

VERS LA RECONNAISSANCE D'UNE
COMPÉTENCE AUTOCHTONE EN MATIÈRE
DE JUSTICE PÉNALE
ADOLESCENTE : ORIGINES CROISÉES ET
PRINCIPES PARTAGÉS — PARTIE I

René Provost et Jeanne Mayrand-Thibert*

RÉSUMÉ

Le colonialisme a profondément façonné tant la protection de la jeunesse que la justice juvénile au Canada, deux régimes qui opéraient historiquement au sein des mêmes institutions cherchant à réhabiliter des jeunes dont les familles étaient perçues comme incapables d'éduquer leurs enfants. Les familles et enfants dits « modèles » étaient définis en opposition aux familles et enfants autochtones, vus comme ayant besoin d'être civilisés et assimilés dans la majorité non autochtone. Aujourd'hui, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* (2019) affirme la compétence des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et aux familles. Vu cette reconnaissance, nous avançons qu'il est souhaitable d'amorcer une prise en charge en matière de justice pénale adolescente par les communautés autochtones. Quatre composantes analytiques portent cet argument. Premièrement, il existe des chevauchements importants entre le droit de la protection de la jeunesse et le droit de la justice pénale adolescente, et ce, tant en droit

* René Provost, Titulaire de la Chaire James McGill sur la justice au-delà de l'État, Faculté de droit et Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, Université McGill (rene.provost@mcgill.ca). Cet article s'inscrit dans le contexte plus large du projet *La Justice sans réserve : l'administration de la justice par les communautés autochtones* soutenu par une Subvention Savoir du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada ainsi que, dans sa phase préliminaire, par un appui de la Fondation Pierre Elliott Trudeau.

Jeanne Mayrand-Thibert, Candidate au SJD, Faculté de droit, University of Toronto.

© René Provost et Jeanne Mayrand-Thibert 2025

Citation: (2025) 70:3 McGill LJ 391 — Référence : (2025) 70:3 RD McGill 391

canadien que dans diverses traditions autochtones. Deuxièmement, la prise en charge de la protection de la jeunesse par les communautés autochtones est déjà bien amorcée, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale de 2019. Troisièmement, le droit canadien en matière de justice pénale adolescente est guidé par des normes qui s'apparentent à celles caractérisant les traditions juridiques autochtones, notamment la réhabilitation, la réparation des torts causés et l'implication de la communauté dans la prise de décision. Finalement, le phénomène hautement répandu des jeunes faisant l'objet d'un double mandat en protection de la jeunesse et en justice pénale adolescente suggère que leur réalité est intimement liée.

* * *

ABSTRACT

Colonialism in Canada has profoundly shaped both youth protection and juvenile justice—two regimes that have historically operated within institutions that sought to rehabilitate youth whose families were seen as incapable of educating their own children. So-called “model” families and children were defined in contrast to Indigenous families and children, who were portrayed as needing to be civilised and assimilated into the non-Indigenous majority. Today, the *Act Respecting First Nations, Inuit and Métis children, youth and families* (2019) affirms the jurisdiction of Indigenous peoples over child and family services. Given this recognition, we argue that it is desirable for Indigenous communities also to begin taking charge of youth criminal justice. Four analytical components support this argument. First, there are significant overlaps, both in Canadian law and in various Indigenous traditions, between youth protection law and youth criminal justice law. Second, Indigenous communities have already begun assuming responsibility for youth protection, particularly following the coming into force of the 2019 federal legislation. Third, Canadian law regarding youth criminal justice is guided by standards that are similar to those that characterize Indigenous legal traditions—particularly rehabilitation, reparation for harm done, and community involvement in decision-making. Finally, the widespread phenomenon of young people with a dual mandate in youth protection and youth criminal justice suggests that their realities are intimately linked.

Introduction	394
I. La protection de la jeunesse et la justice pénale adolescente : intersections historiques, empiriques et juridiques dans les systèmes étatiques	398
A. Intersections historiques : des origines entrecroisées	399
B. Intersections empiriques : les <i>cross-over kids</i>	403
C. Intersections juridiques	408
1. Déjudiciarisation	408
2. Rôle de la communauté et de la famille	411
3. Intérêt supérieur de l'enfant	414
4. Pratiques administratives convergentes	419
II. La compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse	423
A. Affirmation de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse : droit étatique en mouvement	423
B. Traditions juridiques autochtones en matière de « protection de la jeunesse »	428
1. Traditions juridiques en contexte	428
2. Normes de fond structurantes	431
3. Normes procédurales structurantes	434
C. La compétence autochtone en action	437
Conclusion	442

INTRODUCTION

S.M., née en 1999, est d'ascendance anichinabée. Dans son enfance, elle s'adonne à la danse de pow-wow, à la pêche, au jeu de tambours et au tissage de perles. Sa jeunesse est également marquée par la violence physique et verbale et la toxicomanie de sa mère. Entre six et neuf ans, S.M. est prise en charge par les services de protection de l'enfance manitobains, puis vit chez sa grand-mère maternelle pour quelques années. En 2010, la grand-mère confie volontairement la garde de S.M. aux services de protection de l'enfance, puisqu'elle éprouve des difficultés importantes avec les troubles de comportement de sa petite-fille. Au cours de ses placements en famille d'accueil, S.M. continue à être exposée à la violence et à la négligence. À dix-sept ans, ayant récemment donné naissance à une fille, S.M. dépend toujours des services de protection de l'enfance de la province pour subvenir à ses besoins et loue une chambre chez le partenaire de sa mère.

À cette époque, S.M. est impliquée dans deux incidents de vol, entrée par effraction, et voies de fait. Elle révélera plus tard qu'au moment de ces actes, elle était sous l'influence de drogues dures. Elle est arrêtée peu après et mise en détention préventive. Lors de cette incarcération préventive, S.M. est impliquée dans de nombreux incidents dans le centre de détention juvénile, où elle est parfois victimisée. Elle s'implique dans un programme pour les personnes autochtones atteintes du trouble du spectre de l'alcoolisation fœtale, qui lui permet de recevoir des visites de sa grand-mère et sa fille. Elle rencontre aussi régulièrement un soignant spirituel autochtone. S.M. indique avoir espoir de retrouver la garde de sa fille, qui est sous la charge des services de protection de l'enfance.

Un an après les infractions, en chambre de jeunesse, elle plaide coupable aux accusations de vol, de séquestration et d'introduction par effraction portées contre elle. Le poursuivant demande l'application d'une peine adulte, onze ans d'incarcération ferme. La Cour du banc de la reine du Manitoba refuse l'application de cette peine. Plutôt, elle décide de condamner S.M. à deux ans d'incarcération ferme et à un an de supervision dans la communauté¹.

*

1 Il s'agit d'un bref résumé de l'affaire *R v M (SR)*, entendue par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en 2018 (voir en général 2018 MBQB 86).

L'histoire de S.M. illustre la réalité des milliers de jeunes autochtones canadiens qui entrent en contact, au courant de leur vie, avec les systèmes de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente. L'héritage du colonialisme continue d'être une condition structurante de la société canadienne, entraînant la création et la perpétuation d'inégalités politiques, économiques et sociales qui affectent les possibilités d'épanouissement des enfants et des adolescents autochtones². Historiquement, les notions de protection de la jeunesse et de justice juvénile étaient indissociables, en ce qu'elles opéraient au sein des mêmes institutions cherchant à réhabiliter, éduquer et assimiler les jeunes dont les familles étaient perçues comme incapables d'éduquer leurs enfants³. Encore à ce jour, les systèmes de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente enlisent les jeunes autochtones et leur famille dans des engrenages de traumatisme et de violence. Dans notre texte, nous suggérons qu'un contrôle plus complet par les peuples autochtones des régimes juridiques concernant l'enfance et l'adolescence permettrait de briser le cycle de perpétuation de cette réalité.

Dans la structure fédérale canadienne, la protection de la jeunesse relève de la compétence provinciale. Ce régime juridique vise à assurer la

2 Voir Margo Lianne Greenwood et Sarah Naomi de Leeuw, « Social Determinants of Health and the Future Well-Being of Aboriginal Children in Canada » (2012) 17:7 *Paediatrics & Child Health* 381 à la p 382; Charlotte Reading et Fred Wien, *Health Inequalities and the Social Determinants of Aboriginal Peoples' Health*, Prince George, Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, 2009 à la p 22.

3 Cette question fera l'objet d'une analyse approfondie dans la Section A de la première partie du présent texte. Pour des commentaires généraux sur les mandats de réhabilitation, d'éducation et d'assimilation de ces institutions en contexte autochtone, voir par ex Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg, Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015 aux pp 59–61; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Un passé, un avenir*, vol 1, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996 aux pp 365–73. Pour les liens entre le mandat historique de ces institutions et les systèmes contemporains, voir par ex Québec, Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics, *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès*, Rapport Final, Gouvernement du Québec, 2019 (Jacques Viens) aux pp 486–87 [Commission Viens]; Québec, Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes* Gouvernement du Québec, 2021 (Régine Laurent) à la p 47 [Commission Laurent].

protection des enfants et s'articule autour de leur intérêt supérieur⁴. Ainsi, la *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec (*LPJ*) habilite les intervenants du système à mettre fin à des situations où la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis et à prendre des mesures pour éviter que ces situations ne se reproduisent⁵. Le régime de la justice pénale adolescente est de compétence fédérale, mais la responsabilité de l'administrer revient au palier provincial. Le cadre juridique principal, établi dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (*LSJPA*), s'applique aux enfants de 12 à 17 ans qui sont impliqués dans une infraction criminelle créée par une loi fédérale. Il s'agit d'un régime pénal qui a parmi ses objectifs d'assurer la sécurité du public⁶.

Le Parlement fédéral a adopté en 2019 la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* (*LEA*), qui affirme la compétence législative des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et aux familles à titre de droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷. Cinq ans plus tard, une dizaine de communautés ont déjà instauré des régimes législatifs et juridiques pour encadrer la protection de l'enfance, et près d'une cinquantaine d'autres ont notifié au gouvernement fédéral leur intention d'exercer leur compétence. En février 2024, la Cour suprême a affirmé l'entièreté de la constitutionnalité de la loi⁸.

Le présent texte s'inscrit dans la foulée de ces développements et suggère la nécessité de reconnaître la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente, puisqu'il s'agit d'un domaine indissociable

4 Jean Poulin et Marie-Claude Tremblay-Bégin, « Les principes généraux et les droits » dans Jocelyne Tremblay, dir, *Personnes et successions*, École du Barreau, Collection de droit 2022-2023, vol 3, Montréal, Yvon Blais, 2022, 97 à la p 98.

5 *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1, art 2 [*LPJ*].

6 Voir *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, LC 2002, c 1 [*LSJPA*]; Mario Giroux, « La Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents » dans Jocelyne Tremblay, dir, *Droit pénal: procédure et preuve*, Collection de droit 2022-2023, Montréal, Yvon Blais, 2022, 285 à la p 289.

7 Voir *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24, Préambule [*LEA*]; *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35(1), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].

8 *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2024 CSC 5 aux para 135–36 [*Renvoi relatif à la LEA*].

de la protection de la jeunesse. Vu le processus de reconnaissance déjà enclenché en matière de protection de la jeunesse et la nature spéciale de la justice pénale adolescente, il est concevable d'amorcer une prise en charge en matière de justice pénale adolescente. Il s'agit de la prochaine étape logique dans une démarche vers une administration de la justice par les peuples autochtones.

Quatre composantes analytiques portent cet argument. Premièrement, il existe des chevauchements importants, tant en droit canadien que dans diverses traditions autochtones, entre le droit de la protection de la jeunesse et le droit de la justice pénale adolescente. Deuxièmement, l'exercice de la compétence sur la protection de la jeunesse par les communautés autochtones est déjà bien amorcé, notamment depuis l'entrée en vigueur de la *LEA*. Troisièmement, le droit canadien en matière de justice pénale adolescente est guidé par des normes qui s'apparentent à celles caractérisant les traditions juridiques autochtones, notamment la réhabilitation, la réparation des torts causés et l'implication de la communauté dans la prise de décision, augurant une coexistence sans contradictions fondamentales entre ces deux régimes au Canada. Finalement, le phénomène hautement répandu des jeunes faisant l'objet d'un double mandat — c'est-à-dire les jeunes comme S.M., qui font l'objet de mandats simultanés au sein du système de protection de la jeunesse et du système de justice adolescente — suggère que leur réalité est intimement liée.

Notre étude contribue à la doctrine en faisant le pont entre, d'une part, le droit étatique de la protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente et, d'autre part, les traditions juridiques autochtones. Nous expliquons pourquoi une reconnaissance de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse devrait entraîner une reconnaissance de la compétence autochtone en justice pénale adolescente. Ceci est abordé sous un angle juridique, mais aussi à travers des perspectives empiriques et historiques, en s'appuyant sur des sources provenant des domaines de la criminologie et du travail social. De plus, nous étayons nos arguments avec des références au droit international et comparé, afin de contextualiser notre thèse dans les mouvements globaux de reconnaissance des droits des enfants et de l'autonomie gouvernementale autochtone. Nous suggérons aussi que cette prise en charge est non seulement désirable, mais aussi particulièrement opportune à ce point d'inflexion historique précis, vu la volonté de l'État canadien de s'engager dans un

processus de réconciliation et les changements amorcés en protection de la jeunesse.

Le corps du présent texte se divise en deux sections. La première section du texte effectue un survol de l'entremêlement historique de la protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente au Canada, précurseur des chevauchements des deux systèmes dans le régime juridique actuel. La deuxième section discute du contexte de la reconnaissance de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse au Canada et survole les débats concernant sa constitutionnalité. Ces deux sections qui composent la Partie I de notre étude posent les bases d'une juridiction autochtone en matière de justice pénale adolescente. La Partie II, qui explorera les promesses et défis de la mise en œuvre de la justice pénale adolescente autochtone, fera l'objet d'une publication ultérieure⁹.

I. LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET LA JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE : INTERSECTIONS HISTORIQUES, EMPIRIQUES ET JURIDIQUES DANS LES SYSTÈMES ÉTATIQUES

Afin de comprendre la réalité contemporaine des systèmes de protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente étatiques au Canada, et l'espace que les enfants autochtones y occupent, il est essentiel de survoler l'émergence historique de ces deux systèmes (section A). À ce jour, les systèmes de protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente continuent de se rencontrer dans l'expérience de milliers d'enfants. Selon le *Center for Health Policy* à l'Université du Manitoba, les *cross-over kids* ou en français, les « jeunes faisant l'objet d'un double mandat », réfèrent aux « enfants pris en charge par le système de protection de la jeunesse qui ont également des démêlés avec le système de justice adolescente » [notre traduction]¹⁰. Le phénomène des jeunes

9 Voir René Provost et Jeanne Mayrand-Thibert, « La compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente : défis de mise en œuvre – Partie II » (2025) 70:4 RD McGill [à paraître].

10 La terminologie de jeunes faisant l'objet de double mandat est tirée de Marie-Laure Payet, Isabelle V Daignault et Denis Lafortune, « Trajectoires de services des jeunes sous la double autorité de la protection de la jeunesse et de la justice juvénile : différences et spécificités » (2019) 36:2 R Can Service Soc 125 à la p 127. Jennifer Enns,

faisant l'objet d'un double mandat suggère qu'une dissociation complète de la protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente est difficile à concevoir et, dans tous les cas, indésirable (section B). Cet entrecroisement dans la réalité vécue des enfants se réverbère par ailleurs au niveau normatif et institutionnel, dans un chevauchement des régimes de protection de la jeunesse et de la justice pour adolescents (section C).

A. *Intersections historiques : des origines entrecroisées*

La notion de la délinquance juvénile, telle qu'on la connaît en droit canadien, est une notion moderne et occidentale. Dans un rapport préparé par le ministère de la Justice du Canada, on explique que la notion de délinquance juvénile était quasi inexistante aux débuts de l'ère coloniale française au Canada. Le traitement des adolescents dans les colonies reflétait les normes qui étaient en place à l'époque en France et Angleterre. Que ce soit dans les colonies ou dans les métropoles, l'enfance était très courte. Selon le rapport, aux 17^e et 18^e siècles, « [l]a vie était généralement difficile pour tous, et on ne se souciait guère de faciliter les choses aux enfants »¹¹.

À cette époque, les crimes commis par des enfants étaient régis par les mêmes règles que celles applicables aux adultes¹². Le rapport affirme que « [l]es punitions données aux jeunes contrevenants [...] étaient un amalgame de lois strictes, de châtiments sévères et de justice tempérée de pitié »¹³. Les châtiments corporels étaient communs et allaient parfois même jusqu'à la peine de mort¹⁴. Le recours à l'incarcération était aussi

Manitoba's Cross-Over Kids: Overlap between the Child Welfare and Youth Justice Systems, sommaire de Marni Brownell et al, *Youth Criminal Justice Systems: Documenting "Cross-Over Kids" In Manitoba*, Winnipeg, Manitoba Centre for Health Policy, 2020 à la p 1, en ligne (pdf) : <mchp-appserv.cpe.umanitoba.ca/reference/MCHP_JustCare_Summary_web.pdf> [perma.cc/9WJC-DBKZ].

11 Voir aussi Kristin A Bates et Richelle S Swan, *Juvenile Delinquency in a Diverse Society*, 3^e éd, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2021 à la p 32.

12 Canada, Groupe de la coopération internationale, *L'évolution de la justice des mineurs au Canada*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004 aux pp 4–5.

13 *Ibid* à la p 6.

14 Par exemple, un jeune garçon a été pendu à Montréal en 1813 après avoir volé une vache. Voir *ibid* à la p 7.

très répandu, et les jeunes étaient emprisonnés dans les mêmes institutions que les adultes.

Il arrivait aussi que les jeunes négligés par leurs familles et autres « auteurs de troubles » juvéniles soient pris en charge par des communautés religieuses, qui les hébergeaient dans des refuges pour adultes et enfants pauvres. Ces institutions étaient composées de *poor farms*, qui servaient de refuge pour les enfants et adultes pauvres, d'écoles industrielles pour les enfants turbulents ou sans logement, ou de *houses of refuge* qui servaient à accueillir des enfants négligés ou jugés délinquants¹⁵. Les propos de Kristin Bates et Richelle Swan selon lesquels « les jeunes considérés comme étant pauvres ou ayant besoin d'être disciplinés étaient traités de la même manière dans ces institutions destinées à “sauver” les jeunes qui n'étaient pas encore complètement corrompus » [notre traduction] illustrent bien l'intersection entre la protection de la jeunesse et le traitement de la délinquance juvénile à cette époque¹⁶. Selon Joan Sangster, les écoles industrielles canadiennes avaient comme mission originale d'inculquer des valeurs anglo-protestantes de la classe moyenne à des enfants marginaux, autant pauvres qu'autochtones :

Lorsque les écoles industrielles ont été initialement proposées au Canada à la fin du XIX^e siècle, elles étaient considérées comme une solution commune pour les garçons négligés et délinquants issus de la classe ouvrière, vivant dans les bidonvilles urbains, ainsi que pour les garçons autochtones qui avaient besoin d'une éducation, d'une discipline et d'une formation morale et professionnelle semblables. Cette initiative reflétait essentiellement l'objectif double du projet de construction nationale du Canada, à savoir civiliser et acculturer les pauvres et les colonisés aux normes occidentales, blanches et anglo-saxonnes de la classe moyenne [notre traduction]¹⁷.

15 Bates et Swan, *supra* note 11 à la p 33.

16 *Ibid* aux pp 33–34.

17 Joan Sangster, « “She Is Hostile to Our Ways”: First Nations Girls Sentenced to the Ontario Training School for Girls, 1933–1960 » (2002) 20:1 L & Hist Rev 59 à la p 59.

Ce sont également des institutions religieuses qui ont ouvert les premiers « pensionnats indiens » au Canada¹⁸. Ceux-ci visaient à assimiler les jeunes autochtones dans la culture anglo-britannique et ainsi assimiler complètement les peuples autochtones. Après que Egerton Ryerson, surintendant des écoles du Haut-Canada, ait recommandé d'ouvrir des pensionnats qui enseigneraient des valeurs anglaises aux enfants, des missionnaires méthodistes ont inauguré plusieurs pensionnats en Ontario dans les années 1850¹⁹. En bref, les pensionnats indiens ont été inspirés d'un modèle institutionnel qui réunissait des mandats de « protection » et « correction » afin d'assimiler les enfants autochtones.

Le mouvement des « sauveurs d'enfants » a émergé au tournant du 19^e siècle. Cette philosophie voyait les enfants délinquants comme des enfants « malades » pouvant être soignés et sauvés par la science²⁰. La première réforme législative majeure pour le traitement distinct des jeunes au Canada, *An Act Respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders*, prévoyait que les jeunes délinquants devaient être séparés des plus vieux à toutes les étapes de la procédure, que ce soit avant ou durant le procès, et pour purger la peine²¹. Cette législation voulait que les adolescents soient traités « non pas comme des criminels devant être punis, mais plutôt comme des jeunes gens ayant besoin d'aide et de compréhension »²². Dans le contexte colonial en Amérique du Nord, cette philosophie libérale sous-tendait le paternalisme de l'État face aux enfants autochtones. Leur protection et émancipation morale nécessitaient leur assimilation à la population d'ascendance européenne. Pendant cette période, le gouvernement fédéral a mis en œuvre des politiques d'assimilation en utilisant des moyens hautement coercitifs, dont des modifications à la *Loi sur les Indiens* pour contraindre les parents à envoyer leurs enfants âgés de 7 à 15 ans dans ces pensionnats sous peine de

18 Nous utilisons la terminologie des « pensionnats indiens » plutôt que des « écoles résidentielles » ou « pensionnats autochtones » afin de suivre la terminologie utilisée dans le rapport de la Commission vérité et réconciliation.

19 Voir Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 3 à la p 54.

20 John A Winterdyk et Anne Miller, « Juvenile Justice and Young Offenders: A Canadian Overview » dans John A Winterdyk, dir, *Juvenile Justice: International Perspectives, Models, and Trends*, Boca Raton, CRC Press, 2015, 107 à la p 109.

21 *An Act respecting Arrest, Trial and Imprisonment of Youthful Offenders* (R-U), 1894, 56 & 57 Vict, c 58, art 2.

22 Ministère de la Justice du Canada, *supra* note 12 à la p 19.

sanction, y compris d’incarcération²³. Durant la période de 1867 à 1940, on peut dire que l’institution centrale de protection de la jeunesse correspondait aux pensionnats, qui n’étaient plus des institutions purement religieuses, mais qui fonctionnaient plutôt en tandem avec le gouvernement fédéral²⁴.

Dans les années 1940, le gouvernement canadien a commencé la fusion des services à l’enfance provinciaux offerts à la population générale et ceux des pensionnats indiens. En ce sens, les services de protection de l’enfance ont dans les faits pris la relève des pensionnats autochtones²⁵. Comme le souligne la Commission vérité et réconciliation, « [c]ette période, caractérisée par une augmentation spectaculaire du nombre d’enfants autochtones qui sont pris en charge par les services de protection de l’enfance, est maintenant connue sous le nom de “rafle des années 1960” — les autorités transfèrent alors les enfants d’un établissement, le pensionnat, à un autre, l’agence de protection de l’enfance »²⁶. L’analyse de Sangster du cas du *Ontario Training School for Girls*, la première école de réforme publique et non religieuse de l’Ontario pour les jeunes filles délinquantes, ouverte en 1933, constitue un cas de figure intéressant. Les jeunes filles envoyées à cette école étaient condamnées sous l’ancêtre de la *LSJPA*, la *Loi sur les jeunes délinquants* de 1908, ou sous une législation provinciale, le *Training School Act* de 1931²⁷. À l’époque, les jeunes filles autochtones n’étaient pas envoyées dans ces institutions, plutôt elles « devaient être assimilées par l’entremise des pensionnats, longtemps associés au projet colonial visant à remplacer la langue, la culture et les compétences professionnelles des enfants des réserves par des valeurs occidentales et blanches “supérieures” » [notre

23 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 3 à la p 64.

24 *An Act Further to Amend “The Indian Act”*, SC 1894, c 32, art 11. Voir aussi Deena Mandell et al, *Aboriginal Child Welfare*, Partnerships for Children and Families Project, Waterloo, Wilfrid Laurier University, 2003 à la p 11.

25 Mandell, *supra* note 24 aux pp 12–13.

26 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 3 à la p 71. Selon Christiane Guay, Lisa Ellington et Nadine Vollant, « [a]u nom de leur “meilleur intérêt”, de nombreux enfants autochtones sont séparés de leurs parents sous le seul prétexte qu’ils sont pauvres et autochtones » (voir Christiane Guay, Lisa Ellington et Nadine Vollant, *Ka Nikanitet : pour une pratique culturellement sécuritaire de la protection de la jeunesse en contextes autochtones*, Québec, Presses de l’Université du Québec, 2022 à la p 40).

27 Sangster, *supra* note 17 à la p 62.

traduction]²⁸. Ainsi, au début, la proportion de jeunes filles autochtones à l'*Ontario Training School for Girls* était mince, puisque la majorité d'entre elles étaient envoyées dans les pensionnats indiens. Or, cette proportion a grimpé à la fin des années 1940. Selon Sangster, cette évolution illustre la tendance interventionniste de l'État en matière de protection de la jeunesse dans les communautés autochtones, menant à une augmentation du nombre d'enfants retirés de leur famille²⁹.

On le constate, l'évolution historique de la protection de la jeunesse et celle de la justice pénale adolescente en ce qui a trait aux enfants autochtones ne peuvent être dissociées. Marie Dumollard en déduit la nécessité d'une approche analytique conjointe de l'émergence de ces deux systèmes, « bâtis autour d'une visée protectionnelle partagée, avec des mouvements similaires et progressifs de sécularisation et de déjudiciarisation des suivis »³⁰. Ceci suggère un héritage normatif commun dans les objectifs de la justice pénale adolescente et celle de la protection de la jeunesse, soit d'éduquer et de punir les enfants pour rectifier des comportements hors norme.

En somme, on peut expliquer l'émergence du droit pénal propre aux jeunes par la double influence des réformes des années des Lumières en matière de politique pénale d'une part, et par le projet colonial de « civiliser » une jeunesse marginalisée, d'autre part. La justice pénale pour adolescents vise non seulement à punir et à dissuader, mais également à réhabiliter, à pacifier et à discipliner. Au Canada, l'évolution tant de la protection de la jeunesse que de la justice juvénile est marquée par le colonialisme et par la place qu'ont occupée les enfants autochtones. Ces influences historiques continuent à façonner ces deux systèmes.

B. Intersections empiriques : les cross-over kids

Selon une étude québécoise publiée en 2014, 16 % des jeunes placés hors de leur famille par le système de protection de la jeunesse ont été impliqués dans le système de justice pénale adolescente avant

28 *Ibid* à la p 60.

29 *Ibid*.

30 Marie Dumollard, « Entre protection de la jeunesse et justice des mineurs : les continuités de l'encadrement sociopénal des jeunes sous double mandat au Québec » (2023) 56:1 *Criminologie* 139 à la p 142.

leurs 18 ans³¹. Selon une autre étude publiée en 2016, 57,5 % des jeunes qui ont été en contact avec le système de justice pénale adolescente avaient aussi déjà reçu des services en vertu du régime de protection de la jeunesse. Similairement, une étude conduite en Colombie-Britannique en 2009 a identifié que 27 % des enfants impliqués dans le système de justice pénale adolescente avaient aussi été hébergés dans des centres jeunesse ou foyers du système de protection de la jeunesse³². Au Manitoba en 2020, plus d'un tiers des enfants qui ont été sous la garde des services de protection de la jeunesse ont été accusés d'un crime avant leurs 18 ans³³.

Dumollard suggère qu'il existe un continuum entre ces deux systèmes :

Ce continuum souligne la porosité de leur expérience de suivi lors de leurs déplacements dans et entre les deux systèmes. L'idée de continuum caractérise la continuité de l'encadrement et de la surveillance vécus dans différentes mesures du système de protection de la jeunesse et de celui de justice des mineurs, que ce soit lors d'un placement dans les unités des centres de réadaptation pour jeunes en difficulté d'adaptation ou lors d'un suivi dans la communauté. L'idée d'hybridité renvoie quant à elle à l'imbrication des logiques civile et pénale, pourtant distinctes légalement, dans le vécu de l'encadrement et de la surveillance par les jeunes sous double mandat³⁴.

Par ailleurs, les jeunes autochtones sont surreprésentés dans les deux systèmes relativement à leur représentation dans la population générale. En 2016, les enfants autochtones représentaient un peu plus de la moitié des enfants impliqués avec les services de protection de l'enfant et un tiers des jeunes impliqués dans le système de justice pénale adolescente, mais

31 Tonino Esposito et al, « The Stability of Child Protection Placements in Québec, Canada » (2014) 42 *Children & Youth Services Rev* 10 à la p 13. Selon cette étude, ce pourcentage grimpait à 20.7 % pour les enfants qui ont changé de placement 1 fois, et 23 % pour les enfants qui changeaient de placement deux fois ou plus.

32 Mary Ellen Turpel-Lafond et Perry Kendall, *Kids, Crime and Care: Health and Well-Being of Children in Care: Youth Justice Experiences and Outcomes*, Victoria, Colombie-Britannique, Representative for Children and Youth, 2009 à la p 25.

33 Enns, *supra* note 10 à la p 2.

34 Dumollard, *supra* note 30 à la p 140.

représentaient seulement 7,7 % de la population totale des enfants canadiens³⁵. La Cour suprême remarque que « [s]i le fait d'être autochtone ou d'appartenir à une minorité raciale peut avoir un effet démesurément négatif sur les accusés *adultes*, le fait d'être un adolescent accusé *et* un membre d'une minorité raciale donne regrettablement et inexorablement lieu à une sorte de double péril » [italiques dans l'original]³⁶.

La Commission vérité et réconciliation suggère que « [l]a surreprésentation croissante des jeunes autochtones incarcérés reflète celle encore plus dramatique des enfants autochtones pris en charge par les agences de protection de l'enfance et y est vraisemblablement liée »³⁷ et que la surreprésentation des jeunes autochtones dans les services de protection de la jeunesse « constitue l'un des facteurs contribuant à la haute proportion de jeunes autochtones incarcérés »³⁸. Selon Patricia Monture-Angus, la surreprésentation des personnes autochtones dans les institutions de protection de la jeunesse, centres de détention et prisons s'inscrit dans le même continuum de ce qu'elle appelle génériquement des « *institutions of confinement* »³⁹. Que ce soient le système de protection de la jeunesse

35 Voir Nathan C Nickel et al, « Overlap Between Child Protection Services and the Youth Justice System: Protocol for a Retrospective Population-Based Cohort Study Using Linked Administrative Data in Manitoba, Canada » (2020) 10:7 BMJ Open 1 à la p 2. Certains auteurs ont aussi noté que la *LSJPA* avait eu un succès mitigé quant à la diminution du recours à l'incarcération pour les jeunes autochtones. En 2015, alors que l'incarcération totale des jeunes avait diminué de 35 % globalement, elle avait seulement diminué de 23 % pour les jeunes autochtones. Voir Nate Jackson, « Aboriginal Youth Overrepresentation in Canadian Correctional Services: Judicial and Non-Judicial Actors and Influence » (2015) 52:4 Alta L Rev 927 à la p 928.

36 Voir *R c CP*, 2021 CSC 19 au para 89.

37 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 3 à la p 188.

38 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : Les séquelles*, Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada, vol 5, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015 à la p 289. Selon la Aboriginal Justice Implementation Commission du Manitoba, « de nombreux jeunes autochtones qui ont des démêlés avec la justice sont le résultat d'un système de protection de l'enfance défaillant » [notre traduction] (voir Aboriginal Justice Implementation Commission, *The Justice System and Aboriginal People*, Rapport du Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, vol 1, Manitoba, Aboriginal Justice Implementation Commission, 1999 au ch 15).

39 Patricia Monture-Angus, *Thunder in my Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax, Fernwood, 1995 à la p 193. Aux États-Unis, Krista Benson utilise la terminologie de « *instate care* » pour désigner les enfants qui sont pris en charge soit par le système de

ou le système carcéral, ces institutions retirent les jeunes de leur communauté, ce qui cause un dommage irréversible à la croissance culturelle et spirituelle de l'individu, ainsi qu'aux structures sociales de sa communauté⁴⁰. Devant le Comité sénatorial permanent sur les peuples autochtones, Edward John, le Grand Chef de la Nation Tl'azt'en, souligne le lien clair entre la justice pénale adolescente et les services de protection de l'enfance :

En grandissant [les enfants arrachés à leur foyer] ajoutent leur nombre aux statistiques des tribunaux criminels et des centres de détention pour les jeunes dans la province. Une fois adultes, ils font partie des populations des systèmes carcéraux provinciaux et fédéral. C'est un cycle sans fin. Comment faire pour clore ce cycle⁴¹?

D'autres relèvent les parallèles historiques marquants entre les services de protection de la jeunesse, les centres de détention jeunesse et les pensionnats indiens. Selon la Commission vérité et réconciliation, « les services de protection de l'enfance du Canada ne font que poursuivre le processus d'assimilation entamé sous le régime des pensionnats indiens »⁴². Au sujet du système de justice pénale pour adolescent, la Commission écrit :

La [LSJPA] n'a pas réussi à réduire la surreprésentation des jeunes autochtones dans le système de justice pénale. Le fait que tant de jeunes autochtones ressentent une grande vulnérabilité et se sentent défavorisés contribue sans aucun doute à leur

protection de la jeunesse ou celui de justice pénale adolescente (voir Krista L. Benson, « A Critical Lens on US “State Care”: Foster Care, Racism, and Colonization » (2022) 10:1 *Adoption & Culture* 96 à la p 102).

40 Monture-Angus, *supra* note 39 à la p 194. Pour parler des effets multiples que le retrait d'un enfant de sa communauté peut amener, certains utilisent la notion de « *triple jeopardy* », car le retrait de l'enfant de sa famille implique aussi le retrait d'un réseau familial plus vaste qui aurait pu servir de support à l'enfant, et le retrait de leur contexte culturel ancré dans leur communauté locale. Voir Mandell, *supra* note 24 aux pp 17–18.

41 Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, *Comment en sommes-nous arrivés là ? Un regard franc et concis sur l'histoire de la relation entre les peuples autochtones et le Canada*, Rapport provisoire du comité sénatorial permanent des peuples autochtones, avril 2019, (présidente : Lillian E Dyck) à la p 26, en ligne (pdf) : <sencanada.ca/content/sen/committee/421/APPA/Reports/APPAREport-Phase1_WEB_f.pdf> [perma.cc/4YUK-M5ZD].

42 Commission de vérité et réconciliation du Canada, *supra* note 3 à la p 141.

surreprésentation; ce facteur étant étroitement lié aux séquelles laissées par les pensionnats. Bon nombre des enfants et des jeunes autochtones d'aujourd'hui vivent chaque jour avec ces séquelles, puisqu'ils sont appelés à composer avec des taux élevés de toxicomanie, le trouble du spectre de l'alcoolisation fœtale, des problèmes de santé mentale et de violence familiale, l'incarcération de leurs parents et l'intrusion des services de protection de l'enfance⁴³.

Karen Lisa Whonnock suggère de même plusieurs raisons pour lesquelles les institutions de garde fermée pour les adolescents sont comparées aux pensionnats indiens. Parmi celles-ci, elle note le très grand nombre de jeunes autochtones qui sont détenus aujourd'hui dans les prisons pour adolescents, ainsi que les facteurs d'isolations, d'exclusion et de contrôle par le gouvernement fédéral, qui rappellent les pensionnats indiens⁴⁴.

Le phénomène des jeunes faisant l'objet d'un double mandat et les convergences historiques illustrent la connexité empirique du droit de la jeunesse et de la justice pénale adolescente⁴⁵. Dumollard remarque que « [s]i le découpage des cadres légaux implique des interventions distinctes sous la protection de la jeunesse d'une part, sous la justice des mineurs d'autre part, la situation des jeunes sous double mandat vient directement questionner les liens entre les deux systèmes »⁴⁶. Loin

43 *Ibid* aux pp 187–88.

44 Karen Lisa Whonnock, *Every One Counts: Examining Aboriginal Youth Incarceration by Gender, Statistics and Witsuwit'en Laws*, thèse de doctorat en sciences sociales, Royal Roads University, 2018 [non publiée] aux pp 41–42. Le rapport de la Commission Viens explique, par ailleurs, que le placement des enfants autochtones dans des familles d'accueil miroite les expériences vécues par plusieurs dans les pensionnats (voir Commission Viens, *supra* note 3 aux pp 486–87; Judy Finlay et al, *Cross-Over Youth Project: Navigating Quicksand*, Toronto, Toronto Metropolitan University, 2019 à la p 100).

45 Cette histoire n'est pas unique au Canada. Les pensionnats indiens et le retrait forcé des enfants autochtones a aussi défini l'expérience coloniale aux États-Unis, et continué d'influencer le système de protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente. Benson écrit que « ces pensionnats, à l'instar des établissements contemporains de justice pour mineurs, fonctionnaient comme des lieux d'éducation, de formation comportementale et de surveillance » [notre traduction] (voir Benson, *supra* note 39 à la p 104).

46 Dumollard, *supra* note 30 à la p 140.

d'opérer de façon isolée, les régimes juridiques de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente s'entrecroisent à plusieurs égards.

C. Intersections juridiques

Au-delà des réalités sociales et historiques, la protection de la jeunesse et la justice pénale adolescente se recoupent de plusieurs façons importantes sur le plan juridique. En ce sens, la reconnaissance de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse crée une ouverture pour la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente. Pour illustrer ces intersections, quatre aspects principaux de ces deux régimes juridiques méritent d'être illuminés : les principes de déjudiciarisation (section 1), de participation de la communauté et de la famille (section 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (section 3) qui structurent autant le droit de la protection de la jeunesse que la justice pénale adolescente, ainsi que les recoupements au niveau de l'administration de la justice (section 4).

1. Déjudiciarisation

Premièrement, le droit de la protection de la jeunesse ainsi que le droit sur la justice pénale adolescente sont animés par des objectifs de déjudiciarisation. Or, la judiciarisation de la protection de la jeunesse est l'une des causes de l'incarcération disproportionnée des jeunes autochtones au Canada, identifiée dans le préambule de la *LEA* comme un des facteurs rendant essentielle la reconnaissance de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse. La même logique doit s'appliquer à la justice pénale adolescente.

Au Québec, dès l'entrée en vigueur de la *LPJ*, des chercheurs relèvent que la déjudiciarisation « est sûrement l'un des objectifs premiers de la Loi »⁴⁷. En effet, les experts reconnaissent que la judiciarisation est contre l'intérêt supérieur des enfants et préconisent plutôt un recours à des règlements extrajudiciaires, comme la médiation. Ce mode de résolution de conflit est plus approprié, puisqu'il permet aux familles et aux enfants d'être impliqués directement dans la prise de décisions qui les concernent et, ultimement, mène à des mesures qui reflètent mieux leurs préférences

47 Édith Deleury et Michèle Rivet, « La protection de l'enfant en droit social québécois » (1978) 9:1 RDUS 16 à la p 29.

et situations⁴⁸. De plus, la judiciarisation retarde l'assistance qui doit être amenée aux enfants⁴⁹. Malgré plusieurs changements à la loi à travers les années, le rapport de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse (la Commission Laurent), publié en 2021, constate que « la judiciarisation des dossiers et les délais judiciaires n'ont pas diminué »⁵⁰. Bref, la déjudiciarisation est une norme importante du système de protection de la jeunesse, même si elle tarde à se généraliser dans la pratique.

La volonté de déjudiciariser se manifeste aussi dans des mesures comme les mécanismes d'ententes sur mesure volontaires. Ces mécanismes se retrouvent par exemple dans la *LPJ*, la *Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille* de l'Ontario⁵¹, le *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique⁵² et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* des Territoires du Nord-Ouest⁵³. Les mécanismes d'ententes sur des mesures volontaires réfèrent à des arrangements négociés entre des parents et l'autorité de protection de la jeunesse provinciale selon lesquels la famille s'engage à prendre certaines mesures pour contribuer au bien-être de l'enfant. Potentiellement très variées, ces mesures peuvent inclure la promesse d'un parent d'obtenir de l'aide pour un problème de dépendance, autoriser l'autorité de protection de l'enfance à entrer dans la maison périodiquement ou même lui confier la garde de l'enfant⁵⁴. Par exemple, dans le cas de S.M., présenté dans l'introduction du présent texte, sa grand-mère avait volontairement confié la garde de sa petite-fille aux services de protection de l'enfance à travers une entente sur mesure volontaire.

L'arrêt *Children's Aid Society of Ottawa c. S.M.* (sans lien avec le cas évoqué précédemment) illustre ce genre d'ententes volontaires : dans cette affaire, une mère dont les enfants plus vieux avaient déjà été pris en charge par les services de protection de la jeunesse ontariens a donné naissance à des jumeaux alors que le père était en prison. Avant le retour

48 Commission Laurent, *supra* note 3 à la p 219.

49 *Ibid* à la p 224.

50 *Ibid* à la p 48.

51 LO 2017, c 14, Annexe 1, art 75 [*LSEJF*].

52 RSBC 1996, c 45, art 6 [*CFCSA*].

53 LTN-O 1997, c 13, art 5 [*LSEF*].

54 Pour des exemples de mesures volontaires possibles, voir *LPJ*, *supra* note 5, art 54.

de ce dernier à la résidence familiale, la société d'aide à l'enfance et la mère ont conclu une entente de service volontaire, selon laquelle elle pouvait conserver la garde des jumeaux, mais devait accepter des visites régulières des intervenants sociaux⁵⁵. En bref, ces mécanismes illustrent que les enfants et la famille peuvent être mieux soutenus par des ententes et arrangements hors cours, plutôt qu'à travers une procédure contentieuse où une entité qui est externe au processus — le tribunal — détient le pouvoir adjudicatif.

De son côté, la *LSJPA* préconise aussi la déjudiciarisation. Dans le contexte de la justice pénale adolescente, cette norme reflète qu'il est dans l'intérêt des enfants et celui de la société de favoriser leur réhabilitation plutôt que d'opter pour la punition. Selon Jaccoud et autres « [l]a *LSJPA* instaure un régime de sanction extrajudiciaire distinctif qui reflète le constat que les adolescents, en raison de leur âge, sont plus vulnérables et moins matures; par conséquent, ils ont des besoins différents de ceux des adultes et un degré de culpabilité morale moins élevé que les adultes »⁵⁶. La déjudiciarisation touche également à l'intérêt supérieur de l'enfant, concept qui sera discuté un peu plus bas.

Selon la *LSJPA*, les policiers (y compris, le cas échéant, la police autochtone) peuvent appliquer des « mesures extrajudiciaires » quand un jeune est impliqué dans une infraction⁵⁷. Cela peut correspondre à donner un avertissement informel, donner une mise en garde, ou procéder au renvoi à un programme ou un organisme communautaire⁵⁸. Si le policier considère ces mesures inappropriées, car il s'agit d'un cas de récidive ou d'une infraction violente, il peut acheminer le dossier au procureur aux poursuites criminelles et pénales⁵⁹. Quand le dossier vient à lui, le

55 *Children's Aid Society of Ottawa v SM*, 2020 ONSC 4980 au para 14.

56 Mylène Jaccoud et al, « Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse » (2018) 48:1 RGD 91 à la p 99.

57 *LSJPA*, *supra* note 6, art 6. Pour un exemple de police autochtone, voir Gouvernement de la nation crie – Département de la Justice et des Services correctionnels, « Communautés sécuritaires et en santé » (dernière consultation le 10 août 2025), en ligne : <creejustice.ca/index.php/fr/justice-communautaire/communautes-securitaires-et-en-sante> [perma.cc/ERN3-DU6M].

58 *LSJPA*, *supra* note 6, art 6; Rachel Grondin, *L'enfant et le droit pénal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 21.

59 Nous utiliserons les termes « procureur » et « poursuivant » de manière interchangeable. La littérature réfère aussi au « substitut du procureur général ».

procureur peut toujours choisir de fermer le dossier. S'il juge la preuve suffisante, il peut soit imposer des « sanctions extrajudiciaires » ou commencer des procédures judiciaires⁶⁰. En bref, c'est le poursuivant qui détient le pouvoir ultime de choisir ou non de judiciaireiser un dossier.

2. *Rôle de la communauté et de la famille*

Les régimes juridiques de protection de la jeunesse et de justice adolescente encouragent la participation d'acteurs au-delà de l'individu visé. En droit de la jeunesse, quoique l'intérêt individuel de l'enfant soit la considération primordiale, celui-ci s'évalue à la lumière de son contexte familial et communautaire. Des réformes importantes à la *LPJ* qui ont été introduites en 2007 visaient à impliquer la famille et ont été décrites comme donnant « plus de respect pour les parents qui étaient mis de côté auparavant »⁶¹. De plus, avant même l'entrée en vigueur de la *LEA*, plusieurs lois provinciales reconnaissaient que l'identité culturelle des enfants devait être prise en compte⁶², particulièrement pour les enfants autochtones⁶³. L'importance du rôle de la culture, de la communauté et de la famille dans la prise de décisions pour l'enfant est aussi bien établie dans la jurisprudence⁶⁴.

60 Les sanctions extrajudiciaires se distinguent des mesures extrajudiciaires en ce qu'elles sont plus formelles que les mesures extrajudiciaires et peuvent seulement être appliquées par le poursuivant. L'adolescent doit reconnaître sa responsabilité pour le comportement fautif duquel on l'accuse, ce qui ne constitue toutefois pas un plaidoyer de culpabilité. Également, le procureur doit établir que la preuve est suffisante pour poursuivre l'infraction (voir Ministère de la Justice du Canada, « Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents : résumé et historique » (2013) aux pp 4–5, en ligne (pdf) : <securitepublique.gc.ca/lbrr/archives/cnmcs-plcng/cn000042502549-fra.pdf> [perma.cc/N7TE-6ENE]).

61 Marie-Christine Saint-Jacques, Sylvie Drapeau et Catherine Turbide, « Les impacts sur les familles des modifications apportées à la Loi sur la protection de la jeunesse au Québec : progrès, espoirs et points de tension » (2015) 12 *Recherches familiales* 181 à la p 192.

62 Voir par ex *LPJ*, *supra* note 5, art 4.4(d); *CFCSA*, *supra* note 52, art 3(b.1)–(c); *LSEJF*, *supra* note 51, arts 3(i), 3(iv), 8(b), 74 (3)(c)(iv).

63 Voir par ex *LPJ*, *supra* note 5, arts 131.1–131.26; *CFCSA*, *supra* note 52, arts 4.1–4.5; *LSEJF*, *supra* note 51, Préambule, art 74(3)(b).

64 Voir par ex *Droit de la famille — 20285*, 2020 QCCA 367 au para 18; *MM v TB*, 2017 BCCA 296 au para 65; *Droit de la famille — 112487*, 2011 QCCA 1529 au para 43; *Van de Perre c Edwards*, 2001 CSC 60 au para 40.

Sous le régime de la *LSJPA*, l'implication de la communauté est prévue à travers deux mécanismes : les comités de justice pour la jeunesse et les groupes consultatifs. Les comités de justice pour la jeunesse, prévus à l'article 18 de la *LSJPA*, servent à exécuter et appliquer différents aspects de la loi. Ceci englobe le soutien à la coordination entre les organismes communautaires et le système de justice pénale pour les mesures extrajudiciaires, l'appui aux victimes lors de leur participation au processus, ainsi que la sensibilisation du public. Ces comités peuvent être composés de bénévoles, quoiqu'ils soient souvent parrainés par un organisme public⁶⁵. Par exemple, la Première Nation Peguis, au Manitoba, a un comité de justice qui agit tant pour les jeunes que pour les adultes. En collaborant avec les juges et les avocats, le comité de justice cherche à résoudre de manière holistique les problématiques qui se présentent lors du processus judiciaire, soutenant à la fois les victimes, les accusés et la communauté⁶⁶.

Les groupes consultatifs, prévus à l'article 19 de la *LSJPA*, réfèrent à des groupes qui peuvent être constitués pour formuler des recommandations à un décideur au sein du système de justice pénale adolescente, que ce soit à l'étape des mesures extrajudiciaires, des conditions de mise en liberté, d'une détention avant le procès ou au moment de la détermination de la peine⁶⁷. Ces groupes peuvent prendre plusieurs formes, notamment celle d'un comité de justice pour la jeunesse prévue à l'article 18 de la *LSJPA*, ou d'un cercle de détermination de la peine. L'affaire *R. v. T. D. P* de la Cour provinciale de la Saskatchewan illustre bien le fonctionnement des groupes consultatifs. Dans cette affaire, le juge devait déterminer la sentence d'un jeune autochtone ayant plaidé coupable à deux chefs de vols. Pour déterminer la peine, le juge a demandé l'assistance d'un groupe consultatif qu'il a constitué sous la forme d'une conférence. En plus des avocats et de l'accusé, les parents, un aîné, un professeur de

65 Ministère de la Justice du Canada, *Comités et groupes consultatifs de justice pour la jeunesse*, Ottawa, 2013, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/site/eng/9.869841/publication.html> [perma.cc/5GLQ-YSQ3].

66 Cour provinciale du Manitoba, *Annual Report 2018-2019*, Winnipeg, Cour provinciale du Manitoba, 2019 à la p 5, en ligne (pdf) : <manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1541/mb_prov_court-18-19_ann_report-web.pdf> [perma.cc/U6MD-43SV]; Clemene Hornbrook et Kelvin Shergold, « Entretien informel », les interviewés sont respectivement directrice exécutive et coordonnateur du programme sur la prévention d'abus, Peguis First Nation Child and Family Services (1 août 2023) [communiqué aux auteurs].

67 Voir Ministère de la Justice du Canada, *supra* note 60 aux pp 7-8.

l'école secondaire et une personne identifiée comme un « mentor » ont participé à la conférence. Le juge résume la pertinence du groupe consultatif de la façon suivante :

La Conférence s'est avérée très utile dans cette affaire pour deux raisons. Premièrement, elle a permis de mettre en lumière des informations qui n'auraient par ailleurs pas été disponibles sur le contexte de ce Jeune, particulièrement en ce qui concerne les facteurs Gladue. Deuxièmement, le processus de détermination de la peine a mobilisé un large cercle de personnes concernées par le comportement délinquant et la situation du Jeune, qui ont pu communiquer de manière plus ouverte et efficace. Les rôles chargés et l'atmosphère formelle d'une salle d'audience ne favorisent pas ce type de discussion [notre traduction]⁶⁸.

Le juge explique plus tard que la participation de la famille et de la communauté lui a permis de mieux saisir les problèmes de dépendance multigénérationnels à l'alcool dans la famille du jeune, ainsi que la prévalence de la consommation dans ses cercles d'amis⁶⁹. Ce jugement met en lumière les dimensions participatives de la justice pénale adolescente. Ceci distingue le régime de la *LSJPA* du droit criminel pour adulte, qui tend à être plus contentieux. Cette différence est importante pour notre discussion de la juridiction autochtone en matière de justice pénale adolescente, car le régime pénal canadien pour adolescents, dans sa forme actuelle, partage des points communs avec les traditions juridiques autochtones.

En bref, l'importance de la famille et de la communauté culturelle se manifeste dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui représente la norme de fond en droit de la protection de la jeunesse. En justice pénale adolescente, on remarque un rôle plus procédural pour la famille et la communauté, notamment au niveau de leur implication pour la prise de décisions. Dans tous les cas, le lien de l'enfant et de l'adolescent avec sa communauté est une dimension fort importante des deux régimes.

68 *R v TDP*, 2004 SKPC 57 au para 21.

69 *Ibid* au para 29.

3. Intérêt supérieur de l'enfant

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur des deux cadres juridiques, bien qu'il revête une importance plus marquée dans le domaine de la protection de la jeunesse. Au Québec, c'est ce principe qui guide toutes les décisions devant être prises aux termes de la *LPJ*⁷⁰. Le Directeur de la protection de la jeunesse (DPJ), responsable de l'application de la *LPJ*, peut intervenir auprès des parents et des enfants en considérant de façon prioritaire l'intérêt supérieur de ces derniers⁷¹. En matière d'intervention, le DPJ détient une large discrétion, notamment pour imposer des mesures de protection immédiates⁷², modifier des ententes de mesures volontaires⁷³ et prolonger le placement d'un enfant hors de sa famille⁷⁴. De plus, les intervenants et les tribunaux doivent protéger l'enfant, tout en respectant les droits des parents, ce qui mène à des conflits inévitables. Afin d'établir un équilibre entre les droits des parents, la protection de l'enfant et la responsabilité de l'État, le concept fait l'objet d'une jurisprudence et doctrine volumineuse qui servent à en établir les contours⁷⁵.

70 Voir Saint-Jacques, Drapeau et Turbide, *supra* note 61 à la p 188; *LPJ*, *supra* note 5, art 3. Notons que l'intérêt prime également sur celui de ses parents (Jaccoud et al, *supra* note 56 à la p 99).

71 Voir *LPJ*, *supra* note 5, arts 3, 4.2–4.4. Les responsabilités de la DPJ sont réparties entre un Directeur national pour l'ensemble de la province et des directeurs régionaux pour chaque région administrative. Deux choses sont donc à noter. D'abord, le titre « directeur national » peut porter à confusion ici, car celui-ci est dans les faits responsable de la province du Québec seulement. Également, le pouvoir du DPJ est dans les faits exercé par plusieurs directeurs régionaux à travers la province.

72 *Ibid*, art 46(g).

73 *Ibid*, art 52.1.

74 *Ibid*, art 57.

75 Pour les arrêts phares de la Cour suprême qui définissent l'intérêt supérieur de l'enfant, voir notamment *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3 aux pp 65–66, 1993 CanLII 34 (CSC); *Gordon c Goertz*, 1996 CanLII 191 (CSC) aux para 49–50; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G(J)*, 1999 CanLII 653 (CSC) au para 73; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c KLW*, 2000 CSC 48 aux para 11–12. Voir aussi Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 7^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2022 aux para 669–94; Nicholas Bala et al, *Canadian Child Welfare Law : Children, Families, and the State*, 2^e éd, Toronto, Thompson Educational Publishing, 2004 aux pp 16–18; Kathy Vandergrift et al, *Best Interests of the Child*:

L'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la protection de la jeunesse canadien reflète le contenu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ratifiée par le Canada. L'article 3 codifie l'intérêt supérieur de l'enfant de la façon suivante :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.
3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié⁷⁶.

Selon Michael Freeman, « il peut être avancé que l'intérêt supérieur de l'enfant sous-tend toutes les autres dispositions de la Convention » [notre traduction]⁷⁷. Certains ont proposé que dans le cadre de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ce concept joue un rôle d'outil procédural ou interprétatif, soit comme un « principe médiateur pouvant aider à résoudre les conflits entre différents droits lorsqu'ils surviennent dans le cadre général de la Convention » ou comme « base pour évaluer les lois et pratiques des États parties lorsque la question n'est pas régie par les

Meaning and Application in Canada, Rapport produit à la d'une conférence en 2009 à l'Université de Toronto portant sur le meilleur intérêt de l'enfant, Canada, 2009.

76 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, art 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

77 Michael Freeman, « Article 3 : The Best Interests of the Child » dans André Alen et al, dir, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill, 2007 à la p 1.

droits positifs énoncés dans la Convention » [notre traduction]⁷⁸. D'ailleurs, bien que l'article 30 prévoit le droit d'un enfant autochtone ou issu de minorités ethniques de ne pas être privé « d'avoir sa propre vie culturelle », la Convention ne prévoit pas de modulation culturelle de la notion même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ceci est intéressant, puisque, comme nous le verrons dans la section sur les traditions juridiques autochtones en matière de protection de la jeunesse, l'intérêt supérieur de l'enfant tend à y être conceptualisé de façon distincte.

L'intérêt de l'enfant constitue aussi une considération centrale dans le domaine de la justice pénale adolescente, mais d'une manière moins explicite et moins fondamentale que dans celui de la protection de la jeunesse. Le simple fait qu'un système distinct existe pour les enfants en matière pénale reflète l'organisation d'un système de justice qui valorise l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁹. La mention dans le préambule de la *LSJPA* « que la société se doit de répondre aux besoins des adolescents, de les aider dans leur développement et de leur offrir soutien et conseil jusqu'à l'âge adulte » témoigne d'un désir de promouvoir le développement holistique des adolescents⁸⁰. De plus, l'objectif de la *LSJPA* au moment de son entrée en vigueur était de réduire le recours à l'incarcération pour les jeunes, en reconnaissant que ces mesures sont contre leurs intérêts⁸¹.

En matière de droit international de la justice pénale adolescente, la *Convention relative aux droits de l'enfant* est complétée par d'autres instruments qui codifient l'intérêt supérieur de l'enfant, incluant l'*Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la*

78 *Ibid* à la p 32.

79 Susan Young, Ben Greer et Richard Church, « Juvenile Delinquency, Welfare, Justice and Therapeutic Interventions: A Global Perspective » (2017) 41:1 BJPsych Bulletin 21 à la p 22.

80 Étienne F Lacombe, « Prioritizing Children's Best Interests in Canadian Youth Justice: Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child and Child-Friendly Alternatives » (2017) 34:2 Windsor YB Access Just 209 à la p 217.

81 Rosemary Ricciardelli, Michael Adorjan et Adrienne Peters, « Increased Clarity or Continued Ambiguity? Correctional Officers' Experiences of the Evolving Canadian Youth Justice Legislation » (2019) 71:5 Crime L & Soc Change 503 à la p 504. Freeman note également que l'incarcération nuit aux développement sain des jeunes (voir aussi Freeman, *supra* note 77 à la p 56).

*justice pour mineurs (Règles de Beijing)*⁸² et les *Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile*⁸³. Ces règles codifient également la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 1.1 des *Règles de Beijing* stipule par exemple que « [l]es États Membres s'emploient, conformément à leurs intérêts généraux, à défendre le bien-être du mineur et de sa famille »⁸⁴.

Les *Règles de Beijing* reconnaissent les différences culturelles de façon plus explicite que la *Convention relative aux droits de l'enfant*. L'article 1.5 stipule que « [l]es modalités d'application du présent Ensemble de règles dépendent des conditions économiques, sociales et culturelles existant dans chaque [É]tat Membre »⁸⁵. Le commentaire de l'article 2.2, qui définit la notion de mineur, affirme que « les limites d'âge dépendent expressément de chaque système juridique et tiennent pleinement compte des systèmes économiques, sociaux, politiques et culturels des [É]tats Membres »⁸⁶. Par analogie aux États Membres, cela pourrait favoriser les juridictions autochtones au Canada, permettant des conceptions culturelles variées pour que les communautés autochtones développent un droit pénal juvénile en accord avec leurs normes et valeurs.

Outre la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, la justice pénale adolescente inclut aussi des objectifs de dissuasion et de punition du crime⁸⁷. Selon Étienne Lacombe, « la répression de la criminalité qui privilégie la rétribution au détriment des droits des personnes accusées est manifestement incompatible avec le principe [de l'intérêt supérieur de l'enfant] » [notre traduction]⁸⁸. En effet, cet objectif « supprime des objectifs tels que la promotion du développement holistique des jeunes, la préservation des relations et le maintien d'un environnement

82 Voir *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)*, AGNU, 40^e sess, Doc NU A/RES/40/33 (1985) art 1.1 [*Règles de Beijing*].

83 Voir *Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile* (Principes directeurs de Riyad), AGNU, 45^e sess, Doc NU A/RES/45/112 (1990) art 4.

84 *Règles de Beijing*, *supra* note 82, art 1.1.

85 *Ibid*, art 1.5.

86 *Ibid*, art 2.2.

87 Jaccoud et al, *supra* note 56 à la p 99.

88 Lacombe, *supra* note 80 à la p 229.

familial » [notre traduction]⁸⁹. Ceci crée un paradoxe dans le régime juridique de la justice pénale adolescente, où le jeune est en même temps un être dépendant qui doit être protégé, et un être autonome qui doit être puni⁹⁰. Selon Martin Dufresne, Richard Maclure et Kathryn Campbell, le jeune est

constitué comme un sujet responsable, indépendant et conscient de la portée de ses actes. Il s'inscrit alors dans un rapport de droits et de responsabilités. De ce point de vue, il devient comptable de ses gestes, comme leur auteur autonome et choisissant, et il devra en assumer la responsabilité par la peine. Cette représentation du justiciable va alors cohabiter, tant en pratique que dans le texte même de la loi, avec cette autre représentation qui en faisait un être dépendant et victime de son environnement. C'est le cas lorsque la loi lui accorde des garanties juridiques et qu'elle précise les manières de lui faire savoir et comprendre [notes omises]⁹¹.

Bref, quoique l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération importante dans le régime de la *LSJPA*, celui-ci est pondéré par d'autres objectifs sociaux qui peuvent aussi être considérés par les intervenants du système. Ceci constitue une différence importante entre le régime de protection de la jeunesse et le régime de justice pénale adolescente. La *LSJPA* est un régime de nature pénale qui vise à assurer la sécurité du public et communiquer un désaccord moral collectif. Ces objectifs s'appliquent théoriquement à tous les régimes de protection de la jeunesse, qui visent

89 *Ibid.* Notons d'ailleurs que les approches punitives ne sont pas efficaces pour combattre la criminalité juvénile. Discutant la montée de la délinquance juvénile dans les années 1990, John Winterdyk remarque que la mentalité punitive a été « à la fois peu imaginative et contre-productive dans la lutte contre la criminalité » [notre traduction]. Voir John A Winterdyk, *Juvenile Justice Systems: International Perspectives*, 2^e éd, Toronto, Canadian Scholars' Press, 2002 à la p XX.

90 Goubau écrit que « [l]a législation en matière de délinquance juvénile, qui a connu des changements en profondeur en 1984, puis en 2002, est basée sur l'idée que, d'une part, la société a le droit de se protéger contre les jeunes contrevenants, et que, d'autre part, ces derniers, responsables de leurs actes, doivent bénéficier d'un traitement particulier, en raison de leur jeune âge qui fonde le principe de culpabilité morale moins élevée des adolescents » (voir Goubau, *supra* note 75 au para 671).

91 Martin Dufresne, Richard Maclure et Kathryn Campbell, « Le mineur sujet de droit et la justice pénale : du « meilleur intérêt » à l'aliénation » (2007) 49:2 Rev can dr crim 205 à la p 209.

la protection de l'enfance et le soutien aux familles⁹². On reviendra plus tard dans le présent texte sur la question de la manière dont ces aspects doivent s'adapter au contexte autochtone, une nécessité que souligne la *LSJPA* (art. 3(1)(c)(i) et 38(2)(d)), la *LPJ* (art. 131.1) et la *LEA* (art. 10).

4. *Pratiques administratives convergentes*

Sur le plan de l'administration de la justice, les instances créées par les régimes de protection de la jeunesse peuvent aussi être impliquées dans la justice pénale adolescente, illustrant certaines intersections entre les deux systèmes.

La *LSJPA* donne des responsabilités à un individu ou à un groupe de personnes appelé le « directeur provincial » (DP) que chaque province désigne⁹³. Au Québec, c'est le DPJ qui a été désigné pour assumer toutes les responsabilités du DP conformément à la *LSJPA*⁹⁴. Pour faciliter l'identification du DPJ qui agit dans sa fonction liée à la *LSJPA*, nous le nommerons dans ce contexte le « Directeur de la protection de la jeunesse — Directeur provincial », soit « DPJ-DP ». Comme mentionné précédemment, le pouvoir de déjudiciariser un dossier appartient exclusivement au poursuivant. Or, au Québec, le DPJ-DP détient plusieurs pouvoirs importants du poursuivant, dont trois sont illustratifs.

92 Certains auteurs seraient en désaccord. Selon Monture-Angus, « le système de protection de l'enfance et le système de justice pénale opèrent tous les deux en recourant à la punition, à la force et à la coercition » [notre traduction] (Monture-Angus, *supra* note 39 à la p 194).

93 *LSJPA*, *supra* note 6, art 2(1).

94 L'article 33.3 de la *LPJ* indique que le « [DPJ] exerce les attributions conférées au "directeur provincial" par la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents » (*LPJ*, *supra* note 5, art 33.3). Cette intersection n'existe pas dans toutes les provinces. La directrice nationale de la protection de la jeunesse au moment de la rédaction de cet article, madame Catherine Lemay, explique son rôle de « favoriser le développement et l'harmonisation des pratiques dans l'application québécoise de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* » (voir Gouvernement du Québec, « En équilibre vers l'avenir : Bilan des directeurs de la protection de la jeunesse/directeurs provinciaux 2023 » (2023) Bibliothèque et Archives nationales du Québec, en ligne (pdf) : <ciiss-at.gouv.qc.ca/partage/RAPPORTS-AUTRES/BilanDPJ2023.pdf> [perma.cc/TBN4-8H83] à la p 5).

Premièrement, le policier qui procède à l'arrestation d'un adolescent doit obtenir l'autorisation du DPJ-DP pour détenir un adolescent si la comparution ne peut pas avoir lieu le même jour⁹⁵. Le DPJ-DP a donc un rôle important à jouer pour réduire le recours à la détention avant procès.

Deuxièmement, le DPJ-DP joue des rôles essentiels dans le système des sanctions extrajudiciaires. Comme nous l'avons expliqué plus haut, quand le poursuivant juge la preuve suffisante, il peut décider soit d'autoriser des poursuites, soit d'appliquer des sanctions extrajudiciaires. Le système des sanctions extrajudiciaires fonctionne en deux étapes distinctes : l'évaluation et, le cas échéant, la détermination de la sanction à appliquer⁹⁶. À la première étape, le poursuivant transmet le cas au DPJ-DP pour déterminer si le jeune est admissible à des sanctions extrajudiciaires⁹⁷. En examinant la situation du jeune, ses capacités, ses besoins, l'encadrement parental et le degré de risque qu'il représente pour la communauté, le DPJ-DP recommande s'il est plus opportun d'arrêter l'intervention, de procéder par sanctions extrajudiciaires ou d'autoriser des poursuites⁹⁸. Toutefois, ce pouvoir demeure relativement limité : « [i]l

95 *LSJPA*, *supra* note 6, art 30(8); D 479-2003, (2003), GOQ II, 2155.

96 Ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS), « Fiche 3.2 : Le Programme de sanctions extrajudiciaires: évaluation et orientation » dans MSSS, *L'application de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents – Manuel de référence*, Québec, 2022 à la p 1, en ligne (pdf) : <publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/LSJPA/section3-2.pdf> [perma.cc/WX3E-JU8S] [MSSS, « Manuel de référence – Sanctions extrajudiciaires »].

97 Un règlement prévoit que le poursuivant doit obligatoirement considérer des sanctions extrajudiciaires et demander l'avis du DPJ-DP dans deux situations : quand un jeune est accusé d'une liste de crimes moins graves, incluant par exemple troubler la paix, recel, vol d'un véhicule moteur ou exhibitionnisme, ou quand il s'agit d'un jeune de 12 ou 13 ans. S'il s'agit d'un crime plus grave, comme un homicide ou une agression sexuelle, le PPCP peut toujours s'il le souhaite demander l'évaluation du DPJ-DP, mais il peut aussi décider d'autoriser des poursuites sans le consulter. Voir *Programme de sanctions extrajudiciaires autorisé par le ministre de la Justice et le ministre de la Santé et des Services sociaux*, RLRQ c SJP, r 2, arts 5, 7, 23.

98 Voir Ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS), « Manuel de référence – Sanctions extrajudiciaires », *supra* note 96 à la p 4; *LSJPA : La trousse*, « Programme de sanctions extrajudiciaires » (2017), en ligne : <latrousse.LSJPA.com/06-ciusss-de-l-ouest-de-l-ile-de-montreal/evaluation/programme-de-sanctions-extrajudiciaires> [perma.cc/F94A-WPHQ] [MSSS, « La Trousse LSJPA – Programme de sanctions extrajudiciaires »].

faut souligner cependant que [...] le [DPJ-DP] n'a qu'un pouvoir de recommandation à l'étape de l'évaluation, et non de décision. Le [DPJ-DP] peut recommander l'une des trois orientations possibles à la suite de l'évaluation de la situation de l'adolescent, et le [poursuivant] décide ensuite s'il accepte ou non cette recommandation »⁹⁹. La deuxième étape consiste à déterminer la sanction extrajudiciaire lorsque le poursuivant opte pour cette voie. Le DPJ-DP est chargé d'élaborer la sanction la plus appropriée à ce stade¹⁰⁰. Ces sanctions peuvent inclure des excuses ou une compensation financière à la victime, des travaux communautaires ou la participation obligatoire à des rencontres individuelles ou de groupe¹⁰¹. En ce sens, même si le pouvoir ultime de choisir de porter des accusations ou non demeure dans les mains du poursuivant, le DPJ-DP a des pouvoirs importants à titre d'organisme. Il formule notamment la recommandation de déjudiciariser ou non le dossier et élabore des sanctions.

Troisièmement, le DPJ-DP a des pouvoirs au niveau de l'application des peines imposées par les tribunaux. Les sanctions pouvant être imposées par les tribunaux sont énumérées au paragraphe 42(2) de la *LSJPA*¹⁰². La réprimande, l'absolution inconditionnelle, l'amende, le versement d'une somme à une personne, la restitution, le remboursement à l'acquéreur et l'indemnisation ne requièrent aucune supervision du DPJ-DP, mais « [t]outes les autres sanctions énoncées par la *LSJPA* confient au [DPJ-DP] la responsabilité de s'assurer de l'application de la peine et d'effectuer la surveillance de l'adolescent »¹⁰³. En effet, le DPJ-DP doit notamment s'assurer que l'adolescent se conforme aux conditions imposées par le tribunal dans le cadre d'une absolution conditionnelle ou d'une peine comportant du travail bénévole¹⁰⁴. Il supervise aussi l'application des peines qui comportent la participation à un programme de réadaptation et les périodes de surveillance imposées à l'adolescent après

99 Voir MSSS, « Manuel de référence – Sanctions extrajudiciaires », *supra* note 96 à la p 4.

100 *Ibid* à la p 1.

101 MSSS, « La Trousse LSJPA – Programme de sanctions extrajudiciaires », *supra* note 98.

102 *LSJPA*, *supra* note 6, art 42(2).

103 Ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS), « Fiche 8.1 : L'intervention du directeur provincial dans l'application des peines spécifiques: cadre général » dans *L'application de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents – Manuel de référence*, Québec, 2022 à la p 7, en ligne (pdf) : <publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/LSJPA/section8-1.pdf> [perma.cc/HUL6-N27Y].

104 *Ibid* à la p 7.

toute période de garde¹⁰⁵. Le DPJ-DP a des pouvoirs importants dans le cadre de manquements à des conditions. C'est lui qui peut suspendre la liberté sous surveillance et saisir le tribunal pour demander que l'adolescent soit placé sous garde¹⁰⁶.

Le rôle que joue le DPJ-DP au Québec en matière de justice pénale adolescente est significatif pour notre argument. La *LEA*, en reconnaissant la compétence des peuples autochtones en matière de protection de la jeunesse, a avalisé un transfert de compétence en matière de justice pénale adolescente qui, dans les faits, existait déjà dans la pratique de certaines communautés autochtones au Québec. En effet, bien que le pouvoir ultime de choisir de judiciaireiser le dossier demeure entre les mains du poursuivant, tous les pouvoirs attribués au DPJ-DP décrits ci-haut peuvent se voir exercés par l'autorité autochtone en protection de la jeunesse. C'est donc celle-ci qui, par exemple, peut formuler les recommandations pour les sanctions extrajudiciaires, et décider ou non de remettre un adolescent en liberté s'il enfreint une condition de la peine qu'il purge dans la communauté. Cette réalité est reflétée dans la *Loi de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan*, discutée plus loin, qui donne le droit au Directeur de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan d'exercer les pouvoirs attribués au DPJ-DP¹⁰⁷.

Pour terminer, il importe de noter que ce chevauchement n'est pas présent dans toutes les provinces. En Colombie-Britannique, par exemple, le rôle du directeur provincial sous la *LSJPA* est attribué à un Directeur général des interventions spécialisées et justice adolescente, qui n'assume aucune responsabilité dans le domaine de la protection de la jeunesse¹⁰⁸. Ce directeur délègue ensuite l'autorité de superviser la

105 *Ibid* aux pp 7–8.

106 Voir le tableau synoptique (*ibid* à la p 9).

107 *Loi sur la protection sociale des Atikamekw d'Opitciwan : Miro nakatawer ma tanak awacak mamó*, adoptée le 17 janvier 2022, art 164, en ligne : <sac-isc.gc.ca/DAM/DAM-ISC-SAC/DAM- SOCIAL/STAGING/texte- text/notices_requests_act_respecting_first_nations_inuit_metis_LPSAO_1643317226312_fra.pdf> [perma.cc/GP7R-MZ8D] [*Loi sur la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan*].

108 Le titre en anglais est *Executive Director, Specialized Intervention & Youth Justice* (voir René Provost, Jeanne-Mayrand Thibert et Cory Heavener, « Correspondance avec la sous-ministre adjointe/directrice provinciale de la protection de l'enfance de la Colombie-Britannique », (juillet 2023) par courriel [communiqué aux auteurs]).

probation purgée par des adolescents à des agents de probation jeunesse, qui sont des employés du ministère du Développement de l'enfance et de la famille¹⁰⁹. En Ontario, les sociétés d'aide à l'enfance — l'équivalent de la Direction de la protection de la jeunesse québécoise — n'ont pas de rôle à jouer dans la justice pénale adolescente. Comme en Colombie-Britannique, l'Ontario est dotée d'un directeur provincial qui n'est pas associé aux sociétés d'aides à l'enfance et qui est nommé par le ministère de la Justice pour remplir la fonction prévue à la *LSJPA*¹¹⁰.

Enfin, il faut noter qu'au Québec, les dossiers sous la *LSJPA* et la *LPJ* procèdent devant la même instance judiciaire, la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec. Les juges et autres intervenants du système judiciaire se spécialisent donc naturellement dans ces domaines de droit connexes¹¹¹.

II. LA COMPÉTENCE AUTOCHTONE EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE

La réalité tant juridique que pratique de la protection de la jeunesse touchant les enfants autochtones a évolué de manière importante au cours des dernières années. Avant même l'adoption de la *LEA* fédérale en 2019, plusieurs provinces avaient ouvert la porte à la gouvernance autochtone dans ce domaine. De nombreuses communautés autochtones ont, depuis lors, adopté des lois ancrées dans leurs propres traditions juridiques, tant pour le fond que pour la procédure.

A. *Affirmation de la compétence autochtone en matière de protection de la jeunesse : droit étatique en mouvement*

La *LEA* n'a pas été adoptée sans précédent. En effet, depuis les années 1970, un mouvement organisé à travers le Canada demande un transfert de pouvoir vers les communautés autochtones en matière de

109 *Ibid.*

110 Voir *LSEJF*, *supra* note 51, art 146(1)(a).

111 Ailleurs au pays, il arrive que les questions de protection de la jeunesse soient entendues par des divisions de la cour provinciale spécialisées en droit de la famille (« *Family Court* ») et les questions de justice pénale adolescente soient entendues par des divisions de la cour provinciale spécialisées en droit criminel (« *Criminal court* ») ou des divisions qui sont exclusives à la JPA (« *Youth Courts* »).

protection de l'enfance, mu par la reconnaissance graduelle du problème de surreprésentation des enfants autochtones dans le système de protection de l'enfance et par l'entrée en vigueur du *Indian Child Welfare Act* de 1978 aux États-Unis¹¹². Il en résulte des modèles d'accommodement et d'autonomisation autochtone en matière de protection de la jeunesse hautement variés à travers le Canada, comme l'illustrent des exemples au Québec et en Colombie-Britannique¹¹³.

Au Québec, depuis bien avant l'adoption de la *LEA*, l'article 131.20 de la *LPJ* (ancien article 37.5) prévoit la possibilité de l'établissement d'un régime particulier en protection de la jeunesse. Le régime doit être établi à la suite d'un accord avec le gouvernement provincial et doit respecter plusieurs dispositions de la *LPJ*, en plus d'être soumis à la juridiction de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Durant les plus de 20 ans de l'existence de ce régime particulier, une seule nation au Québec, la nation atikamekw, a signé une entente avec le gouvernement provincial, en 2018¹¹⁴. L'expérience des Atikamekw montre que leur autorité, le Système d'intervention d'autorité atikamekw, demeurerait hautement imputable à la DPJ¹¹⁵. En Colombie-Britannique, depuis plusieurs années, le gouvernement provincial passe des accords avec les Premières Nations afin que celles-ci puissent administrer la protection de la jeunesse de façon plus ou moins autonome. Ceci implique la création de *Indigenous Child and Family Service (ICFS) Agencies* ou *Delegated Aboriginal Agencies* qui sont propres à chaque communauté et ont des niveaux de responsabilités correspondant

112 Mandell, *supra* note 24 à la p 16. Voir aussi *Indian Child Welfare Act of 1978*, Pub L No 95-608, 92 Stat 3069 (codifiée telle que modifiée au 25 USC §§ 1901-63 (1978)).

113 Sur ces modèles, voir Jaccoud et al, *supra* note 56 aux pp 106-19.

114 Voir *ibid* à la p 113. Cette entente vise les communautés atikamekw de Manawan et Wemotaci. Par ailleurs, la majorité des communautés autochtones du Québec ont, sans signer d'entente prévue à ce qui était alors l'article 37.5 de la *LPJ*, établi des Agences de services à l'enfance et à la famille des Premières Nations qui offrent des services de protection de la jeunesse. Il s'agit d'un modèle de délégation de mise en œuvre de la *LPJ* et non de l'élaboration d'un régime particulier au moyen d'une « entente 37.5 » qui mène à une autonomie décisionnelle (voir Pascale Lemay, *Lignes directrices permettant d'établir un régime particulier de protection de la jeunesse pour les Autochtones*, La Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, Québec, 2016, en ligne (pdf) : <publications.msss.gouv.qc.ca/msss/document-001369/> [perma.cc/Y2RU-ZPX8]; Guay, Ellington et Vollant, *supra* note 26 aux pp 112-17.

115 Voir Jaccoud et al, *supra* note 56 aux pp 113-15.

aux accords négociés avec le gouvernement provincial. À ce jour, 117 des 202 Premières Nations en Colombie-Britannique sont représentées par une de ces agences¹¹⁶. Comparant la *LEA* et le cadre des régimes particuliers provinciaux, Ghislain Picard, alors chef de l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador, indique que « le fond, c'est la différence entre une autonomie dans un cadre que tu ne contrôles pas, que tu ne décides pas, et une autonomie dans un cadre que tu as toi-même structuré. Il y a une différence importante »¹¹⁷.

Résultat de plusieurs années d'efforts menés par des activistes et chercheurs autochtones, la *LEA* est le fruit d'une collaboration entre organisations autochtones et gouvernement fédéral, et représente un réel progrès par rapport aux mesures précédemment mentionnées. En effet, la *LEA* affirme la compétence législative des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille, en reconnaissant cette prérogative comme un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹⁸. Quand une communauté autochtone veut exercer sa compétence sous la *LEA*, elle peut demander un accord de coordination avec les gouvernements fédéral et provincial. Quand la communauté a conclu un accord de coordination, ou quand elle n'a pas conclu d'accord, mais a fourni des efforts raisonnables pour mener à sa conclusion, le paragraphe 21(1) prévoit que la loi du peuple autochtone a force de loi, à titre de loi fédérale. Le paragraphe 22(3), quant à lui, prévoit qu'en cas de conflit, la législation autochtone a préséance sur les lois provinciales ou fédérales, sauf pour quelques exceptions. À ce jour, 50 demandes d'accords de coordination ont été reçues, et vingt-deux lois autochtones sont maintenant en vigueur. Ces vingt-deux lois couvrent ensemble trois groupes autochtones en Ontario, un en Saskatchewan, un

116 Gouvernement de la Colombie-Britannique, « Indigenous Child and Family Service Agencies in British Columbia » (dernière modification le 26 mars 2025), en ligne : <gov.bc.ca/gov/content/family-social-supports/data-monitoring-quality-assurance/reporting-monitoring/accountability/indigenous-child-and-family-service-agencies> [perma.cc/HBX2-2DKE].

117 Marie-Laure Josselin, « Protection de l'enfance : l'APNQL plaide le droit à l'autodétermination », *Radio-Canada* (9 février 2022), en ligne : <ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1860991/protection-jeunesse-autochtone-autodetermination-dpj> [perma.cc/8T9T-7LYE].

118 Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 7, art 18.

au Québec, sept en Colombie-Britannique, sept en Alberta, un au Manitoba, un dans les Territoires du Nord-Ouest, et un au Yukon¹¹⁹.

Certaines critiques émises à l'égard de la *LEA* peuvent s'avérer pertinentes pour une possible justice autochtone pour adolescents. Par exemple, la *LEA* est silencieuse sur la question du financement des services à l'enfance par les communautés autochtones, sauf une mention ambiguë dans le préambule. L'Association du barreau canadien a souligné que, sans financement suffisant, la *LEA* risque de rester lettre morte¹²⁰. Lors de nos conversations avec des intervenants dans le domaine de la protection de la jeunesse autochtone, la question du financement était aussi l'une des plus contentieuses. En effet, un financement adéquat est la base pour bâtir des programmes robustes et efficaces¹²¹.

D'autres critiquent le langage vague quant aux mécanismes de résolution de conflit en cas de désaccord entre les peuples autochtones et les paliers fédéral et provincial lors de l'élaboration du texte législatif autochtone. Le paragraphe 20(5) prévoit que, lorsque des efforts raisonnables pour conclure l'accord de coordination sont entrepris, mais qu'aucun accord n'est conclu, un « mécanisme de résolution de conflit » développé à travers des règlements adoptés en vertu de la loi peut être utilisé. Selon Naomi Metallic et autres, la loi reste beaucoup trop vague sur ce plan. En effet, en faisant allusion à la possibilité de conflits, mais ne précisant pas les obligations du gouvernement fédéral envers les enfants autochtones, la *LEA* permet au Canada de se soustraire à ses responsabilités. Vu le déséquilibre de pouvoir entre les communautés autochtones et le gouvernement fédéral, le mécanisme de résolution de conflit ainsi qu'une instance indépendante capable de rendre des décisions contraignantes

119 Nous nous fions au tableau des lois autochtones qui sont entrées en vigueur, indiquant que 22 lois sont maintenant applicables à travers le Canada (voir Gouvernement du Canada, « Législation sur les services à l'enfance et à la famille autochtones » (dernière modification le 18 novembre 2025), en ligne : <sac-isc.gc.ca/fra/1608565826510/1608565862367#s4> [perma.cc/9U53-YMAL]).

120 Association du Barreau canadien, *Mémoire : Projet de loi C-92, Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, par Section du droit des autochtones, Section sur le droit des enfants et Section du droit de la famille, Ottawa, Association du Barreau canadien, 2019 à la p 12.

121 Voir Hornbrook et Shergold, *supra* note 666; René Provost et al, « Entretien avec les directrices du Lalum'utul'Smun'eem Child and Family Services des Tribus Cowichan » (20 juillet 2023) par communication orale [communiqué aux auteurs].

contre le gouvernement fédéral auraient dû être prévus dans la *LEA* plutôt que dans un futur règlement¹²².

De même, la notion de l'intérêt de l'enfant telle que codifiée dans la *LEA* est aussi critiquée, puisque l'importance du lien familial et culturel est secondaire au bien-être physique et psychologique de l'enfant. En effet, « bien qu'il énonce plusieurs facteurs, notamment l'éducation culturelle, linguistique, religieuse et spirituelle, ainsi que les relations entre l'enfant et ses parents, ses prestataires de soins, sa famille et la communauté ou le groupe autochtone, ceux-ci sont secondaires par rapport à la sécurité physique, émotionnelle et psychologique, ainsi qu'au bien-être de l'enfant » [notre traduction]¹²³. La codification de cette notion dans la *LEA* préoccupe Metallic. Selon elle, cette doctrine

[...] a été interprété et appliqué par les tribunaux, les gouvernements non autochtones et les décideurs pour appréhender les enfants autochtones et les séparer de leurs familles, de leurs communautés et de leurs territoires depuis plus de 50 ans. Nous craignons qu'une limite légale invoquant uniquement le large pouvoir discrétionnaire de l'ISE [l'intérêt supérieur de l'enfant] ne crée un niveau d'incertitude inacceptable et n'ouvre une voie presque illimitée aux gouvernements fédéral et provinciaux pour affirmer leur autorité et passer outre la juridiction autochtone sous les auspices de l'ISE [notre traduction]¹²⁴.

Comme Metallic l'indique, historiquement, les tribunaux et autres intervenants du système de protection de la jeunesse ont souvent interprété l'intérêt supérieur de l'enfant de façon discriminatoire contre les parents autochtones. Or, comme nous le verrons plus bas, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion fondamentale dans les traditions juridiques autochtones, quoiqu'elle se comprenne de façon distincte. Ce n'est pas l'idée même de protéger le bien-être des enfants qui est problématique pour les communautés autochtones, mais bien l'interprétation, la manipulation et l'application du concept par le système étatique.

122 Naomi Walqwan Metallic et al, *An Act respecting First Nations, Inuit, and Métis Children, Youth and Families: Does Bill C-92 Make the Grade?*, Toronto, Yellowhead Institute, 2019 à la p 13.

123 Voir *ibid* aux pp 5–8.

124 *Ibid* à la p 16.

Quelques mois après l'entrée en vigueur de la *LEA* en 2019, le gouvernement du Québec a déposé un avis de renvoi à la Cour d'appel de la province, contestant la constitutionnalité de celle-ci. En réponse à une décision fouillée de la Cour d'appel du Québec en 2022 ayant invalidé certaines dispositions de la loi, la Cour suprême en février 2024 a affirmé la constitutionnalité de la *LEA* dans son entièreté¹²⁵. Selon la Cour suprême, cette loi « protège le bien-être des enfants, des jeunes et des familles autochtones en promouvant la fourniture de services à l'enfance et à la famille culturellement adaptés et, ce faisant, elle favorise le processus de réconciliation avec les peuples autochtones »¹²⁶. La Cour suprême a par ailleurs jugé que le Parlement pouvait affirmer la compétence autochtone sur les services à l'enfance en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour, le Parlement codifie simplement sa position quant à l'assise constitutionnelle de la *LEA*¹²⁷. Cela dit, « la justesse de la position exprimée par le Parlement quant à la portée de l'art. 35 n'a pas à être tranchée pour répondre à la question posée par le procureur général du Québec », laissant ainsi la porte grande ouverte à des contestations futures¹²⁸.

B. Traditions juridiques autochtones en matière de « protection de la jeunesse »

1. Traditions juridiques en contexte

La *LEA* est aussi novatrice en ce qu'elle reconnaît le droit des peuples autochtones de légiférer selon leurs propres traditions juridiques, et non simplement d'administrer le droit canadien ou provincial. Plus tôt, notre discussion des intersections juridiques entre le régime encadrant la justice pénale adolescente et la protection de la jeunesse en droit canadien a illustré la connexité normative et institutionnelle entre ces domaines de droit. Nous proposons que cette même constatation s'applique dans les traditions juridiques autochtones, c'est-à-dire que certains principes animent autant la protection de l'enfance que la réponse aux crimes commis par des adolescents. En ce sens, les efforts accrus de revitalisation du droit

125 Renvoi relatif à la *LEA*, *supra* note 8 aux para 135–36.

126 *Ibid* au para 41.

127 *Ibid* au para 107.

128 *Ibid* aux para 60, 111.

de la protection de la jeunesse dans la foulée de la *LEA* peuvent contribuer à une revitalisation du droit de la justice pénale adolescente, puisque plusieurs normes et processus décisionnels sont partagés.

L'élaboration d'un droit autochtone en « protection de la jeunesse » ou en « justice pénale adolescente » pose certains défis, puisque ces domaines juridiques correspondent au cadre normatif du droit canadien. La *LEA* demande aux communautés autochtones de créer un régime juridique qui prend comme point de départ le droit canadien, ne serait-ce que parce que toute loi autochtone en la matière doit respecter les normes minimales édictées par la *LEA* (art. 22(1), *LEA*). Or, les communautés autochtones sont déjà dotées de mécanismes pour assurer la protection des enfants et intervenir lorsque cela est nécessaire, même si ces mécanismes ne portent pas l'étiquette de « protection de la jeunesse ». L'approche développée par les Innus d'Uashat mak Mani-utennam axée sur le concept de bienveillance (*Akunitan*) envers les enfants offre un exemple probant d'une approche autochtone qui écarte le discours de régime de protection¹²⁹. Selon la Cour d'appel du Québec, « [o]n ne peut [...] nier l'existence de ces systèmes normatifs » ancrés dans les traditions juridiques autochtones¹³⁰.

Une analyse juridique comparative rigoureuse doit aller au-delà des règles de droit, puisque celles-ci s'inscrivent toujours dans un contexte culturel contingent. La question de l'enracinement des systèmes juridiques dans des systèmes normatifs — incluant les systèmes ontologiques, épistémiques, spirituels et sociaux — est hautement significative et doit donc être considérée avec soin par tous les acteurs impliqués dans la revitalisation des traditions juridiques autochtones. Pour éviter une distorsion des catégories juridiques autochtones, il importe donc d'étudier le contexte dans lequel le droit de la jeunesse s'inscrit¹³¹.

129 Guay, Ellington et Vollant, *supra* note 26 aux pp 151–56.

130 Voir *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185 aux para 479, 484.

131 Voir Nicole Muir et Yvonne Bohr, « Contemporary Practice of Traditional Aboriginal Child Rearing: A Review » (2014) 9:1 First Peoples Child & Family Rev 66 à la p 76. Sur la contingence culturelle du concept de l'enfance, voir René Provost, « L'attaque directe d'enfants-soldats en droit international humanitaire » (2017) 55 ACDI 33 à la p 42 (« [l]e passage de l'enfance à l'âge adulte est un processus graduel, polycentrique

D'abord, une revue exhaustive de la conception de l'enfance dans les communautés autochtones au Canada dépasse le cadre du présent article, mais quelques exemples sont illustratifs. Dans la cosmologie de plusieurs communautés autochtones de l'Amérique du Nord, les enfants sont vus comme un prêt ou un don du Créateur dont le développement est guidé par ce dernier. Le rôle des adultes est de soutenir ce développement plutôt que de le diriger eux-mêmes¹³². D'ailleurs, les enfants, traditionnellement, étaient tenus de participer à la vie de communauté et se voyaient attribuer maintes responsabilités. Selon l'ainé cri Stanley McKay, les jeunes étaient aussi plus libres de manger quand ils avaient faim et dormir quand ils étaient fatigués, comparativement à l'horaire plus fixe auquel les enfants d'ascendance européenne sont typiquement encouragés à adhérer depuis l'ère industrielle. McKay souligne que, même si ces approches peuvent être perçues par certains comme trop permissives ou négligentes, les enfants étaient simultanément encouragés à développer leur sens des responsabilités. Par ailleurs, on veillait à ne pas les confronter à des situations qui dépassaient leurs capacités. Ils étaient aussi encouragés à acquérir une compréhension d'aspects de la vie que la société européenne considérait habituellement comme réservés aux adultes. Par exemple, les jeunes enfants ne se trouvaient pas séparés des adultes lors des funérailles, mariages ou autres rassemblements communautaires¹³³. Ces valeurs sous-jacentes influencent nécessairement le droit en protection de la jeunesse.

Tout en reconnaissant que les approches à la protection de la jeunesse sont très diversifiées à travers les différentes nations autochtones au Canada, l'organisme LEAF de la côte Ouest écrit qu'« il y a des principes partagés et des pratiques qui sont au cœur de la compréhension

et multidimensionnel dont les modulations selon les individus, les cultures et les contextes » ne se prêtent pas à une analyse réductrice).

132 Voir Mandell, *supra* note 24 à la p 6; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Vers un ressourcement*, vol 3, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996 à la p 25. Voir aussi Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, *The Sacred Space of Womanhood: Mothering Across the Generations. A National Showcase on First Nations, Inuit, and Métis Women and Mothering*, Prince George, Colombie-Britannique, Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, 2013 aux pp 8–9, en ligne (pdf) : <issuu.com/nccah-ccnsa/docs/rpt-motheringacrossgenerations2012-> [perma.cc/XV29-PEDY].

133 Mandell, *supra* note 24 aux pp 6–7.

autochtone du bien-être de l'enfant » [notre traduction]¹³⁴. Une approche-cadre qui incorpore des principes partagés, mais qui laisse un espace à la spécificité de différentes traditions doit donc être préconisée. Pour discuter des traditions juridiques autochtones, nous suggérons de distinguer entre les normes de fond structurantes et les normes procédurales structurantes.

2. Normes de fond structurantes

Deux normes de fond méritent qu'on s'y attarde particulièrement : les notions de bien-être holistique de l'enfant et de l'imbrication de l'enfant dans son réseau familial.

La primauté de l'intérêt de l'enfant est la pierre angulaire du droit canadien de la protection de la jeunesse, conceptualisée surtout comme correspondant au bien-être physique et psychologique de celui-ci. Comme discuté plus haut, il existe toutefois des considérations subsidiaires en droit canadien, pour des aspects culturels, communautaires et spirituels liés au bien-être de l'enfant. Dans les traditions juridiques autochtones, l'idée de l'intérêt de l'enfant est tout aussi essentielle, mais elle est comprise d'une manière fondamentalement plus holistique. Au lieu d'être des considérations subsidiaires, le lien avec la culture et l'identité est une considération de la plus haute importance. Selon Guay, Ellington et Vollant,

[p]our les peuples autochtones, l'enfant n'est pas perçu comme une entité séparée de sa famille et de sa communauté. Au contraire, l'enfant développe son autonomie et son identité grâce aux liens qu'il tisse avec tous les membres de sa famille et avec les traditions de sa communauté. Dans une perspective autochtone, l'intérêt de l'enfant doit être compris comme un concept global et holistique qui inclut toujours une dimension identitaire. Ainsi, la préservation de son identité culturelle, le maintien des liens

134 Elba Bendo et al, *Pathways in a Forest: Indigenous Guidance on Prevention-Based Child Welfare*, Vancouver, Canada, West Coast LEAF, 2019 à la p 13. Similairement, Lisa Monchalin suggère que « [l]es points communs touchant la vie en harmonie avec la terre et avec les esprits façonnent toutefois la vision du monde des diverses cultures autochtones » [notre traduction] (Lisa Monchalin, *The Colonial Problem: An Indigenous Perspective on Crime and Injustice in Canada*, North York, Ontario, University of Toronto Press, 2016 à la p 23).

avec sa famille et sa communauté d'origine, mais aussi avec sa langue et son territoire, sont autant de facteurs à considérer quand vient le temps de déterminer ce qui est dans l'intérêt d'un enfant autochtone [références omises]¹³⁵.

Le concept de la primauté de l'intérêt de l'enfant a suscité une certaine méfiance pour les communautés autochtones, puisqu'il a souvent été déployé pour justifier des mesures affaiblissant ou niant l'identité autochtone des enfants¹³⁶. Cela dit, malgré un usage passé indéfendable, le concept de la primauté de l'intérêt de l'enfant comme entendu en droit canadien peut être interprété d'une manière qui reflète et affirme la vision globale et holistique de l'enfance dans les traditions juridiques autochtones¹³⁷.

Pour donner des exemples issus de communautés spécifiques, on peut évoquer le concept de *meno-bimaadiziwin* du peuple Ojibway. Ce concept « se traduit approximativement par “la voie d'une bonne vie” qui peut être atteinte grâce à l'équilibre des quatre aspects de l'être : l'esprit, les émotions, le corps et l'âme » [notre traduction] et a été décrit comme une approche permettant de favoriser un développement holistique sain et durable pour les enfants autochtones¹³⁸. Similairement, dans la tradition crie, le concept de *wahkootowin* réfère aux « relations de connexion, avec la famille et toutes les formes de vie, qui contribuent à consolider l'identité et le sentiment d'appartenance » [notre traduction]¹³⁹. Cette

135 Guay, Ellington et Vollant, *supra* note 26 à la p 50. La Commission Viens note également que « l'intérêt de l'enfant est vu comme un concept global et holistique et qu'il est indissociable de l'intérêt de la famille élargie et de la communauté » (voir Commission Viens, *supra* note 3 à la p 444).

136 Voir Marlee Kline, « Child Welfare Law, 'Best Interests of the Child' Ideology, and First Nations » (1992) 30:2 Osgoode Hall LJ 375 aux pp 390–91, 393–94; Robert Leckey et al, « Indigenous Parents and Child Welfare: Mistrust, Epistemic Injustice, and Training » (2022) 31:4 Soc & Leg Stud 559 à la p 561.

137 Hadley Friedland, « Reference re Racine v Woods » (2020) CNLR 155 aux pp 167–71.

138 Leisa Desmoulins, « Meno-Bimaadiziwin: Healthy Bodies » dans Frank Deer et Thomas Falkenberg, dir, *Indigenous Perspectives on Education for Well-Being in Canada*, Winnipeg, ESWB Press, 2016, 89 à la p 89.

139 Jeannine Carrière, Julie Mann-Johnson et Catherine Richardson, « In the Spirit of *Wahkootowin*: Kinship Affiliation as an Antidote to Divisive Identity Politics for Métis Children in Care » dans Kathleen Kufeldt, Barbara Fallon et Brad McKenzie, dir, *Protecting Children: Theoretical and Practical Aspects*, Toronto, Canadian Scholars, 2021, 169 à la p 169.

idée se comprend elle-même à la lumière du concept de *mamatowisowin*, un mot cri qui désigne une « compréhension de l'interconnexion spirituelle et du sentiment d'appartenance à la Terre, à tous les êtres vivants et à nos ancêtres » [notre traduction]¹⁴⁰. Bref, ces exemples illustrent que, dans plusieurs traditions juridiques autochtones, le bien-être de l'enfant se comprend aussi dans un sens qui inclut une connexion profonde à son identité politique et culturelle. Ne pas prendre ces éléments en considération fait violence à l'enfant et à sa famille.

Une deuxième norme de fond importante a trait aux approches basées sur les réseaux familiaux. Encore une fois, l'idée d'impliquer la famille n'est pas étrangère au droit canadien, mais émerge de façon différente dans le contexte de plusieurs traditions juridiques autochtones. D'abord, l'idée même de la famille est différente de la conception occidentale. Cindy Holmes et Sarah Hunt expliquent que

[l]es liens familiaux élargis constituent le cœur de l'identité des peuples autochtones et s'expriment à travers les générations, de manière diverse et spécifique à chaque culture. Les relations familiales s'inscrivent dans des réseaux de responsabilités réciproques qui se tissent entre les peuples autochtones et leurs proches non humains/animaux, les terres et les cours d'eau qui composent leurs territoires, ainsi que le monde spirituel qui façonne leur cosmologie [notre traduction]¹⁴¹.

Ce vaste réseau qui constitue la famille a des impacts dans les pratiques concernant la protection des enfants. Tous les membres affiliés sont perçus comme exerçant des responsabilités envers l'enfant, ce qui fait que souvent l'enfant est encadré par de nombreuses figures parentales¹⁴². Dans un passage cité par la Commission Viens, Anne Fournier, avocate pour le Conseil de la Nation atikamekw, explique que

[n]on seulement ce sont tous les membres de la famille qui exercent un rôle envers l'enfant, mais il peut en être de même d'autres

140 *Ibid.*

141 Voir Cindy Holmes et Sarah Hunt, *Indigenous Communities and Family Violence: Changing the Conversation*, Prince George, Colombie-Britannique, Centre de collaboration nationale de la santé autochtone, 2017 à la p 7, en ligne (pdf) : <nccih.ca/docs/emerging/RPT-FamilyViolence-Holmes-Hunt-EN.pdf> [perma.cc/888G-VLBD].

142 Voir par ex Guay, Ellington et Vollant, *supra* note 26 aux pp 152–54.

membres de la communauté. Bien que l'enfant s'attache à plusieurs personnes, il crée un lien plus significatif avec la personne qui lui dispense quotidiennement les soins dont il a besoin. [...] [Le] simple fait que l'enfant vive des attachements multiples ne signifie aucunement qu'il soit négligé par ses parents. Aussi, dans les communautés autochtones, il est usuel qu'un enfant puisse librement circuler et même entrer dans différentes maisons. Il serait erroné d'y voir nécessairement un signe de négligence parentale¹⁴³.

Ainsi, la *LEA* incorpore une définition plus souple de la famille, ostensiblement pour refléter des valeurs autochtones. Selon les définitions dans la loi, la famille « [v]ise notamment toute personne que l'enfant considère être un proche parent ou qui, conformément aux coutumes, aux traditions ou aux pratiques coutumières en matière d'adoption du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont l'enfant fait partie, est considérée par ce groupe, cette collectivité ou ce peuple être un proche parent de l'enfant »¹⁴⁴. Le soin de définir la famille est donc largement laissé aux peuples autochtones eux-mêmes.

3. Normes procédurales structurantes

Considérant les deux normes discutées ci-haut, soit l'intérêt de l'enfant compris dans un sens holistique et l'importance des réseaux familiaux, il n'est pas surprenant de constater que les normes procédurales sont ancrées dans des approches communautaires. Tara Ney et autres ont étudié les efforts de revitalisation des processus décisionnels traditionnels en protection de la jeunesse du peuple Dane-Zaa en Colombie-Britannique. Selon ces chercheurs, les processus décisionnels sont tout aussi importants que les normes de fond. En effet, des structures qui reflètent les enseignements traditionnels sont essentielles au succès d'efforts et de programmes subséquents¹⁴⁵.

143 Commission Viens, *supra* note 3 à la p 437.

144 *LEA*, *supra* note 7, art 1.

145 Tara Ney et al, « Traditional Decision-Making in Contemporary Child Welfare: Relying on Dane-zaa Laws to Care for and Protect Children and Families » dans Akanmu G Adebayo, Jesse J Benjamin et Brandon D Lundy, dir, *Indigenous Conflict Management Strategies: Global Perspectives*, Lanham, Lexington Books, 2014, 33 à la p 45.

En s'appuyant sur des consultations avec la communauté Dane-Zaa, Ney et autres ont identifié plusieurs notions qui encadrent les structures décisionnelles. Par exemple, les aînés et gardiens du savoir doivent jouer un rôle clef dans les décisions concernant les enfants. De plus, il est important que les décisions soient prises sur le territoire et dans la langue traditionnelle, et que le point de vue des enfants concernés soit pris en compte¹⁴⁶. Cela rejoint des caractéristiques importantes des processus traditionnels en protection de l'enfance que l'on retrouve chez d'autres peuples autochtones. Par exemple, le processus atikamekw en protection de l'enfance favorise « la participation de toutes les personnes concernées par le conflit, ainsi que le dialogue et le consensus »; de plus, il est important que le processus se fasse « dans la langue et sur le territoire atikamekw »¹⁴⁷.

Plusieurs programmes existants appliquent ces processus traditionnels. Le groupe de grand-mères Na Gan Ts'i'stk des neuf communautés Lax Kw'alaams en Colombie-Britannique en est un bon exemple¹⁴⁸. Ce réseau de matriarches a comme objectif d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants en s'inspirant d'enseignements traditionnels. Les grand-mères Na Gan Ts'i'stk emploient des méthodes holistiques et collaborent avec plusieurs services, incluant l'autorité autochtone déléguée en matière de protection de l'enfance pour leurs communautés, soit le *Northwest Inter-Nation Family & Community Services Society*. Elles décrivent leur travail comme étant de

soutenir les enfants et les familles, travailler avec nos enfants et nos jeunes, les encourager à terminer leurs études, à être fiers de qui ils sont, de ce qu'ils sont et d'où ils viennent, leur enseigner leur culture, leur appartenance — leur nation, leur tribu, leur blason, leur clan, leur famille — les aider à élaborer des plans d'autogestion de la santé et des plans de sécurité afin que nos

146 *Ibid* à la p 47.

147 Jaccoud et al, *supra* note 56 à la p 100.

148 Les neuf communautés sont les Giluts'aaw, Ginadoiks, Ginaxangiik, Gispaxlo'ots, Gitando, Gitlaan, Gits'iis, Gitwilgyoots, et les Gitzaxlaal.

enfants — et leurs parents également — se sentent en sécurité [notre traduction]¹⁴⁹.

Ce passage illustre une notion du bien-être de l'enfant qui est fondamentalement connecté à son identité culturelle et l'appartenance à plusieurs groupes interconnectés.

En conclusion, notons que, dans les efforts de revitalisation, certaines communautés pourront aussi s'inspirer d'outils provinciaux et fédéraux en matière de protection de l'enfance tant au niveau des normes de fond que des normes procédurales. Selon le Conseil de la nation Nlaka'pamux, les communautés peuvent conjuguer dans leur système des valeurs qui correspondent à leurs propres traditions juridiques et des éléments du droit canadien :

Le droit est vivant; il évolue pour s'adapter à de nouvelles situations; il perdure au fil du temps, trouvant de nouvelles formes d'expression selon les besoins. Les lois autochtones relatives à la protection de l'enfance, qui reflètent des lois sacrées, anciennes et durables, trouveront la forme d'expression adaptée aux besoins actuels de leurs peuples. À leur manière, les peuples autochtones décideront comment intégrer leurs propres coutumes, lois et traditions autour de leurs enfants et de leurs familles afin d'assurer leur sécurité et leur santé à l'avenir. Chaque nation autochtone choisira sa propre voie pour renforcer sa compétence sur ses enfants et ses familles. Certaines mettront en place des systèmes entièrement basés sur des modèles traditionnels de gouvernance et de prise de décision. D'autres opteront pour des systèmes hybrides pouvant intégrer les tribunaux canadiens ou des [accords de délégation] créés en vertu du [*Child, Family and Community Service Act*] de la Colombie-Britannique ou d'une législation provinciale similaire en matière de protection de l'enfance [notre traduction]¹⁵⁰.

149 Na gan ts'i'stk Grandmothers, Kathleen Bennett et Sandrina De Finney, « Na Gan Ts'i'stk Grandmothers' Group of Lax kw'alaams » (2015) 10:1 First Peoples Child & Family Rev 116 à la p 118.

150 Ardith Walkem, *Wrapping our Ways Around Them: Indigenous Communities and Child Welfare Guidebook*, Deuxième édition, Lytton, Nlaka'pamux Nation Tribal Council, 2020 à la p 45, en ligne (pdf) : <fnlc.ca/wp-content/uploads/2021/08/WOW_Guidebook_2021_210214.pdf> [perma.cc/UN6H-GJET].

C. La compétence autochtone en action

Depuis l'entrée en vigueur de la *LEA*, plusieurs nations autochtones ont développé des lois pour assurer le bien-être et la protection des enfants autochtones qui reflètent les normes de fond et procédurales décrites ci-haut. La Première Nation Peguis est l'une d'entre elles. Le 21 janvier 2022, le *Honouring our Children, Families and Nation Act* (*Peguis Child Act*) est entré en vigueur, faisant de la Première Nation Peguis la première communauté au Manitoba à se doter de sa propre loi¹⁵¹. La Première Nation Peguis est la plus grande communauté de la province, comptant plus de 10 000 membres qui sont de descendance Ojibway et Cri. Les dispositions du *Peguis Child Act* reprennent largement, et par endroit mot à mot, le texte de la *LEA*.

Le préambule du *Peguis Child Act* affirme l'autorité inhérente du peuple d'ériger cette loi et sa relation de nation à nation avec le Canada. Il énonce également le rôle fondamental du principe des relations dans cette loi et dans la *LEA*. On y affirme « l'importance des relations entre l'enfant, ses frères et sœurs, ses parents, sa famille élargie, la communauté et le territoire, en mettant particulièrement l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant, la continuité culturelle, la prestation équitable des services et la valorisation de la culture et des enseignements » [notre traduction]¹⁵², rappelant les principes des traditions juridiques discutés plus tôt. D'ailleurs, le préambule note que la loi est une *living law* ou *Inaakonigewin*, le droit donné aux personnes anichinabées.

Dans le *Peguis Child Act*, la famille est définie comme « l'enfant, les frères et sœurs, la mère, le père, les beaux-parents, les grands-parents, les oncles et les tantes, que ce soit par le sang, l'adoption culturelle, la coutume ou le mariage, ou une personne considérée comme étant un proche de la famille » [notre traduction]¹⁵³. Cette disposition illustre une notion beaucoup plus vaste que la conception nucléaire de la famille, et est également imprégnée d'une certaine subjectivité, reflétant ainsi une approche plus fluide du concept. D'ailleurs, même le titre de la loi qui réfère

151 *Honouring our Children, Families and Nation Act*, Peguis First Nation, (2022), entrée en vigueur le 21 janvier 2022, en ligne : <peguiscfs.ca/honouringourchildren> [perma.cc/5YAR-VUHG] [*Peguis Child Act*].

152 *Ibid*, Préambule.

153 *Ibid*, art 2.1(aa).

aux enfants, à la famille et à la nation souligne l'importance de l'imbrication des enfants dans leur communauté plus large.

L'article 6.1 prévoit que le *Peguis Child Act* doit être interprété et administré dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La disposition 6.1(b) détaille le contenu de ce principe :

(b) Il faut accorder la priorité au développement physique, émotionnel et psychologique de l'enfant, à sa sécurité, à son bien-être et à son sentiment de continuité et de permanence, en minimisant autant que possible les perturbations, ainsi qu'à l'importance pour l'enfant d'entretenir une relation continue avec sa famille et la Première Nation Peguis ou le peuple auquel il appartient, et de préserver son lien avec sa culture, son patrimoine et le territoire traditionnel de la Première Nation [notre traduction]¹⁵⁴.

L'article 6.2 liste des facteurs à considérer pour déterminer le meilleur intérêt, le premier étant « l'éducation et l'héritage culturel, linguistique, spirituel et religieux de l'enfant » [notre traduction]¹⁵⁵. L'article 6.3 codifie un principe de continuité culturelle, et l'article 6.4 un principe d'égalité substantive¹⁵⁶. L'article 6.9 prévoit que l'enfant ne devrait pas être pris en charge par les services à l'enfance et à la famille en raison seulement des conditions socio-économiques de la famille, incluant la pauvreté, un logement inadéquat ou l'état de santé du parent ou donneur de soins¹⁵⁷.

Le retrait de l'enfant de sa famille est une mesure de dernier recours¹⁵⁸. Selon nos conversations avec les responsables de la Première Nation Peguis sous le nouveau régime du *Peguis Child Act*, un nombre minimal de retraits des familles ont eu lieu depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Les responsables attribuent ce succès aux mesures de prévention et soutien des familles¹⁵⁹. Quand un enfant doit absolument être retiré de son lieu familial, l'article 7.1 établit un ordre hiérarchique de lieu de placement, soit : avec un des parents, un autre adulte de la famille,

154 *Ibid.*, art 6.1(b).

155 *Ibid.*, art 6.2(a).

156 *Ibid.*, art 6.3–6.4.

157 *Ibid.*, art 6.9.

158 Voir par ex *ibid.*, art 8.13.

159 Voir Hornbrook et Shergold, *supra* note 666.

un membre de la Nation Peguis, un membre d'une autre communauté autochtone et finalement un autre adulte¹⁶⁰.

L'article 8.16 du *Peguis Child Act* prévoit que la Cour provinciale et la Cour du banc du roi du Manitoba sont les forums pour les demandes et procédures en vertu de la loi. Le paragraphe 8.16(c) précise que cette procédure s'appliquera jusqu'à ce que « la Première Nation Peguis, ou une autre entité autochtone, établisse à l'avenir un tribunal autochtone chargé de traiter des questions relatives à la protection de l'enfance, et le Conseil ait accepté de se soumettre à ce tribunal autochtone » [notre traduction]¹⁶¹. Ceci ouvre donc la possibilité de transférer la juridiction en matière de protection de la jeunesse à une Cour autochtone regroupant différentes Premières Nations.

Au Québec, les Atikamekw d'Opitciwan sont les seuls à ce jour à avoir adopté et mis en vigueur une loi suivant la *LEA*, la *Loi de la protection sociale atikamekw d'Opitciwan* (*Loi sur la protection sociale atikamekw*)¹⁶². Celle-ci contient certaines similarités avec le *Peguis Child Act*, en partie le reflet de normes déclarées obligatoires par la *LEA*. Ainsi, l'article 12 de la *Loi sur la protection sociale atikamekw* prévoit que les décisions doivent être prises « en vertu des principes suivants, soit l'intérêt de l'enfant, la continuité culturelle et l'égalité réelle »¹⁶³, trois principes également présents dans la loi autochtone manitobaine.

La *Loi sur la protection sociale atikamekw* ne définit pas la famille, mais définit toutefois la « famille élargie » comme désignant « d'une manière non limitative, toute personne apparentée avec la famille immédiate »¹⁶⁴. Encore une fois, on remarque une notion très large et qui pourrait être qualifiée de subjective, en ce que la famille semble pouvoir être définie par les individus eux-mêmes.

160 *Peguis Child Act*, *supra* note 151, art 7.1.

161 *Ibid*, art 8.16.

162 *Loi de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan*, *supra* note 107; Gouvernement du Canada, *supra* note 119. Ce régime est distinct de celui mis en place en vertu de l'article 37.5 de la *LPJ* par les communautés atikamekw de Manawan et Wemotaci, mentionné plus haut.

163 *Loi de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan*, *supra* note 107, art 12. L'intérêt de l'enfant est défini aux articles 13–15, la continuité culturelle à l'article 16, et l'égalité réelle à l'article 17.

164 *Ibid*, art 2(k).

L'article 14 de la *Loi sur la protection sociale atikamekw* précise les critères utiles pour déterminer l'intérêt de l'enfant, dont le premier est « son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels »¹⁶⁵. À l'instar du *Peguis Child Act*, l'article 18 de la *Loi sur la protection sociale atikamekw* reprend l'approche de la *LEA* (art. 16(1)) et indique que si un placement est requis, l'enfant doit être placé, par ordre de priorité, d'abord avec un parent, ensuite avec un autre membre de sa famille vivant dans la communauté Atikamekw d'Opitciwan, un adulte appartenant à la communauté Atikamekw d'Opitciwan, un autre adulte autochtone, et finalement tout autre adulte significatif dans la vie de l'enfant¹⁶⁶.

La *Loi sur la protection sociale atikamekw* prévoit que le Directeur de la protection sociale atikamekw peut être partie à des ententes multisectorielles. Ces accords collaboratifs, négociés avec des services de la santé, d'éducation ou policiers provinciaux, servent à assurer « une meilleure coordination et une meilleure efficacité dans le traitement et le suivi des dossiers »¹⁶⁷. La loi prévoit explicitement que le directeur de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan a la responsabilité d'appliquer une entente multisectorielle existante à laquelle la nation Atikamekw était déjà partie, pour les enfants victimes d'abus sexuels et d'abus physiques et de négligence grave¹⁶⁸.

Au contraire du *Peguis Child Act*, la *Loi sur la protection sociale atikamekw* ne prévoit pas que les demandes et procédures soient traitées par la cour provinciale, mais bien par des mécanismes de résolution de différends au sein de la communauté. La loi met sur pieds différents comités pour amener les parties à s'entendre à différentes étapes du processus et prendre des mesures visant à assurer le bien-être de l'enfant, comme les Conseils de famille ou les Comités projet de vie. Quand un différend ne peut être résolu entre les parties de manière non adjudicative, le dossier

165 *Ibid.*, art 14.

166 *Ibid.*, art 18.

167 *Ibid.*, art 149.

168 *Ibid.*, art 151. Voir Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, « Entente multisectorielle relative aux enfants victimes d'abus sexuels, d'abus physiques ou de négligence grave : Guide de pratique » (2022), en ligne (pdf) : <publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2022/22-807-01W.pdf> [perma.cc/LYG4-8Y8Q].

est transféré au conseil d'arbitrage Atikamekw d'Opitciwan¹⁶⁹. Celui-ci doit être composé d'un arbitre expert du domaine de la famille et de la petite enfance et de deux sages de la communauté¹⁷⁰. La loi précise que les décisions de l'arbitre doivent respecter la *LEA*¹⁷¹ et que les décisions du conseil sont finales et sans appel¹⁷².

La *Loi sur la protection sociale atikamekw* amorce aussi un transfert de compétence vers la nation autochtone en matière de justice pénale adolescente, vu le dédoublement fonctionnel de l'autorité en protection de la jeunesse au Québec. En effet, rappelons-nous que la DPJ joue le rôle du « directeur provincial » sous la LSJPA. L'article 164 de *Loi sur la protection sociale atikamekw* prévoit que « le directeur de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan exerce les attributions que [la LSJPA] confère au “directeur provincial”, tel que défini à l'article 2(1) de la [LSJPA] »¹⁷³. Ainsi, l'article 165 de la même loi précise que le directeur de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan peut entre autres autoriser la détention provisoire d'un adolescent, décider et appliquer des sanctions extrajudiciaires, et soutenir l'intervention du tribunal, en l'espèce la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec.

En somme, le *Peguis Child Act* et la *Loi sur la protection sociale atikamekw* sont des exemples de régimes juridiques qui ressortent directement de la juridiction autochtone et incorporent des notions issues de traditions juridiques propres à chaque communauté. Les communautés pourraient faire de même en matière de justice pénale adolescente. Notons finalement que, vu le double rôle que joue la DPJ au Québec, le transfert de compétence reconnu par la *LEA* confirme une pratique de prise en charge par les communautés autochtones en matière de justice pénale adolescente dans cette province.

169 *Loi de la protection sociale Atikamekw d'Opitciwan*, *supra* note 107, art 133. Les motifs justifiant le recours au conseil d'arbitrage sont prévus à l'article 134.

170 *Ibid.*, art 138.

171 *Ibid.*, art 143.

172 *Ibid.*, art 136.

173 *Ibid.*, art 164.

CONCLUSION

Nous avons évoqué en introduction le parcours difficile de S.M., ballottée entre le régime de protection de la jeunesse et celui de la justice pénale pour adolescents. Loin d’être une tragédie purement personnelle, l’histoire de S.M. constitue un microcosme de l’entrecroisement institutionnel et normatif de ces deux régimes. Nous concluons que la division entre plusieurs paliers de gouvernements des responsabilités en matière de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente fait violence au vécu des enfants et adolescents autochtones d’une manière plus aiguë que pour la majorité de la population canadienne. Pour nous, le virage vers la gouvernance autochtone autonome en matière de protection de la jeunesse opéré par la *LEA* mène inéluctablement à explorer la possibilité, sinon la nécessité d’une gouvernance autochtone également autonome en matière de justice pénale adolescente. Dans la Partie II de notre étude, nous explorons les implications et défis de l’émergence d’une compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente.