-62, 2010 ainsi que D. Smith ; C. Varcoe ; N. Edwards, « Renverser les effets intergénérationnels les pensionnats sur les populations autochtones : implications pour les orientations et les pratiques en matière de santé », *Canadian Journal of Health Research*, vol.37, n°4, pp.38-60, 2005).

²¹ N. Rouland, *L'acculturation judiciaire chez les Inuit au Canada. Recherches amérindiennes au Québec*, XIII, 3, pp. 179-191, et 4, 307-318, 1983.

²² M. Jaccoud, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Éditions du Méridien, 1995.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

Le débat reste ouvert sur l'effectivité du post-colonialisme au Canada²³. Toutefois, les années 1960 sont indéniablement marquées par une transformation des relations entre les nations autochtones et l'État sous le poids d'une condamnation des politiques d'assimilation par des organisations nationales et internationales²⁴. Ce contexte de contestation généralisée des systèmes d'oppression (racistes, sexistes, colonialistes) que l'on observe en Amérique du Nord est favorable à une mobilisation des nations autochtones. Au début des années 1970, des organisations autochtones pancanadiennes se structurent et revendiquent des droits à l'autodétermination et à la reconnaissance d'un statut distinct. Ces revendications vont déboucher sur des gains juridiques et politiques, tant sur la scène nationale qu'internationale qui rendront les réalités autochtones désormais incontournables dans la gestion des politiques publiques. Les pratiques et politiques d'accommodements contemporaines sont modulées par ce contexte post-colonial que certains experts qualifient de néo-colonial²⁵.

Cette réflexion sur les enjeux et les défis du processus colonial en matière pénale situe le terreau politique, juridique et social des accommodements. L'État a, dès ses premiers contacts avec les peuples conquis, préféré adapter ses pratiques d'intervention dans le champ pénal plutôt que d'en transformer le contenu. Autrement dit, le Canada n'a incorporé aucun principe de droit autochtone dans son code criminel et n'a pas encore accepté l'existence de systèmes juridiques parallèles. Ces aménagements sont conditionnés par des principes et des réalités complexes et paradoxaux. Le système de justice se trouve ainsi à vouloir adapter son fonctionnement et son organisation en s'appuyant sur trois principes : 1) l'égalité devant la loi (lequel renvoie autant à un accès égal aux services de l'État en matière de justice pénale qu'à l'inclusion citoyenne dans le giron de l'État) ; 2) la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale (droit spécifié à l'article 35 de la loi Constitutionnelle)²⁶ et 3) la reconnaissance de la spécificité culturelle des peuples autochtones.

À ces principes se greffent la réalité de la sur-représentation des autochtones dans le système de justice, celle de l'inefficience du système de justice étatique et de son corolaire, le déficit de légitimité que ce système suscite auprès des autochtones. En fin de compte, les considérations pour lesquelles ces pratiques

²³ S. Poirier, « Contemporanéités autochtones, territoires et (post) colonialisme. Réflexions sur des exemples canadiens et australiens », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 24, n° 1, p. 137-153, 2000 ; H. Blagg, *Crime, Aboriginality and the Decolonisation of Justice*, Hawkins Press, NSW, 2008 ; Grace Li Xiu Woo, *La danse des fantômes à la cour Suprême du Canada : les droits autochtones pendant le premier quart de siècle de l'article 35 de la loi constitutionnelle*, 1982, Thèse, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007.

²⁴ Rappelons que l'ONU condamne officiellement les pratiques coloniales à partir de 1960 (voir notamment I. Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997.

²⁵ H. Blagg, *Crime, Aboriginality and the Decolonisation of Justice*, Hawkins Press, NSW, 2008

²⁶ Le gouvernement précise que « l'exercice (sic) du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale par les gouvernements et institutions autochtones devra se faire à l'intérieur du cadre de la Constitution canadienne » (Canada, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie. Affaires autochtones et Développement du Nord Canada*, <http://www.aadnc-aand.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844>, page consultée le 1^{er} mai 2014.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

d'adaptation se mettent en place sont colonialistes et racistes, surtout au début du processus de colonisation, culturalistes mais aussi systémiques voire décolonialistes à compter des années 1970²⁷.

LES TYPES ET LES FONDEMENTS DES ACCOMMODEMENTS : UNE PERSPECTIVE CULTURALISTE, SYSTÉMIQUE ET AUTONOMISTE

Dans cette section, nous présentons l'éventail des accommodements qui ont eu et qui ont encore cours au Canada et au Québec dans le domaine du droit criminel et de ses politiques.

La plupart des accommodements restent imprégnés d'une lecture culturaliste des rapports entre l'État et les autochtones dans le secteur de la justice criminelle. Autrement dit, les adaptations par ou dans le système de justice visent à apporter des réponses culturelles aux problèmes d'incompréhension et de non reconnaissance du système de justice étatique par les autochtones ainsi qu'aux problèmes endémiques de sur-criminalisation et de sur-incarcération de ces derniers. Une double stratégie culturaliste se met en place simultanément : la réduction des écarts culturels d'une part et la reconnaissance de la spécificité culturelle d'autre part.

Le principe d'égalité devant la loi incite les pouvoirs publics à développer une justice de proximité de manière à ce que les autochtones résidant dans les régions éloignées des centres judiciaires permanents puissent « bénéficier » de services judiciaires au même titre que tous les citoyens. Des tribunaux itinérants sont institués dans ce contexte. Au Québec, ces tribunaux sont établis auprès des nations criées, inuites,²⁸ et innues²⁹. Afin de minimiser la distance culturelle entre justiciers allochtones et justiciables autochtones, des séances de sensibilisation aux us et coutumes des autochtones sont offertes à tout le personnel judiciaire. Cette pratique qui avait cours au début de l'implantation de ces tribunaux semble avoir été abandonnée. Ces tribunaux ne constituent pas vraiment des accommodements. Dans les faits, ils sont similaires à ceux offerts à tous les citoyens, même si la pratique judiciaire s'y déroule dans un cadre moins formel³⁰.

Parallèlement à ces pratiques, des politiques de valorisation culturelle se sont mises en place dans les institutions en conformité avec le principe de reconnaissance de la diversité que le Canada a adoptée dans les années 1970

²⁷ M. Jaccoud, « Les peuples autochtones et la justice pénale », in A. Beaulieu, S. Gervais et M. Papillon (eds.), *Les Autochtones et le Québec. Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, pp. 233-254, 2013.

²⁸ Les Cris et les Inuit résident au nord du Québec.

²⁹ Les Innus sont répartis dans les villages situés principalement sur la Basse Côte-Nord, le long du St-Laurent.

³⁰ Certains juges ne portent pas la toge. Le juge de la première cour itinérante oeuvrant en milieu inuit invitait parfois un Aîné à siéger auprès de lui pour pouvoir le consulter au besoin (voir M. Jaccoud, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Éditions du Méridien, 1995). Mais le moins grand formalisme qui caractérisait ces tribunaux est remis en cause par certains magistrats qui souhaitent réintroduire un cérémonial dans l'espoir de constituer une institution plus respectée et par le fait même, plus dissuasive.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

sous le nom de politique du multiculturalisme. Le fondement de cette approche est de croire en une certaine transformation de l'institution du groupe majoritaire par l'intégration de groupes minoritaires tout en visant le rapprochement culturel entre les institutions et leurs clientèles. Cette politique « d'autochtonisation » de l'administration de la justice a été soutenue par l'adoption d'outils juridiques et politiques telles que des lois sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics ou des programmes de recrutement et de formation spécifique aux autochtones. Ce sont surtout les corps de policiers réguliers et les services correctionnels qui ont été ciblés par ces politiques.

La prise en compte de la spécificité autochtone au sein des institutions passe aussi par l'adoption de programmes spécifiques. Ce sont surtout les services correctionnels fédéraux qui se sont engagés dans cette voie. En vertu de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, le Service correctionnel du Canada est tenu d'offrir des programmes adaptés à la culture autochtone. Le service correctionnel canadien offre désormais des programmes de guérison et de spiritualité dans les établissements de détention fédéraux³¹. Ces programmes sont fondés sur la prémisse selon laquelle les pratiques spirituelles et les traditions autochtones contribuent au processus de guérison, lequel, à long terme, pourrait contribuer à réduire le risque de récidive. Dans les établissements à sécurité minimale ou moyenne, le service correctionnel du Canada a instauré des Pavillons de ressourcement en partenariat avec les collectivités autochtones, souvent établis en territoires autochtones³² et dans lesquels des Aînés et des guides spirituels autochtones sont sollicités pour proposer des séances d'accompagnement personnel, communautaire et familial. Le service correctionnel a aussi adopté une Stratégie des cheminements autochtones en vue d'assurer la création d'unités de guérison dans les établissements³³, connues sous le nom de « Sentiers autochtones ». Les Sentiers autochtones constituent « d'abord et avant tout une initiative de guérison intensive qui est dirigée par un Aîné et qui soutient le mode de vie traditionnel des Autochtones grâce à un *counselling* individuel plus intensif, un meilleur accès aux cérémonies et une capacité accrue de suivre un cheminement de guérison plus traditionnel et conforme aux valeurs et croyances autochtones

³¹ La mise en place de ces programmes est l'aboutissement de mouvements de revendications autochtones pour avoir le droit de pratiquer librement leur spiritualité. Les autochtones demandent « la reconnaissance de leurs droits à la liberté religieuse, à pratiquer leur spiritualité durant leur incarcération, et ce faisant à se soigner eux-mêmes selon leur propre voie » (J. Waldram *The Way of the Pipe. Aboriginal Spirituality and Symbolic Healing in Canadian Prisons*, Peterborough (Ontario), Broadview Press 1997, p. 4). La directive 750 : « *Religious Services and Programs* » a été la première directive des services correctionnels canadiens à avoir énoncé une politique en établissement, favorable à l'encouragement des pratiques de spiritualité pour les détenus autochtones (E. Zellerer, « Native Spirituality Behind Bars : A Policy Proposal », *Canadian Journal of Native Studies*, 12 (2), p.257.

³² Il existe 8 pavillons de ce type pour les détenus autochtones, surtout situés dans l'ouest canadiens pouvant accueillir 367 détenus (Service correctionnel Canada, *Pavillon de ressourcement du Service correctionnel du Canada*, page consultée le 2 mai 2014, <http://www.csc-scc.gc.ca/autochtones/002003-2000-fra.shtml>;

³³ N. Green, « Stratégie des cheminements autochtones dans les services correctionnels fédéraux », *Forum : Recherche sur l'actualité correctionnelle* 14(3), 2002, p.1.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

traditionnelles »³⁴. Les détenus doivent avoir « déjà travaillé avec des Aînés pendant trois à six mois et démontrer qu'ils sont résolus à suivre un mode de vie traditionnel » pour être admissibles à ce type de programme.

L'approche culturaliste a consisté aussi à créer des structures intermédiaires et médiatrices servant de relais entre les institutions policière, judiciaire et correctionnelle et les milieux autochtones. Au Québec, un service de conseillers parajudiciaires a été institué dans les années 1980. Son mandat est d'informer les prévenus des procédures et des étapes du processus judiciaire afin de faire comprendre les « droits » et les « responsabilités » des justiciables, mais aussi de contribuer à ce que les justiciables d'origine autochtone « reçoivent un traitement juste et équitable ». Les conseillers parajudiciaires autochtones se sont aussi donné le mandat de sensibiliser et d'informer les intervenants judiciaires « des particularités, des us, des coutumes et des valeurs spécifiques aux différentes communautés des Premières Nations, des Inuit et des Métis afin qu'ils en tiennent compte au cours des procédures impliquant un membre de ces communautés »³⁵. Dans la même veine, des agents de liaison dans les services policiers et les établissements correctionnels sont établis en vue de créer des liens avec les collectivités autochtones.

Dans les années 1980-1990, plusieurs commissions d'enquête³⁶ dénoncent la discrimination systémique dont sont l'objet les Premières nations et les Inuit et qui contribue à leur sur-représentation dans le système correctionnel. C'est pour tenter de contrer cette discrimination que diverses expériences dans le secteur judiciaire sont tentées.

Les cercles de sentences sont certainement les expériences les plus audacieuses et les plus connues. Le juge Barry Stuart est le premier à avoir systématisé cette pratique dans le territoire du Yukon³⁷. Un cercle de sentence est un processus de détermination de la peine qui consiste à regrouper (avec le juge ou en son absence) les personnes affectées et liées par le crime et ses conséquences (contrevenant, victime, entourage familial) ainsi que les personnes ressources. Le contrevenant doit avoir préalablement reconnu sa culpabilité. Les participants sont conviés à recommander au juge les mesures les plus appropriées relatives à la sanction et à la prise en charge des personnes touchées par le crime. Le juge n'est pas lié par les décisions prises par les participants au cercle mais dans les faits, les recommandations des participants sont largement suivies. Ce type

³⁴ Service correctionnel Canada (2014). *Délinquants autochtones*, Page consultée le 2 mai 2014, <http://www.csc-sec.gc.ca/politiques-et-lois/702-1-gl-fra.shtml#s1>

³⁵ M. Jaccoud, M. ; J. Patino, *La place et la portée des services parajudiciaires autochtones du Québec selon les juges, les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense, Rapport soumis au ministère de la Justice du Canada et au ministère de la Justice du Québec*, Médiation sans frontière inc., 2008.

³⁶ Pour voir le détail de ces commissions d'enquête, voir R. Brassard, M. Felices et M. Jaccoud, « La justice et les minorités : bilan des travaux sur les Autochtones et les minorités ethniques », in M. LeBlanc, et M. Ouimet, M (Eds.). *Traité de criminologie empirique au Québec* : 647-675, Montréal, les Presses de l'Université de Montréal, pp. 647-675, 2003.

³⁷ M. Jaccoud, « Les cercles de sentence au Canada », *Revue semestrielle de l'École nationale de la magistrature*, pp.83-94, 2006

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

d'initiative n'est pas institutionnalisé et relève de la seule et unique prérogative des juges³⁸.

Les tentatives de redresser les effets de la discrimination systémique ont conduit le législateur à adopter des principes de détermination de la peine distincts pour les délinquants autochtones, de manière à inciter les juges à adopter des sanctions alternatives à l'incarcération. En 1996, l'article 718.2(e) du Code criminel était introduit pour recommander aux juges de tenir compte de « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ». En 1999, la cause d'une autochtone portée devant la Cour Suprême ouvre la voie à une importante réforme des pratiques sentencielles. Jamie Tannis Gladue, une autochtone de Colombie-Britannique résidant hors réserve est accusée et condamnée à une peine de trois ans pour l'homicide involontaire de son conjoint. Le juge refuse de tenir compte de l'article 718.2, invoquant le fait que l'accusée vivait hors-réserve au moment des faits. L'appel de sentence interjeté par l'accusé est rejeté par la Cour d'appel. La cause est portée devant la Cour suprême, laquelle rejette le pourvoi. En dépit de ce rejet, l'arrêt Gladue est le premier jugement à proposer une interprétation de l'article 718.2(e) qui énonce des principes de détermination des sentences en contexte autochtone. Ces principes sont devenus un cadre de référence important, même si le manque d'application de ce cadre est toujours déploré.

Dans leur jugement³⁹, les magistrats recommandent aux juges de porter une « attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones ». Deux types de « circonstances particulières » sont identifiés : les facteurs systémiques ou historiques distinctifs (la discrimination systémique) et « l'héritage ou attaches autochtones ». Les juges de la Cour suprême réitèrent que cette disposition du code doit avoir un effet réparateur et doit remédier « au grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons ». Ils invitent leurs confrères et consœurs œuvrant en contexte autochtone à documenter les facteurs systémiques et historiques par l'intermédiaire des avocats et par celui d'un rapport pré-sentenciel et ainsi favoriser des solutions de rechange à l'incarcération. Il est stipulé qu'en l'absence de telles solutions, la période d'emprisonnement imposée à un délinquant autochtone pourra être moins longue que celle imposée à un non-autochtone pour la même infraction. Enfin, il est précisé que cette disposition du code s'applique à tous les autochtones, à l'intérieur comme à l'extérieur des réserves. Les principes énoncés dans l'arrêt Gladue ont donné lieu au développement de tribunaux spécialisés⁴⁰ pour autochtones et des activités de formation et de sensibilisation à l'intention des

³⁸ Cette pratique est peu développée au Québec.

³⁹ R. v. Gladue, [1999].

⁴⁰ Actuellement, 20 tribunaux de ce type sont recensés au Canada (voir Canada, *Les pratiques provinciales et territoriales liées à l'arrêt Gladue*, page consultée le 3 mai 2014, http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr12_11/p1.html).

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

juges, des agents de probation, des conseillers para-judiciaires et avocats (sur les principes identifiés dans l'arrêt Gladue)⁴¹. Comme on le constate, cet arrêt de la Cour suprême consacre le principe d'une application différentielle du droit moins en raison d'une différence culturelle qu'en raison d'un passé colonialiste.

En plus des brèches apportées par l'arrêt Gladue pour modifier la pratique sentencielle appliquée aux justiciables autochtones, les juges disposent aussi de leviers leur permettant d'appliquer des mesures de rechange. L'article 717 du code criminel autorise chaque province et territoire au Canada à adopter des mesures de rechange pour les délinquants adultes. Au Québec, cette disposition du code criminel a donné lieu à la mise en place de comités de justice autochtones. Ces comités agissent comme instances de prise en charge des contrevenants et des victimes dont les dossiers ont été déjudiciarisés par le procureur de la Couronne, mais aussi comme instances de prise en charge post-sentencielle des contrevenants (en supervisant certaines sentences purgées dans la communauté). Une quinzaine de comités de justice sont actifs au Québec (en particulier chez les Cris, les Inuit et les Mohawks).

Un dernier registre dans lequel les adaptations de la justice applicable aux autochtones puisent est celui de l'autonomisation. Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des nations autochtones a été formellement reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, mais le gouvernement fédéral n'en a effectivement tenu compte qu'au début des années 1990, notamment en raison de la crise d'Oka⁴². C'est dans le secteur policier que ce registre s'est le mieux concrétisé. En 1991, le gouvernement fédéral adopte une Politique sur la Police des Premières Nations (PPPN) visant à soutenir le développement de services de police autogérés par les communautés autochtones⁴³. Les services policiers autochtones sont certes autogérés, mais cette forme d'autonomisation ne consacre pas la reconnaissance d'un pluralisme juridique puisque les policiers autochtones sont formés dans les écoles nationales de police et qu'ils doivent suivre et appliquer les codes et procédures de l'État. D'ailleurs, certains corps de police autochtone n'ont que peu de policiers d'origine autochtone (c'est le cas de la police régionale du Nunavik). Qui plus est, l'insuffisance des ressources financières, logistiques et humaines de ces services de police semble miner les capacités d'agir sur les problématiques sociales des communautés⁴⁴.

⁴¹ Voir Canada, *Les pratiques provinciales et territoriales liées à l'arrêt Gladue*, page consultée le 3 mai 2014, http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr12_11/p1.html

⁴² En 1990, des autochtones de la nation mohawk des communautés avoisinant Montréal, celles de Kanesatake et de Kahnawake se mobilisent pour contester l'octroi de permis d'agrandissement d'un terrain de golf et d'un projet domiciliaire à un promoteur québécois à partir du printemps. Les Mohawks érigent des barricades sur les accès routiers. De violents affrontements entre les forces de l'ordre (police, armée) et les Mohawks se soldent par la mort d'un policier de la police provinciale le 11 juillet. La crise ne se dénoue qu'à la fin du mois de septembre.

⁴³ L. Aubert; M. Jaccoud, « Genèse et développement des polices autochtones au Québec : sur la voie de l'autodétermination ? » *Criminologie*, vol.42, no2, 101-119, 2009.

⁴⁴ L. Aubert; M. Jaccoud, « Genèse et développement des polices autochtones au Québec : sur la voie de l'autodétermination ? » *Criminologie*, vol.42, no2, 101-119, 2009.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

Même si le rapport de la Commission royale d'enquête instituée à l'issue de la crise d'Oka présente l'autonomie gouvernementale des nations autochtones comme « une condition essentielle à l'établissement d'un nouveau rapport entre Autochtones et non-Autochtones »⁴⁵, l'autonomisation des premiers peuples reste bien modeste. Des ententes de principes ont été signées pour développer des tribunaux autochtones au Québec mais ces derniers n'ont pas encore vu le jour⁴⁶.

CONCLUSION

Dès les premiers contacts avec les autochtones, les administrateurs de la justice pénale ont été amenés à apporter des ajustements à leurs politiques et à leurs pratiques. Les enjeux de ces adaptations se sont transformés au fil des siècles. A l'heure actuelle, celles-ci sont polarisées selon une logique d'inclusion des autochtones dans le giron national d'une part et selon une logique d'autonomisation d'autre part. Cette polarisation est source de tensions et de paradoxes qui contraignent la quête de solutions aux problèmes de sur-représentation des autochtones dans le système de justice, lesquels relèvent surtout, en amont, de traumatismes et de souffrances générées par les séquelles du colonialisme.

Les adaptations du droit et des politiques criminelles n'ont en fin de compte pas diminué l'intensification de la réponse pénale. La ramification des structures étatiques et l'autochtonisation de l'administration de la justice ont contribué à rendre plus visibles les comportements perturbateurs, ce qui favorise l'acheminement de ces derniers dans le réseau sociopénal.

Dans les faits, l'autonomisation est relative. Les polices autochtones ne parviennent pas à constituer de réels leviers de gouvernance dans les communautés tenues de se conformer à des cultures organisationnelles, des procédures et des codes qui restent étrangers aux principes de justice des premiers peuples. Nos observations sur le terrain laissent entrevoir que les polices autochtones ont généré de nouvelles fractures au sein des collectivités. Aucune tendance à une diminution des taux de criminalité et d'incarcération n'est pour l'instant observée. L'essoufflement, le découragement, les taux de roulement du personnel, les résistances et le manque de formation sont autant de conditions limitant les potentialités des communautés à se reconstruire. Les politiques d'autochtonisation par l'insertion d'un personnel autochtone dans les institutions policières, judiciaires et correctionnelles ou par la création des

⁴⁵ Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les Autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, p. 337.

⁴⁶ La nation innue a signé une entente de principe avec le gouvernement du Québec et celui du Canada instituant l'idée d'un « système de justice innu » ainsi que la mise en place graduelle de « mesures d'adaptation des régimes judiciaires canadien et québécois à la réalité et aux pratiques culturelles des Innus » (Gouvernement du Québec, *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*, Québec, p.51, 2004. L'entente prévoit la création d'un tribunal innu assujéti au respect d'une Charte innue, mais également à celui des chartes des droits canadienne et québécoise (article 9.2).

POLITIQUE CRIMINELLE COMPARÉE

structures médiatrices n'ont pas été plus porteuses. Mises en place dans les années 1980, ces politiques correspondent au contraire à l'aggravation de la surreprésentation des autochtones dans les établissements de détention. Le traitement judiciaire qu'inspire l'adoption des principes distincts de détermination de la peine aux autochtones est une voie prometteuse mais insuffisante. Ce traitement a le mérite d'admettre l'existence d'une discrimination systémique mais il souffre de deux limites : la première est que les juges y ont insuffisamment recours; la seconde est que son effet potentiel sur le système correctionnel lui-même (et donc la diminution de l'incarcération des autochtones) est louable mais sans impact sur les problèmes vécus en amont, dans les communautés autochtones. La criminalité des autochtones est ancrée dans l'histoire d'une marginalisation politique, socioéconomique et culturelle des premiers peuples qui mine les capacités autorégulatrices des collectivités et des individus. La pénalisation des problèmes sociaux des communautés autochtones est une impasse⁴⁷.

Il faut agir à la fois en amont pour reconstruire la régulation sociale dans les communautés et en aval pour transformer les pratiques sociopénales de manière à ce que celles-ci s'orientent vers une prise en charge qui protège, soutient, répare et accompagne la reconstruction des personnes abusées et abusives. Le traitement judiciaire différentiel doit impérativement s'accompagner d'une politique d'autodétermination des peuples autochtones.

⁴⁷ M. Jaccoud, « Justice pénale et peuples autochtones ou comment sortir de la pénalisation des problèmes sociaux ? » Le Porte ouverte, Association des services de réhabilitation sociale du Québec, vol. XV, 2, pp. 15-16, 2012.