

LA COMPÉTENCE AUTOCHTONE EN MATIÈRE DE JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE : DÉFIS DE MISE EN ŒUVRE — PARTIE II

René Provost* & 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.

* Faculté de droit, Université McGill. 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.

† Candidate au SJD, Faculté de Droit, University of Toronto.

© René Provost et Jeanne Mayrand-Thibert 2025

Citation: (2025) 70:4 McGill LJ 611 — Référence : (2025) 70:4 RD McGill 611

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 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.

La compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente : un futur proche?	615
I. Mesures d'accommodement et d'autonomisation dans le système de justice pénale adolescente étatique	616
II. Traditions juridiques autochtones en justice pénale adolescente	622
A. Un traitement unique pour les adultes et les enfants?	622
B. Localiser la justice pénale adolescente autochtone	625
1. Au-delà des pratiques juridiques punitives	625
2. Le continuum enfant-adulte de la justice pénale	629
3. Intersections entre les traditions juridiques autochtones et la LSJPA	631
III. Défis dans la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente	633
A. Application de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> à la justice pénale adolescente autochtone	633
B. Les contours de la compétence autochtone	638
1. La compétence selon la gravité du crime	639
2. La compétence selon le lieu de la perpétration du crime	645
Conclusion	648

LA COMPÉTENCE AUTOCHTONE EN MATIÈRE DE JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE : UN FUTUR PROCHE?

DANS la Partie I de notre étude, publiée antérieurement, nous avons analysé les multiples entrecroisements entre le droit de la protection de la jeunesse et le droit de la justice pénale adolescente¹. Il s'agit d'une problématique qui se traduit par une réalité déchirante, comme nous l'avons illustrée par l'histoire de S.M., jeune Anichinabée qui a grandi au Manitoba, tiraillée entre un mandat en protection de la jeunesse et un autre en justice pénale adolescente². D'un point de vue historique, il est relativement récent que le droit de la protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente soient traités distinctement. Jusqu'à la moitié du 20^e siècle, la prise en charge des enfants perçus comme turbulents et celle des enfants perçus comme négligés s'opéraient au sein des mêmes institutions, ayant le double mandat de protéger et discipliner les enfants. Les enfants autochtones étaient vus comme nécessitant de façon intrinsèque une éducation visant à les assimiler à la majorité blanche. Aujourd'hui, les systèmes de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente s'entrecroisent sur les plans empiriques et juridiques, puisqu'un grand nombre d'enfants évoluent déjà dans les deux systèmes et que ces deux domaines sont animés par certains principes juridiques similaires. Cela démontre la nécessité et l'utilité de traiter de ces domaines de droit conjointement.

Nous avons aussi établi que le développement de la compétence autochtone en matière de protection de l'enfance est en plein essor. Depuis les années 1970, les gouvernements autochtones développent des accords avec les gouvernements provinciaux et fédéraux qui leur permettent d'administrer certains aspects de la protection de la jeunesse. La *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* (« LEA »)³, et le maintien de sa constitutionnalité par

¹ Voir René Provost et Jeanne Mayrand-Thibert, « Vers la reconnaissance d'une compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente : origines croisées et principes partagés — Partie I » (2025) 70:3 RD McGill 391.

² *R v M (SR)*, 2018 MBQB 86.

³ *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24 [LEA].

la Cour suprême du Canada⁴, ont marqué une avancée majeure. La *LEA* a affirmé un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en matière de services à l'enfance et à la famille, ce qu'aucune loi ou aucun programme n'avait fait auparavant. À ce jour, dix-huit groupes autochtones ont adopté leurs propres lois qui régissent le droit de la protection de la jeunesse dans leur communauté⁵.

Tout cela laisse entrevoir la possibilité de l'émergence d'une juridiction autochtone en matière de justice pénale adolescente. Dans la deuxième partie de notre étude, nous analysons comment celle-ci pourrait se déployer. Précisément, nous examinerons les mécanismes d'adaptation aux réalités autochtones déjà existants en droit pénal pour les adolescents (section I), l'alignement entre les approches autochtones et canadiennes aux crimes commis par des jeunes (section II), et finalement certains défis auxquels serait confrontée la justice pénale autochtone si elle venait à émerger (section III).

I. MESURES D'ACCOMMODEMENT ET D'AUTONOMISATION DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE ÉTATIQUE

Comme cela était le cas pour le système de protection de la jeunesse avant l'entrée en vigueur de la *LEA*, le système de justice pénale pour adolescents comporte déjà diverses adaptations aux réalités autochtones. Plusieurs mesures existantes dans le domaine du droit de la jeunesse sont inspirées de mesures présentes dans le système de justice pénale pour adultes. Cependant, ces régimes d'adaptation ou d'autonomisation ne constituent pas une reconnaissance constitutionnelle de compétence à l'instar de la *LEA* dans le contexte de la protection de la jeunesse. Nous examinerons brièvement trois exemples de ces mesures en contexte de justice adolescente : les rapports *Gladue*, les tribunaux autochtones et les initiatives de justice réparatrice.

⁴ *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2024 CSC 5 au para 2 [*Renvoi relatif à la LEA*].

⁵ Gouvernement du Canada, « Législation sur les services à l'enfance et à la famille autochtones » (dernière modification le 5 décembre 2025), en ligne : <sac-isc.gc.ca> [perma.cc/9U53-YMAL].

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« *LSPJA* »), comme le *Code criminel*, exige que l’identité autochtone de l’accusé soit prise en compte au moment de la détermination de la peine. L’alinéa 38(2)(d) de la *LSJPA* indique que, pour la détermination de la peine, « toutes les sanctions applicables, à l’exception du placement sous garde, qui sont justifiées dans les circonstances doivent faire l’objet d’un examen, plus particulièrement en ce qui concerne les adolescents autochtones »⁶. Le langage est quasi identique à l’alinéa 718.2(e) du *Code criminel*, dont l’arrêt *R c. Gladue* est la référence interprétative principale⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême a établi que les tribunaux doivent obtenir des informations sur l’origine autochtone de l’accusé et en tenir compte lors de la détermination de la peine. En effet, même si l’arrêt *Gladue* et la jurisprudence subséquente ont été développés dans le contexte adulte, les tribunaux ont fréquemment souligné que l’analyse *Gladue* est aussi pertinente dans le contexte de la justice pour les jeunes⁸.

Ainsi, dans l’arrêt *R c. Anderson*, la Cour d’appel du Manitoba affirme que la considération des facteurs *Gladue* est obligatoire à l’étape de la détermination de la peine des jeunes délinquants autochtones :

Compte tenu de l’importance du principe de retenue prévu par la *LSJPA* et des principes connexes, tels que les perspectives de réadaptation et de réinsertion sociale en toute sécurité, je suis d’avis que l’intention du Parlement, qui a délibérément choisi d’inclure l’alinéa 718.2(e) du *Code criminel* dans la *LSJPA*, était de rendre obligatoire la prise en considération, dans toute procédure de détermination de la peine en vertu de la *LSJPA*, y compris les exigences relatives à une peine pour adulte en vertu du paragraphe 72(1) de la *LSJPA*, des facteurs *Gladue* qui ont pu jouer un rôle dans le fait que le jeune Autochtone se soit retrouvé

6 *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, LC 2002, c 1, art 38(2)(d) [*LSJPA*].

7 Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.2(e); *R c Gladue*, 1999 CanLII 679 au para 93 (CSC). Voir Marie-Andrée Denis-Boileau et Marie-Ève Sylvestre, « *Ipeelee and the Duty to Resist* » (2018) 51:2 UBC L Rev 548 à la p 555.

8 Voir par ex *R v SCL*, 2014 BCCA 336 aux para 14–15; *R c PS*, 2015 NBCA 74 au para 34; *R v LA*, 2023 BCPC 12 aux para 50–51; *CP et JA c R*, 2009 NBCA 65 aux para 25–26; *R v TDP*, 2004 SKPC 57 au para 23. Les tribunaux appliquent aussi les critères *Gladue* quand ils imposent des peines adultes aux adolescents. Voir par ex *R v Whiteway (BDT) et al*, 2015 MBCA 24 aux para 74–78.

devant les tribunaux, ainsi que des procédures de détermination de la peine et des sanctions qui peuvent être appropriées en raison de l'origine autochtone du délinquant. Une telle approche est conforme à la volonté générale du Parlement d'atténuer les problèmes de surreprésentation et de discrimination à l'égard des Autochtones dans le système de justice pénale [...] [notre traduction]⁹.

Une littérature abondante décrit les limites des analyses *Gladue* en contexte adulte, une critique dont la logique s'applique également en contexte juvénile. Outre les problèmes de manque de financement et d'auteurs pour rédiger les rapports soumis aux tribunaux, le cadre *Gladue* ne favorise pas nécessairement un transfert de pouvoir vers les communautés. Le ministère de la Justice du Canada reconnaît que « ce sont encore les policiers, les procureurs de la Couronne ou les juges au sein du système de justice non autochtone qui décident quels délinquants sont aiguillés vers des processus substitutifs, comme des cercles de détermination de la peine »¹⁰. D'ailleurs, l'accent mis sur la toute fin du processus pénal — la détermination de la peine — peut occulter les problèmes qui surviennent plus tôt dans le processus, soit les conditions socioéconomiques qui donnent naissance aux crimes et la discrimination à laquelle font face les personnes autochtones tout au long du processus pénal¹¹. De plus, de nombreux jeunes autochtones ont exprimé des réactions défavorables vis-à-vis les rapports *Gladue*. La rédaction de rapports implique de les replonger dans les détails intimes de leurs traumatismes, un processus profondément troublant dans lequel ils ne se sentent pas soutenus par les intervenants du système. En fin de compte, les rapports *Gladue* contribuent à les étiqueter comme des jeunes troublés et peuvent ultimement leur causer plus de tort que de bien¹².

9 Voir *R v Anderson*, 2018 MBCA 42 au para 62.

10 Canada, Ministère de la Justice, *La lumière sur l'arrêt Gladue : défis, expériences et possibilités dans le système de justice pénale canadien*, Ottawa, Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice, septembre 2017 à la p 38, en ligne (pdf) : <justice.gc.ca> [perma.cc/E63R-Q6DU].

11 *Ibid* à la p 36.

12 Canada, Ministère de la Justice, *Tables rondes avec des jeunes autochtones : la surreprésentation des jeunes autochtones dans le système de justice pénale du Canada*, Ottawa, Ministère de la Justice, 2019 à la p 13, en ligne (pdf) : <justice.gc.ca> [perma.cc/8FHE-GA6A].

Les cours provinciales autochtones sont une deuxième mesure d'adaptation. Elles prennent des formes diverses, se distinguant tant par leurs procédures que par leur portée juridictionnelle. Pour Yvon Dandurand et Annette Vogt, ces tribunaux cherchent à comprendre les raisons sous-jacentes du comportement criminel dans un contexte communautaire ainsi qu'à impliquer l'accusé et lui donner une voix dans le processus¹³. À titre illustratif, le Aboriginal Youth Court, à Toronto, est une cour provinciale ontarienne qui traite des jeunes autochtones impliqués dans le système judiciaire. Ce tribunal sert à diriger les jeunes hors du système judiciaire ou entendre des reconnaissances de culpabilité et proposer des moyens de résolutions. Contrairement à une cour traditionnelle, son rôle n'est pas de mener des procès complets, mais plutôt de faciliter des démarches de résolution et d'intervention¹⁴. Une des limites de ce tribunal est que l'accès aux mesures alternatives repose sur la reconnaissance du tort commis par le jeune, ce qui n'est pas approprié dans tous les cas¹⁵. De même, le Aboriginal Youth Court demeure administré dans le cadre de la *LSJPA* et, comme les rapports *Gladue*, maintient le pouvoir entre les mains des acteurs étatiques.

Il est important de noter que le degré de contrôle exercé par les communautés sur ces cours provinciales autochtones peut varier considérablement. Par exemple, dans le cas de l'Aboriginal Youth Court de Toronto, ce tribunal ne s'intègre pas dans un contexte d'autonomie gouvernementale au sein d'une communauté spécifique. Il émane plutôt des initiatives d'organisations autochtones à Toronto, tels que les Aboriginal Legal Services. Un exemple légèrement différent est celui du Elsipogtog Healing to Wellness Court, un tribunal d'une communauté mi'kmaw au Nouveau-Brunswick. Bien qu'il s'agisse d'une cour provinciale impliquant la participation d'acteurs étatiques, comme un procureur et un juge, le Elsipogtog Healing to Wellness Court découle de l'initiative du comité de justice Elsipogtog. Cette cour, qui traite des affaires impliquant

13 Yvon Dandurand et Annette Vogt, *Documenting the Experience and the Successes of First Nations Courts in British Columbia*, Rapport présenté au Office of the Chief Judge of the Provincial Court of British Columbia et à la Legal Services Society of British Columbia, Vancouver, 2017 à la p 10.

14 Voir Scott Clark, *Evaluation of the Aboriginal Youth Court, Toronto*, Aboriginal Legal Services, 2016 aux pp 2–4, en ligne (pdf) : <aboriginallegal.ca> perma.cc/4BZ2-7Q8C].

15 *Ibid* à la p 47.

à la fois des adultes et des jeunes, est établie sur le territoire de la Première Nation et intègre des éléments des traditions juridiques autochtones¹⁶. Dans l'éventualité d'une juridiction autochtone, des tribunaux comme le Elsipogtog Healing to Wellness Court pourraient servir de point de départ pour assurer une transition vers un contrôle autochtone complet.

Un troisième exemple d'adaptation du système est les programmes de justice réparatrice. Hadley Friedland décrit ces programmes de la façon suivante :

Cela va des comités de justice communautaire ou des comités de justice aux cercles de détermination de la peine, aux cercles de paix, aux conférences familiales et à la médiation, en passant par les programmes ou processus intensifs de guérison dans lesquels les délinquants s'engagent pendant une période prolongée. Bon nombre de ces programmes se décrivent comme utilisant ou intégrant des méthodes traditionnelles ou culturellement appropriées, s'appuyant sur les aînés, impliquant la famille élargie et la communauté, se concentrant sur les causes sous-jacentes des comportements, guérissant, réparant et rétablissant les relations, la paix, l'harmonie et l'ordre dans la communauté [notre traduction]¹⁷.

Ces approches peuvent être mises en œuvre à différentes étapes du processus judiciaire. Les programmes de mesures réparatrices peuvent être appliqués préalablement à des accusations formelles, engageant ainsi l'accusé autochtone dans un processus de justice réparatrice avant qu'un procureur ne se saisisse du dossier. Elles peuvent aussi être intégrées à l'étape de détermination de la peine, comme lors de la tenue d'un cercle de détermination de la peine où les membres de la communauté se rassemblent pour formuler des recommandations au juge. En outre, ces approches peuvent également être mises en œuvre à un stade ultérieur, soit en tant que substitut ou comme composante de la peine prononcée à l'encontre d'un défendeur autochtone.

16 Voir Don Clairmont, « The Development of an Aboriginal Criminal Justice System: The Case of Elsipogtog » (2013) 64 RD UN-B 160 aux pp 183, 185.

17 Hadley Friedland, « Navigating through Narratives of Despair: Making Space for the Cree Reasonable Person in the Canadian Justice System » (2016) 67 RD UN-B 269 à la p 294.

Au risque de nous répéter, ces programmes de justice réparatrice perpétuent le contrôle des acteurs du système judiciaire étatique. Par exemple, la décision d'ordonner ou non la tenue d'un cercle de détermination de la peine relève de la discrétion du juge. Dans *R v. McDonald*, une mère autochtone avait plaidé coupable à une accusation de négligence causant la mort de sa jeune fille¹⁸. Le juge a refusé d'ordonner la tenue d'un cercle de détermination de la peine, qui aurait été composé d'un aîné, d'une intervenante en justice réparatrice et des membres de la famille de l'accusée. Selon le juge, la tenue d'un cercle ne remplissait pas les conditions requises, puisque l'accusée n'avait pas des racines profondes dans la communauté. D'après lui, « les membres proposés pour participer au cercle de détermination de la peine ne répondent pas à la définition de “communauté” » [notre traduction]¹⁹. La Cour d'appel de la Saskatchewan a maintenu cette décision, puisque le juge l'avait adéquatement justifiée²⁰.

On doit conclure qu'en dépit des bénéfices qu'ils peuvent engendrer, ces programmes n'équivalent pas à une reconnaissance de la compétence autochtone en matière d'administration de la justice. Pour utiliser le langage de Jaccoud et autres, il s'agit de mesures d'accommodement et d'autonomisation qui demeurent relativement superficielles et limitées²¹. Dans son rapport sur la représentation des personnes autochtones sur les jurys pour le ministère de la Justice de l'Ontario, le juge Iacobucci écrit que :

Sans exception et sans équivoque, les membres des Premières Nations que j'ai rencontrés ont affirmé que la seule façon de faire des progrès pour ce qui est d'améliorer leurs relations avec le ministère du Procureur général dans le contexte du système du jury, et de la justice en général, est par l'entremise d'un processus de gouvernement à gouvernement. Les Premières Nations souhaitent décider davantage de la justice faite à leurs membres,

18 Voir *R v McDonald*, 2012 SKQB 158 aux para 1–2.

19 *Ibid* au para 25.

20 *R v McDonald*, 2013 SKCA 38 au para 9.

21 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 aux pp 119–20.

et elles s'en remettent à leurs approches traditionnelles pour y parvenir²².

Cela doit inclure le système de justice pénale adolescente. D'ailleurs, le désir des communautés autochtones d'assumer plus de contrôle sur la justice pénale adolescente a déjà été documenté. Ainsi, des membres des conseils de bande de trois communautés anichinabées en Abitibi-Témiscamingue ont exprimé le souhait autant d'un conseil qui interviendrait auprès des jeunes ayant commis des crimes que du développement de programmes de justice réparatrice supervisés et développés par la communauté²³.

II. TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES EN JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE

L'affirmation de la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente permettrait aux communautés autochtones d'y appliquer leurs propres traditions juridiques. Comme la pratique autochtone en ce domaine a été, au mieux, informelle, cela implique une exploration des normes traditionnelles dans et par chaque communauté concernée. Nous nous limitons ici à évoquer, à titre d'illustration, des pratiques juridiques autochtones en matière de réponses aux crimes commis par des adolescents. Il reviendra bien entendu à chaque communauté de guider l'évolution et l'application de ses normes au fur et à mesure que se développera sa pratique dans ce domaine.

A. *Un traitement unique pour les adultes et les enfants?*

Dans le développement de la justice pénale autochtone pour adolescente, une question importante est la distinction qui se fera entre la justice pour adulte et celle pour adolescents. Les travaux de Lisa Whonnock,

22 Frank Iacobucci, *La représentation des premières nations sur la liste des jurés en Ontario*, Rapport de l'examen indépendant, 2013 au para 248. Voir aussi Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 4 mars 1996 à la p 73.

23 Tracey Fournier, *À la recherche de perceptions autochtones, judiciaires et professionnelles de la réadaptation des jeunes délinquants Algonquins d'Abitibi*, mémoire de maîtrise en travail social, Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue, 2015 [non publié] aux pp 51–52.

qui a cherché à identifier un droit de la justice pénale adolescente dans le contexte de la nation Wet’suwet’en en Colombie-Britannique, posent la question de la pertinence du principe. Après des entrevues avec des aînés et d’autres gardiens du savoir, elle conclut que « le système juridique holistique des Witsuwit’en ne permet pas de séparer les lois applicables aux jeunes Witsuwit’en d’autres lois, par exemple les lois applicables aux adultes ou les lois relatives aux voies de fait » [notre traduction]²⁴. Nous avons-nous même identifié deux cas de figure additionnels qui illustrent la réponse traditionnelle au crime en fonction de l’âge.

Dans un récit du peuple cri, Wisagun et son fils Natappe, âgé d’environ huit ou neuf ans, auraient été confrontés à une terrible famine alors qu’ils étaient à la chasse dans un territoire éloigné. Dans un acte désespéré pour survivre, ils se seraient tournés vers le cannibalisme, consommant ainsi les membres de leur propre famille. Quand Wisagun et Natappe décidèrent de revenir vivre avec le reste de leur communauté, le récit rapporte que le clan était déjà au courant de leurs actions. Ainsi, « ils furent accueillis très froidement; et peu après que Wisagun eut planté sa tente, les autres Indiens s’en allèrent, d’un commun accord, vers un autre endroit, comme s’il leur était impossible de vivre heureux à l’ombre des mêmes arbres » [notre traduction]²⁵. Ce récit illustre que, dans le cas d’un crime grave, comme le cannibalisme, l’isolement ou le bannissement était une réponse appropriée, et ce, peu importe l’âge de l’accusé. Toutefois, quand Wisagun a, dans un élan de rage, menacé de tuer le reste de sa communauté, deux hommes l’ont abattu, épargnant le jeune Natappe²⁶. Cela suggère une certaine clémence qui fut accordée au jeune homme, et par le fait même un comportement qui fluctue en fonction de l’âge.

24 Karen Lisa Whonnock, *Every One Counts: Examining Aboriginal Youth Incarceration by Gender, Statistics and Witsuwit'en Laws*, dissertation de doctorat en sciences sociales, Université Royal Roads, 2018 [non publiée] à la p 222.

25 Voir Robert Michael Ballantyne, *Hudson's Bay or, Every-day Life in the Wilds of North America: During Six Years' Residence in the Territories of the Honourable Hudson's Bay Company*, New York, Cambridge University Press, 2012 à la p 54. L’exemple est également discuté par Hadley Louise Friedland, *The Wetiko Legal Principles: Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization*, Toronto, University of Toronto Press, 2018 à la p 89 [Friedland, *Wetiko Legal Principles*].

26 Voir Ballantyne, *supra* note 25 aux pp 54–55.

Notre deuxième cas de figure est tiré de la tradition juridique inuite. Dans une entrevue avec un chercheur, l'aîné Lucassie Nutaraaluk raconte l'histoire d'un jeune homme, Miqqualaaq, qui a commis trois meurtres — visant ses deux parents et la grand-mère de Nutaraaluk. Miqqualaaq entendait des voix qui le poussaient à agir violemment. À la suite de plusieurs efforts de réhabilitation et réintégration sans succès, Miqqualaaq a lui-même été tué pour assurer la sécurité de la communauté. Il semble que Miqqualaaq était jeune, car Nutaraaluk avait sept ans au moment des meurtres, et Nutaraaluk et Miqqualaaq étaient de la même génération²⁷. De plus, quand le chercheur demande à Nutaraaluk si Miqqualaaq était jeune quand il a été abattu par sa communauté, l'aîné répond « [o]ui, il était jeune. Il n'était pas encore marié. C'était un jeune homme » [notre traduction]²⁸. On peut déduire de l'insistance de Nutaraaluk sur le jeune âge de Miqqualaaq que celui-ci était peut-être un adolescent. D'ailleurs, bien que l'âge de Miqqualaaq ne semble pas avoir influencé la décision de le tuer pour assurer la sécurité de la communauté, les efforts de réhabilitation auxquels la communauté s'est adonnée au préalable étaient possiblement renforcés en raison de son jeune âge.

On le constate, ces deux exemples sont ambigus. D'une part, ils suggèrent que, dans certaines communautés, il n'y a pas de réponse explicitement distinctive aux crimes commis par des enfants et adolescents. D'autre part, ces récits illustrent aussi une prise en considération plus implicite de l'âge, par exemple à travers le choix de ne pas abattre le jeune Natappe ou de tenter de soigner Miqqualaaq avant de l'exécuter.

Le manque de littérature qui rendrait explicites les traitements accordés aux adolescents qui commettent des crimes dans les traditions juridiques autochtones a déjà été reconnu par un tribunal canadien. Dans un arrêt sur la détermination de la peine d'une jeune autochtone, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick remarque que les avocats au dossier n'ont pas pu lui soumettre des informations sur des mécanismes de justice pénale adolescente en contexte autochtone. La Cour souligne que « lorsqu'elle prononce la peine à l'encontre de ces deux jeunes, la Cour doit élaborer une réponse adaptée aux personnes autochtones, dans le

27 Leurs grand-mères étaient sœurs (voir Mariano Aupilaarjuk et al, *Interviewing Inuit Elders: Perspectives on Traditional Law*, vol 2, Jarich Oosten, Frederic Laugrand et Win Rasing, dir, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999 aux pp 96, 157).

28 *Ibid* à la p 158.

cadre d'un système législatif et jurisprudentiel largement d'origine européenne » [notre traduction]²⁹. Or, les avocats au dossier « n'ont fourni à la Cour aucune observation concernant les réponses autochtones modernes aux crimes violents commis par des jeunes » [notre traduction]³⁰. Cela illustre l'absence de connaissance des normes et pratiques autochtones en matière de justice pénale adolescente.

B. Localiser la justice pénale adolescente autochtone

Une analyse de la constatation de Whonnock selon laquelle il n'y a pas de principes de justice pénale spécifiques aux adolescents dans la tradition Wet'suwet'en et des cas de jeunes Natape et Miqqualaaq pourrait nous mener à penser que les traditions juridiques autochtones ne modulent pas suffisamment leurs réponses au crime en fonction de l'âge. En ce sens, elles contreviendraient à des instruments de droit international, comme la *Convention relative aux droits de l'enfant* et les Règles de Beijing, qui exigent l'établissement de régimes juridiques pénaux distincts pour les enfants et pour les adultes.

Trois éléments suggèrent cependant qu'une telle conclusion est sans fondement. D'abord, le droit de la justice pénale adolescente autochtone doit se comprendre au-delà des pratiques juridiques axées sur la punition (section 1). Deuxièmement, le droit de la justice pénale adolescente est toujours situé sur un continuum où certaines zones adultes-adolescents se chevauchent; en ce sens, le rapprochement adulte-enfant dans les traditions juridiques autochtones se retrouve aussi dans les systèmes étatiques occidentaux (section 2). Troisièmement, les traditions juridiques autochtones en matière pénale pour adultes comportent déjà certaines ressemblances avec le régime adolescent canadien dans leur emphase sur la réhabilitation et la réparation, ce qui suggère que le besoin d'un traitement distinct avec le système adulte est moins prononcé (section 3).

1. Au-delà des pratiques juridiques punitives

Comme expliqué plus tôt, les notions de délinquance juvénile et de droit criminel adapté aux mineurs sont des concepts hérités de la pensée européenne. Toutefois, il existe des pratiques autochtones qui

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *CP et JA c R, supra* note 8 au para 26.

remplissent la même fonction, à savoir prévenir et réparer les torts causés à la communauté par les enfants, même si elles ne portent pas le nom de « justice pénale pour adolescents ». Ces pratiques ont des objectifs plus étendus et revêtent des significations plus profondes que la simple imposition de sanctions.

En amont, les légendes sont une façon d'inculquer des valeurs aux enfants pour les éduquer et les dissuader de certains comportements³¹. Comme l'explique Patricia Monture-Angus à propos de la philosophie autochtone en général, « la justice commence dès l'enfance [...] Elle est enseignée à l'enfant par l'exemple et par leçons, c'est-à-dire par le récit de légendes. L'enseignement transmis à l'enfant est qu'il doit toujours veiller à faire ce qui est juste » [notre traduction]³². Cette idée est illustrée par Lisa Monchalin :

Les aînés Omushkegowuk expliquent que l'éducation traditionnelle, dispensée à travers des récits et des leçons, servait à “assurer la pérennité de la vie au sein de la communauté” et à encourager la gratitude envers la terre, et que ces leçons “se prolongeaient dans le développement d'un comportement approprié”. De même, les Premières Nations ojibwées ont maintenu une coexistence pacifique grâce au “comportement exemplaire de leurs chefs”, à la “tradition établie enseignée par les anciens” et au fait que ces derniers se chargeaient “d'enseigner régulièrement les valeurs communautaires”. Chez les Carriers, les lois “étaient inculquées aux jeunes afin qu'ils perpétuent la sagesse de leurs ancêtres” [notre traduction]³³.

Par ailleurs, quand les enfants ne respectent pas les codes sociaux ou causent du tort à la communauté, des mesures peuvent être prises. La

31 Deena Mandell et al, *Aboriginal Child Welfare*, Waterloo (ON), Wilfrid Laurier University, Partnerships for Children and Families Project, 2003 aux pp 5–6.

32 Patricia Monture-Angus, *Thunder in my Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Fernwood, 1995 à la p 241. Pour des exemples de l'utilisation des histoires et légendes dans des traditions spécifiques, voir Joan Ryan, *Doing Things the Right Way: Dene Traditional Justice in Lac La Martre*, N.W.T., Calgary, University of Calgary Press, 1995 à la p 45; Leah Marie Dorion, *Opikinawasowin: The Life Long Process of Growing Cree and Metis Children*, thèse de maîtrise, Université Athabasca, 2010 [non publiée] aux pp 61–71.

33 Lisa Monchalin, *The Colonial Problem: An Indigenous Perspective on Crime and Injustice in Canada*, North York, University of Toronto Press, 2017 à la p 55.

discipline est une valeur importante dans plusieurs communautés. Par exemple, le taquinage est utilisé pour corriger la réponse émotionnelle et promouvoir le développement des jeunes inuits³⁴. Aussi dans la culture inuite, lorsqu'un enfant adopte une mauvaise conduite, il doit faire face à ses proches qui lui exposent les conséquences de ses actes et lui montrent comment un comportement différent aurait pu être bénéfique pour lui-même et pour sa famille³⁵. Howard Jones, un aîné anichinabé, raconte que quand ses fils adolescents ont tué un rouge-gorge avec une carabine à plombs, il les a forcés à plumer, cuisiner et manger l'oiseau afin de leur apprendre qu'ils ne doivent pas tuer les animaux simplement pour s'amuser³⁶. Dans la tradition dénée, les enfants qui désobéissent peuvent être tapés sur les pieds ou fessés avec une branche de saule. Selon une source dénée discutant de la discipline traditionnelle, « [s]'ils désobéissaient ou manquaient de respect, ils n'avaient pas le droit de manger pendant une journée. Bien que cette discipline était sévère, elle était considérée comme nécessaire à la survie de l'enfant pour qu'il apprenne à faire les choses correctement. Ils devaient apprendre les règles afin de ne pas mettre en danger la survie du groupe par ignorance ou désobéissance » [notre traduction]³⁷.

Quand ces méthodes préventives s'avèrent inefficaces et qu'un comportement plus grave surgit, celui-ci tend à être conceptualisé comme un conflit à régler, plutôt qu'un crime à punir. Le rapport Iacobucci, notant la différence entre les traditions juridiques autochtones et canadiennes en matière pénale, affirme que « [l]es Premières Nations ont une approche de la justice qui vise avant tout à rétablir l'harmonie et l'équilibre, de même qu'à obtenir une guérison — autrement dit, une réparation ou rémission — par rapport aux torts infligés, plutôt que de chercher la rétribution et la punition »³⁸. D'ailleurs, les décisions visant à régler un conflit impliquent normalement plusieurs membres de la communauté. Dans la tradition mi'kmaw, les parties en conflit sont amenées à participer à des

34 Kelly E McShane et al, « Examining Evidence for Autonomy and Relatedness in Urban Inuit Parenting » (2009) 15:4 *Culture & Psychology* 411 à la p 414.

35 Aupilaarjuk et al, *supra* note 27 à la p 62.

36 The Accessing Justice and Reconciliation Project, *Accessing Justice and Reconciliation: Anishinabek Legal Traditions Report*, 2014 à la p 22, en ligne (pdf) : <www.cerp.gouv.qc.ca> [perma.cc/X5R4-CC48].

37 Ryan, *supra* note 32 à la p 45.

38 Iacobucci, *supra* note 22 au para 210.

séances de médiation et réconciliation afin d'arriver à un accord avec l'aide des membres de leur communauté³⁹. Selon un aîné nisga'a, la réparation des torts causés est encore pratiquée comme un principe fondamental du droit. Pour appuyer son propos, il donne l'exemple d'un adolescent qui, rempli de colère parce qu'un autre individu avait fait des avances à sa petite amie, a cassé la vitre de sa maison. Suite à cet incident, les pères des deux adolescents se sont entretenus et ont décidé que le jeune devrait réparer la vitre cassée. L'aîné a alors noté qu'une telle situation aurait pu entraîner un appel à la police et une longue procédure judiciaire, alors que la vitre aurait pu être réparée bien avant⁴⁰.

Molly Wickham a constaté le déficit de programmes culturellement adaptés et attentifs aux impacts de la colonisation dans les centres de détention pour adolescents en Colombie-Britannique. En réponse, elle a collaboré avec six jeunes incarcérés pour mettre en place un programme reflétant les enseignements traditionnels. Ce programme cherchait à élaborer avec les jeunes « un mode d'existence autochtone dans un contexte colonial » [notre traduction]⁴¹. Le programme se dessinait autour de quatre thèmes : les relations, les familles, le territoire et la spiritualité. L'idée des relations renvoie au fait qu'un réseau avec la communauté et les aînés est nécessaire pour guérir les jeunes incarcérés de leurs traumatismes. La famille est un thème pour instruire les jeunes quant aux effets du colonialisme sur les structures familiales autochtones, ainsi que sur le rôle des familles comme institutions de contrôle social et de justice traditionnelle. Quant au thème de la spiritualité, celui-ci est vu comme nécessaire pour assoir le pouvoir politique des personnes autochtones et assurer la survie à long terme des peuples autochtones. Finalement, le thème du territoire reflète le besoin de connexion avec la terre pour une vie saine. Encore une fois, ces enseignements devraient être compris dans un continuum juridique, qui reflète les besoins et les pratiques des jeunes autochtones qui sont aux prises avec la loi.

39 Voir Monchalin, *supra* note 33 aux pp 53–54. L'autrice donne aussi des exemples issus des communautés navajos.

40 Pierre Rousseau, *Une véritable justice équitable, décolonisée, par et pour les peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2023 à la p 75.

41 Molly Wickham, « Youth Custody: Exercising Our Rights and Responsibilities to Indigenous Youth » (2010) 5:1 First Peoples Child & Family Rev 57 à la p 62.

Ces valeurs sont déjà intégrées dans des programmes développés par des groupes communautaires autochtones. Par exemple, le programme Coming Full Circle, développé par le Native Council of Prince Edward Island, est destiné aux adolescents autochtones qui enfreignent la loi. Ce sont les policiers qui dirigent les jeunes vers le programme. Les intervenants élaborent ensuite des plans individualisés pour chaque adolescent afin de déterminer quels enseignements culturels et ancrés dans le territoire pourraient favoriser leur développement. Le programme comprend également des sessions de groupes avec des aînés pour créer des liens avec les enseignements de la nation mi'kmaw. Les jeunes en apprennent davantage sur la Roue de la médecine pour développer un mode de vie équilibré et ainsi réduire le risque de récidivisme⁴². Ces pratiques visent à responsabiliser les jeunes et assurer la sécurité de la communauté en diminuant le risque de récidivisme. En ce sens, elles devraient être vues comme faisant partie d'un répertoire pénal, car elles servent à prévenir et sanctionner des comportements criminels.

Bref, le droit pénal adolescent autochtone tend à être basé, beaucoup plus que le droit canadien, sur la prévention et la réparation, valeurs qui pourront être incluses dans des régimes juridiques élaborés par les communautés dans l'éventualité de la reconnaissance de leur compétence en la matière.

2. Le continuum enfant-adulte de la justice pénale

Deuxièmement, lorsque nous trouvons dans la littérature des exemples de communautés autochtones qui ne distinguent pas spécifiquement la réponse aux crimes perpétrés par des jeunes de celle pour les crimes des adultes, il faut se garder de les comparer à un système idéalisé du droit occidental, où le droit pénal serait entièrement différent pour les jeunes et les adultes.

En réalité, il existe plusieurs chevauchements entre les systèmes pour adultes et adolescents en droit canadien. Au Canada, les infractions substantives sont les mêmes pour les mineurs et les majeurs, et les jeunes

42 Voir Native Council of Prince Edward Island, « Coming Full Circle: Youth Justice » (dernière consultation le 5 mars 2025), en ligne : [\[ncpei.com/youth-justice/\]](http://ncpei.com/youth-justice/) [perma.cc/3WQG-EGWZ]. Voir aussi Wayne Thibodeau, « Native Council Program Aiming to Keep Indigenous Youth Out of Justice System », *CBC News* (5 août 2020), en ligne : [\[cbc.ca\]](http://cbc.ca) [perma.cc/8G3F-9WZL].

peuvent dans certaines circonstances être soumis à une procédure ou à une peine pour adultes⁴³. Dans le système pénal adulte, le jeune âge de l'accusé peut être un facteur lors de l'analyse de sa culpabilité morale⁴⁴, et un facteur pour favoriser une peine axée sur la réhabilitation plutôt que la punition⁴⁵.

De plus, en droit canadien, certaines catégories, comme le « délinquant sexuel », existent au-delà des limites de l'âge. Friedland fait la comparaison avec le *wetiko* dans la tradition crie, un terme qui désigne un individu qui est un danger pour sa communauté :

Si l'on considère le concept de *wetiko* comme une catégorie juridique, on comprend mieux pourquoi les personnes qui le connaissent l'utilisent pour décrire un assortiment relativement diversifié de comportements observables. L'idée qu'une seule catégorie juridique englobe un large éventail de comportements préjudiciables ne devrait pas être très difficile à comprendre pour quiconque a étudié le concept juridique occidental contemporain de “délinquant sexuel”. Il existe manifestement une gamme de comportements délictueux et une gamme de délinquants, mais cela ne remet pas en cause notre conviction que ce terme représente un phénomène réel. La police et d'autres professionnels utilisent le terme “délinquant sexuel” pour décrire à la fois un adolescent qui s'exhibe devant des enfants plus jeunes et un délinquant sexuel en série qui viole ses victimes avant de les battre à mort. Il existe de nombreuses variations et gradations entre ces deux exemples de comportements dangereux, nuisibles et tabous [notre traduction]⁴⁶.

Notons également qu'il existe des États occidentaux dans lesquels on ne retrouve pas de régime législatif distinct, comme celui que l'on retrouve avec la *LSJPA* et les tribunaux jeunesse au Canada. En Suède, il n'existe ni système juvénile autonome ni régime législatif distinct pour les jeunes. Au Danemark, jusqu'à 2019, les jeunes de moins de 15 ans qui

43 Cela est discuté *ci-dessous* dans la section 3.B.1.

44 Voir par ex *R c Hill*, 1986 CanLII 58 au para 36 (CSC).

45 Voir *R v Scott*, 2015 ABCA 99 au para 13; *R v Jackson*, 2002 CanLII 41524 au para 60 (ONCA).

46 Friedland, *Wetiko Legal Principles*, *supra* note 25 à la p 37.

enfreignaient la loi étaient orientés vers des services sociaux, et ceux de plus de 15 ans traités par le système pénal adulte⁴⁷. Un corps dirigeant autochtone pourrait choisir d'élaborer un système similaire où les jeunes sous un certain âge sont traités à l'extérieur du système pénal. Les jeunes passés un certain âge pourraient être traités via des mécanismes de réponse au crime qui ne sont pas catégoriquement différents de ceux des adultes, mais qui considèrent toutefois le jeune âge de l'individu d'une manière ou d'une autre.

En bref, la distinction tranchée entre la réponse aux crimes commis par des adolescents et des adultes ne correspond ni au système juridique canadien ni à plusieurs traditions juridiques autochtones. Non seulement cette catégorisation stricte relève plus du symbole que de la réalité dans plusieurs systèmes juridiques, on peut se demander si elle est nécessairement désirable.

3. Intersections entre les traditions juridiques autochtones et la LSJPA

Finalement, il importe d'explorer les raisons pour lesquelles les régimes juridiques internationaux exigent des systèmes pénaux distincts pour les enfants. La règle 17 des *Règles de Beijing* prévoit que, dans le cas où un jugement est rendu à l'égard d'un mineur qui a enfreint la loi, la décision doit s'inspirer de certains principes, notamment celui selon lequel « [I]l bien-être du mineur doit être le critère déterminant dans l'examen de son cas »⁴⁸. Le commentaire de cet article clarifie qu'en général « des solutions strictement punitives ne conviennent pas », distinguant ainsi le système adulte du système adolescent⁴⁹. En effet, en contexte adulte, il est considéré comme acceptable de favoriser des peines axées

⁴⁷ Britta Kyvsgaard, « Youth Justice in Denmark » (2004) 31 Crime & Justice 349 à la p 351; Ann Karina Henriksen, Tea Torbenfeldt Bengtsson et Theresa Dyrvig Henriksen, « Crime Prevention, Support or Punishment? Introducing an Ambiguous System of Youth Justice in Denmark » (2024) 24:3 Youth Justice 463 à la p 473; Sofia Enell et al, « Confinement and Restrictive Measures Against Young People in the Nordic Countries – A Comparative Analysis of Denmark, Finland, Norway, and Sweden » (2022) 23:2 Nordic J Criminology 174 aux pp 175–176.

⁴⁸ *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs* («Règles de Beijing»), AGNU, 40e sess, Doc NU A/RES/40/33 (1985) Rés AG 40/33 Annexe, art 17.1(d).

⁴⁹ *Ibid* au commentaire sur l'art 17.

d'abord sur la punition. Le commentaire de la règle 18 indique que les dispositions d'un jugement devraient être axées sur un « redressement fondé sur l'action communautaire »⁵⁰. Cela illustre que le droit international encourage la création de normes distinctes qui ont comme base la réparation du tort causé et l'implication de la communauté plutôt que la punition. Or, comme nous l'avons vu plus haut, ces valeurs font partie intégrante de plusieurs traditions juridiques autochtones en matière pénale adulte.

Certains auteurs ont déjà souligné cette connexité entre les principes codifiés dans la *LSJPA*, qui s'inspirent du droit international en justice juvénile, et ceux qui caractérisent les traditions juridiques autochtones en matière pénale. Whonnock suggère que l'utilisation des mesures et sanctions extrajudiciaires s'aligne avec la philosophie wet'suwet'en « d'intensifier les efforts à partir des enseignements et d'impliquer le clan [...] pour envoyer un message aux jeunes » [notre traduction]⁵¹. En effet, elle voit entre le régime de la *LSJPA* et le droit wet'sutwet'en des concepts qui se rejoignent et se chevauchent⁵². Fournier note également que les principes de justice réparatrice intégrés dans le système juridique canadien pour adultes « rencontrent les notions de justice autochtone et celles prévues par la *LSJPA* » [nos italiques]⁵³.

En résumé, les principes du droit international exigent que l'on distingue entre le système juridique pénal pour les adultes et celui pour les adolescents afin de soumettre ces derniers à un processus non punitif axé sur la réhabilitation. Ces normes sont fréquemment déjà intégrées dans diverses traditions juridiques autochtones, qui comprennent souvent des principes respectueux des intérêts et des droits des enfants. Cette réalité remet en question l'affirmation selon laquelle l'absence d'une distinction catégoriquement distincte selon l'âge dans les traditions juridiques autochtones serait nécessairement en violation des instruments de droit international.

50 *Ibid* au commentaire sur l'art 18.1.

51 Whonnock, *supra* note 24 aux pp 249–50.

52 *Ibid*.

53 Fournier, *supra* note 23 à la p 16.

III. DÉFIS DANS LA COMPÉTENCE AUTOCHTONE EN MATIÈRE DE JUSTICE PÉNALE ADOLESCENTE

La reconnaissance de la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente soulèverait certainement grand nombre de questions, notamment sur le plan constitutionnel⁵⁴. Dans notre discussion des défis potentiels liés à la reconnaissance de la justice pénale autochtone, nous nous limitons à deux enjeux : l’application de la *Charte* à la justice pénale adolescente autochtone, et les contours de la compétence autochtone. Notre discussion de la compétence est divisée en deux thèmes, soit la compétence selon la gravité du crime et selon le lieu de la commission du crime.

A. Application de la Charte canadienne des droits et libertés à la justice pénale adolescente autochtone

Le régime canadien actuel de justice pénale adolescente prévoit que les adolescents bénéficient des protections prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »)⁵⁵. En matière de protection de l’enfance, l’article 19 de la *LEA* prévoit que la compétence législative des peuples autochtones doit s’arrimer avec la *Charte*⁵⁶. Qu’adviendrait-il de ces droits dans l’éventualité de l’administration de la justice adolescente par les peuples autochtones?

La réponse à cette question est complexe, et s’inscrit dans des enjeux constitutionnels plus larges, comme la réconciliation des droits protégés

⁵⁴ Sur la justice pénale autochtone plus généralement, voir Michael Michel, « Indigenous Self-Government and Criminal Law: The Path Towards Concurrent Jurisdiction in Canada » (2023) 46:2 Dal LJ 821 aux pp 846–49.

⁵⁵ Voir *LSJPA*, *supra* note 6, Préambule.

⁵⁶ Voir *LEA*, *supra* note 3, art 19. Alors que la *Loi sur la protection sociale atikamekw d’Opitciwan* ne fait aucune mention de la *Charte* ni de son obligation de s’y conformer, le *Honouring our Children, Families and Nation Act* stipule que la loi doit être conforme à la *Charte* (voir *Honouring our Children, Families and Nation Act*, Peguis First Nation (2022), entrée en vigueur le 21 janvier 2022, en ligne : <peguiscfs.ca/honouringourchild

dren> [perma.cc/5YAR-VUHG] [*Peguis Child Act*]; *Loi de la protection sociale des Atikamekw d’Opitciwan : Miro nakatawer ma tanak awacak mamo*, adoptée le 17 janvier 2022, art 164, en ligne : <sac-isc.gc.ca> [perma.cc/GP7R-MZ8D] [*Loi sur la protection sociale Atikamekw d’Opitciwan*]).

à l'article 35, essentiellement des droits collectifs, et les droits protégés par la *Charte*, essentiellement des droits individuels. En filigrane se dessinent également les débats sur la commensurabilité des droits prévus par la *Charte*, qui sont typiques d'une ontologie libérale atomiste, et des traditions juridiques autochtones, normalement caractérisées par des ontologies relationnelles et communautaires⁵⁷.

Ainsi, inquiet des effets de l'imposition de la *Charte* dans des contextes juridiques autochtones, Patrick Macklem écrit que « bon nombre des impulsions individualistes de la *Charte* menacent les modes de vie autochtones; soumettre la riche diversité des aspects des sociétés autochtones à la grille analytique rigide des droits et obligations individuels consacrés dans la *Charte* pourrait constituer une assimilation juridique déguisée en interprétation constitutionnelle » [notre traduction]⁵⁸. D'autres adoptent une vision plus flexible, reconnaissant que les valeurs protégées par la *Charte* ne sont pas étrangères au contexte autochtone. Dans le cadre de l'Enquête sur la justice à l'égard des Autochtones du Manitoba, l'Assemblé des Chefs du Manitoba avait affirmé que « la *Charte des droits et libertés* est un instrument récent, mais un concept ancien » et qu'elle « contient certains principes universellement reconnus qui ne devraient jamais être violés par aucun gouvernement » [notre traduction]. Toutefois, l'Assemblée notait que les droits individuels peuvent être plus difficiles à accommoder comme tels dans des procédures autochtones traditionnelles non adversatives, basées sur la médiation⁵⁹. David Milward note quant à lui qu'« il y a raison de

57 La Commission royale sur les peuples autochtones écrit que « la *Charte* n'est pas neutre : elle représente une vision particulière de la relation qui s'établit entre l'individu et les gouvernements. Cette vision repose surtout sur les traditions libérales occidentales ». En s'appuyant sur l'arrêt *R v Morgentaler* de la Cour suprême, la Commission note également que la *Charte* constitue une sorte de barrière érigée autour des individus que l'État n'est pas autorisé à franchir et que cette notion d'interaction sociétale n'est pas partagée par tous les peuples autochtones du Canada (voir Canada, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996 à la p 282).

58 Patrick Macklem, « Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution » (1992) (édition spéciale) UBC L Rev 280 à la p 289.

59 *The Justice System and Aboriginal People*, Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, vol 1, Manitoba, Aboriginal Justice Implementation Commission, 1999 à la p 82.

croire qu'une certaine protection formelle des droits serait pertinente pour les besoins et réalités des communautés autochtones contemporaines » [notre traduction]⁶⁰. Il nuance toutefois son propos en remarquant que l'imposition de la *Charte* n'est pas la seule façon de prévenir des abus et qu'il faut être ouvert à des alternatives qui pourraient être plus accommodantes des cultures autochtones⁶¹. Ces positions illustrent que, même si certains principes codifiés dans la *Charte* sont présents dans de nombreuses traditions juridiques autochtones, comme la non-discrimination ou le droit d'exprimer et penser librement, la structure de la *Charte* basée sur des droits individuels le semble moins.

D'un point de vue constitutionnel, l'application de la *Charte* à une juridiction autochtone peut être abordée par l'entremise des enjeux autour des articles 25, 32 et premier de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour commencer, on rappelle que l'article 25 de la *Charte* indique que :

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a. aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b. aux droits ou libertés existants issus d'accords de règlement de revendications territoriales ou de ceux susceptibles d'être ainsi acquis⁶².

Jusqu'à tout récemment, la jurisprudence découlant de cet article a surtout servi à justifier qu'une sorte de discrimination positive envers les peuples autochtones était possible dans la structure constitutionnelle canadienne. En effet, l'insertion de l'article 25 dans la *Loi constitutionnelle de 1982* visait surtout à clarifier que la protection contre la discrimination dans l'article 15 ne devrait pas être interprétée comme limitant les droits

⁶⁰ David Leo Milward, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, UBC Press, 2012 à la p 60.

⁶¹ *Ibid* à la p 72.

⁶² *Loi constitutionnelle de 1982*, art 25, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

possédés par les peuples autochtones selon l'article 35⁶³. Dans le cas qui nous occupe, nous cherchons plutôt à savoir si un adolescent autochtone soumis à la juridiction autochtone pourrait invoquer les droits protégés par la *Charte*.

La Cour suprême du Canada a récemment considéré l'application de la *Charte* à la gouvernance autochtone dans *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nations*. Cindy Dickson, la requérante, contestait la compatibilité de la loi électorale de la première nation avec le droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la *Charte*⁶⁴. Une majorité de la Cour souscrit aux motifs des juges Kasirer et Jamal pour conclure que le gouvernement Vuntut Gwitchin constitue un « gouvernement par nature » au sens de l'article 32 de la *Charte*, auquel cette dernière est applicable⁶⁵. Se tournant vers l'article 25, la majorité a nié qu'un choix s'impose entre un effet « bouclier » qui dispense les gouvernements autochtones de l'application de la *Charte* ou un prisme interprétatif, mais qu'il faut plutôt combiner les deux afin de minimiser les conflits de normes⁶⁶.

En l'espèce, la majorité a conclu que le droit à l'égalité de Madame Dickson avait été violé. Toutefois, la Cour conclut également à l'existence d'un conflit irréductible avec d'« autres droits » liés à la spécificité autochtone, comme le droit de définir la composition de ses corps dirigeants, protégés par l'article 25⁶⁷. Le raisonnement mène à l'affirmation de la validité constitutionnelle de la loi autochtone malgré son

63 En d'autres termes, on voulait éviter que des personnes non-autochtones argumentent qu'ils font face à de la discrimination, car ils ne bénéficient pas des droits spéciaux protégés par l'article 35. Voir Milward, *supra* note 60 à la p 63; Celeste Hutchinson, « Case Comment on *R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the Charter* » (2007) 52:1 RD McGill 173 à la p 178.

64 *Dickson c Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10 au para 2 [*Dickson*].

65 *Ibid* au para 77. L'article 32 prévoit que la *Charte* s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest » et « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature » (*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11). Voir Kerry Wilkins, « With a Little Help from the Feds: Incorporation by Reference and Bill C-92 » (17 mai 2022) aux pp 4–5, en ligne : <ablawg.ca> [perma.cc/C9B4-VL9W].

66 *Dickson*, *supra* note 64 aux para 158–62.

67 *Ibid* aux para 210–18.

incompatibilité avec l'article 15 de la *Charte*⁶⁸. La majorité de la Cour se montre très prudente, et il est difficile de déduire de son analyse les implications quant à l'applicabilité de la *Charte* à un tribunal autochtone exerçant une compétence sur la justice pénale adolescente, puisque l'analyse du conflit de normes se conduit au cas par cas. À tout le moins, on ouvre la porte à des modulations importantes des normes d'équité procédurale dans l'administration de la justice par une communauté autochtone⁶⁹.

Il faut par ailleurs noter la dissidence des juges Martin et O'Bonsawin, qui rejettent la possibilité que l'article 25 puisse opérer un « effet bouclier » de nature à priver les membres d'une communauté autochtone de leurs droits fondamentaux garantis par la *Charte*, même dans la cadre de la gouvernance autochtone⁷⁰. À l'inverse, le juge Rowe maintient que la *Charte* est simplement inapplicable à la gouvernance autochtone, puisque celle-ci n'est pas un gouvernement fédéral ou provincial au sens de l'article 32.

Par ailleurs, les gouvernements autochtones pourraient se prévaloir de l'article premier afin de légitimer la limitation des droits individuellement protégés au sein de leur communauté, si l'article 25 s'avérait insuffisant pour empêcher l'application intégrale de la *Charte*. En effet, des tribunaux ont déjà reconnu que des règlements de Premières Nations violant les droits de la *Charte* pouvaient être justifiés en vertu de l'article premier⁷¹. Dans *Dickson*, tant la majorité que la dissidence des juges Martin et O'Bonsawin reconnaissent cette fonction à l'article premier en lien avec l'article 25⁷². L'analyse pour déterminer si un tribunal considérerait une disposition législative en justice pénale adolescente autochtone

68 *Ibid* aux 219–26.

69 Milward suggère qu'une application culturellement adaptée des droits de la *Charte* au contexte autochtone serait possible, d'une manière qui soit acceptable aux communautés autochtones (Milward, *supra* note 60 à la p 60).

70 Voir Jane M Arbour, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2003) 21 SCLR 3 au para 179; Milward, *supra* note 60 aux pp 68–69.

71 Macklem donne l'exemple de *Eastmain Band v Gilpin*, [1988] 3 CNLR 15. Voir Macklem, *supra* note 58 à la p 297.

72 *Dickson*, *supra* note 64, aux para 110, 177 (juges Kasirer et Jamal), 329, 396–413 (juges Martin et O'Bonsawin, dissidentes).

suffisamment importante pour passer le test de l'article premier dépendrait fondamentalement des faits et de la nature de l'objectif poursuivi par la loi autochtone⁷³.

Une autre question épineuse liée à l'application de la *Charte* à la juridiction autochtone est la réalité que les droits garantis par la *Charte* le sont souvent également par des instruments de droit international. Cela soulève donc la problématique de l'application du droit international des droits de la personne à des entités non étatiques. Le droit international est dans sa version conventionnelle un droit statocentrique, c'est-à-dire qu'il s'intéresse à l'État comme acteur principal. À ce jour, plus de chercheurs se sont penchés sur l'application des régimes de droits fondamentaux aux entités commerciales et aux groupes armés, et moins aux gouvernements autochtones. Dans le contexte américain, Clint Cowan suggère que les gouvernements tribaux sont des entités infra-étatiques et que seul l'État peut être tenu responsable d'avoir violé le droit international⁷⁴. Les violations potentielles des droits fondamentaux par les gouvernements tribaux pourraient donc être attribuées au gouvernement fédéral des États-Unis⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, le statut des gouvernements autochtones qui exercent des droits inhérents pose des défis au paradigme standard du droit international. La question de l'application du droit international des droits de la personne aux gouvernements autochtones reste ouverte et continuera certainement à se poser dans l'éventualité de la reconnaissance de la compétence autochtone en matière de justice pénale adolescente.

B. Les contours de la compétence autochtone

D'autres défis que nous pouvons anticiper touchent aux limites de la juridiction autochtone en matière de justice pénale adolescente. Un exemple de droit comparé est utile pour assoir notre analyse sur cette question. Aux États-Unis, les cours tribales sont généralement habilitées

73 Voir Macklem, *supra* note 58 à la p 297. En effet, peu importe l'approche analytique (article 25, article premier, article 35), le degré de déférence adopté par les tribunaux risque d'être hautement variable en fonction de l'importance de l'objectif poursuivi et de l'importance de la pratique dans la préservation du droit ancestral.

74 Voir Clint A Cowan, « International Responsibility for Human Rights Violations by American Indian Tribes » (2006) 9:1 Yale Human Rts & Dev LJ 1 à la p 3.

75 *Ibid* à la p 4.

à exercer la juridiction sur de jeunes autochtones accusés de crimes. Toutefois, la compétence est soumise à de nombreuses modulations, qui dépendent de quatre facteurs : le type de crime, le lieu où le crime a été perpétré, le statut de l'auteur du crime et le statut de la victime⁷⁶.

Pour notre part, nous traiterons exclusivement de la juridiction selon la gravité du crime et selon le lieu où le crime a été perpétré. Nous focalisons sur la gravité du crime, car l'exclusion des crimes graves est commune dans plusieurs pays reconnaissant la juridiction autochtone sur l'administration de la justice⁷⁷. Nous anticipons donc que des débats similaires pourraient survenir dans le contexte canadien. Quant à la question de la juridiction selon le lieu du crime, nous nous intéressons à cet aspect, puisque des débats similaires ont déjà lieu dans le contexte de la protection de la jeunesse.

1. La compétence selon la gravité du crime

Dans le régime de la *LSJPA*, il est déjà possible pour les jeunes d'être retirés exceptionnellement du système adolescent et soumis à des procédures pour adultes pour des crimes plus graves. En effet, le procureur peut demander l'imposition d'une peine applicable aux adultes quand un adolescent de plus de 14 ans est accusé d'une infraction pour laquelle un adulte serait passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans⁷⁸.

Si le procureur veut assujettir un adolescent à une peine pour adulte, il doit le demander soit avant le plaidoyer du jeune, soit, avec la

⁷⁶ Le statut de l'auteur du crime renvoie à l'identité autochtone ou non du jeune contrevenant (US Department of Justice, *Tribal Youth in the Juvenile Justice System*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, avril 2016 à la p 1, en ligne (pdf) : <ojjjdp.ojp.gov> [perma.cc/S7MG-ZXD6]).

⁷⁷ En effet, dans plusieurs pays reconnaissant des sphères de juridiction autochtone, il existe des principes d'exclusion selon lesquels les crimes les plus graves, comme le meurtre ou les agressions sexuelles, sont passibles de poursuite par l'État seulement. Voir *Ley de Deslinde Jurisdiccional* (29 décembre 2010), Ley n° 73, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, art 10; Shaun Larcom, *Legal Dissonance: The Interaction of Criminal Law and Customary Law in Papua New Guinea*, New York, Berghahn Books, 2015 à la p 47; Jon'a Meyer, « Ha'álchíní, haadaah náásdah / 'They're Not Going to Be Young Forever' » dans Robert Silverman et Marianne Nielsen, dir, *Criminal Justice in Native America*, Tucson, University of Arizona Press, 2009, 32 à la 34.

⁷⁸ *LSJPA*, *supra* note 6, art 64(1).

permission du juge, après le plaidoyer, mais avant le début du procès⁷⁹. Cela est fait sous la forme d'un avis envoyé à l'accusé, qui peut soit accepter la requête ou s'y opposer. Puisque l'imposition d'une peine adulte emporte le risque d'une peine plus sévère, le dépôt d'un tel avis a des conséquences sur le mode de procès. En effet, dans ces situations, le jeune peut choisir d'être jugé par un tribunal jeunesse, par un tribunal adulte sans jury ou par un tribunal adulte composé d'un juge et d'un jury⁸⁰. Néanmoins, sans égard à la volonté du jeune, le poursuivant peut exiger que l'adolescent soit soumis à un procès avec jury⁸¹. Si, à la fin du procès, un adolescent est reconnu coupable et qu'il s'était opposé au transfert à la justice pour adultes, le tribunal doit entendre les observations des parties pour décider si la peine pour adultes sera effectivement appliquée. Cette décision est soumise à des critères prévus par la loi⁸². En ce sens, le pouvoir d'imposer au jeune une peine pour adulte est toujours sujet à la décision finale du tribunal.

La question se pose donc à savoir ce qui adviendrait du pouvoir du poursuivant de demander des peines applicables aux adultes pour les crimes plus graves si la justice pénale adolescente était transférée aux communautés autochtones. Cela pourrait créer un conflit, car le procureur pourrait s'immiscer dans la juridiction autochtone et demander un transfert aux tribunaux étatiques.

Une raison justifiant le traitement spécial des crimes graves au sein du régime de la *LSJPA* est que ceux-ci doivent être sanctionnés par de lourdes peines. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le pouvoir du procureur d'exiger une peine adulte reflète « la culpabilité morale du contrevenant, compte tenu de la prise de risque intentionnelle du contrevenant, du préjudice [...] causé par le contrevenant et du caractère normatif de sa conduite » [notre traduction]⁸³. Cela révèle une vision du droit

79 *Ibid*, art 64(2).

80 La procédure devant un tribunal adolescent se fait sans jury ni enquête préliminaire. Si le jeune choisit un tribunal adulte, avec ou sans jury, il peut demander une enquête préliminaire. *Ibid*, art 67(2).

81 *Ibid*, art 67(6). Cela est considéré comme un exercice de la discrétion du procureur et n'est pas soumis à des critères prévus par loi. La seule façon de s'opposer à ce choix du PCPP est par le biais une demande d'abus de procédure, où les critères sont très exigeants. Voir *R v JSR*, 2012 ONCA 568 aux para 119–21, 124.

82 *LSJPA*, *supra* note 6, art 72(1).

83 *R v AO*, 2007 ONCA 144 au para 47.

criminel où les crimes graves doivent être sanctionnés par des sanctions plus sévères. En ce sens, un droit pénal perçu comme plus clément — qu'il relève d'un régime jeunesse ou d'un potentiel régime autochtone — est vu comme inapproprié, car les peines afférentes à ces régimes ne permettent pas de refléter la culpabilité morale élevée des adolescents pour certains torts commis.

Dans le contexte de la prise en charge autochtone, cet argument semble lacunaire. On ne pourrait imposer des principes juridiques étatiques aux communautés autochtones, lorsque l'objectif de la juridiction autochtone est précisément de leur permettre d'administrer la justice d'une manière qui correspond à leurs traditions juridiques. De la même façon que la prise en charge en protection de la jeunesse devrait permettre aux peuples autochtones d'articuler leur propre définition de l'intérêt de l'enfant, les communautés devraient pouvoir imposer des peines qui correspondent à leurs propres systèmes normatifs, même dans les cas de crimes graves.

Une autre raison pour laquelle on pourrait militer en faveur d'un principe d'exclusion des crimes graves de la juridiction autochtone est d'assurer la protection des droits procéduraux des accusés, puisque les crimes graves entraînent typiquement des peines plus lourdes. Cet argument semble sous-tendre l'exclusion de certains crimes graves de la juridiction autochtone dans d'autres pays. Par exemple, un arrêt récent de la Cour constitutionnelle de la Colombie évaluait un conflit juridictionnel entre un tribunal étatique et un tribunal autochtone de la nation carijona au sujet d'un dossier où un adulte avait commis un crime sexuel sur un enfant. La Cour résume sa décision de ne pas reconnaître la compétence du tribunal autochtone en affirmant que « compte tenu de la dangerosité des faits reprochés à l'accusé et de l'importance d'une capacité institutionnelle des autorités autochtones, les garanties judiciaires nécessaires pour assurer la protection des droits de l'accusé et de ceux de la victime n'ont pas été dûment prouvées » [notre traduction]⁸⁴. Plusieurs notions sous-tendent ce raisonnement, notamment une inquiétude quant à la dénonciation morale de la gravité du crime et la capacité des tribunaux autochtones d'assurer la protection des droits de l'accusé ainsi que ceux de la victime. Cela illustre la volonté du système judiciaire colombien de

⁸⁴ Corte constitucional [Cour constitutionnelle], 10 février 2022, *Auto 138/22*, Expediente CJU-00632 au para 27 (Colombie).

garantir les droits procéduraux des accusés autochtones dans les cas de crimes graves, lesquels emportent des sanctions plus sévères. Ce même argument pourrait être amené en contexte canadien, pour refuser de reconnaître la compétence autochtone sur les crimes graves.

Selon nous, cet argument est également lacunaire, et ce, pour deux raisons, l'une théorique et l'autre pratique. Sur le plan théorique, les traditions juridiques autochtones ont elles-mêmes des mécanismes pour assurer l'équité du processus et des décisions. À titre d'exemple, dans la tradition anichinabée, les histoires révèlent que les individus ont le droit d'être informés des torts allégués avant que des actions ne soient prises contre eux. Ils ont également le droit que les allégations contre eux soient prouvées par des éléments matériels ou des témoins, et que la réponse appropriée au tort commis soit déterminée à travers un processus délibératif où plusieurs parties sont entendues⁸⁵. Milward donne un exemple des cours tribales navajos, aux États-Unis, où une notion de droit traditionnel autochtone agit comme une garantie procédurale. Il écrit :

Un autre concept important est celui de hazo'ogho, qui peut signifier “liberté avec responsabilité” ou “faire les choses correctement”. La jurisprudence navajo a également interprété ce concept comme exigeant que les accusés Navajo soient pleinement informés de leurs droits et des options disponibles avant d'être sanctionnés par les tribunaux. Par exemple, pour qu'une reconnaissance de culpabilité soit valide, l'accusé doit être pleinement informé des options qui s'offrent à lui, de l'éventail, des sanctions possibles suite à une reconnaissance de culpabilité, et du fait que de plaider coupable signifie reconnaître pleinement sa culpabilité quant à la commission de l'infraction reprochée [notre traduction]⁸⁶.

Bref, comme les tribunaux tribaux l'ont fait aux États-Unis, les communautés autochtones au Canada pourraient elles aussi développer des mécanismes visant à garantir l'équité des procédures en accord avec leurs propres traditions juridiques.

Ensuite, sur le plan pratique, un certain scepticisme est de mise quant à la présomption que l'État canadien est particulièrement bien placé pour

85 The Accessing Justice and Reconciliation Project, *supra* note 36 aux pp 41–42.

86 Milward, *supra* note 60 à la p 76.

assurer l'équité du procès pour les jeunes défendeurs autochtones. La doctrine révèle des inégalités à diverses étapes du processus pénal affectant les jeunes autochtones. Par exemple, les jeunes autochtones ont moins de chance de bénéficier des mesures extrajudiciaires que leurs pairs à l'étape de l'exercice de la discrétion policière⁸⁷. Avant l'étape de la sentence, les jeunes autochtones sont aussi désavantagés par les outils d'évaluation de risque standardisés, qui tendent à les classer comme plus propices à récidiver. Ces outils ont été critiqués pour leur incapacité à fournir une image précise du profil de risque et des besoins de traitement spécifiques des jeunes autochtones⁸⁸. À l'étape de la sentence, les jeunes autochtones ont plus de chance de recevoir des placements sous garde fermée et pour de périodes plus longues que les jeunes non-autochtones⁸⁹.

Il existe même des arguments soulignant les effets bénéfiques de limiter le pouvoir du procureur d'exiger l'assujettissement à des peines pour adultes. D'abord, la crise de la surreprésentation des jeunes autochtones dans les centres de détention pour mineurs est bien documentée. En empêchant le procureur de demander des peines pour adultes, il pourrait être possible d'améliorer cette situation. Lors de nos conversations avec des dirigeants en protection de la jeunesse autochtone, ces derniers ont mentionné qu'une réforme qu'ils avaient pu amener avec l'entrée en vigueur de la LEA était de restreindre le pouvoir des intervenants des services de protection de l'enfance de retirer les enfants de leur famille⁹⁰. En effet, ils ont expliqué que, dans leur nouveau cadre, le retrait de la

⁸⁷ 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 937.

⁸⁸ Ilana Lockwood, Michele Peterson-Badali et Fred Schmidt, « The Relationship Between Risk, Criminogenic Need, and Recidivism for Indigenous Justice-Involved Youth » (2018) 45:11 Crim Justice & Behavior 1688 à la p 1690.

⁸⁹ Voir Jackson, *supra* note 87 à la p 935; Amy M Alberton et al, « Structural Violence Perpetrated Against Indigenous Peoples in Canadian Criminal Courts: Meta-Analytic Evidence of Longstanding Sentencing Inequities » (2021) 22:1 Critical Soc Work 2 à la p 5; Laura Foss Casey et Jeff Latimer, « The Sentencing of Aboriginal and Non-Aboriginal Youth under the Young Offenders Act: A Multivariate Analysis » (2005) 47:3 Rev can dr crim 481 aux pp 492–93.

⁹⁰ Clemene Hornbrook et Kelvin Shergold, « Entretien informel », les interviewés sont respectivement directrice exécutive et coordonnateur du programme sur la prévention d'abus des Peguis First Nation Child and Family Services (1 août 2023) [communiqué aux auteurs].

famille devait être une mesure de dernier recours. Selon eux, ce changement a contribué à diminuer la séparation des familles et à assurer le bien-être des enfants à long terme. On peut envisager qu'une évolution similaire puisse s'opérer dans le domaine de la justice pénale adolescente si les communautés autochtones limitaient le pouvoir du procureur d'exiger l'imposition de peines carcérales.

De plus, les crimes les plus graves sont ceux qui causent le plus de tort aux tissus sociaux des communautés et aux victimes. On pourrait donc dire qu'il serait particulièrement important dans ce contexte que les sanctions puissent être développées et appliquées dans un contexte culturellement approprié, afin de rétablir une harmonie dans la communauté.

En somme, nous suggérons que la question de la compétence sur les crimes graves devrait être délimitée par les communautés elles-mêmes et qu'il n'existe pas nécessairement de raisons valables d'exiger une exclusion de certains crimes *a priori*. Cependant, nous ne suggérons pas non plus que les communautés autochtones devraient se voir imposer tout le fardeau de la justice pénale adolescente si elles ne le veulent pas, surtout dans des conditions où le financement est inadéquat. Les peuples autochtones pourraient envisager un étapisme, où la compétence est d'abord limitée à des crimes moins sérieux pour progressivement développer la capacité institutionnelle requise pour traiter de crimes graves. Cela reflète, par exemple, l'élargissement du rôle des comités de justice autochtones dans le cadre de la justice pénale adulte au Québec, en principe limités à des crimes moins graves, mais qui peuvent, si la communauté le souhaite, s'étendre à certains crimes plus sérieux.⁹¹

À défaut, le droit canadien de la justice pénale adolescente pourrait certainement être maillé avec la compétence autochtone. Les communautés seront libres de collaborer avec les services de poursuite et les services policiers, si elles le souhaitent⁹². Ces décisions devraient être prises

91 Québec, Procureure générale, *Programme de mesures de rechange pour les adultes en milieu autochtone*, Québec, PG, 2015 à la p 5, en ligne : <cdn-contenu.quebec.ca> [perma.cc/57DL-7T2W].

92 C'est notamment ce qu'on fait les Atikamekw d'Opitciwan en matière de protection de l'enfance pour les cas d'abus sexuels et physiques, où la communauté demeure partie à une entente multisectorielle qui inclut les services policiers (voir *Loi sur la protection sociale des Atikamekw d'Opitciwan*, *supra* note 56, art 149).

par les communautés, plutôt que via une exclusion juridictionnelle imposée par l'État. John Borrows encourage un dialogue avec le droit canadien dans la revitalisation des traditions juridiques autochtones, quoiqu'il suggère d'aborder cela avec prudence. Selon lui,

tout en oeuvrant pour la reconnaissance et l'affirmation des lois autochtones au Canada, les défenseurs doivent également garder à l'esprit que ces victoires peuvent être vaines si les autorités traditionnelles des peuples autochtones sont asservies de manière permanente au cours du processus. Cet avertissement ne vise pas à dissuader de recourir au droit canadien dans tous les cas, mais plutôt à nous inciter à rester attentifs à ses conséquences collatérales. Nous devons donc continuer à parler plusieurs langues juridiques [...] le droit canadien peut parfois être utilisé avec beaucoup d'efficacité, mais seulement si les valeurs culturelles, les traditions et les autorités autochtones font partie intégrante de ce processus [notre traduction]⁹³.

2. La compétence selon le lieu de la perpétration du crime

Une dernière question concerne les limites géographiques de la compétence autochtone sur la justice pénale adolescente. Les autorités autochtones auraient-elles compétence sur les adolescents qui commettent des crimes hors du territoire des réserves? Hors de la province? Hors du pays?

Imaginant une réorganisation de l'ordre constitutionnel du Canada pour faire une place à l'autonomie gouvernementale autochtone, Borrows pose la question des paramètres d'applicabilité des lois autochtones. Selon lui, les lois autochtones devraient s'appliquer généralement sur une base territoriale : les personnes autochtones ainsi que les personnes non autochtones vivant dans une réserve devraient être soumises aux lois autochtones, plutôt qu'aux lois canadiennes et provinciales. Cela concorde avec les traditions démocratiques autochtones et est plus efficace au point de vue de l'application et la régulation⁹⁴. Pour ce qui est des territoires hors réserves, Borrows suggère que « les lois provinciales ou fédérales

93 John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010 aux pp 282–83.

94 *Ibid* à la p 162.

(telles qu’interprétées par la common law ou le droit civil) devraient créer les principales obligations pour les peuples autochtones et les autres Canadiens, même si ces obligations seront, espérons-le, influencées par les traditions juridiques autochtones » [notre traduction]⁹⁵.

En appliquant ces enseignements à notre contexte, nous pourrions suggérer que les adolescents autochtones commettant des crimes dans une réserve soient jugés selon le droit autochtone, tandis que hors de la réserve, ce serait la *LSJPA* qui s’appliquerait. D’un point de vue comparatif, aux États-Unis, quand le crime est commis à l’extérieur de la réserve par un jeune autochtone, la juridiction revient à l’État ou au gouvernement fédéral, selon l’infraction⁹⁶.

Or, si l’on se fie aux lois sur la protection de l’enfance érigées après la *LEA*, il est probable que les communautés ne se confineront pas aux limites territoriales décrites par Borrows ou existantes aux États-Unis. Le *Peguis Child Act* prévoit que la loi s’applique à tous les membres, enfants et familles de la première nation Peguis, qu’ils vivent sur la réserve ou ailleurs au Canada⁹⁷. La *Loi sur la protection sociale atikamekw* indique qu’elle s’applique aux enfants membres de la communauté atikamekw d’Opitciwan, qu’ils vivent au sein ou à l’extérieur de la communauté⁹⁸.

À ce jour, aucun tribunal ne s’est prononcé définitivement sur la validité d’une loi autochtone adoptée en vertu de la *LEA* qui serait appliquée au-delà du territoire de la communauté. La question de la portée extraterritoriale d’une loi autochtone a été soulevée dans l’affaire *Protection de la jeunesse — 225102*, une décision de la Cour du Québec rendue avant le jugement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la LEA*. Dans cette affaire, la DPJ avait retiré l’enfant d’une mère atikamekw dès sa naissance pour le placer dans une autre famille atikamekw de la région, mais hors de la communauté spécifique de la mère. La mère avait demandé à la Cour du Québec de transférer la supervision du dossier de l’enfant à la Direction des services sociaux atikamekw, l’autorité autochtone en matière de protection de la jeunesse. La Cour du Québec a donné raison à la mère et déclaré la préséance de la *Loi sur la protection sociale*

⁹⁵ *Ibid* aux pp 163–64.

⁹⁶ Meyer, *supra* note 77 à la p 33.

⁹⁷ *Peguis Child Act*, *supra* note 56, art 4.3.

⁹⁸ *Loi sur la protection sociale Atikamekw d’Opitciwan*, *supra* note 56, art 4.

atikamekw sur la *LPJ*, décision que le Procureur général du Québec a contestée en appel devant la Cour supérieure⁹⁹. Quels soient-ils, les développements jurisprudentiels qui émergeront en matière de protection de la jeunesse seront susceptibles d'influencer ceux en justice pénale adolescente.

L'expérience américaine démontre la complexité du chevauchement des juridictions étatiques et autochtones. En effet, quand la juridiction ne dépend pas seulement de l'identité de l'accusé et du crime commis, mais aussi du lieu et de l'identité de la victime, il y a un risque de créer des complexités qui sapent le potentiel de la juridiction autochtone. Ainsi, Jon'a Meyer écrit qu'aux États-Unis « [...] le labyrinthe dans lequel s'engagent souvent les jeunes délinquants amérindiens [sont trop souvent] des chemins qui mènent hors du territoire indien » [notre traduction]¹⁰⁰. Lisa Bond-Maupin note également que dans et proche des réserves, les jeunes autochtones sont sujets à la surveillance de plusieurs autorités, soit les autorités tribales, municipales, régionales, étatiques et fédérales, ce qui mène à plus de contact avec la police¹⁰¹.

Au Canada, cette complexité serait sans doute atténuée du fait que le gouvernement fédéral a compétence sur la justice pénale, adulte et adolescente, ce qui réduit les variations par province. Cela dit, les différences dans les systèmes d'administration de la justice par province risquent néanmoins de créer certaines confusions. Par ailleurs, la question de l'applicabilité extraterritoriale des lois pénales autochtones pour les mineurs

99 *Protection de la jeunesse* — 225102, 2022 QCCQ 6353 aux pp 1–2, 51; *Renvoi relatif à la LEA*, *supra* note 4 (mémoire de l'intervenant Conseil des Atikamekw d'Opitciwan au para 14), en ligne : <scc-csc.ca> [perma.cc/W767-FAYQ]. Les dossiers en protection de la jeunesse sont confidentiels, mais l'appel devant la Cour supérieure est mentionné au mémoire de la Nation Atikamekw intervenant à la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la LEA*. L'appel a été initialement entendu en mai 2023, mais la Cour supérieure a invité des plaidoiries supplémentaires en mai 2024 pour considérer l'impact du jugement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la LEA*, *supra* note 4. En date de janvier 2026, aucun jugement n'avait été rendu public.

100 Meyer, *supra* note 77 à la p 32. Voir aussi National Congress of American Indians, *Tribal Juvenile Justice Background and Recommendations*, Washington, National Congress of American Indians, 2019 à la p 9.

101 Lisa Bond-Maupin, « The Complexities of Juvenile Justice and Delinquency Research in American Indian Communities » dans Barbara Sims et Pamela Preston, dir, *Handbook of Juvenile Justice: Theory and Practice*, New York, Routledge, 2006, 409 à la p 410.

risque de soulever des questions particulièrement épineuses quand la victime n'est pas autochtone.

Ultimement, comme dans notre discussion sur la juridiction relativement aux infractions graves, nous suggérons que les décisions par rapport à l'applicabilité territoriale devraient être prises par les communautés elles-mêmes. Il est possible que cela mène à des difficultés d'application pour administrer la justice quand un crime est commis loin du territoire, mais celles-ci peuvent être maîtrisées à travers des accords et des protocoles de coordination. Bien qu'on ne puisse exclure ces difficultés, c'est un prix raisonnable à payer pour respecter le droit à l'autodétermination des peuples autochtones du Canada.

CONCLUSION

Dans la première partie de cet article, nous avons évoqué l'affaire de S.M., une jeune fille anichinabée dont la vie a été façonnée par les systèmes de protection de la jeunesse et de justice pénale adolescente. Le système judiciaire protège son identité, ce qui nous empêche de brosser un portrait complet de son histoire et de la résilience qu'elle a dû démontrer au cours de sa jeunesse. Derrière chaque décision se cachent des jeunes avec des parcours uniques, des moments de joie et de plénitude, et des opportunités de croissance. Comme plusieurs avant nous, nous suggérons que l'autonomie gouvernementale autochtone sur l'enfance et l'adolescence peuvent mieux soutenir l'épanouissement des jeunes comme S.M.

Nous avons proposé d'affirmer la compétence en matière de justice pénale adolescente afin d'appuyer les communautés dans l'établissement de régimes qui correspondent à leurs propres traditions juridiques. Cela permettrait d'administrer la justice qui concerne les adolescents et d'établir des régimes de prévention, de soutien et de réparation afin de limiter des situations où les jeunes sont retirés de leur famille et incarcérés dans des centres de détention juvénile. Ultimement, on peut espérer que cela créerait des sociétés plus sécuritaires et plus harmonieuses.

Comme c'était le cas pour la protection de la jeunesse avant l'entrée en vigueur de la *LEA*, les transformations en matière de justice pénale adolescente sont déjà amorcées. Les communautés développent activement des programmes qui correspondent à leurs valeurs afin d'accompagner et de soutenir les jeunes aux prises avec la loi. D'ailleurs, ces

programmes cadrent bien avec le régime juridique pénal juvénile canadien, qui prévoit déjà plusieurs mesures axées sur la déjudiciarisation, l'implication communautaire et la réhabilitation plutôt que la punition.

Vu le grand nombre de jeunes autochtones faisant l'objet de double mandat, l'opération en vase clos des systèmes de protection de la jeunesse et de la justice pénale adolescente tend vers l'obsolescence dans le contexte autochtone. Cette incohérence s'accentuera si la compétence de la justice pour mineurs reste du ressort de l'État, tandis que la responsabilité de la protection de la jeunesse est assumée par les peuples autochtones. Afin de refléter la réalité vécue des jeunes autochtones pris entre ces deux systèmes, il faut reconnaître la compétence constitutionnelle des peuples autochtones sur l'administration de la justice pénale adolescente. En bref, la transformation vers une administration de la justice par les communautés autochtones est déjà enclenchée. Il incombe désormais à l'État de lui donner la reconnaissance et le soutien qui lui revient. C'est une étape logique vers l'épanouissement de la justice autochtone de manière plus générale en contexte canadien.