



La justice pénale et les Autochtones : D'une justice imposée au transfert de pouvoirs

Mylène Jaccoud

Introduction

Les pratiques et les politiques en matière de justice pénale en milieu autochtone ont subi de nombreuses transformations au cours des trente dernières années. A l'heure actuelle, l'accent est mis sur une volonté (discursive ou appliquée) de mettre en place des initiatives inspirées d'une philosophie et de principes d'une justice négociée voire d'une justice autonome. Nous souhaitons discuter ici des transferts de pouvoir en matière de droit pénal dans les communautés autochtones afin d'examiner dans quelle mesure ils sont amorcés, d'identifier et de dégager les formes et les enjeux qu'ils suggèrent.

L'imposition des systèmes de droit coloniaux

L'existence, la vitalité et l'efficacité des pratiques de régulation sociale dans les communautés autochtones avant ou au moment des premiers rapports avec les Euro-Canadiens ont été largement documentées par les anthropologues du droit. Sans reprendre de façon détaillée les modalités de ces pratiques et l'ordre des transgressions que les communautés autochtones mettaient en œuvre avant la colonisation, il convient de rappeler que les peuples autochtones appliquaient, dans l'ensemble, les principes d'une justice négociée, souvent réparatrice, reléguant les pratiques punitives et excluantes à des cas et à des formes de transgressions extrêmes, notamment celles qui menaçaient la survie du groupe¹.

La colonisation puis, ce qui lui succéda « logiquement », l'édification de l'État-nation canadien, ont fondamentalement bouleversé les ordres juridiques traditionnels. Ce bouleversement est à la fois la résultante d'un rapport de forces complexe et inégal et, parallèlement, celle d'une politique délibérée de réduction et de neutralisation des pratiques coutumières autochtones dans l'accomplissement du projet colonial². Le processus de colonisation s'étant constitué au gré de conditions géopolitiques variées, la réduction des formes et des pratiques traditionnelles de résolution de conflits

¹ N. Rouland, « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit » (1979) 3 *Études inuit* 171 ; C. Jefferson, *La conquête par le droit*, Collection sur les Autochtones, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1994.

² M. Jaccoud, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones » (1996) 11:2 *RCDS/CJLS* 217-34 ; M. Jaccoud, « Processus pénal et identitaire : le cas des Inuits au Nouveau-Québec » (1992) 24:2 *Sociologie et Sociétés* 25-43.

s'est échelonnée sur plusieurs siècles, affectant plus rapidement les nations et communautés autochtones situées près des métropoles coloniales³.

Il convient de rappeler⁴ que les processus de réduction, de neutralisation et sans doute, en certains lieux, d'anéantissement des pratiques de régulation des communautés autochtones se sont amorcés puis élaborés à un rythme⁵, selon des modalités et en fonction d'enjeux divers.

Ces processus sont d'abord motivés par des velléités politiques et symboliques d'affirmation territoriale et identitaire de l'État-nation en construction, un État-nation moins préoccupé par les formes de déviance et de situations problèmes qui, de toute évidence, ne sont que marginales au début de la colonisation. Ces enjeux, couplés à une quasi absence de problèmes sociaux « à résorber », contribuent à la mise en place d'une imposition modérée du droit pénal canadien. En fait, dès le départ, et principalement au XVII^e siècle, les colonisateurs sont enclins à tolérer les systèmes de justice traditionnelle autochtones lorsque les situations conflictuelles restent intra-communautaires. Par contre, l'imposition du système de justice du colonisateur intervient sans ménagement lorsque Français ou Britanniques sont victimes de gestes posés par un membre d'une nation autochtone⁶. Dans ce contexte, elle revêt un caractère symbolique et politique de réaffirmation du pouvoir colonial, constat rejoignant les thèses des théoriciens du conflit sur le rôle du processus pénal dans le maintien et la reproduction de l'ordre social et économique des classes dirigeantes⁷. Le renforcement de l'affirmation identitaire et l'émergence d'intérêts économiques contribuent à accentuer et à accélérer le processus d'imposition du droit euro-canadien. Les enjeux politiques et identitaires restant intrinsèquement liés à l'évolution des rapports de forces entre les Premières nations et l'État, il devient dès lors difficile de dissocier la politique d'imposition du droit pénal euro-canadien de l'ensemble des politiques et des pratiques de l'État à l'égard des Premières nations et surtout des conséquences que ces politiques et pratiques vont engendrer. En effet,

³ Les nations indiennes (ojibways, iroquoises, huronnes, micmacs notamment) seront confrontées au système de droit pénal du colonisateur (britannique ou français) surtout à partir du XVII^e siècle alors que les communautés nordiques, en raison de leur éloignement géographique des métropoles, le seront plus tardivement. Par exemple, il faut attendre le début du XX^e siècle pour que les Inuit du Nunavik entrent en contact avec le système policier. Voir M. Jaccoud, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Méridien, 1995.

⁴ *Supra* note 2.

⁵ Les Français se montreront moins distants que les Britanniques à l'égard des Premières nations, se mêlant à leurs alliés indiens. Les conflits entre les systèmes de justice traditionnelle autochtone et française seront par conséquent plus précoces que les conflits opposant les systèmes britanniques et indiens, voir Jefferson, *supra* note 1.

⁶ Les peines imposées sont souvent plus sévères à l'endroit des Indiens comparativement à ce qu'elles sont pour les Français ou les Britanniques (à contrevenants issus du même groupe d'appartenance que le colonisateur), *ibid.*

⁷ Voir en particulier les thèses critiques en criminologie telles que R. Quinney, *Critique of Legal Order*, Boston, Little Brown, 1974 ; R. Quinney, *Class, State and Crime*, New York, David McKay, 1977 ; A.T. Turk, *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand McNally, 1969 et G.B. Vold, *Theoretical Criminology*, New York, Oxford University Press, 1958.

l'incorporation politique, économique et identitaire des Autochtones à l'État-nation a nécessairement, et c'était là son enjeu, réduit et neutralisé les pouvoirs locaux. Les rapports de forces et parallèlement les rapports marchands (inégaux) ont contribué à transformer profondément et rapidement les sociétés autochtones dans toutes les sphères de la vie sociale. Le projet colonial et, de façon complémentaire, l'ampleur des transformations qu'il génère, ont désorganisé et déstabilisé les pouvoirs locaux, contribuant à miner la capacité des communautés autochtones à préserver leur autonomie, mais surtout leurs mécanismes de contrôle face aux nouveaux désordres sociaux qui ont résulté, en grande partie, des transformations et des multiples dépossessiones qu'elles ont subies. La désorganisation sociale et le lot de problèmes qui l'accompagne (criminalité, violence) ont par ailleurs consolidé la légitimation de l'intervention du système de droit étatique. Et c'est sans doute là qu'il faut saisir toute la complexité du développement du système de justice pénale en milieu autochtone, développement non linéaire, sans cesse conditionné par l'évolution des rapports de forces entre les Premières nations et l'État. L'incorporation des Autochtones à l'État-nation et les réductions qui en ont résulté ont dialectiquement produit des formes et des pratiques de résistances et, par le fait même, l'amorce d'un processus de décolonisation duquel, paradoxalement, l'État a participé. Cette dialectique, intrinsèque au développement de la justice pénale en milieu autochtone, complexifie l'analyse des transferts de pouvoirs que l'on dit aujourd'hui amorcés. Ajoutons qu'il serait sans doute erroné de réduire les rapports de force entre Autochtones et colonisateurs s'exerçant dans le champ de l'application du droit pénal à une stricte composante d'imposition⁸. Les alliances entre Indiens et colonisateurs ont aussi favorisé l'incorporation des nations autochtones au système de droit du colonisateur par acculturation⁹. D'ailleurs, certains observateurs font état d'une plus grande compréhension de la part des nations indiennes à l'égard du système de justice des colons français, par opposition au système britannique, compréhension ayant sans doute facilité l'acculturation des Autochtones au droit du colonisateur¹⁰.

⁸ Smandych et Lee font état d'un changement de perspective théorique dans les années 1980 chez les tenants du pluralisme juridique où l'étude des relations entre Européens et Autochtones est plus nuancée et où le centre d'intérêt porte moins sur l'imposition coercitive et insidieuse du droit européen et plus sur les formes de résistance et d'accommodement des peuples autochtones. Voir R. Smandych et G. Lee, « Une approche de l'étude du droit et du colonialisme : vers une perspective auto historique amérindienne sur le changement juridique, la colonisation, les sexes et la résistance à la colonisation » (1995) 28:1 Criminologie aux pp. 55-79.

⁹ N. Rouland, « L'acculturation judiciaire chez les Inuit au Canada » (1983) 13:3 Recherches amérindiennes au Québec aux pp. 179-91 et « L'acculturation judiciaire chez les Inuit au Canada » 2^e partie (1983) 13:4 Recherches amérindiennes au Québec aux pp. 307-18.

¹⁰ Jefferson, *supra* note 1.

Principaux développements de la justice pénale en milieu autochtone

Les acteurs chargés de l'application du droit pénal, principalement les policiers et les juges, vivront des dilemmes moraux, sociaux et politiques qui se traduiront par une certaine ambivalence dans la manière d'appliquer le droit criminel au cours du siècle. Si le droit criminel a été envisagé dans les projets coloniaux comme un instrument d'intégration, un levier politique dans la soumission des peuples conquis, un outil de civilisation et de pacification, il a parallèlement été appliqué modérément pour des considérations racistes et racisantes. Par exemple, à la suite du procès des îles Belcher¹¹, en 1941, les administrateurs de la justice remettent en question les modalités d'application de l'administration de la justice, et plus particulièrement leur portée. L'infériorité des Autochtones est alors invoquée pour expliquer les effets limités de l'administration de la justice pénale. Les solutions envisagées pour déjouer cette situation sont multiples : amendement du Code criminel, son application minimale ou souple, création de nouvelles sanctions¹², supervision policière accrue et éducation juridique des Autochtones. Associées au principe de l'égalité devant la loi, l'éducation juridique des Autochtones et l'application souple du droit pénal constituent les principes de base sur lesquels repose l'administration de la justice en milieu autochtone au cours du XX^e siècle. Ainsi, l'inclusion des citoyens à une nation est-elle assurée par le principe d'égalité devant la loi, un principe consacrant un rapport d'assujettissement des citoyens à l'État.

Nous émettons l'hypothèse que, paradoxalement, les critères racisants invoqués pour justifier des modalités d'application différentielle du droit pénal ont créé non seulement les conditions de la survivance des principes coutumiers en matière de résolution de conflits chez les Autochtones, mais encore celles du transfert des pouvoirs dans la gérance des questions de justice puisque c'est sur la base de cette survivance que les leaders légitiment leurs revendications de rapatriement des pouvoirs dans le secteur de la justice pénale.

Au Canada, le livre blanc du gouvernement Trudeau, en 1969, prévoyant l'abolition de tout statut spécial reconnu aux Autochtones, a précipité l'organisation d'un mouvement autonomiste autochtone pan-canadien. Ce mouvement s'est institutionnalisé et renforcé par la création d'associations

¹¹ Le procès des îles Belcher concerne un cas de fanatisme religieux dans lequel neuf Inuit vont périr. Selon A. Goyette, la raison principale pour laquelle le système de justice tient à se déplacer, dans ce cas, vient de la grande publicité qui a entouré cette série de meurtres. En fait, le système de justice cherche à rassurer l'opinion publique par son intervention. Voir A. Goyette, *L'administration de la justice au Nouveau-Québec inuit : de l'évolution d'une justice imposée*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 1987 [non publié].

¹² La création de nouvelles sanctions, envisagée par Cory, un administrateur nordique, est suggérée au sous-ministre de la Justice le 22 juin 1945. Cory recommande de procéder à l'humiliation devant la communauté; en cas de meurtre, le coupable pourrait être fouetté publiquement. Dans les cas d'offenses mineures, l'allocation familiale pourrait être suspendue, *ibid.*

locales et nationales¹³. Les gains politiques des Premières nations ont été importants puisque non seulement les orientations prévues dans le livre blanc ne seront jamais appliquées mais qu'en plus, la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans sa section 35 alinéa 1 reconnaît et confirme « les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada »¹⁴.

Parallèlement à ce mouvement de reconnaissance des statuts juridiques des Premières nations vient se greffer un mouvement d'identification et de sensibilisation aux problèmes sociaux et de criminalité dans les communautés autochtones. Comme nous allons le voir, ce mouvement est crucial pour comprendre les politiques et les orientations dans l'application du droit pénal en milieu autochtone.

En 1967, un premier rapport portant sur l'application de la justice pénale en milieu autochtone identifie un certain nombre de problèmes et de difficultés, dont la sur-représentation des Autochtones dans les prisons et pénitenciers au Canada¹⁵ et l'extension des services policiers dans les réserves et bandes indiennes¹⁶. L'application de la loi dans les communautés autochtones est, en effet, considérée comme difficile, en raison du contexte politique, social, économique et juridique. Pour pallier à ces difficultés, les auteurs du rapport recommandent la mise sur pied de services policiers « spéciaux et décentralisés » tout en recommandant la participation des Autochtones à ces services. En 1971, le ministère des Affaires indiennes et du Nord¹⁷ obtient l'autorisation du Conseil du Trésor d'établir un programme visant à augmenter le nombre de policiers dans les réserves. La fonction d'agents de police des bandes est créée, dont le mandat principal est de soutenir les agents de police réguliers. Il faut attendre le dépôt d'un rapport en 1973 par le ministère des Affaires indiennes et du Nord¹⁸ pour que les questions relatives aux services policiers en milieu autochtone resurgissent. Même si plusieurs voies sont examinées, (dont le développement de corps policiers dits autonomes), l'orientation retenue à ce

¹³ A titre d'exemples, Femmes autochtones du Québec est fondée en 1974, l'Assemblée des Premières nations en 1980, le *Metis National Council* en 1983.

¹⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹⁵ Cette sur-représentation sera dès lors sans cesse réitérée, confirmée et constituera l'angle principal à partir duquel recherches, politiques et pratiques en matière de justice pénale en milieu autochtone seront construites. Viennent s'ajouter un nombre considérable d'études soulignant les problèmes de violence familiale, d'alcoolisme, de toxicomanies et de suicides que les communautés autochtones vivent au quotidien.

¹⁶ Canada, Association correctionnelle du Canada, *Les Indiens et la Loi*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.

¹⁷ Le ministère des Affaires indiennes et du Nord détient le mandat de surveiller les ententes en matière de services de police jusqu'en 1992. En 1992, ce mandat est transféré au ministère du Solliciteur général. Voir 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 Canada, 1996 [ci-après Commission royale sur les peuples autochtones].

¹⁸ Canada, *Rapport du maintien de l'ordre dans les réserves indiennes*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1973.

moment là, est le développement d'un corps de police autochtone (un programme de constables dits spéciaux) au sein des services policiers de l'État. La même année, le programme de gendarmes spéciaux autochtones de la GRC débute, ouvrant la voie à l'extension de programmes similaires dans d'autres corps policiers du pays au cours des années 1970¹⁹.

Les motivations liées à l'établissement d'une force constabulaire dite « spéciale » s'insèrent dans des logiques voulant répondre à des intérêts polarisés dans le rapport de force entre l'État et les Autochtones: l'intérêt de l'État (et plus précisément celui des forces de l'ordre étatique), est de diminuer les tensions entre forces policières et communautés autochtones, de réduire la criminalité, d'infléchir sur les taux alarmants de sur-incarcération des Autochtones, de favoriser l'éducation juridique des Autochtones et de diminuer le racisme et les préjugés des policiers « blancs » ; l'intérêt des Premières nations (du moins tel que reconstruit par les instances gouvernementales) est d'obtenir de meilleurs services policiers, adaptés à leurs traditions culturelles et d'encourager la participation des Autochtones aux institutions de l'État. Aussi pouvons-nous considérer les fonctions dévolues au développement de forces constabulaires autochtones comme politiques de pacification (répondre aux revendications des Autochtones et atténuer les conflits), comme préventives (réduire la criminalité et la sur-criminalisation des Autochtones) et culturelles (renforcer les traditions autochtones). Il est possible d'établir un parallèle entre le développement des programmes de constables autochtones et la politique du multiculturalisme. Dès 1970, le gouvernement canadien met en oeuvre une politique de multiculturalisme, axée sur la reconnaissance des diversités insérées dans le giron national. Cette politique incite les corps policiers à s'engager vers des pratiques de recrutement actives de représentants de groupes minoritaires afin de « refléter la diversité canadienne ». Le même type d'argumentation est invoqué dans les divers rapports et études vantant les avantages de recruter des représentants de groupes minorisés au sein des forces de l'ordre étatique²⁰. Les Autochtones sont ainsi le reflet de cette diversité, à la différence près que leur rapport historique à l'État-nation canadien a transformé les groupes autochtones en requérants légitimes de droits et de pouvoirs.

Dans le mouvement d'implantation de corps policiers autochtones qui s'est amorcé dans les années 1970, les agents de police de bande ou les forces constabulaires spéciales disposent de pouvoirs réduits : application des

¹⁹ Sont en effet créés les programmes suivants, pour n'en citer que quelques uns: programme d'agents de police des Premières nations de l'Ontario (1975), programme de constables spéciaux de la Sûreté du Québec (1978), police amérindienne du Québec (1978), création des *Peacekeepers* de Kahnawake (1979). Voir R. Depew, *Les services de police aux Autochtones du Canada : examen de la question*, Ottawa, Solliciteur général du Canada, 1986 ; voir aussi Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 17.

²⁰ Voir M. Jaccoud et M. Felices, « Ethnicization of Canadian Policing » (1999) 14:1 *RCDS/CJLS* 83-100.

règlements locaux (règlements municipaux), pouvoirs confinés au territoire de la réserve, pouvoirs d'enquête restreints aux délits mineurs. Depuis que les ententes en matière de services de police sont sous la responsabilité du Ministère du Solliciteur général (1992), les programmes de police autochtone se sont uniformisés²¹. Mais à l'heure actuelle, certains policiers autochtones ne détiennent toujours pas le statut d'agents de la paix (cas notamment du service tribal Dakota-Ojibwa du Manitoba). Et même si les pouvoirs des policiers autochtones se sont élargis, ils doivent appliquer les lois et règlements prévus par les juridictions de l'État et relèvent de deux autorités distinctes, le conseil de bande et le gouvernement²².

Dans les années 1980, et parallèlement au développement de forces constabulaires autochtones, diverses initiatives visant à adapter le système de justice aux « particularités » des Premières nations se mettent en place. Deux types d'actions sont considérées : la formation du personnel de justice non autochtone aux réalités autochtones (par le biais de programmes et cours de sensibilisation) et l'adaptation des Autochtones au système de justice étatique (par le biais de formations au système de justice mais aussi par la création de structures mitoyennes telles que les conseillers para-judiciaires, qui sont chargés de conseiller et d'informer les justiciables autochtones). Ces initiatives sont toujours en vigueur.

En 1991, le gouvernement fédéral adopte une politique connue sous l'appellation d'*Initiative relative à la justice applicable aux Autochtones*²³ en vue de trouver des solutions aux problèmes récurrents (sur-représentation dans les prisons et pénitenciers, incompréhension et résistances des Autochtones à l'égard du système de justice étatique). En 1996, cette politique est reconduite sous le nom de *Stratégie de la justice appliquée aux Autochtones*²⁴. Dans le cadre de cette politique, le ministère de la Justice se voit, entre autres, confier le mandat d'assurer le développement de l'administration de la justice en vertu de la politique relative à l'autonomie gouvernementale des Autochtones²⁵. L'orientation préconisée est de renforcer les initiatives favorisant la participation, l'autonomie et la déjudiciarisation des Autochtones (jeunes et adultes). Cette « stratégie nationale » est d'ailleurs fortement teintée par l'invitation de nombreux rapports et comités d'enquête²⁶ sur l'administration de la justice en milieu

²¹ Le gouvernement fédéral a adopté en juin 1991 la *Politique sur la police des Premières Nations*. Ce programme est administré par le ministère du Solliciteur général depuis 1992 et repose sur un modèle de partenariat. Des ententes tripartites (gouvernements fédéral, provinciaux et communautés autochtones) sont négociées pour assurer l'application et le développement de services de police dans les communautés autochtones.

²² Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 17.

²³ Justice Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1991.

²⁴ Justice Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996.

²⁵ Association canadienne de justice pénale, *Les Autochtones et le système de justice pénal*, Ottawa, Association canadienne de justice pénale, 2000.

²⁶ Voir entre autres Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra* note 17 ; Commission de réforme du droit du Canada, *Les peuples autochtones et la justice pénale*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada 1991 ; Québec, Rapport du

autochtone recommandant de procéder au transfert, total ou partiel, des pouvoirs en matière de justice aux peuples autochtones. C'est dans cet esprit que la nomination de juges de paix autochtones est encouragée, nomination d'ailleurs prévue dans une disposition de la *Loi sur les Indiens* antérieure à la Confédération²⁷. En effet, l'article 107 de la *Loi sur les Indiens* prévoit la nomination de juges de paix spéciaux et la création de tribunaux sur le territoire de la réserve²⁸. Les collectivités Mohawk de l'Ontario et du Québec ont été les premières à faire valoir cette disposition pour revendiquer la création d'un tribunal autochtone²⁹. Il convient toutefois de rappeler qu'en vertu de cette disposition, les pouvoirs des juges de paix sont restreints aux infractions relatives aux règlements municipaux, à celles du *Code criminel* concernant la cruauté envers les animaux, aux voies de fait simples, à l'introduction par effraction et au vagabondage. De plus, la nomination des juges de paix n'est pas confiée au Conseil de bande mais au Ministère des Affaires indiennes, sur recommandation du Conseil de bande. En fait, en vue d'élargir les compétences des juges de paix autochtones, les pouvoirs publics et les communautés autochtones se sont appuyés sur les dispositions provinciales concernant les tribunaux judiciaires³⁰. Les juges de paix peuvent ainsi entendre des procédures avant procès, déterminer la peine à infliger à une personne reconnue coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire aux termes du *Code criminel*, fixer le cautionnement, mettre des détenus en liberté sous caution, recevoir des dénonciations et émettre des mandats de perquisition.

L'adaptation des pratiques sentencielles à la spécificité attribuée aux peuples autochtones est une approche que l'administration de la justice a privilégiée tout au cours de son rapport aux Premières nations. Si, comme nous l'avons mentionné, cette adaptation a été au départ motivée par des considérations racistes, elle sera par la suite privilégiée au nom de principes fondés sur le respect de la spécificité culturelle. Ainsi, les juges oeuvrant dans les premières cours itinérantes s'efforceront, tout en étant contraints de respecter le principe constitutionnel de l'égalité civique, de trouver des moyens de tenir compte de la spécificité des Autochtones en appliquant des

comité consultatif sur les Autochtones et la justice au Québec, *La justice pour et par les Autochtones*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1995 ; ainsi que le Rapport d'enquête sur la justice au Manitoba dans A.C. Hamilton et C.M. Sinclair, *The Justice System and Aboriginal People : Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, Winnipeg, Queen's Printer, 1991.

²⁷ S.C. 1876, notamment 39 Victoria, c. 18, art. 70.

²⁸ A l'origine, cette disposition visait à faciliter l'assimilation des Autochtones par la nomination d'un juge de paix autochtone, nommé par le gouvernement, chargé de faire respecter l'ordre une fois les Autochtones installés dans la réserve, voir Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 17 à la p. 113.

²⁹ Le tribunal de Kahnawake existe depuis 1974, *ibid.* à la p. 114.

³⁰ Certaines provinces et territoires ont adopté des lois particulières pour développer des programmes de juges de paix autochtones. Au Québec, ce type d'initiative est encore très limité puisque cette province compte moins d'une dizaine de juges de paix dont trois en territoire inuit.

sentences non privatives de liberté (travaux communautaires notamment) ou en consultant, par exemple, un conseil des Aînés avant le prononcé de la sentence. Au début des années 1990, des juges ont mis en oeuvre un processus de consultation et de participation de la communauté dans la détermination de la sentence, mieux connu sous le nom de cercle de sentence ou cercle de détermination de la peine³¹. La formalisation de ces pratiques d'adaptation des sentences s'est concrétisée par l'adoption, le 3 septembre 1996, de l'article 718.2(e) du *Code criminel* dans lequel il est stipulé que la détermination de la peine doit 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 »³². En 1999, la Cour suprême du Canada rendait le premier jugement interprétant l'article 718.2(e), où elle invite les juges à 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 »³³. Deux types de « circonstances particulières » sont identifiés : les facteurs systémiques ou historiques distincts (la discrimination systémique) et l'héritage autochtone. L'adoption de l'article 718.2(e) vise à pallier au problème endémique de la sur-représentation des Autochtones dans les institutions d'enfermement tout en invitant les juges à appliquer des pratiques sentencielles se voulant plus respectueuses des traditions autochtones.

Ce bilan du développement de la justice pénale en milieu autochtone serait incomplet si l'on omettait de mentionner les nombreuses initiatives qui s'insèrent dans le développement de la justice réparatrice. De nombreux programmes de déjudiciarisation (tant pour les adultes que pour les mineurs)³⁴ sont implantés et se distinguent des programmes pour non-Autochtones par leur caractère moins restrictif. En effet, les initiatives de non judiciarisation appliquées aux Autochtones tendent à englober des infractions plus larges. Sur le plan légal, elles relèvent du système de justice pénale canadien et particulièrement des mesures de rechange prévues dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*³⁵ et celles, plus récentes (1997), du *Code criminel*. Or, ces programmes restent discrétionnaires. Des comités de

³¹ Concrètement, les participants (des membres de la communauté) sont assis en cercle avec le juge, l'accusé et la victime pour exprimer et partager leurs points de vue sur le conflit afin d'arriver à une décision (recommandation) qui puisse guider le juge dans le prononcé de la sentence. Habituellement, les cercles incluent la participation (ou la présence) de vingt à trente personnes. Pour une analyse plus détaillée des principes et modalités des cercles de sentences, voir M. Jaccoud, « Cercles de guérison et cercles de sentences : une justice réparatrice ? » (1999) 32:1 *Criminologie* 79-105 [ci-après *Cercles de guérison et cercles de sentences*].

³² Cet article s'insère dans la nouvelle partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C.1985, c. C-46, relative à la détermination de la peine.

³³ *R. v. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 [ci-après *Gladue*].

³⁴ Notons à titre d'illustrations les programmes de camps forestiers pour les jeunes contrevenants, les cercles de guérison, les conférences familiales.

³⁵ 1985, c. Y-1.

justice sont également implantés, notamment au Québec, afin de transférer aux communautés autochtones des pouvoirs de résolution de conflits et de gestion des infractions (généralement mineures) en favorisant des mécanismes tels que la médiation ou les cercles de règlement des différends.

Enfin, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*³⁶ est la seule loi en matière correctionnelle qui renferme des dispositions favorisant la prestation de services spécifiques aux clientèles autochtones. Les services correctionnels canadiens ont engagé des agents de liaison autochtones et offrent des services de spiritualité dans leurs établissements. Des centres correctionnels³⁷ et des maisons de transition pour Autochtones ont également vu le jour dans certaines provinces. La Commission nationale des libérations conditionnelles a récemment créé des « cercles de mise en liberté » ou « audiences avec l'aide la communauté »³⁸.

Vers un transfert des pouvoirs ?

Selon Morse³⁹, les agencements entre le droit du colonisateur et celui des colonisés peuvent aller du simple *rejet* des systèmes de droit et de justice autochtones à la séparation, en passant par *l'incorporation* du droit autochtone au droit du colonisateur ou par une certaine *coopération* entre les deux. Si Morse estime que le Canada s'insère dans un modèle de coopération, nous croyons pour notre part que les développements de la justice pénale en milieu autochtone indiquent que le Canada s'est orienté vers un modèle de rejet des principes de droit des peuples autochtones puisqu'aucun de ceux-ci n'a modifié le contenu du droit pénal étatique. Il faut admettre cependant que l'État, dans le secteur pénal, a été profondément et constamment déchiré entre l'exigence de maintenir ses frontières juridiques et politiques et celle de reconnaître un statut distinct aux Premières nations, une reconnaissance que les peuples autochtones ont acquise à force de luttes politiques, juridiques et sociales. Cette double contrainte est à l'origine du choix politique du Canada qui a préféré *adapter la pratique du droit pénal étatique* en milieu autochtone plutôt que d'en modifier le contenu. L'exclusion des principes de droit des Peuples autochtones reste donc modérée ou limitée dans la mesure où l'État a consenti à l'expression de certaines formes de particularismes. D'ailleurs,

³⁶ 1992, c. 20.

³⁷ Le premier centre de détention pour femmes autochtones, sous responsabilité fédérale, le centre Okimaw Ohci, à Maple Creek en Saskatchewan, compte 60% de personnel autochtone.

³⁸ Au moins six cercles de ce type ont été expérimentés jusqu'à ce jour dans les Prairies. Les participants au cercle communiquent des informations susceptibles d'éclairer les décisions des commissaires quant au moment et aux conditions idéales de mise en liberté. Voir Canada, Commission nationale des libérations conditionnelles, *Services correctionnels aux autochtones : l'innovation s'impose au nom des droits de la personne*, en ligne : http://www.npb-cnlc.gc.ca/infocntr/aborig_f.htm, 2001.

³⁹ 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, 1988 aux pp. 101-20.

LaPrairie⁴⁰ identifie quatre principes organisateurs de l'application de la justice en milieu autochtone : le « principe d'équité », le « principe d'égalité », le « principe du droit de participation des Autochtones en matière de justice » et le « principe de la différence culturelle ». Pour sa part, Rouland⁴¹ souligne le déploiement de trois types d'innovation, lesquels découleraient de la volonté de l'État à adapter son système juridique et son organisation judiciaire : le premier type consiste à attribuer des fonctions nouvelles à des organes « para-traditionnels »⁴², le deuxième à attribuer des fonctions anciennes à des organes nouveaux⁴³ et le troisième à créer des institutions qualifiées de « système médiateur assimilatoire »⁴⁴, des innovations qui, selon Rouland, auraient, sous le couvert de l'adaptation, précipité l'assimilation des Autochtones au système de droit de l'État.

En fait, l'évolution des rapports entre l'État et les Autochtones dans le secteur de la justice pénale indique que l'incorporation des Autochtones au système de droit du colonisateur est la prémisse fondatrice de toutes les initiatives qui ont été développées à ce jour. Et c'est à partir d'elle que les politiques et pratiques d'adaptation ont été privilégiées. Nous l'avons vu, les considérations pour lesquelles celles-ci se mettent en place se sont transformées au cours du siècle : l'adaptation des pratiques du droit pénal est d'abord motivée par les représentations racisantes que les justiciers euro-canadiens ont des Autochtones, qu'ils considèrent comme trop « primitifs » pour comprendre le système de droit du colonisateur ; elle est ensuite et pendant longtemps motivée par une vision culturaliste (le principe de distinction culturelle dont parle LaPrairie) des Autochtones. Ce n'est que récemment qu'une perspective plus structurelle imprègne les politiques et les pratiques d'adaptation ; les modifications de la partie du *Code criminel* incitant les juges à considérer le statut d'Autochtone comme un critère de différence dans la détermination des sentences sont éloquentes, surtout à la suite du jugement rendu par la Cour suprême : la pratique sentencielle doit être distincte (c'est-à-dire moins punitive ou excluante) au nom des préjudices que les Premières nations ont subis et qu'il convient désormais d'atténuer, voire de réparer.

Notons aussi que la politique d'adaptation du droit pénal étatique et de ses institutions s'est constituée à double sens puisque l'État souhaite agir sur

⁴⁰ C. LaPrairie, « La justice pénale chez les Autochtones du Canada. Principes et pratiques » (1989) 13:1 *Anthropologie et Sociétés*, 143-54

⁴¹ Rouland, *supra* note 9 à la p. 310.

⁴² Les autorités locales des communautés joueraient un rôle de filtre vis-à-vis du système de justice étatique, utilisant des modes traditionnels de résolution dans certains conflits ; en cas d'échec, ils renverraient ces situations devant les autorités judiciaires étatiques. Voir Rouland, *supra* note 9.

⁴³ Ainsi, la police autochtone, une organisation relativement récente, utiliserait son pouvoir discrétionnaire pour déjudiciariser certaines situations, *ibid.*

⁴⁴ C'est entre autre l'exemple des conseillers para-judiciaires, institutionnalisés dans les années 1980 et jouant un rôle de conseiller juridique auprès des justiciables. Aussi, les conseillers para-judiciaires contribuent-ils à l'assimilation des principes et du fonctionnement du droit euro-canadien, *ibid.*

les acteurs situés aux deux pôles de la relation. On retrouve en effet des initiatives visant l'adaptation des Autochtones au système de justice étatique (notamment par la formation ou par l'institution de conseillers para-judiciaires) et d'autres visant l'adaptation des justiciers non-autochtones aux modes et aux principes de vie des communautés autochtones (par la formation ou des cours de sensibilisation aux us et coutumes autochtones ou par l'insertion des Autochtones dans le système de justice, mieux connue sous l'appellation de « politique d'autochtonisation »). Si la politique d'autochtonisation constitue une façon de transformer les institutions de l'État ou tout au moins le rapport de ces institutions aux groupes minorisés, elle a bien entendu pour enjeu ou pour effet l'assimilation des Autochtones au système de justice étatique⁴⁵. Précisons que la politique d'autochtonisation a procédé de deux manières : par l'insertion des Autochtones dans les appareils de l'État, d'une part, et par la création d'institutions parallèles, mais contrôlées par l'État, d'autre part. Par ailleurs, il faut noter que les initiatives pour inclure des Autochtones dans les appareils d'État se distinguent par le type de pouvoir concédé puisque les Autochtones disposent de pouvoirs décisionnels dans certaines d'entre elles (cas des constables spéciaux ou du personnel correctionnel autochtones), de pouvoirs de consultation dans d'autres (cas des cercles de sentence ou de mise en libération conditionnelle). Quant aux initiatives procédant par la création d'institutions parallèles, les pouvoirs y sont décisionnels (cas de la police autochtone, des tribunaux, des juges de paix autochtones, des comités de justice) ou hybrides, c'est-à-dire décisionnels et consultatifs (cas des cercles de guérison juxtaposés aux cercles de sentence)⁴⁶.

Dans ce contexte, faut-il conclure que l'État s'est orienté vers une politique de transfert des pouvoirs en matière de justice pénale aux communautés autochtones ? Les politiques d'adaptation ne sont pas des politiques de transfert de pouvoirs mais des principes de gestion des rapports entre l'État et les Autochtones visant à atténuer les effets de l'incorporation et de l'assimilation des Autochtones, les résistances et les revendications des Autochtones faisant partie intégrante des effets que l'État cherche à « contenir » pour maintenir la cohésion de ses frontières juridiques et nationales. Par contre, l'adaptation procédant par l'autochtonisation du système de justice pénale (insertion des Autochtones au sein des appareils d'État et création d'institutions parallèles) a permis de définir les paramètres d'un transfert partiel de pouvoirs. En effet, un policier, un juge de paix, un tribunal, un comité de justice autochtone, même intégré au système de droit étatique (et donc tenu d'appliquer des normes juridiques de l'État), dispose d'une marge de manœuvre et d'un pouvoir décisionnel réels. Mais ces

⁴⁵ Voir à cet égard P. Haveman « The Indigenization of Social Control in Canada » dans R.A. Silverman et M.O. Nielsen, dir., *Aboriginal Peoples and Canadian Criminal Justice*, Toronto, Butterworths, 1992 aux pp. 111-19

⁴⁶ Voir *Cercles de guérison et cercles de sentences*, supra note 32.

pouvoirs sont limités par la prémisses fondatrice – l’incorporation juridique et nationale des Autochtones – notamment en ce qui a trait à la capacité des Peuples autochtones à énoncer leurs propres normes juridiques (leur marge de manœuvre se limitant alors à l’élaboration de règlements municipaux, règlements qui par ailleurs doivent être conformes aux chartes et autres lois et règlements). Ces pouvoirs sont également limités par la nature des infractions que les communautés autochtones sont habilitées à gérer. En effet, toutes les initiatives concédant aux communautés autochtones des pouvoirs de gestion de la criminalité sont orientées vers une criminalité relativement mineure.

Le processus de transfert de pouvoirs en matière de justice pénale qui s’est amorcé à partir des années 1990, même s’il coïncide ou satisfait les agendas politiques (ceux des leaders autochtones tout comme ceux des agents gouvernementaux), participe d’un mouvement plus général de communautarisation de la justice pénale ou de celui d’une dépenalisation de certains conflits, le traitement desquels est ainsi transférés vers des instances communautaires plus ou moins formelles. Les enjeux de tels transferts sont éminemment économiques et s’insèrent dans une stratégie de réduction des dépenses publiques, de responsabilisation accrue des citoyens dans la lutte contre la criminalité et de déploiement de stratégies de prévention que l’État délègue et/ou partage avec la communauté des citoyens. Mais la responsabilisation de la collectivité dans la gestion de la criminalité participe-t-elle de son autonomisation (« *empowerment* »)? Une collectivité s’étant vue confier la gestion de conflits est-elle détentrice de pouvoirs ? En fin de compte, transférer des responsabilités à une communauté équivaut-il à un transfert de pouvoirs ? Dans le cas des communautés autochtones, les transferts de gestion en matière de conflits et de délits (mineurs) participent, de façon évidente, à une reconstruction identitaire et politique en permettant la valorisation des traditions et savoirs autochtones en matière de résolution des conflits. Mais, comme l’ont souligné certains observateurs, ces transferts de responsabilité ne se concrétisent pas sans difficulté⁴⁷. L’absence de ressources, humaines et financières, et l’ampleur des problèmes sociaux viennent neutraliser la capacité des communautés autochtones à reprendre en main leur destinée. L’essoufflement, le découragement, les taux de roulement du personnel (professionnel et bénévole) et le manque de formation sont autant de conditions limitant les potentialités des communautés à actualiser les pouvoirs transférés ou concédés dans le secteur de la justice pénale. Les résistances des Autochtones eux-mêmes et particulièrement celles des femmes constituent des freins non négligeables

⁴⁷ Voir en particulier C. LaPrairie, « The ‘new’ justice : Some implications for aboriginal communities » (1998) 40:1 *Revue canadienne de criminologie*, 61-79 et R. Linden, et D. Clairmont, *Pour un résultat positif : Planification et évaluation des projets de mise sur pied de services correctionnels communautaires et de réconciliation dans les collectivités autochtones*, Ottawa, Solliciteur général, 1998.

au rapatriement des pouvoirs au sein des communautés. Les associations nationales de femmes autochtones ont dénoncé publiquement les violences et l'insécurité dans leurs communautés. Elles se sont opposées, lors de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, au développement de système de justice autochtone autonome tant que les protections juridiques (notamment les *Chartes*) ne seront pas garanties⁴⁸. Ajoutons que la tendance au dédoublement des modes de gestion de la criminalité, ce que Bottoms⁴⁹ nomme la « *twin track policy* », à savoir la tendance de l'État à reléguer la gestion de la petite criminalité et celle d'incivilités de toutes sortes aux communautés tout en maintenant et en renforçant son intervention dans le secteur d'une criminalité considérée comme grave, contribue à entretenir une certaine confusion mais aussi le paternalisme légendaire de l'État à l'égard des Premières nations. Les frontières entre délits mineurs et délits graves sont, certes, objectivables mais restent aussi très subjectives. Les critères de gravité établis par l'État ne coïncident pas toujours avec ceux conçus par les communautés autochtones, tout comme ils ne constituent en aucune façon la mesure d'une capacité collective à régler les conflits. En effet, selon les circonstances, un délit mineur peut s'avérer difficile à gérer dans une communauté alors qu'un autre délit, même grave, peut l'être plus facilement.

Il est difficile à ce stade de déterminer si les politiques de transferts de pouvoirs aux communautés autochtones qui se dessinent depuis les années 1990 reflètent une tendance claire. Car ces politiques se développent parallèlement à celles misant sur l'adaptation du droit et de la pratique judiciaire ainsi que sur la participation des Autochtones. Elles restent dépendantes du principe de l'incorporation des Autochtones au système de droit pénal étatique. Or, dans leur essence, elles s'appuient sur des principes fort différents. L'adaptation, la participation et l'incorporation relèvent de l'assimilation des Autochtones, même si elle est atténuée par l'adoption de principes et pratiques de valorisation culturelle autochtone. En réduisant les conflits structurels à des conflits de culture, l'État parvient à détourner les revendications politiques des Autochtones en concédant des reconnaissances culturelles et parfois folkloristes. Comment, dans ces circonstances, comprendre et concilier le développement de politiques apparemment divergentes dans leur principe : l'État concède des pouvoirs, incorpore, maintient ses frontières juridiques, valorise certains principes culturels, consulte et s'adapte. Est-il cohérent de s'orienter parallèlement vers le développement d'une justice participative, d'une justice autonome et d'une

⁴⁸ Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra* note 17. Voir notamment le rapport produit par l'Association des femmes inuit, Pauktuutit, *Report on a Sentencing Circle in Nunavik*, Ottawa, Pauktuutit, 1994.

⁴⁹ A. Bottoms, « Reflection on the Renaissance of Dangerousness » (1977) 16:2 *Howard Journal of Penology and Crime Prevention* 88.

justice imposée ? Un certain recul sera nécessaire pour mieux évaluer l'impact de ces politiques apparemment contradictoires.

Abstract

The administration of the justice system within Native communities went through several transformations in Canada. Under the pressures of First Nations' claims, the model of imposition has left room for others based on adaptation of practices, participation, consultation and partial power transfers towards Native communities. Such processes of power transfers within the justice field, which started in the 1990's, are part of a more general movement of communitarisation of the penal system or diversion of some conflicts. They are not specific to native communities and limited by several factors, particularly by the founding premisses of the relations between the State and the First Nations, meaning the principle of incorporation of Native Peoples into the law of the State and the socio-economic conditions of Native communities.

Résumé

L'administration de la justice pénale en milieu autochtone a, au Canada, subi de nombreuses transformations. Le modèle de l'imposition a, sous le poids des revendications des Premières nations, laissé place à des modèles d'intervention et d'application fondés sur l'adaptation des pratiques, la participation, la consultation et le transfert partiel de pouvoirs aux communautés autochtones. Les processus de transferts de pouvoirs en matière de justice pénale amorcés à partir des années 1990 participent d'un mouvement plus général de communautarisation de la justice pénale ou d'une dépenalisation de certains conflits. Ces transferts ne sont donc pas propres aux communautés autochtones et restent limités par plusieurs facteurs, notamment par la prémisses fondatrice des rapports entre l'État et les Premières nations, à savoir l'incorporation des Autochtones au système de droit étatique de l'État ainsi que la situation socio-économique des communautés autochtones.

Mylène Jaccoud
Département de criminologie
Université de Montréal
C.P. 6128, Succursale Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7 Canada
mylene.jaccoud@umontreal.ca