



La lumière sur l'arrêt *Gladue* : défis, expériences et possibilités dans le système de justice pénale canadien

Division de la recherche et de la statistique
Ministère de la Justice du Canada

Septembre 2017



Les opinions exprimées ci-après sont celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada ou du gouvernement du Canada.

Sauf avis contraire, le contenu de ce document peut, sans frais ni autre permission, être reproduit en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit à des fins personnelles ou publiques, mais non à des fins commerciales.

Nous demandons aux utilisateurs :

- de faire preuve de diligence afin d'assurer l'exactitude du matériel reproduit;
- d'indiquer le titre complet du matériel reproduit et de l'organisation qui en est l'auteur; et
- d'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et que la reproduction n'a pas été faite en association avec le gouvernement du Canada ni avec l'appui de celui-ci.

La reproduction et la distribution à des fins commerciales sont interdites, sauf avec la permission écrite du ministère de la Justice du Canada. Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le ministère de la Justice du Canada à l'adresse suivante : www.justice.gc.ca

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2017

Table des matières

1. Introduction.....	5
1.1 Objectifs.....	6
1.2 Méthodologie	6
2. Aperçu statistique sur la surreprésentation des Autochtones dans le système correctionnel canadien et réformes législatives pour s’attaquer à ce problème.....	8
2.1 Aperçu statistique.....	8
2.2 Réformes législatives pour s’attaquer au problème de la surreprésentation des Autochtones dans le système carcéral.....	10
2.3 L’arrêt <i>Gladue</i>	11
2.3.1 Facteurs atténuants.....	11
2.3.2 Circonstances aggravantes	12
2.3.3 La Cour d’appel de la Colombie-Britannique.....	12
2.3.4 Cour suprême du Canada.....	12
2.3.5 Réactions à la décision de la Cour suprême.....	14
2.4 Jurisprudence subséquente.....	16
2.4.1 R. c. Ipeelee.....	16
2.4.2 Observations sur l’arrêt <i>Ipeelee</i>	20
2.4.3 Application de l’arrêt <i>Gladue</i> par les cours d’appel du Canada – Cas dignes de mention	22
3. Les défis et les critiques soulevés par l’application de l’alinéa 718.2e) et de l’arrêt <i>Gladue</i> ...	23
3.1 Difficultés d’application	24
3.1.1 La « conciliation » des approches rétributive et réparatrice	24
3.1.2 Le pouvoir discrétionnaire des juges limité par les peines minimales obligatoires.....	28
3.1.3 Ressources inadéquates.....	29
3.1.3.1 La préparation des rapports <i>Gladue</i>	30
3.1.3.2 Manque de peines ou de processus substitutifs appropriés.....	33
3.2 Mesures décisives pour l’application des principes <i>Gladue</i>	34
3.2.1 Incidence sur la collectivité	34
3.2.2 Surreprésentation dans le cadre de la réconciliation.....	35
3.2.3 Occulter les spécificités de genre à l’égard du crime et de la victimisation	38
3.3 Autres considérations.....	42
3.3.1 Application aux délinquants atteints de troubles du spectre de l’alcoolisation fœtale	42
3.3 Application à la mise en liberté sous caution.....	43
4. <i>Gladue</i> dans la pratique : initiatives et programmes exemplaires	46

4.1 Tribunaux spécialisés dans les affaires autochtones	46
4.1.1 Le tribunal <i>Gladue</i> à l'ancien hôtel de ville de Toronto	47
4.1.2 Le tribunal de la Première Nation Tsuu T'ina en Alberta	49
4.1.3 Les tribunaux des Premières Nations de la Colombie-Britannique	50
4.1.4 Le tribunal cri et le tribunal déné en Saskatchewan	50
4.1.5 Cour de justice du Nunavut.....	50
4.2 Programmes d'assistance parajudiciaire aux Autochtones	52
4.3 Autres programmes communautaires axés sur la justice réparatrice	52
4.3.1 Les comités de justice communautaire	53
4.3.2 Cercles de guérison	54
4.3.3 Cercles de détermination de la peine	54
4.3.4 Community Holistic Circle Healing Program à Hollow Water	55
5. Expériences dans les programmes liés à l'arrêt <i>Gladue</i>	56
5.1 Expériences des accusés et des délinquants.....	56
5.1.1 Expériences vécues par les clients du programme de conseil communautaire.....	56
5.1.2 Expériences au tribunal <i>Gladue</i>	57
5.2 Expériences des membres de la magistrature	58
5.2.1 Expériences des juges à l'égard de l'arrêt <i>Gladue</i>	58
5.2.2 Perception des juges à l'égard des programmes de justice réparatrice	58
5.3 Expériences des avocats de la défense liées à l'arrêt <i>Gladue</i>	59
6. Conclusion	59
Jurisprudence	61
Liste de référence	62

La lumière sur l'arrêt *Gladue* : défis, expériences et possibilités dans le système de justice pénale canadien

1. Introduction

Depuis les années 1970, la surreprésentation des peuples autochtones¹ dans le système de justice pénale canadien est un sujet d'inquiétude autant dans les communautés autochtones que dans les milieux gouvernementaux et universitaires. Les nombreuses publications gouvernementales et scientifiques sur ce thème témoignent de l'ampleur de la problématique.

Dans le cadre des modifications au *Code criminel* présentées en 1996, le Parlement a adopté l'alinéa 718.2e); il s'agit d'une disposition réparatrice visant à réduire la surreprésentation des peuples autochtones dans la population carcérale au moyen de la détermination de la peine. En avril 1999, la Cour suprême du Canada a, pour la première fois, interprété l'alinéa 718.2e) dans *R. c. Gladue (Gladue)*, l'affaire d'une femme autochtone condamnée à l'emprisonnement pour l'homicide involontaire de son conjoint de fait.

La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Gladue* a eu d'importantes répercussions sur les personnes et sur les intervenants associés au système judiciaire. Pour atteindre l'objectif et respecter les principes établis dans *Gladue*, un certain nombre de programmes financés par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont été mis sur pied.

Par la suite, l'application de *Gladue* a donné lieu à diverses critiques et a soulevé un certain nombre de préoccupations. En 2012, la Cour suprême a, dans *R. c. Ipeelee (Ipeelee)* réaffirmé son engagement à appliquer les principes énoncés dans *Gladue*, a abordé un certain nombre des critiques qui avaient été formulées et a fait le point sur certaines des préoccupations soulevées.

Malgré l'engagement de la Cour et le nombre grandissant de programmes liés à *Gladue*, la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale est un problème qui persiste et qui s'aggrave et auquel le système de justice pénale canadien doit s'attaquer de toute urgence. Le système de justice, en ce qui concerne les peuples autochtones, continue d'être dans un état de crise (Iacobucci 2013; *Gladue*, au para 64).

¹ Les auteurs du présent article estiment que le terme « autochtone » est l'équivalent moderne du terme « indien ». En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le terme « autochtone » fait référence aux peuples des Premières Nations, aux Inuits et aux Métis du Canada.

Aux fins d'uniformité, le terme « autochtone » est utilisé dans l'ensemble du présent rapport, à l'exception des cas suivants : (1) lorsque le terme « Indien » prend un sens juridique, notamment dans la jurisprudence, (2) lorsque Statistique Canada utilise le terme « identité autochtone » pour recueillir des données, (3) lorsqu'un auteur est cité.

1.1 Objectifs

Étant donné les conséquences des arrêts *Gladue* et *Ipeelee* sur le système de justice pénale canadien, la présente étude a été élaborée afin de répondre aux objectifs suivants :

- (1) Donner un aperçu statistique de la surreprésentation des Autochtones dans le système correctionnel canadien, présenter sommairement les réformes législatives qui ont précédé l'adoption de l'alinéa 718.2e) et donner un aperçu de l'interprétation de la Cour des arrêts *Gladue* et *Ipeelee*;
- (2) Analyser les principaux défis soulevés dans la littérature concernant la mise en application de l'alinéa 718.2e) et des arrêts *Gladue* et *Ipeelee* lors de la détermination de la peine des Autochtones;
- (3) Décrire les initiatives juridiques et les programmes, mis en place conformément aux principes de l'alinéa 718.2e) dans les diverses provinces et territoires du Canada;
- (4) Recenser les études portant sur les expériences des membres du système de justice et des accusés autochtones qui participent aux initiatives du système de justice pour les Autochtones.

1.2 Méthodologie

Une première ébauche du présent rapport a été achevée en 2011. On trouvait dans la première ébauche une recension des ouvrages datant de 1999 à 2010. Des recherches ont été réalisées dans des banques de données² à l'aide des mots-clés *Gladue*, *Aboriginal Justice*, *Aboriginal Court*, *indigenous populations*, *indigenous justice*, *indigenous court*, *criminal justice* et *Aboriginal offender*. De plus, nous avons analysé les sites Web du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux et territoriaux et de leurs partenaires afin de cerner les programmes exemplaires en matière de justice autochtone.

Étant donné que l'arrêt *Ipeelee* de 2012 abordait les critiques et les préoccupations relatives à l'arrêt *Gladue* et que la Cour suprême a fait le point sur la majorité des questions soulevées dans la littérature, la première ébauche du présent rapport a été mise en jour. Le rapport contient maintenant des documents de 2010 à 2016³ qui portent spécifiquement sur les commentaires et les critiques formulés après l'arrêt *Ipeelee* et sur les difficultés pratiques que pose la mise en œuvre des principes énoncés dans *Gladue*. L'arrêt *Gladue* s'appuie sur les expériences ayant trait au Programme de justice autochtone, qui finance et soutient les programmes liés à l'arrêt *Gladue* partout au Canada.

Le présent rapport est divisé en quatre sections. La première section fournit un aperçu statistique de la surreprésentation des peuples autochtones dans le système de justice pénale, des réformes législatives qui ont précédé l'adoption de l'alinéa 718.2e) et des arrêts *Gladue* et *Ipeelee*. La

² Current Contents, psychINFO, Social Work Abstracts, Social Index, Sociological Abstracts, Criminal Justice Abstracts, NCJRS, ProQuest

³ En plus des bases de données susmentionnées, la mise à jour de la première ébauche comprenait Quicklaw, Westlaw et HeinOnline et les recherches dans ces bases de données comprenaient le mot-clé « Ipeelee ».

deuxième section porte sur les principaux problèmes liés à l'application de l'alinéa 718.2e). La troisième section présente des initiatives et des programmes exemplaires liés aux processus de détermination de la peine, à l'imposition de sanctions et aux programmes de réadaptation qui doivent refléter les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue*. La dernière section met en évidence les expériences des personnes accusées et des intervenants du système de justice en ce qui a trait à *Gladue* et aux initiatives et aux programmes de justice autochtone.

2. Aperçu statistique sur la surreprésentation des Autochtones dans le système correctionnel canadien et réformes législatives pour s'attaquer à ce problème

2.1 Aperçu statistique

La surreprésentation des Autochtones dans les milieux correctionnels canadiens a commencé à la fin de la Deuxième Guerre mondiale (Rudin 2008) et demeure une réalité bien documentée si l'on se fie à l'abondance de documentations scientifiques et statistiques sur ce sujet (Ministère de la Justice du Canada 2017). Un bref regard sur les données statistiques récentes démontre que les mesures légales prises pour contrecarrer cette réalité n'ont pas encore donné les effets souhaités. Les Canadiens autochtones continuent d'être emprisonnés à un plus jeune âge que toutes les autres catégories de personnes accusées; ils se voient également refuser plus souvent une demande de libération sous caution, se voient accorder moins souvent une libération conditionnelle et sont donc libérés plus tard, sont plus souvent mis en isolement et placés en détention provisoire et sont plus susceptibles d'être considérés comme des délinquants à risque élevé. Ils sont également plus susceptibles d'avoir des besoins dans les domaines suivants : emploi, intégration dans la collectivité et soutien à la famille (Parkes 2012; Green 2012).

Bien qu'ils représentent seulement environ 3 % de la population adulte au Canada, les adultes autochtones sont surreprésentés en ce qui concerne les admissions dans les services correctionnels provinciaux et territoriaux au Canada; en 2015-2016, ils comptaient pour 26 % des admissions (Statistique Canada 2016). Chez les femmes, 38 % de celles qui ont été admises dans les établissements de détention provinciaux et territoriaux après condamnation étaient des Autochtones, alors que la proportion correspondante des admissions chez les hommes s'identifiant comme autochtones était de 26 % (idem). Dans les services correctionnels fédéraux, les femmes autochtones comptaient pour 31 % de celles qui ont été admises en détention par suite d'une condamnation, tandis que les hommes autochtones comptaient pour 23 % des admissions (idem).

Les écarts entre les taux d'incarcération des Autochtones et ceux des non-Autochtones sont plus prononcés dans certaines juridictions que dans d'autres (voir tableau 1). Par exemple, tandis qu'au Québec la proportion d'Autochtones condamnés à la détention est deux fois plus élevée que leur représentation dans la population québécoise, en Saskatchewan, la proportion d'Autochtones détenus est environ sept fois plus élevée que leur représentation dans la population provinciale. Bien que la surreprésentation des Autochtones adultes dans le service correctionnel soit un problème généralisé dans la plupart des juridictions, et en particulier pour ce qui est de la détention provisoire et de la détention après condamnation, ce problème est plus prononcé dans les provinces de l'Ouest.

Tableau 1 : Représentation (%) des Autochtones adultes⁴ dans les admissions en détention provisoire, en détention après condamnation dans des établissements provinciaux ou territoriaux, en probation et en condamnation avec sursis, selon le secteur de compétence, 2013-2014⁵

	Détention suivant une condamnation	Détention provisoire	Autre détention temporaire
Terre-Neuve-et-Labrador	23,2 %	30,3 %	3 %
Île-du-Prince-Édouard	1,7 %	6 %	--
Nouvelle-Écosse	10 %	12,2 %	12,8 %
Nouveau-Brunswick	9 %	10,5 %	10 %
Québec	3,5 %	5,2 %	1,3 %
Ontario	12 %	13,3 %	6,7 %
Manitoba	77 %	74,6 %	69,3 %
Saskatchewan	78 %	76 %	62,4 %
Alberta	--	--	--
Colombie-Britannique	32,6 %	29,6 %	18 %
Yukon	75,6 %	73,3 %	55 %
Territoires du Nord-Ouest	89 %	88 %	0 %
Nunavut	98 %	96 %	0 %

La situation n'est pas très différente pour les jeunes autochtones. Bien que les jeunes autochtones âgés entre 12 et 17 ans ne représentent que 7 % de l'ensemble des adolescents dans la population générale, en 2014-2015, environ 35 % des jeunes admis dans les services correctionnels étaient des Autochtones (Statistique Canada 017). Les filles autochtones comptaient pour 44 % des adolescentes admises, et les garçons autochtones comptaient pour 29 % des adolescents admis. Bien que la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents prévoit que les tribunaux doivent envisager des solutions de rechange à la détention des jeunes autochtones, en 2015/2016, 54 % des jeunes autochtones dans les services correctionnels ont été admis en détention comparativement à 44% des jeunes non autochtones (idem.). La proportion de jeunes autochtones admis en détention a augmenté au fil des ans : en 2011-2012, 48 % des jeunes autochtones dans le système correctionnel ont été admis en détention; en 2014-2015, le nombre était passé à 52 % (idem).

⁴ L'identité autochtone permet de déterminer si la personne est autochtone et comprend les Indiens de l'Amérique du Nord, les Métis et les Inuits inscrits ou non inscrits.

⁵ Les données proviennent de l'Enquête sur les services correctionnels pour adultes (ESCA) et de l'Enquête intégrée sur les services correctionnels (EISC). L'ESCA et l'EISC sont administrées par le Centre canadien de la statistique juridique (Statistique Canada) en collaboration avec les systèmes correctionnels fédéraux, provinciaux et territoriaux pour adultes qui sont responsables des services correctionnels au Canada. Le nombre de détentions suivant une condamnation dans les provinces et les territoires comprend l'admission de détenus dans des établissements provinciaux et territoriaux ainsi que les détenus fédéraux qui ont été admis dans un système correctionnel provincial ou territorial avant d'être transféré à un pénitencier fédéral.

En somme, le pourcentage d'Autochtones autant jeunes qu'adultes dans les services correctionnels dépasse en général largement leur représentation dans la population générale (voir le tableau 2).

Tableau 2 : Pourcentage d'adultes et de jeunes autochtones admis dans les services correctionnels⁶

	Adultes ⁷	Jeunes ⁸
Population canadienne	3 %	7 %
Détention provisoire	25 %	36 %
Détention après la condamnation en établissement fédéral	25 %	33 %
Peines purgées dans la collectivité	24 %	29 %

2.2 Réformes législatives pour s'attaquer au problème de la surreprésentation des Autochtones dans le système carcéral

En 1996, une importante réforme législative portant sur les procédures de détermination de la peine a été amorcée par le projet de loi C-41, qui est le résultat d'un examen du système de justice pénale effectué par le gouvernement fédéral pendant plus de 10 ans (BCCLA 2014). Les nouvelles dispositions du *Code criminel* ont codifié les objectifs et les principes de détermination de la peine et reconnaissent l'augmentation significative des taux généraux d'incarcération au Canada et le nombre disproportionné d'Autochtones dans les milieux correctionnels (Daubney et Parry 1999). Parmi les nouvelles dispositions, deux sont à noter tout particulièrement : 1) l'introduction de la possibilité de condamnation avec sursis et 2) la mention spéciale en regard de la détermination de la peine des délinquants autochtones. En fait, l'alinéa 718.2e) du *Code criminel* stipule que le tribunal qui impose une peine doit prendre en considération le principe suivant :

e) l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances [...].

Ces modifications étaient, dans une certaine mesure, une réponse aux taux élevés d'incarcération pour les crimes non violents et à l'utilisation fréquente de peines d'emprisonnement pour les Autochtones (Daubney et Parry 1999). Cependant, le projet de loi C-41 ne fournit pas aux juges des lignes directrices précises pour ce qui touche la détermination de la peine. Le Parlement laisse aux tribunaux la tâche de clarifier autant l'utilisation de la condamnation avec sursis, que l'application de l'alinéa 718.2e) :

⁶ Les données proviennent de Juristat 2014-2015.

⁷ Le Service correctionnel du Canada (SCC) et l'ensemble des provinces et des territoires, à l'exception de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans le cas des données sur la surveillance au sein de la collectivité, ont déclaré des données en 2014-2015. Les comptes globaux déclarés couvrent seulement les secteurs de compétence pour lesquels des données étaient disponibles à la fois sur la détention et sur la surveillance au sein de la collectivité.

⁸ Les administrations déclarantes en 2014-2015 comprenaient toutes les provinces et tous les territoires, à l'exception du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Alberta.

[Traduction]

[...] les Cours d'appel examineront les motifs justifiant les peines et leur lien avec les énoncés de principes et les missions des tribunaux inférieurs de sorte que, pendant une certaine période, le développement de la jurisprudence en appel pourrait donner les directives recherchées par les défenseurs des directives numériques en matière de détermination de la peine. (Daubney et Parry 1999, p. 45)

L'alinéa 718.2e) a commencé à avoir une incidence sur les décisions judiciaires lorsque la Cour suprême l'a interprété pour la première fois en 1999, dans l'affaire *Gladue*.

2.3 L'arrêt *Gladue*

Jamie Tanis Gladue est née à McLennan, en Alberta, d'une mère crie et d'un père métis. Le 16 septembre 1995, Jamie fêtait son 19^e anniversaire en compagnie de son conjoint de fait, Reuben Beaver, de ses amis et des membres de sa famille. Pendant les célébrations, elle et ses invités ont bu de la bière. Jamie soupçonnait son conjoint d'avoir une liaison amoureuse avec sa sœur aînée, Tara. Elle a fait part de ses soupçons et de son désir de vengeance à ses amis.

Lorsque Tara Gladue est partie, M. Beaver l'a suivie. Jamie Gladue était visiblement en colère contre Beaver et est aussi partie de la fête afin de le trouver. Selon les témoins, elle lui aurait alors proféré des menaces de mort. Elle a fini par trouver Beaver et Tara au moment où ils sortaient de l'appartement de cette dernière.

Quand ils sont rentrés chez eux, Gladue et Beaver se sont disputés et elle l'a attaqué avec un couteau; Beaver est décédé par la suite. Au moment où elle a attaqué son conjoint, Jamie avait entre 155 et 165 mg d'alcool par 100 ml de sang, ce qui veut dire qu'elle présentait un degré important d'intoxication.

2.3.1 Facteurs atténuants

Au moment de la détermination de la peine, le juge a pris en considération plusieurs facteurs atténuants :

- (1) l'accusé était une jeune mère;
- (2) elle n'avait pas de casier judiciaire, hormis une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies;
- (3) elle avait le soutien de sa famille;
- (4) pendant le temps qu'elle était en liberté sous caution, elle suivait une thérapie pour son alcoolisme et poursuivait ses études;
- (5) elle avait été provoquée par la conduite et par des remarques insultantes de la victime;
- (6) à l'époque de l'infraction, elle souffrait d'hyperthyroïdie (ce qui peut causer des réactions excessives à des situations émotionnelles);
- (7) elle a montré des signes de remords;
- (8) elle a plaidé coupable.

2.3.2 Circonstances aggravantes

- (1) L'accusée a poignardé la victime deux fois. Le deuxième coup fut porté après que la victime a tenté de fuir.
- (2) Les remarques qu'elle a faites avant et après l'agression faisaient preuve de son intention de causer du mal à la victime.
- (3) Elle n'avait pas peur de la victime.

Le juge de première instance a condamné M^{me} Gladue à trois ans d'emprisonnement compte tenu de la gravité de l'infraction et de l'importance des principes de dénonciation et de dissuasion. Étant donné que M^{me} Gladue et son conjoint, bien que d'origine autochtone, vivaient en milieu urbain (et non « dans une communauté autochtone en tant que telle », *Gladue*, para 18), le juge a estimé qu'aucune circonstance particulière découlant de leur statut autochtone ne devait être prise en compte. En ciblant le caractère très grave de l'infraction, le juge a imposé une peine de trois ans d'emprisonnement et de dix ans d'interdiction de port d'arme.

2.3.3 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

M^{me} Gladue a interjeté appel de la peine de trois ans d'emprisonnement, mais non de l'interdiction de port d'armes pendant dix ans. Parmi les quatre raisons d'appel évoquées, une seule a été retenue : « à savoir si le juge du procès avait omis de prendre en considération les circonstances dans lesquelles elle se trouvait en tant que délinquante autochtone. » (*Gladue*, para 19). L'appelante a aussi présenté de nouveaux éléments de preuve concernant ses efforts pour rétablir ses liens avec la culture autochtone depuis la perpétration de l'infraction (elle avait notamment entamé des démarches pour obtenir son plein statut de Crie).

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge avait tort de considérer que l'alinéa 718.2e) n'était pas pertinent dans ce cas parce que M^{me} Gladue n'habitait pas dans une communauté autochtone. Toutefois, les trois juges de la Cour d'appel ne sont pas arrivés à un consensus par rapport au caractère approprié de la peine attribuée. Deux d'entre eux ont rejeté l'appel, en acceptant l'avis du juge du procès selon lequel le crime avait été suffisamment grave pour justifier la peine d'emprisonnement. Ils ont également refusé de considérer les nouveaux éléments de preuve présentés par l'appelante. Le troisième juge (dissident), a analysé de nombreux rapports parlementaires sur l'alinéa 718.2e) et a parlé en termes favorables des démarches de l'appelante pour conserver ses liens avec la culture autochtone. Selon le juge dissident, la peine de trois ans était excessive, puisqu'on aurait pu utiliser une autre méthode pour favoriser la réinsertion sociale de l'appelante (p. ex. une période de probation sous surveillance). En fin de compte, l'appel de la peine a été rejeté par majorité à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

2.3.4 Cour suprême du Canada

La Cour suprême du Canada devait déterminer si la peine d'emprisonnement de trois ans constituait une application appropriée de l'alinéa 718.2e). D'entrée de jeu, la Cour suprême du Canada a reconnu à la fois le « recours systématique à la peine d'emprisonnement au Canada » (para 53) et « l'ampleur et la gravité du problème » de la surreprésentation des

Autochtones dans les établissements carcéraux canadiens. Les juges ont également affirmé ce qui suit :

« Les chiffres sont criants et reflètent ce qu'on peut à bon droit qualifier de crise dans le système canadien de justice pénale. La surreprésentation critique des Autochtones au sein de la population carcérale comme dans le système de justice pénale témoigne d'un problème social attristant et urgent. » (para 64).

L'objectif ultime de la Cour suprême était d'établir « un cadre d'analyse dont le juge qui détermine la peine pourra se servir dans les cas des délinquants autochtones. » (*Gladue*, para 28). Le cadre en question établit ce qui suit (*Gladue*, para 93) :

1. L'alinéa 718.2e) est une disposition réparatrice qui a pour objet de remédier à la surreprésentation des peuples autochtones dans les établissements carcéraux. Le juge chargé de déterminer la peine est tenu par la loi de donner une force réelle à la disposition et d'utiliser une approche correctrice en matière de détermination de la peine.
2. L'alinéa 718.2e) doit être lu à la lumière de l'ensemble de la partie XXIII du *Code criminel*, qui énonce le but et les principes de la détermination de la peine et qui met l'accent sur l'importance de la réduction du recours à l'incarcération.
3. La détermination de la peine est un processus individualisé et, dans chaque cas, il faut continuer de se demander quelle est la peine appropriée pour tel accusé, telle infraction et telle communauté. Pour les délinquants autochtones, les juges doivent utiliser une méthode d'analyse différente, qui tient compte des éléments suivants :
 - a. les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;
 - b. les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones.
4. Les éléments suivants doivent être examinés pour déterminer la peine appropriée d'un délinquant autochtone :
 - a. Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche correctrice dans la détermination de la peine.
 - b. Les rapports présentenciels devraient fournir les renseignements énumérés aux points (a) et (b) ci-dessus, à moins que le délinquant autochtone ne renonce à cette exigence. Les avocats ont l'obligation d'aider à recueillir ces renseignements.
 - c. Les juges ne devraient avoir recours à l'emprisonnement qu'en dernier recours; en l'absence de solution de rechange à l'incarcération, la durée de la peine devra être soigneusement examinée.
5. L'alinéa 718.2e) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve. Le terme « collectivité » devrait recevoir une définition assez large; par ailleurs, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation d'essayer de trouver une solution de rechange à

l'emprisonnement. L'absence de programme de peines substitutives spécifique à une communauté autochtone n'élimine pas la possibilité pour le juge d'imposer une peine qui tienne compte des principes de justice corrective et des besoins des parties en cause.

6. Bien que l'application de l'alinéa 718.2e) signifie parfois qu'un délinquant autochtone se voit imposer une peine moins longue qu'un délinquant non autochtone pour la même infraction, cela ne doit pas être considéré comme un moyen de réduire automatiquement la peine d'emprisonnement des délinquants autochtones. Il ne faut pas présumer non plus que le délinquant reçoit une peine plus légère du simple fait que l'incarcération n'est pas imposée. Puisque les objectifs traditionnels de détermination de la peine (dissuasion, dénonciation et séparation) s'appliquent toujours, il est raisonnable de croire que la période d'emprisonnement sera la même pour les infractions graves ou violentes, qu'elles soient commises par un Autochtone ou non.

Dans l'affaire *Gladue*, la Cour suprême a conclu que le juge qui a déterminé la peine s'est trompé en limitant l'application de l'alinéa 718.2e) aux délinquants autochtones résidant dans une réserve ou dans un milieu rural. De plus, le juge n'a pas tenu compte des facteurs historiques et systémiques qui ont pu avoir une incidence sur les circonstances du crime. Dans le même ordre d'idées, les avocats n'ont pas aidé le juge à obtenir ces renseignements.

De plus, les juges de la Cour d'appel auraient dû analyser les nouveaux éléments de preuve présentés par l'appelante et, si nécessaire, renvoyer la question au juge du procès en lui demandant de prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir des renseignements sur les circonstances particulières de l'appelante en tant que délinquante autochtone.

La Cour a également conclu que le juge devait tenir compte des circonstances aggravantes de l'infraction pour déterminer la peine de l'appelante, comme il le ferait pour tout autre délinquant. Dans le cas de M^{me} Gladue, une peine de trois ans d'emprisonnement était jugée raisonnable.

Enfin, la Cour suprême a fait remarquer que l'appelante avait obtenu une semi-liberté après avoir purgé une peine d'emprisonnement de six mois. Les conditions imposées étaient qu'elle devait habiter avec son père, suivre une thérapie pour son alcoolisme et sa toxicomanie et se conformer à un programme de surveillance électronique. Six mois plus tard, l'appelante a obtenu une libération conditionnelle totale sous les mêmes conditions qui s'appliquaient à sa semi-liberté. La Cour a conclu que les résultats de la peine imposée étaient dans l'intérêt de l'appelante et de la société, et que, pour cette raison, le fait de tenir une nouvelle audience de détermination de la peine pour examiner les circonstances propres à l'appelante en tant que délinquante autochtone n'était pas dans l'intérêt de la justice. L'appel a été rejeté.

2.3.5 Réactions à la décision de la Cour suprême

De nombreuses personnes ont salué la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gladue*, puisqu'elle reconnaissait que le système de justice pénale était un échec en ce qui avait trait aux peuples autochtones (Haslip 2000; Nowlin 2004; Roach et Rudin 2000; Roach 2009) et que les sanctions et les peines imposées devaient tenir compte de la culture autochtone (Drummond 1997; Proulx 2005). Plus particulièrement, la Cour suprême reconnaissait que les facteurs systémiques et historiques devaient être pris en compte pour

déterminer la peine des Autochtones qui résident à l'extérieur des réserves ou qui ne sont pas inscrits (Roach et Rudin 2000; Proulx 2005). De nombreuses personnes ont réagi favorablement à la décision, qui semblait tenir compte de l'importance du contexte social du délinquant dans la détermination d'une peine appropriée (Williams 2008, Cameron 2008, Ozkin 2012). Les juges ont reconnu les effets cumulatifs du colonialisme sur les collectivités autochtones et la façon dont le « racisme largement répandu s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale » (para 61).

Toutefois, à l'instar de l'alinéa 718.2e), qui a suscité la controverse lorsqu'il a été adopté par le Parlement, l'arrêt *Gladue* a suscité des réactions négatives de la part des politiciens. Les politiciens et les médias ont affirmé que l'arrêt *Gladue* était injuste pour les délinquants non autochtones, puisqu'il accordait aux délinquants autochtones une [Traduction] « réduction de la peine fondée sur la race ». Dans le même ordre d'idées, certaines critiques ont affirmé que *Gladue* était incompatible avec le principe de l'harmonisation des peines [alinéa 718.2b)]. Dans le cadre de débats parlementaires, les membres du Bloc Québécois et du parti réformiste ont critiqué l'alinéa en invoquant des motifs d'égalité formelle et ont soulevé le problème de la différence de traitement entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones⁹. Lorsqu'un Autochtone qui avait conduit avec les facultés affaiblies n'a reçu qu'une peine avec sursis, le beau-parent de l'enfant qui avait été tué par le délinquant autochtone a affirmé que [Traduction] « la carte de traité permettait de sortir de prison gratuitement » (Roach et Rudin 2000). Un autre éditorialiste a écrit ce qui suit : [Traduction] « nous estimons que personne ne devrait recevoir de traitement spécial devant les tribunaux en raison de la couleur de sa peau » (Roach et Rudin 2000).

Les tribunaux, qui sont indépendants, sont le troisième volet du pouvoir du gouvernement, mais les commentaires politiques n'influencent pas leurs décisions. L'opposition publique à l'arrêt *Gladue* pourrait nuire aux progrès qui ont été réalisés grâce à cette décision. La critique publique de la décision, qui se fonde sur le principe de l'égalité formelle, laisse croire qu'il faut mieux faire connaître le concept de l'égalité véritable sur lequel reposent les droits à l'égalité, reconnus dans la Constitution. Comme nous l'expliquons dans la section suivante, la Cour a abordé ces critiques dans *R. c. Ipeelee* et a expliqué qu'il faut parfois traiter différemment les délinquants afin de respecter le principe de l'égalité véritable.

Roach et Rudin (2000) font remarquer que l'alinéa 718.2e) est une disposition réparatrice fondée sur le concept d'égalité véritable, mais que la Cour [Traduction] « laisse entendre qu'il faut traiter les délinquants autochtones de façon à la fois différente et semblable » (p. 381). L'arrêt *Gladue* reconnaît que la surreprésentation des Autochtones est un signe que le système de justice pénale est discriminatoire envers les peuples autochtones. C'est pourquoi il faut adopter une méthode de détermination de la peine pour les délinquants autochtones qui tient compte de différents facteurs. Cependant, la Cour mentionne que les délinquants autochtones reçoivent la même peine même lorsque ces facteurs sont pris en compte, surtout dans les cas d'infractions

⁹ Pierrette Venne, députée du Bloc Québécois, a affirmé ce qui suit : « Pourquoi l'emprisonnement ne serait-il pas imposé à l'Autochtone coupable de meurtre, de viol, de voies de fait ou de menaces comme y serait passible tout autre citoyen du pays? Peut-on remplacer tout cela par une justice parallèle, une justice ethnique, une justice culturelle? Où cela devrait-il s'arrêter? D'où vient cette horreur? » (Roach et Rudin 2000).

graves ou violentes. Pour Roach et Rudin, la section la plus ambiguë de l'arrêt *Gladue* a trait à la question de savoir si les mêmes principes s'appliquent aux infractions graves et violentes.

D'autres chercheurs et politiciens se sont demandé pourquoi l'alinéa 718.2e) se penche sur la question de l'origine ethnique plutôt que sur la proportionnalité, principe fondamental de la détermination de la peine (Anand 2000; Stenning et Roberts 2001) et ont cherché à savoir s'il convient de s'attaquer au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements carcéraux au moyen de la détermination de la peine (LaPrairie 1990; Rudin 2005). La Cour suprême aborde ces questions dans *R. c. Ipeelee*.

2.4 Jurisprudence subséquente

2.4.1 R. c. Ipeelee

Treize ans après l'arrêt *Gladue*, deux cas de violation d'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD) ont été portés en appel devant la Cour suprême du Canada. Les cas de Manasie Ipeelee et de Frank Ladue ont été abordés conjointement dans l'arrêt *Ipeelee* de 2012, dans lequel la Cour se penche sur la question de savoir si l'alinéa 718.2e) s'applique aux violations d'OSLD.

Faits de l'espèce

Ipeelee

Manasie Ipeelee était un Inuit de 39 ans qui est né et qui a grandi à Iqaluit, au Nunavut, mais qui vivait à Kingston et qui avait coupé les liens avec sa famille. Sa mère était alcoolique et est décédée quand il était jeune. Il a commencé à boire à 11 ans et a souffert d'alcoolisme; il a eu ses premiers démêlés avec le système de justice pénale à 12 ans. Son dossier criminel pour adulte « démontre une tendance constante [...] à commettre des actes de violence gratuite à l'endroit de personnes vulnérables et sans défense lorsqu'il est en état d'ivresse » (para 9). Il a été identifié comme un délinquant à contrôler en 1999, année où il a sexuellement agressé une itinérante, lui causant des lésions corporelles. Le 20 août 2008, il a été trouvé en état d'ébriété sur la voie publique à Kingston, ce qui constituait une violation de l'OSLD qui lui avait été imposée et qui lui interdisait de consommer de l'alcool.

M. Ipeelee a plaidé coupable à cette accusation. Le juge qui a déterminé sa peine n'a pas accordé beaucoup d'importance à son statut d'Inuit. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que le juge aurait dû tenir compte de son statut d'Inuit, mais a conclu que la peine de trois ans d'emprisonnement était appropriée.

Ladue

Frank Ralph Ladue était un homme de 49 ans qui faisait partie du Conseil de bande Dena de Ross River, une petite collectivité du Yukon. Ses deux parents étaient alcooliques et sont décédés quand il était très jeune. À cinq ans, il a été envoyé dans un pensionnat indien pendant quatre ans, où il affirme avoir été victime de violence physique, sexuelle, émotionnelle et

spirituelle grave. À neuf ans, lorsqu'il est retourné dans sa collectivité, il ne pouvait plus parler sa langue traditionnelle et ne pouvait pas faire part de ses expériences à sa famille; il s'est donc mis à consommer de l'alcool et à adopter des comportements malsains. À l'exception d'une période de six ans, dans les années 1990, où il est resté sobre et pendant laquelle il n'a commis aucune infraction criminelle, M. Ladue a abusé de l'alcool toute sa vie et a également commencé à consommer de la drogue pendant qu'il purgeait une peine dans un pénitencier fédéral.

M. Ladue a été condamné pour une infraction pour la première fois à l'âge de 16 ans. Il a été condamné pour une série d'infractions d'ordre sexuel et a été identifié comme un « agresseur sexuel en série ». Il a également été identifié comme un délinquant à contrôler lorsqu'il a fait irruption dans la maison d'une femme et qu'il l'a agressée. Il devait purger sa peine et se rendre dans une maison de transition de Kamloops, où il aurait eu le soutien d'un aîné autochtone. Il a toutefois été arrêté et détenu le temps qu'un mandat ADN soit exécuté – une erreur administrative de la part des représentants de la Couronne. Par conséquent, il a été envoyé dans une autre maison de transition de Vancouver, malgré le fait qu'il avait accès à de la drogue dans la résidence même et dans le quartier où se situait cette dernière. M. Ladue a violé son OSLD puisqu'une analyse d'urine a indiqué qu'il avait consommé de la cocaïne.

Décision de la Cour suprême

Dans une décision rendue à la majorité, la Cour a conclu que l'alinéa 718.2e) s'appliquait aux violations d'OSLD, a confirmé et précisé les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* et a répondu à un certain nombre de critiques. La peine de M. Ipeelee a été réduite à un an et la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de réduire la peine de M. Ladue à un an a été confirmée.

La Cour a énoncé les principes de la détermination de la peine, qui ont été codifiés en 1996. La détermination de la peine est un processus individualisé qui tient compte de tous les facteurs pertinents et de toutes les circonstances propres à un délinquant. Le principe fondamental de la détermination de la peine est que la peine doit être proportionnelle (1) à la gravité de l'infraction (2) au degré de responsabilité du délinquant. Le principe de la proportionnalité, qui est l'un des principaux éléments du processus de détermination de la peine et qui peut également être décrit comme un principe de justice fondamentale, existe depuis longtemps déjà et est conforme à l'article 12 de la *Charte*. La Cour a précisé que l'arrêt *Gladue* n'établit pas une autre méthode de détermination de la peine qui ne tient pas compte du principe de proportionnalité et a affirmé que les juges doivent plutôt tenir compte de l'arrêt *Gladue* pour déterminer une peine équitable et proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

En d'autres termes, avant que l'alinéa 718.2e) ne soit adopté, les peines imposées aux délinquants autochtones souvent ne respectaient pas le principe de la proportionnalité, parce qu'elles ne tenaient pas compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*. L'arrêt *Gladue* reconnaît l'ampleur du problème de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements carcéraux du Canada (*Ipeelee*, para 58) et l'arrêt *Ipeelee* reconnaît explicitement que le Canada a contribué à ce problème ainsi qu'à sa perpétuation. La Cour reconnaît que le système de justice pénale canadien « n'a pas su répondre aux besoins des peuples autochtones du Canada » (para 57) et souligne que notre système de justice pénale est inapproprié sur le plan culturel et

qu'il exerce une discrimination systématique. La Cour a également précisé que les juges doivent tenir compte des facteurs systémiques et historiques, y compris l'histoire de la colonisation, les déplacements de populations et les pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération (para 60).

Le juge Lebel a abordé ce qu'il estime être des « problèmes fondamentaux d'interprétation et d'application tant de l'alinéa 718.2e) que de notre décision dans l'affaire *Gladue* » (para 63). Plus particulièrement, la Cour a donné suite aux critiques connexes suivantes :

(1) La détermination de la peine n'est pas le moyen adéquat pour s'attaquer au problème de la surreprésentation des Autochtones dans les établissements carcéraux

Bien que le problème de la surreprésentation, qui ne touche pas seulement le système de justice pénale, soit complexe, les juges, en tant que travailleurs de première ligne, jouent un rôle certes limité, mais important (para 69). Les juges ont un pouvoir discrétionnaire et peuvent influencer de façon significative sur l'expérience d'un délinquant au sein du système de justice pénale; ils peuvent également s'efforcer de réduire les taux de criminalité dans les collectivités autochtones, contribuer à la réadaptation des délinquants et s'assurer que les facteurs systémiques ne donnent pas lieu à des peines discriminatoires.

La détermination de la peine vise à promouvoir une société juste, paisible et sûre par l'imposition de sanctions justes qui se conforment au principe fondamental de la proportionnalité. Les sanctions justes « ne sont pas discriminatoires » (para 68). Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* ne « détournent pas » de sa fonction initiale le processus de détermination de la peine pour poursuivre d'autres objectifs » (para 68); ils visent plutôt à s'assurer que les peines des délinquants autochtones ne sont pas discriminatoires et qu'elles remplissent leur fonction fondamentale.

(2) Les facteurs établis dans l'arrêt *Gladue* réduisent les peines de certains délinquants en raison de leur origine ethnique

L'arrêt *Gladue* indique clairement que l'alinéa 718.2e) ne réduit pas automatiquement une peine; certaines personnes affirment toutefois que la plupart des délinquants autochtones ne sont pas condamnés à l'emprisonnement ou reçoivent une peine plus courte à l'issue d'un procès. La réponse de la Cour à ce commentaire comporte deux volets.

Premièrement, il faut absolument tenir compte des facteurs systémiques et historiques propres à un délinquant autochtone pour s'assurer que sa peine est proportionnelle à son degré de responsabilité. Étant donné que la responsabilité criminelle découle d'une action volontaire, il est possible que certains facteurs systémiques et historiques influent sur le niveau de culpabilité morale des délinquants autochtones. Ne pas tenir compte de ces circonstances contreviendrait au principe fondamental de détermination de la peine — la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du

délinquant. Par ailleurs, dans de telles circonstances, « une sanction visant à traiter les causes sous-jacentes de la conduite criminelle peut se révéler plus appropriée qu'une sanction de nature punitive »; en d'autres termes, il peut être plus approprié d'adopter une approche réparatrice en matière de justice.

Deuxièmement, le fait de demander aux juges d'imposer des peines appropriées sur le plan culturel permettra d'atteindre les objectifs de la détermination de la peine de façon plus efficace. L'arrêt *Gladue* tient compte du fait que l'emprisonnement n'est pas une bonne façon de favoriser la réinsertion sociale des Autochtones, puisque les établissements carcéraux sont des milieux inappropriés sur le plan culturel et que les Autochtones y sont souvent victimes de discrimination raciale. L'arrêt *Ipeelee* reconnaît que les Autochtones et les non-Autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes « à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer » (para 74), que ces conceptions diffèrent également d'une collectivité à une autre et qu'un système de justice pénale efficace tient compte de ces différences.

(3) L'arrêt *Gladue* viole le principe de l'harmonisation des peines [décrit à l'alinéa 718.2b)], puisqu'il crée des distinctions injustifiées entre les délinquants qui se trouvent dans des situations comparables

Le commentaire concernant l'harmonisation des peines se fonde sur l'argument selon lequel les délinquants autochtones et non autochtones se trouvent dans des situations comparables, alors que les circonstances et les facteurs historiques des délinquants autochtones sont uniques. En effet, « la pauvreté et les autres cas de marginalisation sociale ne sont peut-être pas uniques; ce qui l'est toutefois, c'est la façon dont des personnes se retrouvent dans de telles situations. Personne au pays n'a un passé comparable à celui des peuples autochtones » (para 77). Par ailleurs, des facteurs historiques et systémiques sont également pris en considération dans le cas de délinquants non autochtones (para 77).

La Cour a affirmé qu'une approche formelle en matière d'harmonisation des peines ne devait pas entraver la nature réparatrice de l'alinéa 718.2e), qui est « d'assurer un traitement équitable des délinquants autochtones compte tenu de leur différence » (Roach et Rudin 2000, p. 380). Étant donné que le Canada est une société diversifiée qui est loin d'avoir atteint l'égalité absolue, un même traitement aura différentes répercussions sur différentes personnes. C'est pour cette raison que la jurisprudence relative à l'article 15 de la *Charte* adopte une approche d'égalité véritable plutôt que l'approche traditionnelle en cette matière et que les programmes d'action positive sont protégés par la Constitution, plus particulièrement par le paragraphe 15(2) de la *Charte*. Étant donné que les circonstances de chaque délinquant traduit devant les tribunaux sont uniques, l'alinéa 718.2b) ne stipule pas qu'il ne doit exister *aucun* écart entre les peines imposées, mais que les écarts doivent être justifiés (paragr. 79). En ce qui concerne les délinquants autochtones, ce sont les facteurs systémiques et historiques qui leur sont propres qui justifient ces écarts.

Par ailleurs, la Cour a précisé que les délinquants ne sont pas tenus d'établir un lien de causalité entre des facteurs systémiques et historiques et l'infraction comme telle. Des facteurs comme le traumatisme intergénérationnel et les répercussions du colonialisme ne justifient pas les comportements criminels, mais doivent être pris en compte pour déterminer une peine appropriée. Enfin, l'alinéa 718.2e) et l'arrêt *Gladue* s'applique à tous les délinquants autochtones sans égard à la gravité de l'infraction. Le fait de ne pas appliquer l'arrêt *Gladue* constitue un manquement aux obligations légales. Ainsi, la peine imposée n'est pas appropriée, puisqu'elle n'est pas conforme aux principes fondamentaux de la proportionnalité.

2.4.2 Observations sur l'arrêt *Ipeelee*

L'arrêt *Ipeelee* a été perçu comme la confirmation et le prolongement de la décision de la Cour dans l'arrêt *Gladue*. Rudin (2012) écrit ce qui suit : [Traduction] « l'analyse contenue dans l'arrêt *Gladue* va au-delà de cette dernière, plus particulièrement parce que la Cour reconnaît les répercussions du colonialisme sur les Autochtones et appuie solidement le principe selon lequel les délinquants autochtones doivent recevoir des peines différentes de celles des délinquants non autochtones » (para 2). Au cours des 13 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Gladue*, la population autochtone dans les établissements carcéraux a continué de croître; l'arrêt *Ipeelee* représente un appel à l'action à l'intention des différents acteurs du système de justice pénale pour qu'ils adhèrent aux principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* (Green 2012; Parkes et collab. 2012). L'arrêt a attiré l'attention sur l'alinéa 718.2e) et a contribué à la création de divers programmes, outils et ressources¹⁰.

La proportionnalité en tant que principe de justice fondamentale

En plus d'aborder les critiques sur l'arrêt *Gladue*, certains auteurs estiment que le fait que la Cour se soit penchée sur la question de la proportionnalité est important et que cela peut donner lieu à de futures contestations, fondées sur la *Charte*, des peines minimales obligatoires (Roach 2012). Le juge Lebel écrit ce qui suit :

« ce principe ne découle pas des modifications apportées au *Code* en 1996; il s'agit depuis longtemps d'un précepte central de la détermination de la peine. [...] Ce principe possède aussi une dimension constitutionnelle, puisque l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée au point de ne pas être compatible avec le principe de la dignité humaine propre à la société canadienne. Dans le même ordre d'idées, on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. » (para 36, non souligné dans l'original).

Certaines personnes estiment qu'en cela une majorité des juges de la Cour suprême enchâssent le principe de la proportionnalité dans la Constitution. Selon certains auteurs, l'arrêt *Ipeelee* accorde une reconnaissance constitutionnelle au pouvoir discrétionnaire lié au processus de détermination de la peine, ce qui pourrait servir de fondement aux contestations en vertu de la

¹⁰ Gevikoglu (2013) se penche sur ce regain d'intérêt envers l'alinéa 718.2e). Le *Gladue Handbook*, élaboré par l'Université du Manitoba, cite l'arrêt *Ipeelee* et affirme qu'il s'agit d'un appel à l'action. La section 4 porte sur les programmes liés à l'arrêt *Gladue*.

Charte des peines minimales obligatoires (Sylvestre 2013). Roach (2012) fait également remarquer que le principe de la proportionnalité pourrait avoir été établi en tant que principe de justice réparatrice; toutefois, la question est de savoir si la déclaration du juge Lebel est une partie de la décision qui a force de loi.

Reconnaissance du contexte social lors de la détermination de la peine

Roach (2012) estime que l'arrêt *Ipeelee* est [Traduction] « une vision de la proportionnalité qui tient davantage compte du contexte et des besoins des délinquants » (p. 231). Le principe fondamental de la proportionnalité est que la peine prononcée doit être fonction de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant. En général, les tribunaux se sont davantage penchés sur la gravité de l'infraction et n'ont pas suffisamment tenu compte du degré de responsabilité du délinquant. Selon Sylvestre (2013), l'arrêt *Ipeelee* indique que l'on s'intéresse davantage au concept de responsabilité partagée ou collective en ce qui concerne les crimes pour lesquels le « degré de responsabilité » du délinquant doit être examiné.

Bien que la théorie relative au droit pénal se soit traditionnellement fondée sur le concept de responsabilité individuelle, Sylvestre affirme que les tribunaux ont [Traduction] « décidé de tenir compte des aspects sociaux, économiques et politiques du crime » (p. 22). Dans l'arrêt *R. c. Nasogaluak* qui concernait un Inuit qui avait été violemment arrêté et détenu, la Cour a précisé que la conduite répréhensible des représentants de l'État avait été un important facteur atténuant au moment de déterminer la peine du délinquant. Sylvestre affirme que *Ipeelee* voit au-delà des cas individuels de conduite répréhensible des représentants de l'État, comme dans l'arrêt *Nasogaluak*, mais examine plutôt le rôle de l'État dans le crime en rapport avec la responsabilité du délinquant :

[Traduction]

« Plus particulièrement, la Cour examine le rôle du système de justice pénale dans son ensemble et de l'État, de façon générale, qui viole les droits fondamentaux de la personne et crée des carences sociales et économiques qui sont source de conflits criminalisés. [...] Cette discussion se fonde sur le concept du “degré de responsabilité” » (p. 7-8).

La Cour ne fait pas seulement remarquer que c'est en raison de l'erreur administrative de SCC que M. Ladue avait été placé dans un milieu où il était susceptible de violer son OSLD, mais aussi que la violation de son OSLD est directement liée à sa dépendance aux produits opiacés, qu'il a commencé à consommer alors qu'il purgeait une peine dans un pénitencier fédéral (para 27-30). Selon Sylvestre, cela montre que le système de justice pénale dans son ensemble est partiellement responsable du crime. Par ailleurs, la décision de la Cour, qui considère que des facteurs historiques et systémiques influent sur le degré de culpabilité, et donc sur le degré de responsabilité, du délinquant, porte à croire qu'il nous faut mieux comprendre les concepts de crime et de responsabilité. Plus particulièrement :

[Traduction]

« un concept de responsabilité qui établit un lien entre les choix d'une personne et la société permet également de mettre l'accent sur la collectivisation des risques et condamne moralement l'ordre social, économique et politique dans lequel s'inscrivent les conflits sociaux » (p. 9).

En d'autres termes, dans *Ipeelee*, la Cour semble vouloir adopter un concept de responsabilité criminelle qui tient compte des circonstances sociales, économiques et politiques dans lesquelles s'inscrit l'infraction et qui permet donc de réduire le degré de responsabilité d'un individu¹¹. Sylvestre affirme qu'il faut également tenir compte du contexte social dans lequel s'inscrit une infraction pour d'autres types de délinquants [Traduction] « victimes du comportement répréhensible de certains représentants de l'État et de discrimination systématique, notamment les personnes pauvres, les itinérants, les immigrants et les minorités raciales » (p. 10). Toutefois, l'approche contextuelle adoptée dans l'arrêt *Ipeelee* n'a pas été adoptée à grande échelle dans les cas ne touchant pas des délinquants autochtones (Ozkin 2012). Par exemple, bien que la Cour d'appel de l'Ontario ait accepté, dans *R. c. Borde*, que [Traduction] « les facteurs systémiques et historiques propres aux Afro-Canadiens pourraient être pris en considération lors de la détermination de la peine si ces facteurs ont un lien de causalité avec le crime », la Cour a conclu que les juges n'étaient pas tenus de prendre en considération des facteurs systémiques et historiques pour déterminer la peine d'un Afro-Canadien.

L'arrêt *Ipeelee* repose tout de même sur le principe de la proportionnalité et établit clairement que [Traduction] « la proportionnalité ne doit pas seulement servir à dénoncer des crimes et à refléter les préoccupations des victimes; elle doit également s'assurer que justice est rendue à l'égard des délinquants » (Roach 2012, p. 230).

2.4.3 Application de l'arrêt *Gladue* par les cours d'appel du Canada – Cas dignes de mention

En plus d'être appliqués aux infractions criminelles, l'alinéa 718.2e) et les facteurs établis dans l'arrêt *Gladue* ont été appliqués dans les cas où la liberté d'un Autochtone était en jeu. Comme il est mentionné dans l'arrêt *Gladue*, les facteurs pertinents devraient être pris en compte par « tous les décideurs qui ont le pouvoir d'influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice¹² ». Voici certains cas dignes de mention :

<i>R. c. Sim</i> , 2005 CanLII 37586 Ont CA	Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> ont été pris en considération par les membres d'une commission d'examen, qui ont jugé que le délinquant autochtone faisant l'objet de la poursuite n'était pas criminellement responsable.
<i>R. c. Jenson</i> , 2005 CanLII 7649 Ont CA	Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> permettent de déterminer les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, même si le délinquant s'est vu imposer une peine d'emprisonnement à perpétuité.

¹¹ Sylvestre suggère que le système de justice pénale favorise la création de conditions qui sont propices aux crimes, plus particulièrement aux infractions relatives à l'administration de la justice. Ce type d'infraction, qui représente 21 % des affaires instruites par les tribunaux criminels au Canada, sont préoccupantes, puisqu'elles criminalisent les comportements qui [Traduction] « ne seraient pas considérés comme criminels s'ils n'étaient pas inclus dans une ordonnance de la cour » (p. 9).

¹² Para 85.

<i>Frontenac Ventures Corporation c. Ardoch Algonquin</i> , 2008 ONCA 534	Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> ont été pris en considération pour déterminer la peine d'Autochtones reconnus coupables d'outrage civil au tribunal après avoir pris part à une manifestation pacifique.
<i>R. c. Sutherland</i> , 2009 BCCA 534	Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> ont été pris en considération pour modifier des ordonnances délivrées en vertu de l'article 161 qui interdisaient au délinquant de se trouver dans un centre communautaire offrant des programmes de réadaptation appropriés sur le plan culturel.
<i>United States c. Leonard</i> , 2012 ONCA 622	Dans une affaire d'extradition concernant un Autochtone canadien, la Cour a conclu que les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> permettaient de déterminer si les circonstances propres à une personne rendaient l'extradition de cette dernière illégale en vertu de l'article 7 de la <i>Charte</i> . Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> devraient également être pris en considération lorsqu'on a recours au pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour déterminer si des poursuites doivent être intentées ou si le délinquant doit être extradé.
<i>R. c. Kokopenace</i> , 2013 ONCA 273	Les facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> ont été pris en considération pour déterminer si l'État a fait des efforts raisonnables pour s'assurer que le jury était composé d'un nombre représentatif d'Autochtones.
<i>Twins c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CF 537 (CanLII)	La Commission des libérations conditionnelles du Canada et sa Section d'appel doivent tenir compte des facteurs établis dans l'arrêt <i>Gladue</i> pour rendre des décisions.

3. Les défis et les critiques soulevés par l'application de l'alinéa 718.2e) et de l'arrêt *Gladue*

En dépit de la décision de la Cour dans *Gladue* et de son appel à l'action subséquent dans *Ipeelee*, les délinquants autochtones perçoivent les principes énoncés dans *Gladue* comme étant inefficaces et appliqués inégalement (Iacobucci 2013; Pfefferle 2008; Roach 2009). Les délinquants non autochtones ont davantage profité de la réforme des procédures de détermination de la peine de 1996 que les délinquants autochtones, et le problème de la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale s'est aggravé depuis l'arrêt *Gladue* (MacIntosh et Angrove 2012, p. 33).

Une étude conduite par Welsh et Ogloff (2008) a évalué l'impact de l'alinéa 718.2e) en analysant un échantillon de 691 décisions concernant la peine, autant avant qu'après l'entrée en vigueur de l'alinéa 718.2e). Dans cette étude, on cherchait à établir à quel point il y avait une corrélation avec le statut autochtone dans la détermination de la peine par les juges. À travers des analyses

de régression hiérarchiques, l'étude a conclu que le statut autochtone seul ne permet pas vraiment de calculer la probabilité de recevoir ou non une peine privative de liberté liée aux circonstances aggravantes et atténuantes ou aux objectifs de la peine cités par les juges. En revanche, des facteurs aggravants ou atténuants, comme la gravité de l'infraction, les antécédents criminels et le plaidoyer du délinquant, étaient liés de près à la détermination de la peine.

Welsh et Ogloff (2008) laissent entendre que l'alinéa 718.2e) et son interprétation par la Cour suprême [Traduction] « sous-estiment la véritable complexité du problème de surreprésentation » (p. 512). Les auteurs constatent que les liens entre le statut autochtone et les facteurs aggravants ou atténuants mentionnés pouvaient expliquer pourquoi le statut autochtone à lui seul ne semble pas influencer considérablement les peines imposées. Ils font écho aux critiques formulées à la suite de l'arrêt *Gladue* voulant que la détermination de la peine ne soit peut-être pas le moyen approprié pour corriger la surreprésentation. En effet, la réponse de la Cour à ces critiques a également été jugée insatisfaisante par d'autres auteurs (MacIntosh et Angrove 2012; Gevikoglu 2013). Constance MacIntosh et Gillian Angrove ont écrit ce qui suit :

[Traduction]

« La Cour explique que “les juges chargés de déterminer la peine peuvent s'appliquer à réduire le taux de criminalité dans les collectivités autochtones en imposant des peines qui contribuent effectivement à la prévention de la criminalité et à la réadaptation des délinquants”, mais n'explique pas autrement comment cela se traduira en pratique. » (p. 130)

Ainsi, l'arrêt *Gladue* ne doit pas être perçu comme une panacée au problème de la surreprésentation, mais plutôt comme une contribution aux efforts nécessaires. Néanmoins, les questions sur la façon dont la détermination de la peine peut résoudre le problème de la surreprésentation soulignent les défis que pose l'application des principes énoncés dans *Gladue* de manière réfléchie et efficace. Bien qu'un certain nombre de programmes et d'initiatives subventionnés par les gouvernements fédéral et provinciaux soutiennent les efforts déployés pour réduire la surreprésentation au moyen de la détermination de la peine, l'objectif du législateur d'éliminer la surreprésentation des Autochtones au sein de la population carcérale en une génération est encore loin d'être atteint. La présente section porte sur les défis que pose l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Gladue*, de même que sur les critiques voulant que ces principes ne soient pas suffisants et ne constituent pas une solution appropriée.

3.1 Difficultés d'application

3.1.1 La « conciliation » des approches rétributive et réparatrice

Pour Roach et Rudin (2000), l'arrêt *Gladue* est significatif du fait qu'il reconnaît la finalité réparatrice de la peine, codifiée à l'article 718.2, en ajoutant la réparation des torts causés à la victime et à la collectivité, et en favorisant la responsabilité du délinquant, en plus de servir les objectifs traditionnels d'isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale. L'ajout de la justice réparatrice aux principes de détermination de la peine visait en partie à

corriger le recours excessif à l’incarcération dans le système de justice pénale (Roach et Rudin 2000, p. 363).

La Cour donne une définition générale de la justice réparatrice dans *Gladue* :

« En termes généraux, la justice corrective peut se définir comme une conception de la réponse au crime selon laquelle, tout étant interrelié, le crime vient rompre l’harmonie qui existait avant sa perpétration, ou du moins l’harmonie souhaitée. L’adéquation d’une sanction donnée est alors largement déterminée par les besoins des victimes et de la communauté, ainsi que par ceux du délinquant. L’accent est mis sur les êtres humains touchés de près par le crime. » (para 71)

Selon certaines critiques formulées à la suite de l’arrêt *Gladue*, l’accent mis par la Cour sur la justice réparatrice va à l’encontre des principes traditionnels en matière de détermination de la peine que sont la dénonciation, l’isolement et la dissuasion. Certains auteurs estiment que les approches rétributive et réparatrice sont incompatibles, soutenant essentiellement que les juges ne seraient pas en mesure d’adopter les principes énoncés dans *Gladue* tout en respectant les principes traditionnels de détermination de la peine (Haslip 2000; Pfefferle 2008).

Toutefois, l’affirmation selon laquelle les objectifs traditionnels de la détermination de la peine demeurent pertinents semble seulement indiquer que l’arrêt *Gladue* ne force pas les juges à imposer une sanction réparatrice dans chaque instance impliquant un délinquant autochtone, au détriment de la dissuasion, de la dénonciation et de l’isolement. L’orientation essentielle est qu’ils considèrent, dans la mesure du possible, les différentes options lors de la détermination de la peine d’un délinquant autochtone. De plus, la Cour a clairement énoncé que les sanctions axées sur l’approche corrective ne doivent pas être considérées comme des peines moins sévères, puisqu’il « est généralement admis » que l’emprisonnement ne parvient pas nécessairement à réaliser les objectifs traditionnels de la détermination de la peine (para 57, 72).

Les condamnations avec sursis sont-elles réparatrices?

Les condamnations avec sursis ont été introduites dans le *Code criminel* en même temps que l’alinéa 718.2e) dans le cadre des réformes législatives de 1996. Il n’existe aucun consensus quant à la question de savoir si les condamnations avec sursis peuvent constituer une option réparatrice. Par exemple, Quigley (1999) voit les condamnations avec sursis comme un outil utile qui permet aux juges de concilier les approches rétributive et réparatrice en matière de détermination de la peine. Par contre, Williams (2008) considère les condamnations avec sursis comme généralement conformes aux objectifs punitifs du droit pénal que sont la dénonciation et la dissuasion, mais estime qu’elles ne servent pas un objectif de réinsertion sociale. Williams (2008) soutient que les condamnations avec sursis sont une solution de rechange à l’incarcération qui repositionne l’emprisonnement [Traduction] « depuis les établissements spécialisés vers la communauté du défendeur » (p. 84-85). Elles sont habituellement plus longues que les peines d’emprisonnement, et sont assorties de [Traduction] « restrictions sévères et punitives à l’égard de la liberté », dont la violation entraînerait l’incarcération du délinquant (Williams 2008, p. 84-85).

Dans le même ordre d'idées, Roach et Rudin (2000) mettent en garde contre l'élargissement potentiel du régime d'emprisonnement avec sursis (p. 375). Ils laissent entendre que depuis l'arrêt *Gladue*, les juges sont plus susceptibles d'imposer des condamnations avec sursis, lesquelles peuvent être assorties de conditions irréalistes de [Traduction] « guérison ». Cette situation donnerait ainsi lieu [Traduction] « à des bris de conditions systématiques et en fin de compte à des peines d'incarcération encore plus longues que si les délinquants autochtones avaient été envoyés directement en prison », ce qui viendrait aggraver au lieu d'atténuer le problème de la surreprésentation (p. 375).

Néanmoins, les condamnations avec sursis peuvent offrir une plus grande souplesse et de meilleures possibilités de réinsertion sociale. Dans son analyse de l'application des principes énoncés dans *Gladue* à la détermination de la peine des femmes autochtones, Cameron (2008) s'est demandé pourquoi une condamnation avec sursis n'avait pas été imposée dans *R. c. Norris* et *R. c. Moyan*. Dans ces instances, une condamnation avec sursis aurait permis aux deux femmes de s'occuper de leur enfant, de travailler et de participer à des programmes de formation et de traitement.

Définir la justice réparatrice applicable au droit pénal

La confusion qui règne autour de la conciliation des approches rétributive et réparatrice en matière de justice dénote le flou entourant la signification même de la justice réparatrice appliquée au droit pénal. Le juge Melvyn Green (2012) explique que la justice réparatrice est le plus souvent appliquée dans les tribunaux canadiens comme un modèle [Traduction] « axé sur des sanctions réparatrices ou compensatoires » (p. 8). Toutefois, le libellé de *Gladue* laisse entendre un autre point de vue selon lequel la justice réparatrice est [Traduction] « en soi une théorie détaillée de la justice », laquelle ne perçoit pas la réadaptation et la réinsertion sociale comme des objectifs qui doivent être mis en balance avec la dissuasion et la dénonciation. Au contraire :

[Traduction]

« Ces principes traditionnellement antinomiques sont des facettes d'un exercice réparateur holistique qui comprend la communauté offensée et la communauté du délinquant dans le processus juridictionnel de même que la détermination des peines appropriées. » (p. 8).

Autrement dit, la justice réparatrice n'est pas une unique façon de voir les choses ni un type de sanction en particulier, mais plutôt une autre approche théorique en matière de justice. Bien qu'il n'existe pas de définition universellement reconnue de la justice réparatrice, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la justice réparatrice, la définit comme suit:

« Une approche de justice axée sur l'examen des torts causés par le crime en tenant le délinquant responsable de ses actes et en donnant aux parties directement touchées par un crime – victime(s), délinquant et collectivité – l'occasion de déterminer leurs besoins respectifs et d'y répondre à la suite de la perpétration d'un crime¹³. »

¹³ Cette définition est inspirée de celle qui figure dans le rapport de 2002 de Robert Cormier.

Chartrand et Horn (2016) définissent la justice réparatrice comme étant :

[Traduction]

« une approche de la criminalité et des conflits qui amènent la victime, le délinquant, les membres de la communauté élargie et les fournisseurs de services professionnels dans un environnement non hiérarchique à répondre collectivement à un préjudice qui a été commis et à établir un chemin vers la réconciliation entre toutes les parties concernées. »
(p. 3)

En pratique, comme cela est examiné plus en détail à la section 4, les programmes de justice réparatrice sont surtout de nature communautaire. Bien qu'il n'existe pas une approche unique à la justice réparatrice, les types courants de programmes sont la médiation entre les victimes et les délinquants, les conférences avec des groupes de familles et divers programmes en « cercles » (Chartrand et Horn 2016).

Green (2012) estime que l'arrêt *Gladue* impose l'obligation à tous les participants du système de justice – non seulement aux juges chargés de déterminer la peine – d'œuvrer pour un processus plus réparateur. La théorie détaillée de la justice réparatrice, qui est axée sur la réparation par des travaux communautaires et la guérison, est également perçue comme étant plus conforme aux approches autochtones en matière de justice (p. 8)¹⁴.

La justice réparatrice par rapport à la tradition juridique autochtone

En décrivant quelques modèles autochtones de la détermination de la peine, la Cour suprême a précisé ne pas vouloir dire que toutes les collectivités autochtones partagent une conception identique de la justice ou de la détermination de la peine¹⁵. Toutefois, Gevikoglu (2013) soutient qu'en qualifiant la tradition juridique autochtone de principalement réparatrice, la Cour a confondu la justice autochtone avec les notions occidentales de justice réparatrice. Le libellé dans *Gladue* oppose les modèles autochtones de justice pénale au système canadien de justice pénale, lequel est surtout rétributif. En effet, les préoccupations susmentionnées concernant la difficulté de concilier la justice rétributive et réparatrice rejoignent l'analyse de Gevikoglu, même si les approches autochtone et canadienne à la justice pénale ne sont pas nécessairement contradictoires. Par exemple, le professeur Michael Jackson a présenté un cadre substitutif pour la justice autochtone qui vient compléter au lieu de contredire le système canadien de justice pénale.

La préoccupation de Gevikoglu vient du fait que les notions occidentales de justice réparatrice ne suffisent peut-être pas à garantir aux délinquants autochtones des procédures de détermination de la peine ou de sanctions « qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones » – un facteur clé pour corriger le problème que pose le recours abusif à l'incarcération selon l'arrêt *Gladue*. Dans *Ipeelee*, la Cour déclare que les sanctions substitutives à l'incarcération peuvent permettre « peut-être davantage “de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d'autres crimes” » (para 128). Cependant, elle n'examine pas quelles pourraient être les options

¹⁴ P. 8

¹⁵ Para 73

substitutives; elle ne fait pas référence à des éléments issus des traditions juridiques inuites ou Dena; et au final, elle ne fait que réduire les peines imposées à M. Ipeelee et à M. Ladue. Bien que la justice réparatrice permette la mise en place de pratiques comme la déjudiciarisation et des cercles de détermination de la peine dans certaines sphères du système de justice pénale, les collectivités autochtones ne jouissent pas d'une grande autonomie dans le processus de détermination de la peine (Gevikoglu 2013).

Même si une analyse comparative détaillée du lien entre la justice réparatrice et la tradition juridique autochtone dépasse le cadre du présent rapport, certaines différences clés y sont soulignées. Chartrand et Horn (2016) constatent que la justice réparatrice et la tradition juridique autochtone ont des principes sous-jacents similaires et que toutes deux peuvent être décrites comme visant la guérison communautaire, la réconciliation et la réinsertion sociale du délinquant. Toutefois, il y a plusieurs différences marquées entre les deux.

D'abord, les traditions juridiques autochtones sont généralement une source de mécanismes complexes, à la fois proactifs et réactifs, qui assurent et maintiennent la stabilité et l'ordre au sein des collectivités autochtones. Avant l'imposition du droit occidental, la tradition juridique autochtone [Traduction] « façonnait les comportements, orientait les relations et permettait de résoudre les conflits » par le biais des réseaux familiaux, que Chartrand et Horn décrivent comme imposant [Traduction] « des obligations juridiques multidirectionnelles envers tout un chacun » (2016, p. 6). Bien que les traditions juridiques autochtones soient diverses, la majorité perçoivent le droit comme étant étroitement et inextricablement lié aux relations entre les humains et la nature, et enraciné dans cette relation (p. 5-6). En outre, les traditions juridiques autochtones comportent un élément rétributif : lorsque les réseaux familiaux ne s'acquittaient pas de leurs responsabilités, les collectivités imposaient des sanctions et des pénalités, qui étaient généralement appliquées par la famille ou les membres de la collectivité (p. 7). Enfin, les traditions juridiques autochtones accordent une grande importance à la spiritualité (p. 13).

Alors que l'imposition du droit occidental et les politiques coloniales ont perturbé les pratiques fondées sur la parenté (p. 11), la Commission de vérité et de réconciliation de même que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ont toutes deux appelé [Traduction] « à la reconnaissance, à la revitalisation de même qu'à l'intégration et à la mise en œuvre complètes » de la tradition juridique autochtone parallèlement au droit canadien (p. 8). Chartrand et Horn (2016) établissent des liens continus entre la justice autochtone et réparatrice – la tradition juridique autochtone a dès le début influencé l'élaboration des principes directeurs, des valeurs et des programmes de justice réparatrice. À son tour, la justice réparatrice a influencé les programmes et les processus de la justice autochtone moderne – certaines traditions juridiques autochtones qui historiquement étaient punitives, embrassent aujourd'hui une approche plus réparatrice. À mesure que seront intégrées la justice autochtone et la justice réparatrice au système canadien de justice pénale, il ne fait aucun doute que le rapport entre les deux continuera d'évoluer.

3.1.2 Le pouvoir discrétionnaire des juges limité par les peines minimales obligatoires

À la suite de l'ajout récent des peines minimales obligatoires dans le *Code criminel*, de nombreux auteurs craignent que les arrêts *Gladue* et *Ipeelee* n'aient qu'une application très

limitée¹⁶. Parkes (2012) écrit que les peines minimales obligatoires sont tout à fait contradictoires avec les principes énoncés dans *Ipeelee* : la détermination de la peine devrait être un processus souple et hautement individualisé pour assurer la proportionnalité (p. 22). Bien que les juges conservent un pouvoir discrétionnaire sur certaines décisions en matière de détention, comme les enquêtes sur le cautionnement, ils ont les mains liées à plusieurs égards et ont une capacité limitée à concevoir des peines qui tiennent compte des circonstances uniques auxquelles font face les délinquants autochtones (MacIntosh et Angrove 2012, p. 34).

Les peines minimales obligatoires, qui restreignent l'imposition de peines avec sursis, font passer le pouvoir discrétionnaire des mains des juges à celles des procureurs de la Couronne (Rudin 2012, p. 4-5). En décidant de l'infraction dont le prévenu est accusé, les procureurs déterminent indirectement la durée et le type de peine que se verra imposer un délinquant (Rudin 2012). Cette situation est particulièrement troublante parce que contrairement à la peine imposée par un juge, laquelle peut faire l'objet d'un appel, la décision d'un procureur peut seulement faire l'objet d'un contrôle judiciaire s'il y a eu abus de procédure (Parkes 2012, p. 25). Bien qu'aucune recherche empirique n'ait encore été réalisée au Canada sur les effets de ce transfert du pouvoir discrétionnaire, aux États-Unis, les peines minimales obligatoires ont eu des effets préjudiciables sans commune mesure sur les minorités raciales (Parkes 2012). Les arrêts *Gladue* et *Ipeelee* reconnaissent la discrimination flagrante et systémique dont sont victimes les Autochtones dans le système de justice pénale. En dépit du manque de données empiriques, il est clair que les Autochtones sont [Traduction] « moins susceptibles que les autres accusés de profiter de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » (Parkes 2012, p. 25; Rudin 2012).

En raison de l'incidence disproportionnée que les peines minimales obligatoires auront sur les Autochtones, Parkes (2012) estime que les délinquants autochtones pourraient soulever des contestations fondées sur les articles 7, 12 et 15 de la *Charte*. Rudin (2012) estime également que les principes énoncés dans *Gladue* pourraient donner lieu à des contestations fondées sur l'article 15 de la *Charte* :

[Traduction]

« L'existence d'une discrimination systémique envers les Autochtones fait en sorte qu'en vertu de l'article 15, les juges doivent s'assurer – dans la prise de décision qu'eux seuls sont habilités à prendre, à savoir la décision sur la peine – de ne pas contribuer à la discrimination dont sont victimes les Autochtones. » (p. 8)

3.1.3 Ressources inadéquates

La mise en œuvre des principes énoncés dans *Gladue* exige l'affectation de ressources supplémentaires à chaque étape du processus de détermination de la peine, puisque des obligations additionnelles incombent aux juges, aux avocats de la défense, aux procureurs, aux agents correctionnels et aux organisations communautaires. Les juges doivent en savoir davantage sur les antécédents de l'accusé autochtone, et connaître les solutions de rechange appropriées à l'emprisonnement ou au processus traditionnel de détermination de la peine. Des initiatives et des programmes autochtones en matière de justice doivent également être mis sur

¹⁶ Par exemple, les projets de loi c-2 en 2005 et c-10 en 2012.

ped et dotés des ressources adéquates dans la communauté du délinquant. Le manque de ressources – tant dans la préparation des renseignements prédécisionnels et du choix de solutions de rechange à l’emprisonnement – nuit sérieusement à la résolution du problème que pose le recours abusif à l’incarcération.

3.1.3.1 La préparation des rapports *Gladue*

L’arrêt *Gladue* exige que les juges chargés de déterminer la peine tiennent compte des facteurs systémiques et historiques touchant le délinquant, ainsi que des types de procédures de détermination de la peine et de sanctions appropriées aux circonstances. À la suite de l’arrêt *Gladue*, certains auteurs étaient incertains quant aux personnes visées par l’alinéa 718.2e). Une certaine confusion régnait quant à savoir si et comment les facteurs systémiques et historiques étaient liés aux infractions commises par des personnes qui n’étaient pas autochtones « culturellement » ou « perceptiblement » (Pfefferle 2008). Certains arrêts ultérieurs, particulièrement *Ipeelee*, ont clairement indiqué qu’il n’est pas nécessaire d’établir un lien de causalité entre l’origine autochtone du délinquant et l’infraction perpétrée. Les facteurs énoncés dans *Gladue* doivent être pris en compte pour tous les Autochtones déclarés, sans égard au fait qu’ils ont le statut et qu’ils vivent dans une réserve ou hors-réserve, à moins que la personne renonce au droit que ces facteurs soient pris en compte (Parkes et collab. 2012). Dans une récente décision, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que c’était une erreur de rejeter l’origine autochtone du délinquant, même si ce dernier a été adopté par une famille blanche et qu’il n’a pas de lien « apparent » avec son patrimoine (*R c. Kreko*).

Il ne fait aucun doute qu’il est difficile pour les juges d’établir les facteurs historiques pertinents au moment de déterminer la peine, d’autant plus que les expériences des délinquants autochtones sont variées et dynamiques dans une société en constante évolution. Par exemple, Brian Pfefferle (2008) souligne que les tribunaux ont souvent rejeté les facteurs énoncés dans *Gladue* lorsque le délinquant a des antécédents criminels, ne tenant pas compte des effets d’une existence au sein de collectivités autochtones affichant des taux élevés de criminalité. La communication de renseignements présentenciels est un déterminant clé de l’efficacité de l’arrêt *Gladue*, et Rudin (2008) estime que c’est la raison pour laquelle l’alinéa 718e) n’a pas eu d’effet sur la surreprésentation.

Dans certaines administrations, les rapports *Gladue* sont rédigés dans le but précis de fournir des renseignements se rapportant à l’alinéa 718.2e). Ces rapports mettent en lumière la situation du délinquant autochtone et la façon dont cette situation se rapporte aux facteurs systémiques qui peuvent être à l’origine des démêlés avec la justice du délinquant (Rudin 2005). Contrairement au rapport présentenciel normal, les rapports *Gladue* sont rédigés après un certain nombre d’entretiens approfondis avec un [Traduction] « pair empathique »; un processus souvent difficile, mais également réparateur (Green 2012). Ces entretiens donnent l’occasion au délinquant de [Traduction] « réfléchir à son histoire personnelle et de la mettre en contexte dans l’ensemble que forment la famille, le territoire et l’origine, lequel influence l’identité et l’estime de soi » (Green 2012, p. 9).

Actuellement, la rédaction de rapports *Gladue* indépendants est possible en Colombie-Britannique, en Alberta, en Ontario, au Québec, en Nouvelle-Écosse et dans les

Territoires du Nord-Ouest (Ministère de la Justice du Canada 2013). Au Manitoba, quelques organismes privés préparent des rapports *Gladue*, à la demande de l'aide juridique et avec le financement de celle-ci. En Saskatchewan, un projet pilote auquel participait la Colombie-Britannique a permis d'offrir de la formation pour la rédaction de rapports *Gladue*. À la fin de ce projet pilote, qui s'est étalé sur 2 ans, 25 rapports *Gladue* avaient été rédigés. L'étape finale du projet pilote est toujours en cours à l'Université de la Saskatchewan. Cette dernière prévoit conserver la base de données des récits oraux et la rendre accessible gratuitement aux personnes chargées de rédiger des rapports *Gladue*. L'Île-du-Prince-Édouard est en train de mettre sur pied un programme pilote similaire. Les autres provinces et territoires ne disposent pas d'un programme organisé et financé pour la rédaction de rapports *Gladue*, ou ne permettent pas la rédaction de rapports *Gladue*. Il est important de souligner que même là où le service est offert, l'accessibilité des rapports *Gladue* est sujette à la disponibilité des ressources, laquelle varie grandement entre les administrations et est loin d'être étendue. Les tribunaux spécialisés pour les Autochtones, aussi appelé les tribunaux *Gladue*, consacrent beaucoup plus de temps à chaque affaire que les autres tribunaux dans une même ville (Knazan 2003). Au tribunal *Gladue* situé dans l'ancien hôtel de ville de Toronto, en raison du temps et des ressources supplémentaires nécessaires, les rapports *Gladue* sont seulement rédigés lorsque la Couronne cherche à imposer une peine d'au moins 90 jours à un client qui n'est pas en détention ou de 6 mois à un client qui est détenu (Aboriginal Legal Services of Toronto). En Colombie-Britannique, les rapports *Gladue* peuvent être préparés uniquement par des personnes qui ont suivi une formation auprès de la Legal Services Society. Les compressions qui affectent l'aide juridique depuis 2001 ont limité considérablement la capacité de la Legal Services Society à autoriser des rapports *Gladue* pour les délinquants autochtones, lesquels sont maintenant financés uniquement par l'aide juridique dans de rares circonstances (Barnett et Sundhu 2014).

Dans les administrations qui ne possèdent pas de programmes pour la rédaction de rapports *Gladue*, aucun renseignement indépendant ne sera présenté par la défense au nom de l'accusé. Les renseignements concernant le passé du délinquant seront plutôt ajoutés au rapport présentiel, lequel est habituellement préparé par les services correctionnels (Ministère de la Justice du Canada 2013). En l'absence de formation spécialisée et de connaissances sur le passé unique des délinquants autochtones, les renseignements mal préparés peuvent actuellement miner les principes mentionnés dans l'arrêt *Gladue* et perpétuer la discrimination systémique (Parkes 2012). Les avocats de la défense, les agents de probation et les agents de libération conditionnelle n'ont pas toujours le savoir-faire culturel ou la formation nécessaire pour dresser un portrait complet de la situation du délinquant (Rudin 2005; Rudin 2008). Dans certaines administrations, les agents de probation ont droit à un nombre fixe d'heures pour préparer des renseignements de type *Gladue* (Rudin 2005; Rudin 2008). Cette situation peut s'avérer problématique parce que les Autochtones peuvent être réticents à raconter leurs expériences au personnel judiciaire, étant donné la méfiance qui marque les relations entre les peuples autochtones et le système de justice (Turpel-Lafond 1999).

En outre, Parkes (2012) soutient que l'ajout des facteurs exposés dans l'arrêt *Gladue* aux rapports présentiels est inefficace parce que ce dernier sert un propos fondamentalement différent. Le rapport présentiel fournit au tribunal une évaluation du risque de récidive du délinquant. En comparaison, le rapport *Gladue* fournit [Traduction] « des renseignements propres à la culture qui permettent de situer le délinquant dans un contexte sociohistorique plus

large et qui redéfinissent les risques et les besoins du délinquant en le positionnant dans une communauté en tant que fruit de nombreuses expériences » (Parkes 2012, p. 24).

Parkes (2012) explique que l'affaire *R. c. Knott* illustre la façon dont des renseignements inadéquats de type *Gladue* peuvent miner les efforts déployés pour réduire le recours abusif à l'incarcération. En rédigeant sa décision de surseoir au prononcé d'une peine d'emprisonnement pour un homme autochtone déclaré coupable de voies de fait graves, la juge McCawley a fait mention du rapport présentenciel inadéquat qui avait été préparé. La juge McCawley a constaté que même si le rapport présentenciel de M. Knott faisait état des facteurs généraux exposés dans *Gladue*, aucun lien n'était établi entre ces facteurs et la situation particulière de l'accusé – notamment le facteur déterminant à savoir que ses grands-parents étaient des survivants des pensionnats autochtones (para 19). Le rapport concluait également que Knott présentait un risque élevé de récidive, mais la juge McCawley a conclu que l'évaluation était erronée du fait que les facteurs pris en compte n'étaient pas mis en contexte :

[Traduction]

« Lorsque l'on met en contexte certaines des préoccupations qui autrement peuvent peser fortement, le délinquant apparaît sous un jour bien différent. Il a été conclu que M. Knott est favorable au crime en raison de son comportement antisocial et qu'il démontre "une tendance à éprouver des problèmes de manière généralisée du fait qu'il a des problèmes financiers, n'a jamais occupé un emploi pendant une année complète, a fait l'objet d'une suspension et d'une expulsion, a des relations peu gratifiantes avec ses deux parents, pourrait faire un meilleur usage du temps dont il dispose et a peu d'amis qui n'ont aucun lien avec le milieu criminel." À mon avis, il s'agit exactement des types de problèmes systémiques qui doivent être pris en compte dans le contexte approprié.

Par exemple, le fait que M. Knott n'a pas beaucoup travaillé peut, dans une large mesure, s'expliquer du fait qu'il s'est occupé de ses grands-parents qui se sont chargés de son éducation et qui étaient à tous égards ses parents [...]. » (para 23-24)

Comme le démontre *R. c. Knott*, lorsque les facteurs exposés dans *Gladue* sont ajoutés aux rapports présentenciels sans être mis dans le contexte de l'expérience des collectivités autochtones, ils sont plutôt perçus comme des facteurs de risque justifiant l'incarcération. Par conséquent, le fait d'attirer l'attention des agents de probation sur ces facteurs pourrait involontairement discriminer les délinquants autochtones au lieu de réduire le recours abusif à l'incarcération. Cette situation explique peut-être pourquoi dans les cas où un rapport *Gladue* était préparé, 76 % des délinquants condamnés pour récidive ont reçu une peine plus courte que les délinquants sans rapport *Gladue* (Barnett et Sundhu 2014).

Ainsi, même si les renseignements de type *Gladue* doivent toujours être demandés lorsque la liberté d'un accusé autochtone est en jeu, ces demandes ne sont pas uniformes et les rapports qui en découlent peuvent être mal rédigés, ce qui pourrait aller à l'encontre des principes énoncés dans *Gladue* (Pfefferle 2008). Cette situation limite considérablement la capacité des juges à examiner le passé et les circonstances systémiques des délinquants autochtones avant de déterminer les conditions relatives à la mise en liberté sous caution et les peines appropriées.

3.1.3.2 Manque de peines ou de processus substitutifs appropriés

D'après l'arrêt *Gladue*, même si le soutien dans la communauté n'est pas disponible (indépendamment du lieu de résidence de l'individu), le juge doit faire l'effort pour trouver des peines ou des processus substitutifs appropriés. *Gladue* amène les juges à relever le défi de créer de nouvelles possibilités de peine et d'adapter les mesures existantes comme le counselling, les services communautaires, les amendes, le traitement et les programmes de surveillance à la réalité des délinquants autochtones.

Toutefois, le manque de processus de détermination de la peine adaptés à la culture et de peines substitutives à l'emprisonnement nuit à la mise en œuvre des principes exposés dans l'arrêt *Gladue* (Welsh et Ogloff 2008; Haslip 2000; Parkes et collab. 2012). Roach et Rudin constatent, par exemple, que dans *R. c. Wells*, le délinquant a été condamné à une peine d'emprisonnement en raison de l'absence de programmes de traitement des délinquants sexuels dans sa collectivité immédiate (Roach et Rudin 2000). Ce problème est particulièrement marqué pour les personnes vivant en région urbaine qui ont peu ou pas de liens avec une collectivité autochtone (Pfefferle 2008). Sans un financement adéquat des peines substitutives à l'emprisonnement, même la mise en œuvre de rapports *Gladue* approfondis au Canada n'aurait que peu d'effet sur la réduction de la surreprésentation (Commission de vérité et de réconciliation du Canada 2015).

Comme cela sera expliqué plus en détail à la section 4, le nombre de tribunaux *Gladue* est en hausse, notamment en Ontario et en Colombie-Britannique. De manière générale, ces tribunaux permettent aux accusés autochtones qui plaident coupables d'être aiguillés vers un processus de détermination de la peine communautaire dans le cadre duquel se décide un [Traduction] « plan de soins » (Green 2012). Dans les administrations où il n'y a pas de tribunal *Gladue*, un accusé autochtone suit le processus traditionnel de détermination de la peine, dont le résultat peut être une condamnation avec sursis. Il y a une différence fondamentale entre les deux peines : alors que le non-respect d'une condition établie dans le « plan de soins » est rapporté au conseil communautaire, le manquement à une ordonnance de sursis aboutira probablement à l'emprisonnement (Roach et Rudin 2000).

Le juge Melvyn Green (2012) déplore le fait que même au tribunal *Gladue* à l'ancien hôtel de ville, si un accusé n'est pas aiguillé vers le conseil communautaire et ne dispose pas d'un rapport *Gladue*, il recevra un plan de soins « passe-partout ». Il soutient que pour respecter véritablement les principes énoncés dans *Gladue*, il ne faut pas seulement aiguiller la personne vers des programmes autochtones lorsque ceux-ci sont disponibles, il faut plutôt :

[Traduction]

« inclure les Premières Nations et les Inuits dans la création et l'application de modèles de justice pénale qui sont ancrés dans la tradition et le droit coutumier et qui sont légitimés par ceux-ci. » (p. 10)

Compte tenu de la diversité des collectivités autochtones et des expériences des délinquants autochtones, de multiples programmes et initiatives devront être mis sur pied; aucun modèle

unique de justice autochtone ne pourra être appliqué uniformément. Turpel-Lafond (1999) prévient qu'en l'absence de ressources adéquates, les appels interjetés par la Couronne à l'endroit de peines *Gladue* [Traduction] « excessivement clémentes » freineront le développement de peines substitutives (p. 375). Il est aussi important que les ressources soient distribuées à l'ensemble des programmes et à chaque étape du processus de justice pénale (p. 376). En contrepartie, une mise en œuvre réussie des principes exposés dans *Gladue* permettra de diminuer les ressources consacrées à l'incarcération (Roach et Rudin 2000).

3.2 Mesures décisives pour l'application des principes *Gladue*

3.2.1 Incidence sur la collectivité

Avant l'arrêt *Gladue*, la Cour d'appel de l'Alberta a fait valoir que l'alinéa 718.2e) pourrait nuire à la sécurité des victimes d'actes criminels (Roach et Rudin 2000). Cette opinion part évidemment du principe que l'incarcération du délinquant est plus sûre pour les victimes, alors qu'en réalité, des peines d'emprisonnement brèves et récurrentes n'aident pas vraiment à assurer la sécurité des victimes et de la communauté (Roach et Rudin 2000). Au même titre qu'une peine axée sur l'approche réparatrice ne doit pas être perçue comme étant « moins sévère », elle ne doit pas non plus être considérée comme étant moins « sécuritaire ». En théorie, la justice réparatrice assure l'équilibre entre les besoins des délinquants, des victimes et de la communauté (*R. c. Gladue*, para 71-72).

On craint néanmoins qu'en faisant de l'identité autochtone un facteur déterminant dans la détermination de la peine, les collectivités autochtones, qui affichent déjà des taux de criminalité plus élevés que la moyenne, reçoivent moins de protection par la loi (Gevikoglu 2013). Comme l'exprime le juge Rothstein dans son opinion dissidente, « les collectivités autochtones ne forment pas une catégorie distincte qui aurait droit à une protection moindre du fait que le délinquant est un Autochtone » (*R. c. Ipeelee*, para 131). Gevikoglu (2013) soutient qu'en fondant son opposition à l'arrêt *Gladue* sur l'intolérance, et en tenant compte uniquement des critiques relatives à la « réduction de peine fondée sur la race », la Cour dans *Ipeelee* a ignoré les préoccupations des collectivités autochtones.

Comme le démontre *R. c. Morris*, cette préoccupation est plus marquée et plus complexe pour les victimes de violence fondée sur le sexe et de violence familiale. Dans *R. c. Morris*, la Couronne a interjeté appel de la peine imposée par la Cour provinciale de la Colombie-Britannique de deux ans de probation pour l'agression violente et la séquestration par M. Morris de sa conjointe de fait. M. Morris était l'ancien chef de la bande Liard à Watson Lake. Dans son évaluation, un psychologue a déterminé que M. Morris présentait peu de risque de commettre un crime violent de manière générale, mais qu'il présentait un risque élevé de violence conjugale. Au procès, le prononcé de la sentence a été ajourné pendant quatre mois pour permettre à la collectivité de formuler des propositions. La collectivité a organisé un cercle de discussion avec les aînés, les membres de la collectivité, la victime, l'accusé et leur famille. Toutefois, le jour même de la détermination de la peine, en raison des craintes de la victime au moment de faire des recommandations au tribunal sur la sentence, le cercle de discussion relevait plutôt d'un débat général.

Un résumé de cette discussion présenté au juge privilégiait la guérison et le counselling à l’incarcération. Parallèlement, la Liard Aboriginal Women’s Society a présenté une lettre, signée par 50 personnes, dans laquelle elle exprimait ses préoccupations quant au processus de détermination de la peine. Elle craignait qu’étant donné que M. Morris avait été chef de la collectivité, les dirigeants autochtones allaient [Traduction] « utiliser leur pouvoir et leur autorité pour exercer des représailles contre ceux qui trouvent le courage de dénoncer la violence. » Elle soulignait également que bon nombre de femmes Kaska éprouvaient [Traduction] « des sentiments accablants d’anxiété et de vulnérabilité » à la lumière de cette affaire. Constatant l’effet sur la collectivité, le juge chargé de déterminer la peine a prononcé une condamnation avec sursis, assortie d’une probation de deux ans.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a renversé la condamnation avec sursis. Le juge Finch a affirmé qu’en tentant de donner effet à son interprétation de la justice autochtone, le juge chargé de déterminer la peine a [Traduction] « perdu de vue l’obligation primordiale du tribunal », qui est d’imposer une peine proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant (para 56). Non seulement l’infraction en question est encore plus grave du fait qu’elle a été commise à l’endroit d’un conjoint, mais l’agression que M. Morris a commise était préméditée et la drogue ou l’alcool n’étaient pas en jeu. Même si M. Morris a été identifié comme étant un délinquant autochtone, le tribunal de première instance n’a pas bien évalué les facteurs systémiques et historiques qui l’ont amené devant le tribunal. Par conséquent, la condamnation avec sursis était inadéquate parce qu’elle [Traduction] « envoie un message complètement erroné à la victime, au délinquant et à la communauté » (para 62). Ayant constaté la capacité limitée de la communauté à traiter les problèmes de violence familiale d’une manière traditionnelle et réparatrice, le juge a condamné M. Morris à 12 mois d’emprisonnement suivis d’une période de 2 ans de probation.

La peine imposée à M. Morris en première instance semble faire écho aux critiques de Gevikoglu (2013) à l’endroit des arrêts *Gladue* et *Ipeelee* : l’attention particulière consacrée à l’identité autochtone revêt un caractère qui englobe d’autres considérations, notamment les différences au sein des collectivités autochtones » (p. 8). Bien entendu, comme l’a expliqué la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans sa décision, l’alinéa 718.2e) n’impose pas l’identité autochtone comme le facteur *le plus* déterminant dans la détermination de la peine; celle-ci doit plutôt être prise en compte au même titre que les autres facteurs et principes pertinents en matière de détermination de la peine. En outre, une bonne application des modèles de justice réparatrice proposée dans *Gladue* tiendra compte des besoins du délinquant, de la victime et de la communauté. Enfin, les principes énoncés dans *Gladue* pourront seulement être appliqués lorsque les collectivités seront en mesure de mettre en oeuvre des initiatives et des programmes efficaces pour contrer la pauvreté, la toxicomanie, les problèmes familiaux, les effets des pensionnats indiens et aux autres causes systémiques de la criminalité (Turpel-Lafond 1999).

3.2.2 Surreprésentation dans le cadre de la réconciliation

Comme cela a été expliqué dans les arrêts *Gladue* et *Ipeelee*, l’alinéa 718.2e) est une mesure corrective. Il a pour objet de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale en utilisant une méthode d’analyse différente en matière de détermination de la peine,

laquelle tient compte des facteurs systémiques et historiques qui affectent les délinquants autochtones et des types de procédures de détermination de la peine et de sanctions appropriées sur le plan culturel.

Bien que les causes du recours abusif à l’incarcération soient multiples et complexes, l’une des causes profondes est sans aucun doute les effets cumulés du colonialisme et des séquelles qui en découlent. La Commission royale sur les peuples autochtones (1996) a conclu que les effets du colonialisme expliquent en grande partie la prévalence des désavantages socioéconomiques chez les collectivités autochtones, lesquels ont mené à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons. Parallèlement, selon l’Enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones du Manitoba, les taux de criminalité plus élevés découlent [Traduction] « du désespoir, de la dépendance, de la colère, de la frustration et du sentiment d’injustice répandus dans les collectivités autochtones », que l’on doit à l’éclatement culturel vécu par les familles et les collectivités depuis un siècle en raison des politiques coloniales.

La discrimination persistante dont sont victimes les Autochtones dans le système de justice pénale, perçue comme étant un legs du colonialisme, est expliquée dans le rapport de l’enquête publique sur l’administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba menée après le meurtre d’un homme autochtone dans une rue de la ville. Le commissaire Paul Chartrand a été cité comme disant:

[Traduction]

« La surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale est l’aboutissement d’une série de décisions prises par ceux qui détiennent le pouvoir décisionnel dans le système de justice. D’après l’examen de chacune de ces décisions, le processus décisionnel dans le système de justice est discriminatoire à l’endroit des Autochtones, pratiquement à chaque étape. » (Commission d’enquête sur l’administration de la justice et les Autochtones du Manitoba 1991)

La Commission de vérité et de réconciliation du Canada souligne également, dans le contexte de l’admissibilité à la libération conditionnelle, que même si les antécédents criminels constituent généralement un indicateur de risque fiable, « la discrimination systémique liée à la pauvreté et aux séquelles laissées par les pensionnats désavantage indéniablement les délinquants autochtones » (Commission de vérité et de réconciliation du Canada 2015, p. 186).

En effet, les principes de l’arrêt *Gladue* visent à remédier au recours abusif à l’incarcération par la prise en compte des répercussions du colonialisme et de l’héritage laissé par celui-ci. Toutefois, en tenant compte de l’intime interconnexion entre ces deux notions, les critiques se sont demandé si les principes de l’arrêt *Gladue* en matière de détermination de la peine étaient suffisants. La Commission royale sur les peuples autochtones a conclu que le contrôle des Autochtones sur « le fond et la forme du système judiciaire » est essentiel à une nouvelle relation de nation à nation. En reconnaissant que « [c]e sont les lois et l’administration de la justice qui, pour les Autochtones, ont été les manifestations les plus répressives du colonialisme » (Commission d’enquête sur l’administration de la justice et les Autochtones du Manitoba 1991), certains auteurs soutiennent que pour remédier au recours abusif à l’incarcération à long terme, il

est nécessaire que les peuples autochtones obtiennent l'autodétermination et qu'ils aient davantage la possibilité de gérer le système de justice pénale.

En établissant le bien-fondé de l'autonomie gouvernementale autochtone, la Commission a rejeté « l'indigénisation » du système de justice pénale, laquelle consiste à conserver les structures publiques actuelles, mais en embauchant du personnel autochtone, comme des conseillers parajudiciaires, et en mettant sur pied des programmes autochtones, notamment de déjudiciarisation (Gevikoglu 2013; Rudin 2005). Il faut plutôt allouer aux collectivités autochtones les ressources nécessaires – sur le plan du pouvoir politique, de la compétence juridique et du soutien financier – pour établir des cadres de justice pénale qui respectent les traditions juridiques autochtones (Commission royale sur les peuples autochtones 1996; la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones du Manitoba 1991; Gevikoglu 2013; Rudin 2005). À cet égard, Gevikoglu estime que l'alinéa 718.2e) présente une solution limitée en symbolisant [Traduction] « un compromis constitutionnel et sociojuridique : une sphère au sein du système de justice pénale consacrée aux modèles juridiques autochtones » (p. 6).

Rudin (2005) a exprimé une opinion similaire. Il explique que, étant donné que l'expérience coloniale a dépouillé les Autochtones de leur droit et de leur capacité à se gouverner et à maintenir l'ordre au sein de leurs propres collectivités, les mesures découlant de la justice réparatrice en matière pénale doivent être élaborées par les Autochtones. En somme :

[Traduction]

« Ce n'est pas en se faisant dire par des organisations non autochtones, qu'elles soient gouvernementales ou non, ce qu'ils peuvent et ne peuvent pas faire que les Autochtones pourront remédier aux conséquences du colonialisme. Ce processus, aussi bien intentionné soit-il, ne fait que perpétuer l'expérience coloniale. » (p. 95)

À titre de solution formulée à même les structures du système de justice pénale, l'alinéa 718.2e) est potentiellement problématique du fait qu'il risque « d'essentialiser » l'identité autochtone. D'après Gevikoglu (2013), l'essentialisme tient à l'idée [Traduction] « que les personnes qui partagent les mêmes caractéristiques possèdent une nature ou une essence commune », qui s'applique [Traduction] « aux membres d'un groupe qui a une expérience commune de l'oppression, laquelle est invariable sur le plan culturel et historique » (p. 8). Bien que la diversité des collectivités autochtones soit brièvement reconnue dans *Gladue* et *Ipeelee*, les nombreuses cultures et traditions juridiques différentes sont néanmoins toutes comprises dans la notion d'« autochtone¹⁷ ». Pour Gevikoglu, il s'agit là d'essentialisme. En établissant un cadre qui applique un traitement différencié en fonction de l'identité autochtone pour la détermination de la peine, l'arrêt *Gladue* demande aux tribunaux de déterminer les circonstances historiques et systémiques pertinentes des délinquants autochtones. Autrement dit, en se servant de l'identité autochtone pour déterminer les peines, les tribunaux érigent l'identité autochtone en droit. Selon Gevikoglu, l'arrêt *Gladue* décrit les Autochtones comme étant des [Traduction] « victimes d'une discrimination systémique et directe souffrant d'un déracinement et durement touchées par de

¹⁷ Selon Affaires autochtones et du Nord Canada, on compte actuellement 630 collectivités des Premières Nations au Canada, qui représentent plus de 50 Nations et parlent plus de 50 langues autochtones, excluant les peuples métis et inuits. En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100013791/1100100013795>>.

piètres conditions sociales et économiques » (p. 9). L'arrêt *Ipeelee* laisse même entendre que les Autochtones sont victimes de leurs expériences à un point tel que leur culpabilité morale s'en trouve diminuée – comme le souligne Gevikoglu, les seules autres catégories de personnes dont la responsabilité criminelle est réduite sont les jeunes et les personnes souffrant de maladie mentale. Bien sûr, la reconnaissance des contraintes structurelles et du contexte social dans la détermination de la peine n'est pas considérée par tous comme étant incompatible avec l'autonomie et le libre arbitre (Sylvestre 2013; Ozkin 2012). Néanmoins, si l'on considère la façon dont l'identité autochtone a été utilisée dans les lois et politiques coloniales, il est :

[Traduction]

« [i]mportant de tenir compte de l'effet que l'appropriation de l'identité autochtone et l'essentialisation de cette identité en tant que victime déracinée et pauvre ont sur les collectivités autochtones et l'autorité responsable du délinquant dans le processus de détermination de la peine. » (Gevikoglu 2013, p. 9)

Pour les critiques de l'arrêt *Gladue*, la principale préoccupation est de savoir si et comment l'alinéa 718.2e) – lequel peut potentiellement essentialiser l'identité autochtone – permettra aux peuples autochtones d'avoir plus de pouvoir et d'autonomie dans le système de justice pénale. Actuellement, ce sont encore les policiers, les procureurs de la Couronne ou les juges au sein du système de justice non autochtone qui décident quels délinquants sont aiguillés vers des processus substitutifs, comme des cercles de détermination de la peine. Les praticiens du système de justice pénale doivent reconnaître que l'arrêt *Gladue* peut potentiellement nuire aux délinquants autochtones, et être conscients de la façon dont les Autochtones, leurs collectivités et leurs traditions juridiques sont caractérisés dans leur travail (Gevikoglu 2013, p. 13).

La Commission de vérité et de réconciliation du Canada (2015) a demandé aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux de s'engager à mettre fin au recours abusif à l'incarcération pour les Autochtones dans le système de justice pénale. Elle a également appuyé la recommandation du Mécanisme d'experts de l'ONU sur les droits des peuples autochtones selon laquelle il « faut apporter des changements majeurs au système de justice pénale et en relation avec les droits des peuples autochtones à l'égard de leurs territoires, de leurs ressources naturelles, de leur autodétermination politique et de leur bien-être communautaire » (p. 217). À mesure que des tribunaux *Gladue* et divers programmes de justice communautaires autochtones continueront d'être mis en oeuvre, il faut à tout le moins intégrer l'opinion autochtone dans la création et l'élaboration de ces processus. D'autres travaux sont assurément nécessaires pour examiner la façon dont il est possible de remédier au recours abusif à l'incarcération tout en tenant compte de la question constitutionnelle plus vaste que représentent la réconciliation et les relations de nation à nation.

3.2.3 Occulter les spécificités de genre à l'égard du crime et de la victimisation

Finalement, les critiques se sont dits préoccupés par le fait que l'analyse réalisée dans *Gladue* n'établit pas de distinction entre les sexes, particulièrement à un moment où la surreprésentation des Autochtones au sein de la population carcérale s'accroît plus rapidement chez les femmes que chez les hommes. L'analyse de l'alinéa 718.2e) menée dans l'arrêt *Gladue* fait abstraction de l'intersectionnalité : pour les femmes autochtones, les expériences systémiques issues du

colonialisme viennent s'ajouter à l'inégalité de genre et en sont indissociables. L'interaction entre le genre et l'identité autochtone signifie que les modèles de détermination de la peine visant à remédier au recours abusif à l'incarcération des femmes autochtones ne correspondent pas parfaitement à la dichotomie opposant les notions « traditionnel » et « occidental » (Gevikoglu 2013; Cameron 2008; Williams 2008).

Cameron (2008) fait valoir que les renseignements de type *Gladue* doivent comprendre une analyse comparée selon le sexe parce que les femmes autochtones subissent de manière disproportionnée les conséquences du colonialisme énoncées dans *Gladue*. Pourtant, ces conséquences sont souvent moins visibles pour les juges. Voici certaines des spécificités de genre *Gladue* soulignées par Cameron :

1) Rôle parental

De nombreuses femmes autochtones sont l'unique ou la principale personne s'occupant des enfants dans leur famille : en 2006, 18 % des femmes autochtones âgées de 15 ans et plus étaient des parents seuls, comparativement à 8 % des femmes non autochtones (Statistique Canada 2011a). Si l'on tient compte de l'héritage laissé par la séparation des familles et des taux élevés de prise en charge des enfants, qui façonnent l'expérience des collectivités autochtones, d'autres mesures que l'incarcération devraient être offertes aux femmes, lorsque c'est possible, afin qu'elles puissent continuer à s'occuper de leurs enfants¹⁸.

2) Déplacement

Le déplacement des femmes autochtones de leurs réserves est le fruit de politiques publiques discriminatoires et de discrimination de la part de leurs propres collectivités. La *Loi sur les Indiens* a ébranlé et éliminé les systèmes juridiques autochtones, dans lesquels les femmes occupaient des postes d'autorité et avaient accès à des ressources, et les a remplacés par des structures qui [Traduction] « ont dévalorisé uniformément les femmes et ont placé les hommes en position de contrôle et d'autorité ». Des dispositions de la *Loi sur les Indiens* privaient les femmes autochtones de leur statut d'« Indien » si elles épousaient un non-autochtone. Sans statut, ces femmes n'avaient plus accès à certaines ressources, comme le logement dans les réserves, les ressources culturelles, l'interaction avec les aînés, les subventions à l'éducation et les ressources pour le règlement des revendications territoriales.

Même si ces dispositions ont été modifiées en 1985, le statut d'« Indien » comporte toujours une règle d'exclusion après la deuxième génération. Parallèlement, le conseil de bande constitué en vertu de la *Loi sur les Indiens* mine les efforts déployés par les femmes pour rejoindre la collectivité. Il en résulte que les femmes autochtones, leurs enfants et leurs petits-enfants sont déplacés en région urbaine – en 2006, 72 % des

¹⁸ Le Service correctionnel du Canada dispose d'un programme mère-enfant, qui permet à certaines femmes de garder auprès d'elles leurs jeunes enfants pendant leur incarcération. Toutefois, d'importantes modifications apportées aux conditions d'admissibilité en 2008 ont entraîné une baisse marquée de la participation au programme. En ligne : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/mrgnlzd/index-fr.aspx#s12>.

femmes autochtones vivaient hors réserve. Non seulement les femmes n'ont pas accès facilement aux ressources et sont privées du lien avec leurs territoires ancestraux – qui, dans de nombreuses cultures autochtones, est intimement lié au sentiment d'appartenance et à l'identité culturelle – mais le fait de vivre en région urbaine se traduit par un risque accru de pauvreté, de racisme systémique et direct et d'exploitation sexuelle.

3) Violence

La violence et les traumatismes sont liés à la toxicomanie, en plus de la pauvreté et l'itinérance, deux facteurs mentionnés dans l'arrêt *Gladue*. Les femmes autochtones sont trois fois plus susceptibles d'être victimes de violence que les femmes non autochtones. Sur le total des femmes autochtones ayant subi de la violence de la part d'un partenaire intime (VPI), près de la moitié ont déclaré les formes de violence les plus graves, comme le fait d'avoir été agressées sexuellement, battues, étranglées ou menacées au moyen d'une arme à feu ou d'un couteau (idem). De nombreuses délinquantes commettent des crimes violents en état de légitime défense, ou après avoir été victimes de violence conjugale. Cameron soutient que les mécanismes juridiques actuels comme le [Traduction] « syndrome de la femme battue », l'argument de la légitime défense et les principes de défense restreinte de provocation doivent être appliqués rigoureusement par les juges pour pallier ces [Traduction] « conséquences sexistes du colonialisme ».

4) Pauvreté

La pauvreté des femmes autochtones est aggravée par des taux élevés de sous-emploi et, lorsque les femmes occupent un emploi, par l'écart salarial. Des niveaux disproportionnés de pauvreté forcent les femmes autochtones, particulièrement en région urbaine, à se tourner vers le travail illégal, comme le trafic de drogue ou le commerce du sexe, pour leur propre survie et celle de leurs enfants.

Dans son analyse des affaires *Gladue*, *Moyan* et *Norris*, Cameron constate les lacunes de l'approche sans distinction de genre adoptée par le tribunal. Mme Gladue, dont l'infraction a été décontextualisée de son passé de violence conjugale, a été dépeinte comme étant l'agresseur. Le tribunal n'a pas non plus tenu compte des effets du déplacement – il est mentionné qu'elle vit hors réserve, mais aucun renseignement supplémentaire n'est fourni. Dans *Moyan*, l'alinéa 718.2e) n'a pas été appliqué du fait que Mme Moyan n'avait pas un mode de vie que le juge estimait culturel et traditionnel, ce qui, selon Cameron, n'est pas au cœur des réflexions sur les facteurs historiques et systémiques. Pour déterminer la peine, le juge aurait dû tenir compte de l'incidence des expériences du colonialisme sur Mme Moyan. Quant à Mme Norris, même si l'on a constaté qu'elle était sous le contrôle de son ancien conjoint qui a profité du trafic de drogue auquel elle s'adonnait, le tribunal n'a pas mis en contexte la façon dont sa dépendance et la peur de son ancien conjoint la rendaient [Traduction] « vulnérable aux stratégies criminelles de survie ».

En dépit du fait que les condamnations avec sursis peuvent maintenant être imposées lors de crimes graves, notamment en cas de violence à l'encontre de femmes autochtones, aucune ordonnance en ce sens n'a été prononcée dans les trois cas, même si ces femmes auraient ainsi conservé leur liberté pour s'occuper de leurs enfants, travailler, poursuivre leurs études ou

prendre part à du counselling et des programmes de traitement. Selon Cameron, le fait d'ignorer les facteurs atténuants spécifiques au sexe mène à des décisions injustes parce que les femmes sont [Traduction] « forcées d'endosser l'entière responsabilité des circonstances qui sont manifestement liées à leurs expériences du colonialisme ». Par conséquent, elles sont séparées de leurs enfants, ce qui vient aggraver d'autant plus l'effet cumulé du colonialisme.

D'autre part, Toni Williams (2008) constate que le système de justice pénale a parfois utilisé l'analyse intersectionnelle de façon à contribuer à la surreprésentation des femmes autochtones en milieu carcéral. Dans les années 1990, on est passé à un modèle d'application de la loi axé sur le risque qui visait à prévoir les actes criminels au lieu de réagir aux infractions individuelles après les faits. Ce faisant, des populations censées être problématiques ou perçues comme telles ont été ciblées. Les mêmes facteurs d'identité qui appellent à l'atténuation des expériences du colonialisme dans *Gladue* étaient réputés être des sources de besoins ou de risques criminogènes dans le cadre de l'évaluation et de la classification des prisonniers réalisée par le Service correctionnel du Canada. Toni Williams explique le casse-tête que cette situation a créé dans la détermination de la peine :

[Traduction]

« Lorsqu'il fait face à une femme autochtone qui incarne ce que le processus de criminalisation considère comme des risques ou des besoins criminogènes, le juge chargé de déterminer la peine doit justifier une peine non carcérale en se fondant sur les mêmes aspects de l'identité intersectionnelle de la prévenue qui commandent l'incarcération en vue de gérer son risque de récidive. »

La criminalisation et l'application de la loi, qui divisent nécessairement les gens en « bons » et « mauvais », et en « dangereux » et « innocents », créent une dichotomie trop stricte pour les femmes autochtones, qui sont souvent à la fois la victime et l'agresseur. Dans le cadre d'une analyse de 18 affaires en première instance impliquant des femmes autochtones, Toni Williams constate que l'identité intersectionnelle des femmes autochtones n'aide pas beaucoup à diminuer leur peine parce que les facteurs identitaires ont été appliqués aux décisions en fonction du contrôle des risques.

Dans 18 affaires analysées, 8 se sont soldées par des sanctions carcérales, 9 par des condamnations avec sursis et 2 par des ordonnances de probation distinctes en plus du temps passé sous garde. Celles qui se sont vu imposer une peine d'emprisonnement et une condamnation avec sursis avaient commis des infractions similaires – par exemple, 5 des femmes qui ont été incarcérées et 5 de celles condamnées avec sursis avaient tué une personne. Toutes les prévenues qui ont été déclarées coupables d'homicide et d'agression connaissaient la victime, et presque toutes étaient une conjointe, une ex-conjointe ou une enfant de la victime, ce qui coïncide avec les recherches indiquant que les actes de violence commis par les femmes sont surtout infligés aux membres de leur famille. Même si les juges prennent connaissance d'office de l'histoire du colonialisme, les décisions analysées ne font pas explicitement mention de la discrimination à l'endroit des Autochtones au Canada. La criminalité des femmes dans les affaires analysées est liée aux expériences de violence juvénile, de toxicomanie, au désavantage socioéconomique, au déplacement, et au dysfonctionnement familial, lesquelles ne sont pas expressément imputées à l'héritage du colonialisme et à la discrimination persistante.

Toni Williams constate que les juges ayant imposé des peines non carcérales l'ont fait de deux manières. Certains ont considéré les peines non carcérales comme visant la guérison plutôt que la punition. Bien que l'identité des femmes autochtones soit mise en adéquation avec les niveaux élevés de risque et de besoin qu'elles présentent, les juges ont estimé que les peines axées sur l'approche réparatrice et la réadaptation étaient mieux adaptées. Les autres ont considéré les peines non carcérales comme tout aussi punitives. Les risques que présentent les délinquantes peuvent être maîtrisés par des peines, comme des ordonnances de sursis. En ce qui concerne les peines d'emprisonnement, le risque criminogène et les objectifs punitifs sont marqués. L'identité autochtone est soit minimisée, ou liée à des risques et des besoins plus grands. Dans une des affaires, du fait que la délinquante était considérée comme présentant un risque élevé, la prison a été décrite dans la décision comme un lieu offrant la sécurité, la stabilité et le soutien permettant à la délinquante de se soustraire à sa communauté dangereuse. Bien sûr, cette caractérisation ne faisait pas mention de la discrimination et du manque de services culturellement appropriés dans les prisons, mentionnés dans *Gladue*.

D'une part, il semble qu'en mettant l'accent sur l'identité des femmes autochtones, il est plus probable que l'alinéa 718.2e) réduise la peine imposée. D'autre part cependant, si l'histoire du colonialisme n'est pas mise en contexte, l'utilisation des facteurs identitaires dans la détermination de la peine risque de perpétuer le récit stéréotypé voulant que les femmes autochtones, de par leur nature, vivent dans le dénuement et la dysfonction familiale et communautaire; aient des problèmes de toxicomanie; et subissent de la violence masculine —des facteurs qui constituent tous un risque de criminalité élevé. Toni Williams craint que cette situation ne dépeigne les infractions commises par les femmes autochtones comme étant [Traduction] « surdéterminées par l'origine, l'identité et les circonstances; exactement le type de représentation morale compromise qui nourrit les stéréotypes en matière de criminalité. » Autrement dit, il y a un risque d'essentialisation de l'identité des femmes autochtones. Il est donc d'autant plus important d'affecter des ressources à la rédaction de rapports *Gladue*, lesquels contextualisent efficacement les facteurs communautaires et identitaires avec les facteurs sociétaux et systémiques dans lesquels ils se situent.

3.3 Autres considérations

3.3.1 Application aux délinquants atteints de troubles du spectre de l'alcoolisation fœtale

En se fondant sur le principe reconnu dans *Ipeelee* selon lequel les facteurs historiques et systémiques peuvent atténuer la culpabilité des délinquants autochtones, Milward (2014) soutient que les tribunaux doivent tendre vers une détermination de la peine axée sur les besoins pour les accusés autochtones atteints de troubles du spectre de l'alcoolisation fœtale (TSAF). L'emprisonnement des délinquants atteints de TSAF est théoriquement problématique du fait que la prévalence des TSAF dans les collectivités autochtones est une conséquence du colonialisme. En pratique, l'emprisonnement est problématique parce que jusqu'à 60 à 75 % des personnes atteintes de TSAF sont prédisposées à des troubles d'attention et à l'impulsivité – ce qui complique l'effet dissuasif de l'emprisonnement pour les délinquants atteints de TSAF,

surtout si l'on tient compte du manque de programmes de traitement spécifiques aux TSAF dans les établissements correctionnels.

Dans son analyse de la jurisprudence, Milward (2014) constate que de nombreux juges appliquent les facteurs visés à l'arrêt *Gladue* pour déterminer la peine – reconnaissant ainsi que les TSAF sont causés par la toxicomanie, laquelle est une conséquence des politiques coloniales. Les difficultés, comme le souligne le juge Watson de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Ramsay*, consistent à déceler avec précision le degré de culpabilité morale du délinquant, et de [Traduction] « mettre en balance la protection du public et la faisabilité de la réinsertion du délinquant dans la communauté » (para 50). Pour parvenir à une telle évaluation équilibrée, il faut obtenir des renseignements détaillés au sujet de la condition de l'accusé – ce qui est conforme aux exigences de l'arrêt *Gladue* et relève du champ d'application des rapports *Gladue*. En outre, sachant que le non-respect des conditions d'une ordonnance de probation constitue une infraction criminelle, il faut porter une attention particulière à la peine imposée, puisqu'il est possible que la personne atteinte de TSAF ne soit pas en mesure de respecter les conditions d'une ordonnance de probation ou d'une condamnation avec sursis en raison de son impulsivité. Les agents de probation et les autres membres du personnel judiciaire doivent mieux connaître les TSAF.

Finalement, une étude d'entretiens qualitatifs menés avec des professionnels de la justice ayant une expérience des TSAF – notamment des avocats autochtones, des juges de tribunaux provinciaux et des psychologues et enseignants en milieu correctionnel – a établi la nécessité pressante d'octroyer des ressources supplémentaires (Milward 2014). Milward souligne précisément l'importance d'allouer des ressources aux collectivités autochtones afin que celles-ci soient en mesure de fournir des programmes et des services aux Autochtones qui sont aux prises avec des TSAF¹⁹.

3.3 Application à la mise en liberté sous caution

Comme il a été mentionné précédemment, en dehors de la détermination de la peine, les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* s'appliquent chaque fois que la liberté d'un Autochtone est en jeu²⁰. Dans le contexte de la mise en liberté sous caution, l'arrêt *Gladue* s'est révélé pertinent en Colombie-Britannique dans *R. c. Wesley*, et en Ontario dans *R. c. Pittawanakwat* en première instance, et dans *R. c. Robinson* en appel. Actuellement, le passé d'un accusé autochtone est pris en compte dans la procédure décisionnelle relative à la mise en liberté sous caution dans huit provinces et territoires (Ministère de la Justice du Canada 2013)²¹.

Le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est garanti par l'alinéa 11e) de la *Charte*, et est étroitement lié à d'autres droits constitutionnels garantis, comme la présomption d'innocence [alinéa 11d)], le droit à la protection contre la détention ou

¹⁹ Milward cite le Central Urban Metis Federation Wellness Centre et le Community Council Program à Toronto comme étant des programmes qui se sont révélés efficaces pour les délinquants atteints de TSAF.

²⁰ *Frontenac Ventures Corporation c. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534; *United States c. Leonard*, 2012 ONCA 622, confirmé dans *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41.

²¹ Alberta, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador, Nouvelle-Écosse, Ontario, Île-du-Prince-Édouard, Saskatchewan et Yukon.

l'emprisonnement arbitraires (article 9) et le droit à la liberté et à la sécurité (article 7). L'alinéa 11e) signifie à la fois que les restrictions applicables à la mise en liberté sous caution, comme le montant de la caution, doivent être raisonnables, et qu'un accusé a droit de ne pas être privé sans « juste cause » de la mise en liberté sous caution (Rogin 2014)²². Pour assurer le respect de ce droit, les tribunaux doivent veiller à ce que la mise en liberté avant le procès soit la règle et non l'exception, et à n'ordonner des restrictions strictes à la mise en liberté sous caution et la détention avant le procès qu'en dernier recours (*R. c. Hall*). En effet, le « principe de l'échelle », qui oriente les pratiques en matière de liberté sous caution au Canada, favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et aux conditions les moins sévères possible. Les échelons subséquents de l'échelle sont la mise en liberté assortie de conditions non monétaires, la mise en liberté assortie de conditions monétaires diverses, et en dernier recours, la détention. Les poursuivants doivent faire valoir des motifs justifiant chaque échelon de l'échelle (*R. c. Anoussis*).

En dépit de ces principes, au cours des 10 dernières années, le nombre d'adultes en détention provisoire a constamment dépassé le nombre d'adultes en détention après condamnation au Canada – une situation que beaucoup qualifient de crise de la mise en liberté sous caution (Statistique Canada 2016; Rogin 2014). En 2014-2015, 57% de la population carcérale était en détention provisoire en attente de l'enquête sur le cautionnement ou de son procès (Statistique Canada 2016). Les accusés autochtones sont surreprésentés au sein de cette population. Après avoir analysé 25 affaires relatives à la mise en liberté sous caution impliquant un Autochtone accusé entre 2002 et 2014, Rogin (2014) soutient que non seulement la crise de la mise en liberté sous caution affecte de manière disproportionnée les Autochtones, mais aussi que la façon dont les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* ont été appliqués a aggravé la crise.

Comme l'a reconnu la Cour suprême dans *Gladue*, les accusés autochtones sont plus susceptibles de se voir refuser un cautionnement, notamment en raison de préjugés à leur endroit dans le système de justice pénale (para 65)²³. Rogin soutient que les pratiques de cautionnement actuelles ne respectent pas le principe de l'échelle, surtout pour les personnes marginalisées. Le jugement personnel appliqué à la mise en liberté sous caution introduit des [Traduction] « préjugés inhérents et des attitudes discriminatoires », parce que l'évaluation du risque de fuite et du risque pour la sécurité publique est [Traduction] « influencée par des facteurs comme la race, la classe sociale, l'origine autochtone et les capacités » (p. 44). Ce risque perçu est géré par l'utilisation de cautions et de conditions de libération conditionnelle de plus en plus sévères (Rogin 2014, p. 44). En raison des conditions socioéconomiques et des antécédents criminels de nombreux accusés autochtones, ceux-ci sont souvent incapables d'obtenir la libération conditionnelle ou sont libérés sous des conditions de libération excessivement sévères (Kellough et Wortley 2002; Rudin 2005).

Dans son analyse de cas, Rogin a conclu que l'application des principes *Gladue* à la mise en liberté sous caution était sporadique et obscure; étant parfois jugée pertinente dans certaines instances, mais n'étant pas expressément reconnue dans d'autres. Étant donné que l'arrêt *Gladue*

²² Rogin cite *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711 confirmé dans *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] J.S.C. n° 65 au para 16.

²³ Voir aussi l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones du Manitoba (1991); *R. c. Summers*; l'étude réalisée par Kellough et Wortley (2002) dans laquelle ils concluent que les Autochtones au Manitoba ont moins de probabilité d'obtenir une libération sous caution que les non-Autochtones.

constitue un cadre pour la détermination de la peine, son application sans adaptation aux enquêtes sur le cautionnement pourrait violer le principe de la présomption d'innocence. Par exemple, l'examen des facteurs historiques qui ont amené la personne devant le tribunal est inapproprié dans le contexte de la mise en liberté sous caution parce que ces preuves visent à réduire la culpabilité morale du délinquant dans le cadre de la détermination de la peine. Non seulement plus de temps serait nécessaire pour fournir de tels renseignements – ce qui viendrait prolonger la période que passent les prévenus autochtones en détention préventive comparativement aux prévenus non autochtones – mais cette situation présuppose également que le prévenu sera jugé coupable. Rogin critique de la même façon les références à la réinsertion sociale et à la justice réparatrice dans les décisions relatives à la mise en liberté sous caution, lesquelles justifient des conditions de libération sévères [Traduction] « qui visent davantage à “réformer” le prévenu qu'à respecter les dispositions législatives concernant la libération sous caution » (p. 80). Il y a matière à réflexion si les conditions de mise en liberté sous caution prennent l'allure d'une ordonnance de probation ou d'une condamnation avec sursis, étant donné qu'à ce stade, le prévenu n'a pas été accusé d'une infraction et n'a donc pas à [Traduction] « s'amender »²⁴.

Faisant écho à Gevikoglu (2013), Rogin constate aussi que les tribunaux ont tendance à insister indûment sur l'origine autochtone au moment d'appliquer les principes *Gladue*, sans établir de liens avec les conséquences du colonialisme. Enfin, Rogin craint qu'une mauvaise application des principes *Gladue* perpétue les mêmes stéréotypes et préjugés qui contribuent à la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale :

[Traduction]

« Même non intentionnelle, l'érosion de la présomption d'innocence pour les prévenus autochtones renforce les préjugés selon lesquels les Autochtones sont des “criminels”; ils ont davantage tendance à commettre des actes criminels et ils sont plus susceptibles d'être coupables que leurs homologues non autochtones. » (p. 55)

En outre, le fait de se voir refuser la mise en liberté sous caution conduit à la criminalisation par l'entremise de la détention préventive. Il se peut que les prévenus accusés d'infractions mineures attendent des mois en détention préventive, alors qu'ils passeront peu ou pas de temps en prison s'ils plaident coupables (Rogin 2014; Rudin 2015). Les raisons qui incitent un prévenu à plaider coupable sont troublantes : un prévenu innocent pourrait être criminalisé dans le cadre de la détention préventive, et si à l'avenir il est accusé d'une infraction, il aura moins de chance d'obtenir une libération sous caution. Il va sans dire que cette situation vient exacerber la crise de la mise en liberté sous caution et de la surreprésentation des Autochtones en milieu carcéral.

Rogin conclut en recommandant que les principes *Gladue* soient appliqués à la mise en liberté sous caution. Au lieu d'examiner les facteurs qui ont mené le prévenu devant la justice et d'envisager des façons d'aider un délinquant à se réhabiliter ou d'embrasser la justice réparatrice, les tribunaux saisis des demandes de libération sous caution devraient tenir compte des facteurs et des pratiques qui affectent de façon disproportionnée les Autochtones et qui contribuent à leur surreprésentation en milieu carcéral. Parmi ces facteurs, mentionnons les préjugés raciaux, les interventions policières excessives à l'endroit des Autochtones, le recours

²⁴ Voir l'examen de Rogin (2014) sur les affaires *R. c. Robinson*, *R. c. P.(D.D.)*, *R. c. Misquadis-King* et *R. c. Pierce*.

excessif aux cautions et l'imposition de conditions de libération trop sévères. Pour appliquer les principes *Gladue* aux fins prévues, le cadre doit être adapté au processus de mise en liberté sous caution de façon à ne pas transgresser le principe de présomption d'innocence pour les prévenus autochtones, et d'une manière qui reconnaît les préjugés systémiques dans le cadre du processus de mise en liberté sous caution.

4. *Gladue* dans la pratique : initiatives et programmes exemplaires

La recension des écrits présentée dans les sections précédentes met en lumière la complexité des mesures à prendre pour remédier à la surreprésentation des Autochtones, lesquelles exigent bien plus que des modifications aux principes de détermination de la peine. Des programmes et des ressources sont nécessaires à toutes les étapes du processus de justice pénale afin de mettre en œuvre avec succès les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* : tant lors de la préparation des renseignements présententiels par le personnel judiciaire à l'intention des juges, que dans le cadre des processus substitutifs de détermination de la peine qui respectent la tradition juridique autochtone et de programmes communautaires substitutifs à l'incarcération dans les réserves et les centres urbains.

Des initiatives visant à diminuer la surreprésentation des Autochtones dans les milieux carcéraux existent partout au Canada. Bon nombre de ces programmes sont financés par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, lesquels travaillent également en partenariat avec des organisations non gouvernementales – souvent des organismes communautaires autochtones – pour offrir des services. Ces initiatives comprennent la mise en place de tribunaux autochtones spécialisés; la mise en œuvre de programmes de justice réparatrice offrant des mesures de substitution à l'incarcération; l'accès à des conseillers parajudiciaires; des activités de sensibilisation pour le corps judiciaire; des programmes de police autochtone et des programmes correctionnels culturellement adaptés. Dès leur élaboration jusqu'à leur mise en pratique, ces programmes tentent de s'adapter aux besoins et aux valeurs de la collectivité autochtone à laquelle ils sont destinés. Bien que la présente section ne présente pas de liste exhaustive des initiatives existantes, elle souligne et décrit certains des programmes qui ont joué un rôle clé dans la mise en œuvre des principes *Gladue*.

Malgré l'absence d'études évaluatives pour l'ensemble de ces programmes, les initiatives décrites subséquemment sont considérées comme des pratiques exemplaires puisqu'elles reflètent les principes *Gladue*, qu'elles aient été mises en place avant ou après l'ajout de l'alinéa 718.2^c) et l'arrêt *Gladue*. Les initiatives et les programmes sont classés en quatre catégories : les tribunaux spécialisés dans les affaires autochtones; les comités de justice communautaire; les programmes d'assistance parajudiciaire aux Autochtones et les programmes de justice réparatrice.

4.1 Tribunaux spécialisés dans les affaires autochtones

La mise en œuvre de tribunaux spécialisés dans les affaires autochtones est considérée comme l'une des mises en œuvre les plus représentatives des principes *Gladue*. Le rôle de ces tribunaux est de s'assurer que les accusations portées contre un individu autochtone soient entendues d'une

manière qui tienne compte des circonstances uniques des prévenus et délinquants autochtones dans un environnement adapté aux réalités culturelles autochtones. Les tribunaux spécialisés dans les affaires autochtones font partie du système de cours provinciales et possèdent donc les mêmes pouvoirs que celles-ci. Les individus non autochtones peuvent être jugés dans un tribunal autochtone, selon la façon dont le tribunal est structuré. Les avis divergent quant à la question de savoir si les non-Autochtones doivent être jugés dans un tribunal autochtone : alors que certains soutiennent que l'endroit où le crime a été commis doit déterminer où le jugement aura lieu, d'autres estiment qu'un tribunal spécialisé pour les Autochtones n'est pas adapté aux prévenus non autochtones qui ne partagent pas les mêmes valeurs et croyances. À ce jour, huit provinces et territoires ont mis sur pied des tribunaux spécialisés pour les Autochtones (Ministère de la Justice du Canada 2013)²⁵.

4.1.1 Le tribunal *Gladue* à l'ancien hôtel de ville de Toronto

Après l'arrêt *Gladue*, les juges ont exprimé des préoccupations voulant que les intervenants du système de justice pénale ne disposaient pas des ressources pour examiner de manière adéquate les facteurs historiques et systémiques des prévenus et des délinquants autochtones, surtout en région urbaine. À Toronto, un groupe de juges, d'universitaires et d'organismes communautaires se sont réunis pendant un an pour discuter de la question. Leurs efforts ont conduit à la création du tribunal *Gladue* dans l'ancien hôtel de ville. En tant que premier tribunal spécialisé pour les Autochtones en milieu urbain au Canada, le tribunal a commencé à offrir ses services en 2001. Le tribunal *Gladue* est ouvert à toutes les personnes qui se déclarent comme étant Autochtones et le recours à ses services se fait sur une base volontaire (Aboriginal Legal Services of Toronto 2016). Il existe actuellement trois autres tribunaux *Gladue* à Toronto, de même qu'un à Sarnia, London, Brantford et Thunder Bay (Clark 2016). De plus, d'autres tribunaux disposent de programmes de rédaction de rapports *Gladue* financés par le ministère du Procureur général de l'Ontario, Aide juridique Ontario et le ministère de la Justice (Ministère de la Justice du Canada 2013).

Le tribunal *Gladue* à l'ancien hôtel de ville est un tribunal chargé de la détermination de la peine et des enquêtes sur le cautionnement qui préconise une approche de gestion de cas. Bien que le tribunal *Gladue* ne soit pas aménagé différemment des autres tribunaux situés dans l'ancien hôtel de ville, il vise à intégrer les valeurs, les principes et les conceptions de la justice autochtones aux processus et aux procédures judiciaires. Le personnel du tribunal comprend des juges, des procureurs de la couronne et des avocats de garde qui ont tous suivi une formation au sujet de l'arrêt *Gladue*, de même que des conseillers parajudiciaires autochtones spécialement formés qui jouent un rôle essentiel auprès des prévenus.

Les prévenus à l'ancien hôtel de ville ont très tôt l'occasion de se déclarer Autochtones auprès du juge de paix magistrat, de l'avocat de garde, du procureur de la Couronne et du conseiller

²⁵ Alberta, Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse, Nunavut, Ontario, Saskatchewan, Yukon et Territoires du Nord-Ouest. Les tribunaux spécialisés bénéficient d'un éventail de services qui veillent à ce que les renseignements au sujet de l'histoire et des circonstances de vie de l'accusé ou du délinquant autochtone et des types de peines non privatives de liberté possibles soient intégrés systématiquement dans la procédure de prise de décision relative à mise en liberté sous caution et à la détermination de la peine, en vue de permettre au tribunal de prendre des décisions conformes à la directive de la Cour suprême dans l'arrêt *Gladue*. De plus, les personnes qui travaillent au tribunal (c.-à-d. les avocats de la défense, les avocats/procureurs de la Couronne et les juges) sont bien informées de l'éventail de programmes et de services offerts aux Autochtones.

parajudiciaire autochtone. Par la suite, le conseiller parajudiciaire autochtone explique au prévenu en quoi consiste l'option du tribunal *Gladue*, puis communique avec le procureur de la Couronne au sujet de la possibilité de déjudiciarisation. Un prévenu relâché sous promesse de comparaître peut être redirigé vers le programme de conseil communautaire d'Aboriginal Legal Services of Toronto, à la suite du plaidoyer de culpabilité. Il peut aussi comparaître à une audience du tribunal *Gladue*, où les accusations peuvent être retirées ou suspendues ou bien où le prévenu peut être déféré à un tribunal de première instance. Un prévenu qui n'a pas obtenu sa mise en liberté sous caution peut présenter une demande au Programme de cautionnement de Toronto pour une surveillance de type *Gladue*, lequel assure la surveillance des personnes en l'absence d'une caution. Le programme permet au prévenu de travailler avec une personne chargée de la surveillance des mises en liberté sous caution afin d'élaborer un plan de soins (plan de libération conditionnelle).

À la suite du plaidoyer de culpabilité, l'accusé autochtone qui a été dirigé vers le conseil communautaire est en mesure de participer à des programmes de réadaptation adaptés à sa culture²⁶. Le conseil communautaire d'Aboriginal Legal Services of Toronto est un [Traduction] « cercle réparateur composé de bénévoles autochtones », notamment d'Aînés autochtones, qui travaillent avec le client pour discuter des causes sous-jacentes de l'infraction et établir un plan de soins et de réadaptation. Green (2012) constate que les conseils communautaires existaient avant la colonisation; le tribunal *Gladue* à l'ancien hôtel de ville est la première initiative qui a adapté le concept à un environnement urbain. Par l'entremise des plans de soins, les Autochtones ont accès à des services culturellement adaptés à leurs besoins, qui peuvent notamment comprendre des séances axées sur la réduction des méfaits, des huttes de sudation, du soutien à la gestion de la colère, du counselling pour les problèmes de toxicomanie, du logement, de l'éducation et de la formation ainsi que de l'aide à l'emploi. Grâce à la déjudiciarisation, les délinquants autochtones voient leurs accusations retirées et sont souvent aiguillés vers des activités leur permettant de renouer avec leur culture, souvent absentes des centres urbains. Les prévenus autochtones qui ne sont pas déjudiciarisés peuvent aussi travailler avec les conseillers parajudiciaires autochtones pour établir un plan de soins, lequel est ensuite présenté au juge dans le cadre d'un rapport *Gladue*, et habituellement adopté (Green 2012). Étant donné que les prévenus participent activement à l'élaboration de leur plan de soins, ces programmes de réadaptation [Traduction] « ont un taux de succès impressionnant, si l'on se fie à l'achèvement des programmes dirigés par le tribunal » (Green 2012, p. 7).

Clark (2016) a mené une évaluation indépendante du tribunal *Gladue* de l'ancien hôtel de ville. Il s'est entretenu avec des membres du personnel judiciaire, des employés d'Aboriginal Legal Services of Toronto, des accusés et d'autres intervenants dans le processus de justice pénale autochtone, et il a également examiné des dossiers et des statistiques en plus de mener des observations en cour. Il a formulé quelques recommandations, notamment d'adopter l'approche du « cercle » lors des audiences dans les tribunaux *Gladue*, comme le fait le tribunal pour les

²⁶ [Traduction] « Dans les collectivités où ces programmes existent, les prévenus autochtones ont la possibilité de voir leurs accusations déjudiciarisées et détournées des tribunaux pour être prises en charge par un programme de justice communautaire autochtone. Chaque programme a conclu une entente sur le protocole opérationnel avec le bureau local du procureur de la Couronne dans laquelle sont définis le processus, les types d'accusations, et les conditions d'admissibilité au programme ». En se fondant sur divers facteurs, la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire en choisissant de ne pas traduire le prévenu en justice. Ontario Federation of Indigenous Friendship Centres, 2013. (<http://www.ofifc.org/about-friendship-centres/programs-services/justice/aboriginal-community-justice-program>) [en anglais seulement]

jeunes Autochtones à Toronto, ou au moins d'organiser à l'occasion des cercles de détermination de la peine afin d'offrir des modèles de détermination de la peine adaptés à la culture. Clark craint en outre qu'étant donné que les prévenus peuvent seulement être déjudiciarisés après un aveu de culpabilité, ces derniers subissent une grande pression pour plaider coupables et ainsi accéder à des programmes de réadaptation. Un avocat de la défense avec qui Clark s'est entretenu a constaté que les tribunaux *Gladue* sont [traduction] « un endroit sécuritaire où ses clients peuvent plaider coupables » (p. 46). D'autres recherches doivent sans conteste être effectuées sur la question.

Néanmoins, Clark conclut que le tribunal *Gladue* atteint ses objectifs, demeure flexible et, grâce à la participation d'Aboriginal Legal Services of Toronto, du conseil communautaire et du Programme de cautionnement de Toronto (surveillance de type *Gladue*), [Traduction] « offre un service absolument essentiel aux Autochtones, à leur famille et à l'ensemble de la collectivité autochtone » (p. 4). De la même façon, le juge Melvyn Green (2012), qui préside la Cour de justice de l'Ontario à l'ancien hôtel de ville a expliqué le rôle important du tribunal :

[Traduction]

« Le tribunal favorise la compréhension entre les différentes institutions. Il motive les Autochtones à se déclarer comme tels et à embrasser cette identité. Il pave la voie au renforcement communautaire et facilite (ou à tout le moins permet) l'extériorisation des émotions qui accompagne parfois l'introspection nécessaire pour raconter les récits et les expériences vécues de désintégration culturelle, familiale et personnelle. » (p. 7)

En effet, les clients qui étaient passés devant le tribunal *Gladue* et dont le cas avait été confié au Conseil communautaire étaient moins susceptibles de commettre d'autres infractions que les délinquants autochtones dans d'autres administrations.

4.1.2 Le tribunal de la Première Nation Tsuu T'ina en Alberta

Créé en 2000, le tribunal de la Première Nation Tsuu T'ina est situé sur la réserve Tsuu T'ina, et les juges, les procureurs, les greffiers, les travailleurs sociaux auprès du tribunal, les agents de probation et le conciliateur sont Autochtones, de même que certains avocats de la défense. Le tribunal allie deux systèmes : la Cour provinciale de l'Alberta et le processus de conciliation – un processus en cercle auquel participe la victime, le délinquant, leur famille respective, des bénévoles et des experts. Le tribunal préside des membres de la Première Nation Tsuu T'ina, des Autochtones ne faisant pas partie des Tsuu T'ida et des non-Autochtones, et il a compétence en matière de justice pénale et de justice applicable aux jeunes, ainsi qu'à l'endroit des infractions aux règlements de la Première Nation.

Le tribunal met à profit des traditions de conciliation qui reflètent les valeurs des peuples Tsuu T'ina, notamment la purification par la fumée de sauge ou de foin d'odeur. Les conciliateurs locaux ainsi que les aînés participent directement au processus judiciaire et analysent les cas référés par le système de justice ainsi que les règlements de différends. Les cas peuvent être référés au conciliateur par les écoles, la police, les cours provinciales, l'administration de la bande Tsuu T'ina ou par un membre de la collectivité (Ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta et solliciteur général et ministre de la Sécurité publique

de l'Alberta, 2006). On a recours au processus de conciliation seulement si la victime accepte d'y participer, et les homicides et les agressions sexuelles sont exclues de ce processus (Proulx 2005). Le Bureau de conciliation qui y est rattaché administre un programme de conciliation qui emploie des techniques adaptées à la culture en matière de médiation et de règlement extrajudiciaire des différends (Ministère de la Justice du Canada 2015).

4.1.3 Les tribunaux des Premières Nations de la Colombie-Britannique

Actuellement, il existe quatre tribunaux des Premières Nations (ou tribunaux *Gladue*) en Colombie-Britannique, lesquels sont situés à North Vancouver, Duncan, Kamloops et New Westminster. Deux autres tribunaux des Premières Nations ont été proposés par le gouvernement national Tsilhqot'in et le conseil de bande Sto:lo (Dhillon 6 mars 2016).

Les Autochtones qui ont plaidé coupables à une infraction criminelle peuvent être aiguillés vers un tribunal des Premières Nations pour la majorité des enquêtes sur cautionnement et des audiences de détermination de la peine. Le tribunal adopte un modèle axé sur la justice réparatrice pour déterminer la peine. Le juge entend le délinquant, la victime, leur famille respective, des amis, des membres de la collectivité, le procureur de la Couronne, l'avocat de la défense et d'autres intervenants du tribunal, comme des aînés, des travailleurs sociaux, des conseillers parajudiciaires autochtones, des avocats, des agents de probation et des policiers. Le juge travaille avec toutes les parties concernées pour élaborer un plan de guérison qui vise à aider le délinquant, la victime et la collectivité. Par l'entremise du plan de guérison, le délinquant assume la responsabilité de ses actes, examine les causes sous-jacentes de l'infraction et peut être appelé à retourner devant le tribunal afin que le juge puisse suivre ses progrès (Legal Aid BC 2014).

4.1.4 Le tribunal cri et le tribunal déné en Saskatchewan

Le tribunal cri a été créé à Prince Albert en 2001 et emploie des juges, des greffiers, des procureurs de la Couronne et des avocats de l'aide juridique qui parlent cri, en plus d'offrir des services aux victimes en cri. Le tribunal se déplace pour desservir les collectivités autochtones avoisinantes, notamment les Premières Nations de Pelican Narrows, Sandy Bay, Montreal Lake et Big River. Les participants peuvent demander de parler en anglais ou en cri. Le processus de conciliation est utilisé lorsque celui-ci est jugé approprié pour la situation.

Le tribunal déné, établi à Meadow Lake, a commencé à offrir des services en cri et en déné avec l'aide de traducteurs. Le juge qui préside le tribunal est Cri et emploie une approche réparatrice (Whonnock 2008).

4.1.5 Cour de justice du Nunavut

Établie en 1999 avec la création du Nunavut, la Cour de justice du Nunavut est le seul tribunal unifié au Canada. Même si elle n'est pas désignée comme un tribunal *Gladue*, des éléments de l'arrêt *Gladue* sont intégrés à la Cour en raison de la population majoritairement inuite du Nunavut. L'un des principaux objectifs de la Cour est de fournir [Traduction] « une structure judiciaire efficace et accessible capable de répondre aux besoins uniques du Nunavut »

(Clark 2011, p. 345). Elle cherche à offrir des services adaptés à la culture et à s'engager auprès des collectivités en offrant des services d'interprétation judiciaire, et en ayant recours à des groupes consultatifs d'ânés et de jeunes et à d'autres mesures communautaires dans le cadre de la détermination de la peine.

Le Nunavut affiche le taux de criminalité le plus élevé au Canada – crimes violents, infractions liées à la pauvreté et infractions contre l'administration de la justice – la Cour de justice du Nunavut est ainsi confrontée à des défis uniques. Les juges entendent les causes à Iqaluit, et passent également beaucoup de temps en itinérance en raison du vaste territoire qu'occupe le Nunavut. Les audiences peuvent parfois être retardées en raison des conditions météorologiques. La langue est un obstacle pour les avocats, les juges et le personnel non inuits, étant donné que l'inuktitut ou l'innuinaqtun est la première et souvent la seule langue parlée par la majorité des résidents. Les interprètes et les conseillers parajudiciaires inuits contribuent grandement à la diminution des délais judiciaires, qui peuvent s'avérer particulièrement problématiques du fait que les délinquants et les victimes vivent souvent dans de petites collectivités.

Clark (2011) a constaté que pour fonctionner efficacement et atteindre ses objectifs, la Cour a besoin de plus de ressources pour embaucher, former et soutenir les avocats de l'aide juridique, les conseillers parajudiciaires inuits et les juges de paix communautaires. Depuis l'arrêt *Gladue*, les avocats de l'aide juridique travaillent davantage pour préparer les rapports présententiels, étant donné qu'au Nunavut, la quasi-totalité des audiences de détermination de la peine sont des audiences de type *Gladue*. Les conseillers parajudiciaires inuits, financés aux termes d'une entente de partage des coûts entre le ministère de la Justice du Canada et celui du Nunavut, jouent un rôle essentiel dans la préparation des cas, la communication entre les avocats et les clients, et les suivis. Les juges de paix, selon leur niveau, peuvent présider des procès qui portent sur les déclarations de culpabilité par procédure sommaire et sur les lois et règlements du Nunavut; des audiences sur le manquement à une condition de l'ordonnance de sursis; des demandes d'engagements de ne pas troubler l'ordre public; et des audiences relatives au bien-être d'enfants. Ils peuvent également agir à titre de juges de la cour juvénile et délivrer des télémandats. Étant donné que les juges de paix du Nunavut ne sont pas tenus d'avoir une formation d'avocats, il est possible pour un membre de la collectivité qui parle inuktitut ou innuinaqtun de suivre une formation et de statuer sur certaines affaires. De cette façon, le règlement des différends n'est pas tributaire des juges itinérants qui doivent se déplacer depuis Iqaluit.

En plus de l'augmentation des ressources allouées aux avocats de l'aide juridique, aux conseillers parajudiciaires inuits et aux juges de paix, Clark recommande la mise en œuvre de mesures communautaires axées sur la justice réparatrice en dehors du système judiciaire, comme des comités de justice communautaire et des comités de justice pour la jeunesse. Certains critiques craignent que le manque de connaissances et de compréhension des tribunaux itinérants à l'égard des collectivités éloignées puisse miner leur crédibilité et leur légitimité aux yeux des résidents. Des mesures communautaires substitutives pourraient servir de complément au système judiciaire et le libérer de certaines responsabilités.

4.2 Programmes d'assistance parajudiciaire aux Autochtones

Il existe des programmes d'assistance judiciaire aux Autochtones dans toutes les provinces et territoires, à l'exception de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick. À l'échelle nationale, plus de 180 conseillers parajudiciaires offrent des services à quelque 60 000 clients autochtones annuellement dans plus de 450 collectivités²⁷. Les conseillers parajudiciaires autochtones offrent du soutien aux prévenus autochtones dans les diverses instances judiciaires, notamment des services de traduction, d'interprétation et d'orientation. Les conseillers parajudiciaires aiguillent également les prévenus vers d'autres services ou organismes au besoin, assurent la liaison avec les autres organismes et font le suivi des cas (Ministère de la Justice du Canada 2008). Les programmes d'assistance parajudiciaire aux Autochtones sont considérés comme des mesures complémentaires aux autres initiatives de justice autochtone, et les conseillers parajudiciaires autochtones jouent le rôle essentiel de travailleurs de première ligne dans le système de justice pénale.

Dans certaines administrations, les conseillers parajudiciaires autochtones jouent un rôle clé dans la préparation des renseignements de type *Gladue* avant la détermination de la peine. Parmi les programmes qui existent actuellement, le Gladue Caseworker Program, mis sur pied par Aboriginal Legal Services of Toronto, a fait l'objet d'une évaluation indépendante. Sur une période de deux ans, la firme Campbell Research Associates (2008) s'est entretenue avec des juges, des procureurs de la Couronne (fédéraux et provinciaux), des avocats de la défense, des conseillers parajudiciaires spécialisés dans l'arrêt *Gladue* et le directeur du Gladue Caseworker Program. Elle a également examiné des documents pertinents comme les journaux de bord des conseillers parajudiciaires du Programme et les dossiers des clients.

Habituellement, les rapports *Gladue* sont demandés par les juges et les avocats de la défense, et les accusés acceptent généralement que de tels rapports soient préparés (Campbell Research Associates 2008). Lorsqu'un accusé refuse la préparation d'un rapport *Gladue*, c'est souvent parce que celui-ci est en détention provisoire et ne veut pas retarder le prononcé de sa peine, ou parce que l'accusé ne veut pas que le conseiller parajudiciaire communique avec des membres de sa famille. Selon l'évaluation des cas analysés, la peine imposée correspond en totalité avec les recommandations du rapport *Gladue* dans plus de 60 % des cas, et correspond en presque totalité dans 20 % des cas.

4.3 Autres programmes communautaires axés sur la justice réparatrice

Par l'entremise de la Direction de la justice applicable aux autochtones, le ministère de la Justice du Canada appuie les programmes de justice communautaires destinés aux Autochtones qui permettent de substituer des mesures de rechange à la justice conventionnelle. Les programmes de la Direction de la justice applicable aux autochtones emploient une approche axée sur la justice réparatrice et offrent des services qui répondent à des priorités relatives à la justice et qui reflètent la culture et les valeurs des collectivités qu'ils visent. Des clients provenant de plus de 750 collectivités (urbaines, rurales et nordiques, dans les réserves et hors réserve) partout au Canada sont aiguillés vers les programmes. Il existe également de nombreux programmes

²⁷ Pour de plus amples renseignements et une liste des programmes d'assistance parajudiciaire aux Autochtones au Canada : <http://www.justice.gc.ca/fra/fin-fund/gouv-gov/apc-acp/index.html>.

communautaires axés sur l'approche réparatrice exclusivement financés par les provinces et les territoires. Certains programmes sont fondés sur le principe du cercle et, de manière générale, les programmes se caractérisent pas la participation active de la collectivité, la responsabilité et la responsabilisation du délinquant, l'intervention sur les causes de l'acte criminel, les principes de réparation et la réinsertion sociale du délinquant. Les diverses approches qui existent dans les programmes communautaires de justice réparatrice pour les Autochtones reflètent la diversité des peuples autochtones du Canada. La présente section montre des exemples (1) de comités de justice communautaire; (2) de cercles de guérison; et (3) de cercles de détermination de la peine.

4.3.1 Les comités de justice communautaire

Habituellement, les comités de justice communautaire sont composés de bénévoles locaux qui prennent part au processus de résolution des différends. La Gendarmerie royale du Canada et les procureurs de la Couronne peuvent déjudiciariser certaines affaires criminelles et les confier aux comités de justice communautaire. Les infractions admissibles à une telle déjudiciarisation incluent le vol, les méfaits, les introductions par effraction, les infractions liées à l'alcool et aux drogues, le vandalisme et les agressions mineures. Dans le conseil communautaire d'Aboriginal Legal Services of Toronto, une personne peut être déjudiciarisée seulement si elle assume la responsabilité de l'infraction, et la participation au processus de justice communautaire se fait sur une base volontaire. En adoptant une approche de justice réparatrice, les comités de justice communautaire entendent toutes les parties concernées par l'infraction au moment de proposer un règlement qui vise à compenser les dommages occasionnés par l'infraction. Les règlements possibles comprennent notamment des services communautaires, la restitution, des séances de counselling, des excuses (Ministère de la Justice des Territoires du Nord-Ouest).

Il existe des comités de justice communautaire dans la quasi-totalité des provinces et territoires. Par exemple, en Ontario, 10 programmes de justice communautaire pour adultes desservent 24 collectivités. Au Québec, les comités de justice communautaire peuvent proposer certaines mesures que le tribunal peut imposer dans le contexte de détermination de la peine, ou agir à titre de médiateurs dans certains différends entre les membres de la collectivité. Ils peuvent aussi collaborer avec les agents de surveillance ou de probation au suivi des mesures prévues dans une ordonnance (Ministère de la Justice du Québec 2008). En Alberta l'Alexis Restorative Justice Initiative favorise l'échange de renseignements entre le système judiciaire, les membres du comité de justice d'Alexis, les Aînés et d'autres membres de la collectivité. Le comité de justice joue un rôle important dans le processus de détermination de la peine en relevant les ressources culturelles et sociales disponibles dans la réserve. Le comité aide aussi l'agent de probation dans la surveillance des contrevenants et la préparation de rapports sur la conformité des contrevenants aux conditions de leur probation.

Bien qu'il existe de nombreux comités de justice communautaire au pays, un des problèmes importants demeure les lacunes quant à l'échange d'information, la coordination et l'intégration entre les divers acteurs du système de justice et ceux responsables d'offrir des programmes de justice communautaires (Ministère de la Justice du Canada 2013). Une meilleure intégration et davantage de communication permettraient sans conteste d'améliorer l'efficacité des services offerts aux Autochtones dans le système de justice pénale.

4.3.2 Cercles de guérison

Comme les autres formes de programmes de substitution axés sur une approche réparatrice, les cercles de guérison sollicitent la participation du délinquant, de la victime (selon sa volonté), de leur famille respective et d'autres membres de la collectivité comme les Aînés. Fondés sur une approche holistique, les cercles de guérison ont pour objectif de parvenir à un consensus sur la façon de compenser les dommages occasionnés par l'infraction, notamment quant à ses effets sur la relation du délinquant avec la victime et la collectivité. Ils cherchent également à aborder les causes sous-jacentes de l'infraction de façon à réadapter le délinquant. Semblable aux comités de justice communautaire, le processus de règlement par l'entremise des cercles de guérison peut comprendre des programmes de counselling spécialisés, des services communautaires à la demande d'un Aîné, un potlatch ou d'autres mesures réparatrices propres aux traditions culturelles du délinquant, de même que la restitution directe. À titre de mesure substitutive aux procédures judiciaires officielles, les cercles de guérison semblent mieux répondre aux besoins des collectivités autochtones et respectent les conceptions autochtones de la justice. Un cercle de guérison ou tout autre processus de justice réparatrice peut s'intégrer aux conditions imposées par un tribunal, et ce dernier peut appliquer les recommandations du cercle et imposer d'autres conditions qu'il juge appropriées (Justice Education Society 2016).

Comme il l'a été souligné dans l'arrêt *Gladue*, l'approche réparatrice n'est pas nécessairement « un châtement moins sévère », elle peut dans les faits imposer « un fardeau plus lourd au délinquant qu'une peine d'emprisonnement » (para 72). Étant donné que les délinquants doivent reconnaître les dommages causés et en assumer la responsabilité, le processus du cercle de guérison est [Traduction] « intense et à de nombreux égards plus difficile qu'une peine d'emprisonnement passive » (Justice Education Society 2016). Les victimes qui y participent trouvent également le processus moins traumatisant que le processus judiciaire. Voici certains exemples de cercles de guérison : Biidaaban – le modèle communautaire de guérison du peuple Mnjikaning en Ontario; le programme de justice communautaire holistique (Holistic Justice Program) à Terre-Neuve-et-Labrador; et la société de justice autochtone urbaine de Prince George (Prince George Urban Aboriginal Justice Society) en Colombie-Britannique. La Confédération des Mi'kmaq du programme de justice des Autochtones de l'Île-du-Prince-Édouard offre une série de processus en cercle pour les diverses étapes du processus de justice pénale. Les cercles poursuivent les objectifs de la résolution de conflits, l'intervention précoce, la détermination de la peine, la guérison et la réinsertion sociale (Confédération des Mi'kmaq de l'Île-du-Prince-Édouard).

4.3.3 Cercles de détermination de la peine

Fondés sur le processus en cercle traditionnel, les cercles de détermination de la peine, ou cercles de sentence, facilitent la participation de la collectivité à la détermination de la peine d'un délinquant. Les membres de la collectivité se joignent au juge, au délinquant et à la victime pour discuter des facteurs qui ont contribué à l'infraction, des peines possibles et de la réinsertion sociale. Le cercle recommande souvent une peine communautaire qui comprend une certaine forme de restitution, des services communautaires, du counselling et possiblement une période de détention. Contrairement aux comités de justice communautaire et aux cercles de guérison, les cercles de détermination de la peine ne sont pas en dehors du processus judiciaire. Les

recommandations du cercle n'ont pas à être adoptées par le juge chargé de déterminer la peine (Confédération des Mi'kmaq de l'Île-du-Prince-Édouard).

Il existe trois types de cercles de détermination de la peine : (1) le cercle simple, où les accusés, les victimes, leurs familles respectives, les représentants de la collectivité et les membres du système de justice sont réunis dans un même cercle; (2) le cercle double, où les personnes qui forment le cercle simple sont réunies dans un cercle interne et les spectateurs se placent dans un cercle externe (ceux-ci peuvent déplacer leur chaise et intégrer le cercle interne s'ils le désirent); (3) les cercles séparés, qui prévoient deux étapes dans le processus de détermination de la peine. Lors de la première étape, un cercle, appelé conseil en matière de détermination de la peine, se réunit sans la présence du juge. Une fois que ce premier comité parvient à un consensus, le deuxième cercle est organisé en la présence du juge, qui est informé des recommandations du conseil (Jaccoud 1999).

Les cercles de détermination de la peine sont utilisés partout au Canada et sont essentiels à la mise en place de processus adaptés à la culture pour les délinquants autochtones.

4.3.4 Community Holistic Circle Healing Program à Hollow Water

Le Community Holistic Circle Healing Program (CHCHP) à Hollow Water est l'un des programmes de justice réparatrice les plus documentés au Canada (voir par exemple Bushie 1999; Green 1998; LaPrairie 1998; ministère de la Justice du Canada 2009; Umbreit et coll. 2002). Le programme a été lancé en 1983 par des prestataires de services sociaux qui cherchaient à résoudre les problèmes touchant les jeunes dans la collectivité, comme l'absentéisme scolaire, la toxicomanie et le suicide. En cours de route, les travailleurs sociaux ont constaté que la victimisation attribuable à la violence sexuelle était la cause sous-jacente à de nombreux problèmes dans la collectivité. D'après Ross (1994) 75 % de la population de la collectivité de Hollow Water a été victime de violence sexuelle et 35 % des membres de la collectivité étaient des agresseurs.

Le CHCHP est à la fois un cercle de guérison et un cercle de détermination de la peine (Bushie 1999; Jaccoud 1999). De manière générale, les évaluations du programme se sont révélées positives, constatant des avantages à la fois pour les participants et l'ensemble de la collectivité (Native Counselling Services of Alberta, 2001; Lajeunesse and Associates, 1996). Il n'en reste pas moins que le programme a des défis à relever. Étant donné que le processus nécessite la reconnaissance publique de violence sexuelle, la confidentialité des participants est nécessairement compromise. De plus, la complexité des liens sociaux au sein de la collectivité peut susciter de la méfiance tout au long du processus de guérison.

En résumé, le vaste éventail des programmes offerts aux Autochtones dans le système de justice pénale témoigne de la diversité des collectivités autochtones, de même que des possibilités de rendre le processus de justice pénale plus réparateur, communautaire et culturellement approprié.

Bien que ces programmes offrent des services utiles aux prévenus et aux délinquants autochtones, il convient de souligner également la critique voulant que les approches axées sur la justice réparatrice doivent être mieux intégrées dans le système judiciaire, y compris dans les

tribunaux *Gladue*. Compter uniquement sur les efforts des collectivités ne serait peut-être pas viable à long terme :

[Traduction]

« Ces efforts déployés par les collectivités en matière de justice réparatrice posent un défi logistique et représentent souvent un travail de longue haleine qui entraîne d'énormes répercussions sur le plan émotionnel. Ils peuvent aussi, avec le temps, engendrer une lassitude juridique en épuisant l'énergie et la bonne foi exigées des collectivités hôtes, particulièrement des Aînés. » (Green 2012, p. 9)

L'absence d'études d'évaluation indépendantes à l'endroit de nombreux programmes, de même que les efforts accrus nécessaires à l'intégration de ces programmes dans le système judiciaire conventionnel, doivent faire l'objet de travaux futurs.

5. Expériences dans les programmes liés à l'arrêt *Gladue*

Les recherches approfondies sur les expériences des acteurs du système de justice pénale dans les programmes liés à l'arrêt *Gladue* ne sont pas nombreuses et utilisent essentiellement la méthodologie qualitative. Par exemple, les participants aux séances de mobilisation des intervenants communautaires organisées par la Direction de la justice applicable aux Autochtones ont généralement indiqué de manière informelle que les programmes adaptés sur le plan culturel sont mieux à même de tenir compte de la situation des clients²⁸. La présente section présente quelques expériences vécues par (1) les accusés et les délinquants; (2) les membres de la magistrature; et (3) les avocats de la défense. Il convient toutefois de noter que des recherches plus approfondies doivent être effectuées sur cette question.

5.1 Expériences des accusés et des délinquants

5.1.1 Expériences vécues par les clients du programme de conseil communautaire

Dans sa thèse, Craig Proulx (2001) a constaté que les expériences vécues par les clients du Programme de conseil communautaire (le programme de déjudiciarisation à l'ancien hôtel de ville) étaient souvent façonnées par les répercussions des pensionnats indiens et des services de protection de la jeunesse. Bien que certains clients en avaient assez de définir l'expérience autochtone comme étant surtout fondée sur la victimisation, les effets, directs ou intergénérationnels, des mauvais traitements subis dans les pensionnats autochtones et les services de protection à l'enfance constituent pour beaucoup une cause sous-jacente de la toxicomanie et de la criminalité.

Les expériences de discrimination étaient courantes à toutes les étapes du système de justice pénale conventionnel. Des clients ont indiqué s'être sentis accusés simplement du fait qu'ils étaient Autochtones – que ce soit de racisme manifeste de la part du corps policier ou d'une

²⁸ D'après la Direction de la justice applicable aux Autochtones du ministère de la Justice du Canada, d'autres activités de mobilisation sont en cours et un rapport à ce sujet est prévu.

présomption de criminalité enracinée dans les stéréotypes négatifs à l'endroit des Autochtones devenus normalisés dans la culture canadienne. Étant nombreux à vivre dans la rue, les clients du Programme de conseil communautaire étaient aussi plus visibles pour les policiers. Les membres et le personnel du Programme ont indiqué que des clients sont arrivés à leurs bureaux après avoir été libérés avec des blessures causées par des mauvais traitements, et ont constaté le recours excessif à la fouille à nu par la police. En résumé :

[Traduction]

« Le racisme, les stéréotypes, la violence physique, psychologique, spirituelle et émotionnelle de même que les actes de torture auxquels se livrent les policiers sont perçus comme étant endémiques [...]. Le fait de savoir qu'en tant qu'Autochtones, ils sont plus susceptibles d'être arrêtés pour un crime que les non-Autochtones, constitue une forme de violence psychologique. » (p. 71)

Des avocats de garde et des clients du Programme ont également décrit le phénomène voulant que les avocats fassent pression sur les accusés pour qu'ils plaident coupables sans la tenue d'une enquête en règle, afin de consacrer moins de temps à chaque dossier. Proulx note cependant qu'il s'agit de témoignages anecdotiques. Des clients ont également souligné le manque de connaissance et de compréhension en matière d'expériences autochtones de la part des avocats et des juges présidant les audiences.

5.1.2 Expériences au tribunal *Gladue*

Dans le cadre d'une évaluation indépendante du tribunal *Gladue* situé dans l'ancien hôtel de ville, Clark (2016) a interrogé des accusés en attente d'une audience de même que des personnes qui avaient été aiguillées vers le Programme du conseil communautaire.

Au cours des sept mois qu'a duré l'évaluation, environ 94 Autochtones ont comparu au tribunal *Gladue*. Malgré le fait que le temps de traitement des affaires entendues à l'ancien hôtel de ville est plus long, les Autochtones ont généralement formulé des commentaires positifs sur leurs expériences. Par exemple, des clients ont constaté que [Traduction] « dans ce tribunal, on vous prend au sérieux » (p. 26), « ils prennent le temps de vous parler, de connaître vos besoins et de trouver une façon de vous aider » (p. 40). Ceux qui avaient eu dans le passé des affaires jugées devant un autre tribunal ont estimé que le processus de mise en liberté sous caution à l'ancien hôtel de ville était [Traduction] « juste, raisonnable et culturellement approprié ». Cette opinion peut en partie s'expliquer du fait que les clients du Programme de cautionnement de Toronto pour une surveillance de type *Gladue* participent à l'élaboration de leur plan de libération conditionnelle. De la même façon, des clients autochtones ont formulé des commentaires positifs sur leur participation aux programmes de réinsertion sociale offerts lorsqu'ils sont aiguillés vers le Conseil communautaire.

Des participants ont dit qu'ils allaient parler du tribunal *Gladue* à d'autres prévenus autochtones, mais ils ont également souligné la nécessité de mieux sensibiliser les autres tribunaux dans la région du Grand Toronto. La possibilité de se déclarer Autochtone dépend des professionnels des tribunaux; Clark recommande donc qu'il y ait davantage de sensibilisation des juges et des avocats de la Couronne et de la défense dans les autres tribunaux de la ville. En outre, certains

participants se sont demandé pourquoi le tribunal n'était pas structuré à la manière d'un cercle de détermination de la peine. Bien qu'il y ait eu quelques tentatives pour utiliser le format du cercle au tribunal *Gladue*, Clark constate que le recours généralisé aux cercles de détermination de la peine entraînerait d'importants retards et semble prématuré pour le moment.

5.2 Expériences des membres de la magistrature

5.2.1 Expériences des juges à l'égard de l'arrêt *Gladue*

Même si la magistrature ne s'est pas exprimée longuement sur son expérience à l'égard de l'arrêt *Gladue*, il est clair que la réforme de la détermination de la peine ne peut à elle seule suffire à régler le problème de la surreprésentation, comme l'a constaté la Cour suprême dans *Gladue* (para 65). Dans *In R. c. Dantimo*, le juge O'Neill affirme que la difficulté pour les juges chargés de déterminer la peine tient au fait qu'ils peuvent seulement s'attaquer aux symptômes du problème, et non aux causes (para 31).

Le juge Melvyn Green (2012), qui préside le tribunal *Gladue* à l'ancien hôtel de ville se montre également critique au fait que la Cour suprême évoque à répétition la justice réparatrice dans *Gladue* et *Ipeelee*, sans préciser le concept ni fournir de feuille de route sur la façon dont la justice réparatrice pourrait être mise en œuvre (p. 8). Pour le juge Green, le tribunal *Gladue* présente l'inconvénient de recréer un modèle accusatoire au lieu de créer un processus correspondant davantage à l'approche axée sur la justice réparatrice.

5.2.2 Perception des juges à l'égard des programmes de justice réparatrice

Une étude par Belknap et McDonald (2010) a analysé les expériences de 27 juges relativement à l'utilisation des cercles de détermination de la peine autochtones dans les cas de violence conjugale. La majorité des juges ont affirmé que les cercles de détermination de la peine ont permis d'améliorer la prise de conscience et la participation des collectivités de même que la responsabilisation de l'accusé avant la formation du cercle.

Concernant les conditions préalables à la mise en place des cercles de détermination de la peine, les juges considèrent comme essentiels : le consentement de la victime; le soutien à la victime; l'habileté et la capacité de la collectivité à faire face aux cas de violence conjugale (p. ex. que les membres du cercle soient physiquement et émotionnellement disponibles, qu'ils comprennent la dynamique de la violence conjugale, etc.); et des programmes volontaires ordonnés par le tribunal (p. ex. des programmes de réinsertion sociale axés sur le traitement de la toxicomanie, la gestion de la colère et le counselling) suivis par les parties intéressées.

Les juges ont constaté que l'aspect représentant le plus grand défi concernant les cercles de détermination de la peine sont le temps et les ressources nécessaires pour les organiser. Certaines collectivités n'ont pas la capacité suffisante pour mettre en place efficacement de tels cercles en raison du manque de neutralité des membres du cercle. Certains juges ont aussi remis en question l'efficacité des cercles de détermination de la peine à prévenir la violence et sont préoccupés par la sécurité des victimes en l'absence d'incarcération.

5.3 Expériences des avocats de la défense liées à l'arrêt *Gladue*

McDonald (2008) a examiné les effets de l'arrêt *Gladue* sur les avocats de la défense et a ainsi mis en lumière certains obstacles à la mise en œuvre des principes énoncés dans *Gladue*. De nombreux avocats de la défense ont indiqué ne pas avoir encore intégré les principes *Gladue* à leurs stratégies, ayant l'impression qu'ils n'auraient pas beaucoup de poids dans la négociation de plaidoyers. Certains estiment que les principes *Gladue* sont discriminatoires à l'égard des délinquants non autochtones, faisant écho à la critique formulée après l'arrêt *Gladue* à laquelle la Cour suprême a répondu dans *Ipeelee*. D'autres pensent que l'alinéa 718.2e) peut être efficace seulement lorsque les délinquants vivent dans une réserve – une idée fautive abordée à même l'arrêt *Gladue*. Les avocats de la défense ont également constaté que les accusés en détention provisoire refusaient parfois la préparation d'un rapport *Gladue* du fait qu'elle aurait prolongé leur détention. Finalement, les avocats ont souligné le manque de mesures de substitution à l'emprisonnement adaptées à la culture de même que l'accès limité à des rapports *Gladue* bien préparés, comme étant d'autres obstacles à la mise en œuvre des principes *Gladue*.

Par contre, l'évaluation réalisée par Clark (2016) du tribunal *Gladue* brosse un tout autre tableau. En plus des prévenus, des conseillers parajudiciaires, des juges et des membres du conseil communautaire, Clark a interrogé des avocats de la défense du tribunal *Gladue*. Ceux-ci ont utilisé des rapports *Gladue* préparés par les conseillers parajudiciaires, mais ont constaté qu'il était souvent difficile de présenter les renseignements issus du rapport *Gladue* en cour étant donné que les prévenus ayant subi des traumatismes ne [Traduction] « voulaient pas que les aspects pénibles de leur vie soient présentés sur la place publique » (p. 29). Les avocats de la défense habitués aux procédures du tribunal *Gladue* présentaient le rapport *Gladue* en termes généraux et attiraient l'attention du juge sur une page en particulier; toutefois, ces procédures ne sont pas familières à tous les avocats. Les avocats de la défense ont également indiqué que des plans de libération conditionnelle culturellement adaptés amènent plus facilement les juges à accorder une mise en liberté sous caution et une déjudiciarisation (p. 34).

6. Conclusion

Le présent rapport s'est penché sur les efforts législatifs, judiciaires, politiques et communautaires visant à résoudre le problème de la surreprésentation des délinquants autochtones dans le système de justice pénale canadien. La deuxième section a présenté un aperçu statistique de la surreprésentation des délinquants autochtones, de même qu'un résumé des arrêts *Gladue* et *Ipeelee* et des commentaires formulés à la suite de l'arrêt *Ipeelee*. La troisième section a examiné la documentation au sujet de la surreprésentation en mettant l'accent sur les difficultés pratiques liées à l'application de l'alinéa 718.2e); de même que d'autres considérations comme les délinquants atteints de troubles du spectre de l'alcoolisation fœtale et l'application des principes *Gladue* à la mise en liberté sous caution. La dernière section a mis en évidence les expériences des personnes accusées, des juges et des avocats de la défense, et a permis de constater qu'il faut poursuivre l'examen des expériences des intervenants du système de justice.

La surreprésentation autochtone est une situation complexe, influencée par des facteurs comme les effets du colonialisme et la discrimination systémique au sein du système de justice pénale. Même si les juges chargés de déterminer la peine sont à l'avant-plan du système de justice pénale, la réforme des principes de détermination de la peine ne peut à elle seule suffire à régler le problème de la surreprésentation, comme l'a constaté la Cour suprême dans *Gladue*. La création de tribunaux *Gladue* et d'autres programmes de justice substitutifs offerts aux délinquants autochtones démontre l'importance des solutions extrajudiciaires. Au sein du ministère de la Justice, la Direction de la justice applicable aux Autochtones appuie les programmes de justice communautaires destinés aux Autochtones qui permettent de substituer des mesures de rechange à la justice conventionnelle. La Direction de la justice applicable aux Autochtones a comme objectifs d'aider les Autochtones à assumer une plus grande responsabilité en ce qui a trait à l'administration de la justice dans leurs collectivités; d'intégrer les valeurs autochtones dans le système de justice canadien; et de contribuer à diminuer les taux de victimisation, de criminalité et d'incarcération dans les collectivités autochtones. Les programmes de la Direction de la justice applicable aux Autochtones emploient une approche axée sur la justice réparatrice et offrent des services qui répondent à des priorités relatives à la justice et qui reflètent la culture et les valeurs des collectivités autochtones qu'ils visent. De nombreux bénéficiaires du financement octroyé par la Direction intègrent les principes *Gladue* dans leur travail quotidien. Comme le démontre le présent rapport, un financement et une évaluation continus de ces programmes seront déterminants pour veiller à ce que les Autochtones aient accès à un système de justice pénale approprié partout au Canada.

Les efforts pour mettre en œuvre les principes *Gladue* et diminuer la surreprésentation doivent aussi être éclairés par la Commission de vérité et de réconciliation et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones pour assurer la reconnaissance, la revitalisation de même que l'intégration et la mise en œuvre complètes de la tradition juridique autochtone au Canada. Même si selon certains, l'alinéa 718.2e) et les initiatives liées aux principes *Gladue* deviendront inutiles s'ils parviennent à éliminer la surreprésentation, ils doivent plutôt être considérés comme une première étape vers une autodétermination accrue des Autochtones au sein du système de justice pénale.

Jurisprudence

Frontenac Ventures Corporation v Ardoch Algonquin First Nation, 2008 ONCA 534, 91 OR (3d) 1.

R v Anoussis, 2008 QCCQ 8100, 242 CCC (3d) 113.

R v Dantimo 2009 CanLII 6627, [2009] OJ No 655.

R v Gladue [1999] 1 SCR 688, 171 DLR (4th) 385.

R v Hall, 2002 SCC 64, [2002] 3 SCR 309.

R v Ipeelee, 2012 SCC 13, [2012] 1 SCR 433.

R v Jenson [2005] 74 OR (3d) 561, 195 CCC (3d).

R v Knott, 2012 MBQB 105; 278 Man R (2d) 82.

R v Kokopenace, 2013 ONCA 389, 115 OR (3d) 481.

R v Kreko, 2016 ONCA 367, 131 OR (3d) 685.

R v Morris, 2004 BCCA 305, 186 CCC (3d) 549.

R v Nasogaluak, 2010 SCC 6 at 39

R v Pitawanakwat, [2003] OTC 1049, 61 WCB (2d) 597.

R v Ramsay, 13 BCAC 176

R v Robinson, 2009 ONCA 205, 95 OR (3d) 309.

R v Sim [2005] 78 OR (3d) 183, 201 CCC (3d) 482.

R v Sutherland, 2009 BCCA 534, 281 BCAC 33.

R v Wesley, 2014 BCCA 321, 116 WCB (2d) 316.

R. v Anderson, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167

R. v Borde 2003 CanLII 4187 (ON CA), (2003), 63 O.R. (3d) 417, at para. 39

R. v Morales, [1992] 3 S.C.R. 711

R. v Pearson, [1992] 3 S.C.R. 665

R. v Summers, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575

R. v Wells, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207,

Twins v Canada (Attorney General), 2016 FC 537 (CanLII).

United States v Leonard, 2012 ONCA 622, 112 OR (3d) 496.

Liste de référence

- Aboriginal Legal Services Toronto. *Gladue Court*. 2016. <http://www.aboriginallegal.ca/gladue-court.html> [Consulté le 1^{er} août 2016]. En anglais seulement.
- Anand, S. 2000. “The sentencing of aboriginal offenders, continued confusion and persisting problems: A comment on the decision in *R. v. Gladue*.” *Canadian Journal of Criminology* 42 (3): 412-420. En anglais seulement.
- Barnett C. C. et Sundhu W. 2014. “Quinze ans après Gladue, où est le progrès?” *CBA/ABC National*. <http://nationalmagazine.ca/Articles/April-2014-web/The-Supreme-Court-of-Canada-and-Gladue.aspx?lang=FR>
- Belknap, J. et C. McDonald. 2010. “Judges’ attitudes about and experiences with sentencing circles in intimate-partner abuse cases.” *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 52(4): 369. En anglais seulement.
- British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA). 2014. “More Than We Can Afford: The Costs of Mandatory Minimum Sentencing. Raji Mangat. <https://bccla.org/wp-content/uploads/2014/09/Mandatory-Minimum-Sentencing.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]. En anglais seulement.
- Bushie, B. 1999. “Community holistic circle healing.” *International Institute for Restorative Practices*. <http://www.iirp.org/library.php> [Consulté le 28 juillet 2010]
- Cameron, A. 2008. “*R v. Gladue: Sentencing and the Gendered Impacts of Colonialism*.” Dans *Moving Toward Justice: Legal Traditions and Aboriginal Justice*, ed. J. White. Saskatoon: Purich Pub in association with the Saskatchewan Institute of Public Policy.
- Campbell Research Associates. 2008. *Evaluation of the Aboriginal Legal Services of Toronto. Gladue Caseworker Program. Year Three October 2006-September 2007*. Mississauga.
- Chartrand, L. et K. Horn. 2016. « Un rapport sur les relations entre la justice réparatrice et les traditions juridiques autochtones au Canada ». Ottawa: Ministère de la Justice du Canada.
- Clark, S. 2016. *Evaluation of the Gladue Court, Old City Hall, Toronto*. Prepared for Aboriginal Legal Services. Toronto: Scott Clark Consulting Inc.
- _____. 2011. “The Nunavut Court of Justice: An Example of Challenges and Alternatives for Communities and for the Administration of Justice.” Department of Criminal Justice and Criminology, Ryerson University. <http://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjccj.53.3.343> [Consulté le 19 septembre 2017]
- Commission de vérité et réconciliation du Canada. 2015. *Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. http://www.myrobust.com/websites/trcinstitution/File/Reports/French/French_Executive_Summary_Web.pdf [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones du Manitoba. 1991. « Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba / Public Inquiry into the

- Administration of Justice and Aboriginal People ». http://www.ajic.mb.ca/reports/final_toc.html En anglais seulement.
- Commission royale sur les peuples autochtones. 1996. « Un passé, un avenir », vol. 1. *Les peuples autochtones et la justice : rapport de la Table ronde nationale sur les questions judiciaires*. <http://data2.archives.ca/e/e448/e011188231-01.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]
- Confédération des Mi'kmaq de l'Île-du-Prince-Édouard. N.d. *Aboriginal Justice Circles*. <http://www.mcpei.ca/node/24> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Daubney, D. et G. Parry. 1999. "An Overview of Bill C-41 (The Sentencing Reform Act)." *Making Sense of Sentencing*, ed. J.V. Roberts and D. Cole, 31-47. Toronto: University of Toronto Press.
- Dhillon, S. 6 mars 2016. "Two more First Nations courts proposed in British Columbia." *The Globe and Mail*. <http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/two-more-first-nations-courts-proposed-in-british-columbia/article29043462/> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Drummond, S. 1997. *Incorporating the Familiar: An Investigation into Legal Sensibilities in Nunavik*. Montreal and Kingston: McGill-Queens University Press.
- Gevikoglu, J. 2013. "Ipeelee/Ladue and the Conundrum of Indigenous Identity in Sentencing." *The Supreme Court Law Review*. 63(2): 205.
- Green, M. 2012. "The Challenge of Gladue Courts." *Criminal Reports (Articles)*, 6th Series 89 CR-ART 362.
- Green, R.G. 1998. "Aboriginal community sentencing and mediation: within and without the circle." *Manitoba Law Journal* 25(1): 77.
- Haslip, S. 2000. "Aboriginal sentencing reform in Canada - prospects for success: Standing tall with both feet planted firmly in the air." *Murdoch University Electronic Journal of Law* 14(1): 1.
- Iacobucci, F. 2013. « La représentation des Premières Nations sur la liste des jurés en Ontario ». *Rapport de l'examen indépendant mené par l'honorable Frank Iacobucci*. https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/iacobucci/First_Nations_Representation_Ontario_Juries.html [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Jaccoud, M. 1999. "Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada." *Criminologie* 32(1): 79.
- Justice Education Society. 2016. *Restorative Justice*. <http://www.justiceeducation.ca/about-us/research/aboriginal-sentencing/restorative-justice> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Kellough, G. et S. Wortley. 2002. "Remand for plea: bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions." *British Journal of Criminology* 42: 186.
- Knazan, B. 2003. "Sentencing aboriginal offenders in a large city: the Toronto Gladue (aboriginal persons) court." *National Judicial Institute, Aboriginal Law Seminar*, January 23-25. <http://aboriginallegal.ca/docs/Knazan.pdf> [Consulté le 1^{er} juillet 2010]
- Lajeunesse, T. & Associates. 1996. "Evaluation of community holistic circle healing." *Hollow Water First Nation*. Volume 1: Final Report. Submitted to the Solicitor General.

- LaPrairie, C. 1990. "The role of sentencing in the over-representation of Aboriginal people in correctional institutions." *Canadian Journal of Criminology* 32: 429.
- LaPrairie, C. 1998. "The 'New' Justice: Some Implications for Aboriginal Communities." *Canadian Journal of Criminology* 40(1):61.
- Legal Aid BC. 2014. *First Nations Court*.
<http://aboriginal.legalaid.bc.ca/rights/firstNationsCourt.php> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- MacIntosh, C. et Angrove, G. 2012. "Developments in Aboriginal Law: The 2011-2012 Term – Charter Rights, Constitutional Rights, Taxation and Sentencing." *The Supreme Court Law Review* 59(2): 1.
- McDonald. 2008. "The Discord Between Policy and Practice: Defence Lawyers' use of Section 718.2 (e) and Gladue." A Thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies of the University of Manitoba in partial fulfilment of the requirements of the degree of Master of Arts.
https://mspace.lib.umanitoba.ca/xmlui/bitstream/handle/1993/3084/RMcDonald_Masters_Thesis_For_Conversion_MSpace_2008_08_11%5B1%5D.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulté le 20 septembre 2017]
- Milward, D. 2014. "The Sentencing of Aboriginal Accused with FASD: A Search for Different Pathways." *University of British Columbia Law Review* 47: 1025.
- Ministère de la Justice du Canada. 2017. Division de la recherche et de la statistique. « Surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale ». *Précis des faits*.
<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/pf-jf/2017/jan02.html> [Consulté le 20 septembre 2017]
- _____. 2015. « Emplacement au Canada des programmes de la Stratégie de la justice applicable aux Autochtones ». <http://www.justice.gc.ca/fra/fina-fund/fca-acf/sja-ajs/pc-cf/emplacement/ab.html> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- _____. 2013. Division de la recherche et de la statistique. *Les pratiques provinciales et territoriales liées à l'arrêt Gladue*. Préparé par Sébastien April et Mylène Magrinelli Orsi. http://payequityreview.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr12_11/rr12_11.pdf [Consulté le 1^{er} août 2016]
- _____. 2009. « Programmes de justice communautaires – Manitoba ». <http://www.justice.gc.ca/fra/fina-fund/fca-acf/sja-ajs/pc-cf/emplacement/man.html> [Consulté le 28 juillet 2010]
- _____. 2008. *Programme d'assistance parajudiciaire aux Autochtones, Évaluation sommative*.
- Ministère de la justice du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest. N.d. *Comités de justice communautaire*. <https://www.justice.gov.nt.ca/fr/comites-de-justice-communautaire/> [Consulté le 1^{er} août 2016]
- Ministère de la justice du Québec. 2008. *La justice en milieu autochtone: vers une plus grande synergie*. Report of the task force composed of representatives of the cour du Québec, du ministère de la justice, du directeur des poursuites criminelles et pénales et du secrétariat aux affaires autochtones.
https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/

- [centredoc/rapports/systeme-judiciaire/autoch08.pdf](#) [Consulté le 26 juillet 2010]
- Ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta et solliciteur général et ministre de la Sécurité publique de l'Alberta. *Aboriginal justice programs and initiatives*. 2006. http://justice.alberta.ca/programs_services/aboriginal/Documents/aboriginal_justice_initiatives_summary_2006.pdf [Consulté le 26 juillet 2010]. En anglais seulement.
- Native Counselling Services of Alberta. 2001. *A Cost-benefit Analysis of Hollow Water's Community Holistic Circle Healing Process*. Ottawa: Solicitor General of Canada.
- Nowlin, C. 2004. "Taking aboriginal justice beyond *Gladue*: Canadian criminal law in conflict with human rights." *Saskatchewan Law Review* 67: 59.
- Ozkin, S. 2012. "Down But Not Out: Re-Evaluating the Use of Social Context Evidence in Sentencing." *Windsor Review of Legal and Social Issues* 32: 159.
- Parkes, D. 2012. "*Ipeelee* and the Pursuit of Proportionality in a World of Mandatory Minimum Sentences." *For the Defence* 33: 3.
- Parkes, D., David Milward, Steven Keesic, et Janine Seymour. 2012. *Gladue Handbook: A Resource for Justice System Participants in Manitoba*. University of Manitoba. http://law.robsonhall.com/wp-content/uploads/2015/10/Gladue_Handbook_2012_Final-1.pdf [Consulté le 20 septembre 2017]
- Pfefferle, B. 2008. "*Gladue* sentencing: uneasy answers to the hard problem of Aboriginal over-incarceration." *Manitoba Law Journal* 32: 113.
- Prince George Urban Aboriginal Justice Society. 2008. "Programs." <http://www.pguajs.ca> [Consulté le 17 juillet 2010]
- Proulx, C. 2001. "Re-Claiming Justice and Community: The Community Council Project of Toronto." A Thesis Submitted to the School of Graduate Studies in Partial Fulfilment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. McMaster University.
- Proulx, C. 2005. "Blending justice: interlegality and the incorporation of Aboriginal justice into the formal Canadian justice system." *Journal of Legal Pluralism* 51: 79. <http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/51/proulx-art.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]
- Quingley, T. 1999. "Are we doing anything about the disproportionate jailing of Aboriginal people?" *Criminal Law Quarterly* 42: 129.
- Roach, K. 2012. "The Charter versus the Government's Crime Agenda." *Supreme Court Law Review* 58(2): 211.
- _____. 2009. "One step forward, two steps back: *Gladue* at ten and in the courts of appeal." *Criminal Law Quarterly* 54: 470.
- Roach, K. et J. Rudin. 2000. "*Gladue*: the judicial and political reception of a promising decision". *Canadian Journal of Criminology* 42: 355.
- Rogin, J. 2014. *The Application of Gladue to Bail: Problems, Challenges, and Potential*. Thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies, Graduate Program in Law, York University.
- Ross, R. 1994. "Duelling Paradigms? Western Criminal Justice System versus Aboriginal

- Community Healing.” *Continuing Poundmaker and Riel’s Quest*, ed. R. Gosse, J.Y Henderson and R. Carter, 241- 268. Saskatoon: Purich.
- Rudin, J. 2012. “Looking Backward, Looking Forward: The Supreme Court of Canada’s Decision in *R. v. Ipeelee*.” *Supreme Court Law Review* 27(2): 375.
- _____. 2008. “Aboriginal over-representation and *R v. Gladue*: where we were, where we are and where we might be going.” *Supreme Court Law Review*, 40. Reproduced in “Aboriginal Criminal Justice Post-*Gladue*”. Conference materials at p. 21.
- _____. 2005. Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System. Ipperwash Inquiry. http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf [Consulté le 14 juin 2010]
- Statistique Canada. 2017. « Statistiques sur les services correctionnels pour les jeunes au Canada, 2015-2016 ». Jamil Malakieh, Centre canadien de la statistique juridique. *Juristat* 85-002-X. <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2017001/article/14702-fra.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]
- _____. 2016. « Statistiques sur les services correctionnels pour adultes au Canada, 2014-2015 ». Julie Reitano, Centre canadien de la statistique juridique. *Juristat* 85-002-X. <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2016001/article/14318-fra.pdf> [Consulté le 19 septembre 2017]
- _____. 2011a. « Les femmes des Premières Nations, les Métisses et les Inuites ». Vivian O'Donnell et Susan Wallace. Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe. <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11442-fra.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]
- _____. 2011b. « La victimisation avec violence chez les femmes autochtones dans les provinces canadiennes, 2009 ». Shannon Brennan. *Juristat*. <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2011001/article/11439-fra.pdf> [Consulté le 20 septembre 2017]
- Stenning, P. et J. Roberts. 2001. “Empty Promises: Parliament, the Supreme Court and the Sentencing of Aboriginal Offenders.” *Saskatchewan Law Review* 64: 137.
- Sylvestre, M. 2013. “The (Re)Discovery of the Proportionality Principle in Sentencing in *Ipeelee*: Constitutionalization and the Emergence of Collective Responsibility.” *The Supreme Court Law Review* 63(2): 461.
- Turpel-Lafond, M.E. 1999. “Sentencing within a Restorative Justice Paradigm: Procedural Implications of *R. v. Gladue*.” *The Criminal Law Quarterly* 43(1): 34.
- Umbreit, M., R. Coates et B. Vos. 2002. “The Impact of Restorative Justice Conferencing: A Review of 63 Empirical Studies in 5 Countries.” *Center for Restorative Justice & Peacemaking*. University of Minnesota. http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/Resources/RJ_Dialogue_Resources/Restorative_Group_Conferencing/Impact_RJC_Review_63_Studies.pdf [Consulté le 28 juillet 2010]
- Welsh, A. et J.R.P. Ogloff. “Progressive Reforms or Maintaining the Status Quo? An Empirical Evaluation of the Judicial Consideration of Aboriginal Status in Sentencing Decisions”. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* July (2008): 491.
- Whonnock, K. 2008. “Aboriginal Courts in Canada.”

http://www.scowinstitute.ca/library/documents/Aboriginal_Courts_Fact_Sheet.pdf
[Consulté le 17 juillet 2010]

Williams, T. 2008. "Intersectionality Analysis in the Sentencing of Aboriginal Women in Canada: What Difference Does It Make?" *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, eds. E. Grabham et al. Oxon: GlassHouse Books, 2009.