

Jamie Tanis Gladue *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GLADUE

File No.: 26300.

1998: December 10; 1999: April 23.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Accused sentenced to three years' imprisonment after pleading guilty to manslaughter — No special consideration given by sentencing judge to accused's aboriginal background — Principles governing application of s. 718.2(e) of Criminal Code — Class of aboriginal people coming within scope of provision — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

The accused, an aboriginal woman, pled guilty to manslaughter for the killing of her common law husband and was sentenced to three years' imprisonment. On the night of the incident, the accused was celebrating her 19th birthday and drank beer with some friends and family members, including the victim. She suspected the victim was having an affair with her older sister and, when her sister left the party, followed by the victim, the accused told her friend, "He's going to get it. He's really going to get it this time". She later found the victim and her sister coming down the stairs together in her sister's home. She believed that they had been engaged in sexual activity. When the accused and the victim returned to their townhouse, they started to quarrel. During the argument, the accused confronted the victim with his infidelity and he told her that she was fat and ugly and not as good as the others. A few minutes later, the victim fled their home. The accused ran toward him with a

Jamie Tanis Gladue *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. GLADUE

N° du greffe: 26300.

1998: 10 décembre; 1999: 23 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Accusée condamnée à trois ans d'emprisonnement après avoir plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable — Aucune attention particulière accordée aux origines autochtones de l'accusée par le juge de la peine — Principes régissant l'application de l'al. 718.2e) du Code criminel — Catégorie d'autochtones visés par la disposition — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e).

L'accusée, une autochtone, a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable de son conjoint de fait et a été condamnée à trois ans d'emprisonnement. La nuit de l'incident, l'accusée célébrait son 19^e anniversaire de naissance et avait bu de la bière avec des amis et des membres de la famille, dont la victime. Elle soupçonnait ce dernier d'avoir une liaison avec sa sœur aînée, et lorsque celle-ci a quitté la soirée, suivie de la victime, l'accusée a dit à son amie: «Il va l'avoir. Il va vraiment l'avoir cette fois». Elle a vu plus tard la victime et sa sœur descendre l'escalier ensemble dans l'appartement de sa sœur. Elle les a soupçonnés d'avoir eu des relations sexuelles. À leur retour à la maison, l'accusée et la victime ont commencé à se quereller. Au cours de l'échange, l'accusée a reproché à la victime son infidélité; il lui a répondu qu'elle était grosse et laide et qu'elle n'était pas aussi bonne que les autres. Quelques minutes plus tard, la victime s'est enfuie de la maison.

large knife and stabbed him in the chest. When returning to her home, she was heard saying "I got you, you fucking bastard". There was also evidence indicating that she had stabbed the victim on the arm before he left the townhouse. At the time of the stabbing, the accused had a blood-alcohol content of between 155 and 165 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

At the sentencing hearing, the judge took into account several mitigating factors. The accused was a young mother and, apart from an impaired driving conviction, she had no criminal record. Her family was supportive and, while on bail, she had attended alcohol abuse counselling and upgraded her education. The accused was provoked by the victim's insulting behaviour and remarks. At the time of the offence, the accused had a hyperthyroid condition which caused her to overreact to emotional situations. She showed some signs of remorse and entered a plea of guilty. The sentencing judge also identified several aggravating circumstances. The accused stabbed the deceased twice, the second time after he had fled in an attempt to escape. From the remarks she made before and after the stabbing it was clear that the accused intended to harm the victim. Further, she was not afraid of the victim; she was the aggressor. The judge considered that the principles of denunciation and general deterrence must play a role in the present circumstances even though specific deterrence was not required. He also indicated that the sentence should take into account the need to rehabilitate the accused. The judge decided that a suspended sentence or a conditional sentence of imprisonment was not appropriate in this case. He noted that there were no special circumstances arising from the aboriginal status of the accused and the victim that he should take into consideration. Both were living in an urban area off-reserve and not "within the aboriginal community as such". The sentencing judge concluded that the offence was a very serious one, for which the appropriate sentence was three years' imprisonment. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal of her sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

The considerations which should be taken into account by a judge sentencing an aboriginal offender have been summarized at para. 93 of the reasons for judgment. The following is a reflection of that summary.

L'accusée a couru vers lui, un grand couteau à la main, et l'a poignardé à la poitrine. Comme elle revenait vers son appartement, on l'a entendu dire: «Je t'ai eu, je t'ai eu, maudit chien». La preuve indiquait aussi qu'elle avait poignardé la victime au bras avant que celui-ci se soit enfui de l'appartement. Au moment où elle a donné le coup de couteau, l'accusée avait dans le sang entre 155 et 165 mg d'alcool par 100 ml de sang.

À l'audience de détermination de la peine, le juge a pris en compte plusieurs facteurs atténuants. L'accusée était une jeune mère et, hormis une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies, elle n'avait pas de casier judiciaire. Elle avait le soutien de sa famille et, pendant qu'elle était en liberté sous caution, elle suivait une thérapie pour son alcoolisme et poursuivait ses études. L'accusée avait été provoquée par la conduite et les remarques insultantes de la victime. À l'époque de l'infraction, l'accusée souffrait d'hyperthyroïdie, ce qui la conduisait à réagir excessivement à des situations émotionnelles. Elle a montré des signes de remords et a plaidé coupable. Le juge de la peine a aussi relevé plusieurs circonstances aggravantes. L'accusée a poignardé la victime deux fois, la deuxième après sa tentative de fuite. D'après les remarques qu'elle a faites avant et après les coups de couteau, il était clair qu'elle avait l'intention de causer du mal à la victime. De plus, elle n'avait pas peur de la victime; en fait, elle était l'agresseur. Le juge a estimé que les principes de la dénonciation et de l'effet dissuasif général devaient jouer un rôle dans les circonstances de l'espèce même s'il n'y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif particulier. Il a aussi indiqué que la peine devait tenir compte de la nécessité de favoriser la réinsertion sociale de l'accusée. Le juge a conclu qu'une condamnation avec sursis ou un sursis de sentence n'étaient pas indiqués en l'espèce. Il a estimé que du statut d'autochtone de l'accusée et de la victime ne découlait aucune circonstance particulière qu'il devait prendre en considération. Les deux vivaient en milieu urbain, à l'extérieur de la réserve, et non «dans la communauté autochtone en tant que telle». Le juge de la peine a conclu qu'il s'agissait d'une infraction très grave, pour laquelle il convenait d'infliger une peine de trois ans d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté à la majorité l'appel de sa sentence interjeté par l'accusée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les considérations dont le juge de la peine doit tenir compte lorsqu'il s'agit d'un délinquant autochtone sont résumées au par. 93 des motifs de la décision. Les paragraphes qui suivent reflètent ce résumé.

Part XXIII of the *Criminal Code* codifies the fundamental purpose and principles of sentencing and the factors that should be considered by a judge in striving to determine a sentence that is fit for the offender and the offence. In that Part, s. 718.2(e) mandatorily requires sentencing judges to consider all available sanctions other than imprisonment and to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. The provision is not simply a codification of existing jurisprudence. It is remedial in nature and is designed to ameliorate the serious problem of overrepresentation of aboriginal people in prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing. There is a judicial duty to give the provision's remedial purpose real force. Section 718.2(e) must be read in the context of the rest of the factors referred to in that section and in light of all of Part XXIII. In determining a fit sentence, all principles and factors set out in that Part must be taken into consideration. Attention should be paid to the fact that Part XXIII, through certain provisions, has placed a new emphasis upon decreasing the use of incarceration.

Sentencing is an individual process and in each case the consideration must continue to be what is a fit sentence for this accused for this offence in this community. The effect of s. 718.2(e), however, is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders. Section 718.2(e) directs judges to undertake the sentencing of such offenders individually, but also differently, because the circumstances of aboriginal people are unique. In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider: (a) the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (b) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. In order to undertake these considerations the sentencing judge will require information pertaining to the accused. Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing. In the usual course of events, additional case-specific information will come from counsel and from a pre-sentence report which takes into account the systemic or background factors and the appropriate sentencing procedures and sanctions, which in turn may come from representations of the relevant aboriginal community. The

La partie XXIII du *Code criminel* codifie l'objet et les principes essentiels de détermination de la peine ainsi que les facteurs dont le juge doit tenir compte pour fixer une peine appropriée eu égard au délinquant et à l'infraction. Dans cette partie, l'al. 718.2e) impose au juge de la détermination de la peine d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables et de porter attention aux circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Cette disposition n'est pas une simple codification de la jurisprudence existante. Elle a un caractère réparateur et elle a pour objet de remédier au grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons et d'encourager le juge à aborder la détermination de la peine selon une approche correctrice. Le juge est tenu de donner une force réelle à l'objet réparateur de la disposition. L'alinéa 718.2e) doit être interprété dans le contexte des autres facteurs mentionnés dans cette disposition et à la lumière de l'ensemble de la partie XXIII. Tous les principes et facteurs énoncés dans cette partie doivent être pris en considération dans la détermination de la peine. Il faut porter attention au fait que la partie XXIII, par certaines dispositions, a réaffirmé l'importance de la réduction du recours à l'incarcération.

La détermination de la peine est un processus individualisé, et, dans chaque cas, il faut continuer de se demander quelle est la peine appropriée pour tel accusé, telle infraction dans telle communauté. L'alinéa 718.2e) a toutefois l'effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent suivre lorsqu'ils déterminent la peine appropriée pour des délinquants autochtones. L'alinéa 718.2e) impose aux juges d'aborder la détermination de la peine à infliger à de tels délinquants d'une façon individualisée, mais différente parce que la situation des autochtones est particulière. En déterminant la peine à infliger à un délinquant autochtone, le juge doit examiner: a) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux; b) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones. Aux fins de l'examen de ces considérations, le juge de la peine aura besoin de renseignements concernant l'accusé. Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les autochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche correctrice de la détermination de la peine. Normalement, des renseignements spécifiques à l'affaire proviendront des avocats et d'un rapport présentiel qui tiendra compte des facteurs systémiques ou histo-

offender may waive the gathering of that information. The absence of alternative sentencing programs specific to an aboriginal community does not eliminate the ability of a sentencing judge to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved.

If there is no alternative to incarceration the length of the term must be carefully considered. The jail term for an aboriginal offender may in some circumstances be less than the term imposed on a non-aboriginal offender for the same offence. However, s. 718.2(e) is not to be taken as a means of automatically reducing the prison sentence of aboriginal offenders; nor should it be assumed that an offender is receiving a more lenient sentence simply because incarceration is not imposed. It is also unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal.

Section 718.2(e) applies to all aboriginal persons wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. In defining the relevant aboriginal community for the purpose of achieving an effective sentence, the term "community" must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available, including one in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

In this case, the sentencing judge may have erred in limiting the application of s. 718.2(e) to the circumstances of aboriginal offenders living in rural areas or on-reserve. Moreover, he does not appear to have considered the systemic or background factors which may have influenced the accused to engage in criminal conduct, or the possibly distinct conception of sentencing held by the accused, by the victim's family, and by their

riques et des procédures de détermination de la peine et des sanctions appropriées, pouvant aussi provenir d'observations présentées par la communauté autochtone intéressée. Le délinquant peut renoncer à réunir ces renseignements. L'absence de programme de peines substitutives spécifique à une communauté autochtone n'élimine pas la possibilité pour le juge d'imposer une peine qui tienne compte des principes de la justice corrective et des besoins des parties en cause.

En l'absence de solution de rechange à l'incarcération, la durée de la peine devra être soigneusement examinée. La période d'emprisonnement imposée à un délinquant autochtone pourra dans certaines circonstances être moins longue que celle imposée à un délinquant non-autochtone pour la même infraction. Toutefois, l'al. 718.2e) ne doit pas être considéré comme un moyen de réduire automatiquement la peine d'emprisonnement des délinquants autochtones. Il ne faut pas présumer non plus que le délinquant reçoit une peine plus légère pour la simple raison que l'incarcération n'est pas imposée. Il n'est pas raisonnable de présumer que les peuples autochtones ne croient pas en l'importance des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, tels la dissuasion, la dénonciation et l'isolement, quand ils sont justifiés. Dans ce contexte, en règle générale, plus grave et violent sera le crime, plus grande sera la probabilité d'un point de vue pratique que la période d'emprisonnement soit la même pour des infractions et des délinquants semblables, que le délinquant soit autochtone ou non-autochtone.

L'alinéa 718.2e) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone rurale. Aux fins de déterminer la collectivité autochtone pertinente en vue de fixer une peine efficace, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d'interaction qui pourrait exister, y compris en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation d'essayer de trouver une solution de rechange à l'emprisonnement.

En l'espèce, le juge qui a prononcé la peine s'est trompé s'il a limité l'application de l'al. 718.2e) aux délinquants autochtones vivant en milieu rural ou dans une réserve. De plus, il paraît ne pas avoir examiné les facteurs systémiques ou historiques qui ont pu influencer sur la conduite criminelle de l'accusée, ou la conception distincte de la sanction pénale que pouvaient avoir l'accusée, la famille de la victime et leur communauté. En

community. The majority of the Court of Appeal, in dismissing the accused's appeal, also does not appear to have considered many of the relevant factors. Although in most cases such errors would be sufficient to justify sending the matter back for a new sentencing hearing, in these circumstances it would not be in the interests of justice to order a new hearing in order to canvass the accused's circumstances as an aboriginal offender. Both the sentencing judge and all members of the Court of Appeal acknowledged that the offence was a particularly serious one. For that offence by this offender a sentence of three years' imprisonment was not unreasonable. More importantly, the accused was granted, subject to certain conditions, day parole after she had served six months in a correctional centre and, about a year ago, was granted full parole with the same conditions. The results of the sentence with incarceration for six months and the subsequent controlled release were in the interests of both the accused and society.

Cases Cited

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. v. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444; *R. v. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121; *R. v. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61; *R. v. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 25.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, February 1987.
 Canada. *Debates of the Senate*, vol. 135, No. 99, 1st Sess., 35th Parl., June 21, 1995, p. 1871.
 Canada. Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice. *Corrections Population*

rejetant l'appel de l'accusée, les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent eux aussi ne pas avoir examiné plusieurs des facteurs pertinents. Même si, dans la plupart des cas, de telles erreurs suffiraient à justifier le renvoi de l'affaire pour une nouvelle audience de détermination de la peine, dans les circonstances, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner une nouvelle audience pour examiner les circonstances dans lesquelles se trouve l'accusée en tant que délinquante autochtone. Le juge de la peine et tous les juges de la Cour d'appel ont reconnu que l'infraction en cause était particulièrement grave. Pour cette infraction commise par cette délinquante, une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas déraisonnable. De façon plus importante, l'accusée, sous réserve de certaines conditions, a obtenu une libération conditionnelle de jour après avoir purgé une peine de six mois à un centre correctionnel et, il y a environ un an, elle a obtenu une libération conditionnelle totale aux mêmes conditions. Les résultats de la peine imposée, avec une incarcération de six mois suivie d'une libération contrôlée, étaient dans l'intérêt de l'accusée et dans celui de la société.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. c. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444; *R. c. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129; *R. c. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121; *R. c. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61; *R. c. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 25.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [repl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [mod. 1997, ch. 18, art. 107].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 62, 17 novembre 1994, p. 62:15.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la

- Growth: First Report on Progress*. Fredericton: Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice, February 1997.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 22, 1994, p. 6028.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 62, November 17, 1994, p. 62:15.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. *Taking Responsibility*, August 1988.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 11. *Imprisonment and Release*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Solicitor General. Consolidated Report. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act — Five Years Later*. Ottawa: Solicitor General, 1998.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult Correctional Services in Canada, 1995-96*. Ottawa: The Centre, March 1997.
- Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*, February 27, 1998. "Prison population and costs", p. 5.
- Canadian Corrections Association. *Indians and the Law*. Ottawa: Queen's Printer, 1967.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Jackson, Michael. "In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.
- Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.
- Kwochka, Daniel. "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153.
- détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. *Des responsabilités à assumer*, août 1988.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, février 1987.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 11. *Emprisonnement — Libération*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa: La Commission, 1996.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités*. Ottawa: La Commission, 1996.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, pp. 5871, 5873.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 septembre 1994, p. 6028.
- Canada. *Débats du Sénat*, vol. 135, n^o 99, 1^{re} sess., 35^e lég., 21 juin 1995, p. 1871.
- Canada. Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires. *Croissance de la population carcérale: Premier rapport d'étape*. Fredericton: Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, février 1997.
- Canada. Solliciteur général. Rapport global. *Pour une société juste, paisible et sûre: La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Cinq ans plus tard*. Ottawa: Solliciteur général, 1998.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1995-1996*. Ottawa: Le Centre, mars 1997.
- Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue hebdomadaire*, 27 février 1998. «Population carcérale et coûts connexes», p. 6.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- États-Unis. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Bulletin. *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998*, by Darrell K. Gilliard, March 1999.
- États-Unis. The Sentencing Project. *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995*, by Marc Mauer. Washington: The Sentencing Project, June 1997.

- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Quigley, Tim. "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders". In *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Compiled by Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter. Saskatoon: Purich Publishing, 1994.
- Schmeiser, Douglas A. *The Native Offender and the Law*, prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: The Commission, 1974.
- United States. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Bulletin. *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998*, by Darrell K. Gilliard, March 1999.
- United States. The Sentencing Project. *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995*, by Marc Mauer. Washington: The Sentencing Project, June 1997.
- Jackson, Michael. «In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities», [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.
- Jackson, Michael. «Locking Up Natives in Canada» (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.
- Kwochka, Daniel. «Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm» (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Quigley, Tim. «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders». In *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Compiled by Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter. Saskatoon: Purich Publishing, 1994.
- Schmeiser, Douglas A. *La délinquance chez les autochtones et la loi*, préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: La Commission, 1974.
- Société canadienne de criminologie. *Les Indiens et la loi*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1967.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 98 B.C.A.C. 120, 161 W.A.C. 120, 119 C.C.C. (3d) 481, 11 C.R. (5th) 108, [1997] B.C.J. No. 2333 (QL), affirming a judgment of Hutchinson J. sentencing the accused to three years' imprisonment. Appeal dismissed.
- Gil D. McKinnon, Q.C.*, and *Michael D. Smith*, for the appellant.
- Wendy L. Rubin*, for the respondent.
- Kimberly Prost* and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Goran Tomljanovic*, for the intervener the Attorney General for Alberta.
- Kent Roach* and *Kimberly R. Murray*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 98 B.C.A.C. 120, 161 W.A.C. 120, 119 C.C.C. (3d) 481, 11 C.R. (5th) 108, [1997] B.C.J. No. 2333 (QL), qui a confirmé le jugement du juge Hutchinson infligeant à l'accusée une peine d'emprisonnement de trois ans. Pourvoi rejeté.
- Gil D. McKinnon, c.r.*, et *Michael D. Smith*, pour l'appelante.
- Wendy L. Rubin*, pour l'intimée.
- Kimberly Prost* et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Goran Tomljanovic*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.
- Kent Roach* et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — On September 3, 1996, the new Part XXIII of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pertaining to sentencing came into force. These provisions codify for the first time the fundamental purpose and principles of sentencing. This appeal is particularly concerned with the new s. 718.2(e). It provides that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. This appeal must consider how this provision should be interpreted and applied.

I. Factual Background

The appellant, one of nine children, was born in McLennan, Alberta in 1976. Her mother, Marie Gladue, who was a Cree, left the family home in 1987 and died in a car accident in 1990. After 1987, the appellant and her siblings were raised by their father, Lloyd Chalifoux, a Metis. The appellant and the victim Reuben Beaver started to live together in 1993, when the appellant was 17 years old. Thereafter they had a daughter, Tanita. In August 1995, they moved to Nanaimo. Together with the appellant's father and two of her siblings, Tara and Bianca Chalifoux, they lived in a townhouse complex. By September 1995, the appellant and Beaver were engaged to be married, and the appellant was five months pregnant with their second child, a boy, whom the appellant subsequently named Reuben Ambrose Beaver in honour of his father.

In the early evening of September 16, 1995, the appellant was celebrating her 19th birthday. She and Reuben Beaver, who was then 20, were drinking beer with some friends and family members in the townhouse complex. The appellant suspected that Beaver was having an affair with her older sister, Tara. During the course of the evening she voiced those suspicions to her friends. The appellant was obviously angry with Beaver. She said, "the next time he fools around on me, I'll kill him". The appellant told one of her friends that she

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Le 3 septembre 1996, la nouvelle partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relative à la détermination de la peine est entrée en vigueur. Ces dispositions codifient pour la première fois l'objectif et les principes fondamentaux de la détermination de la peine. Le présent pourvoi s'intéresse en particulier au nouvel al. 718.2e), qui prévoit l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Il nous faut examiner comment interpréter et appliquer cette disposition.

I. Les faits

L'appelante, issue d'une famille de neuf enfants, est née à McLennan, en Alberta, en 1976. Sa mère, Marie Gladue, une Crie, a quitté le foyer familial en 1987 et est morte dans un accident de voiture en 1990. Après 1987, l'appelante et ses frères et sœurs ont été élevés par leur père, Lloyd Chalifoux, un Métis. L'appelante et la victime Reuben Beaver ont commencé à vivre ensemble en 1993, alors que l'appelante avait 17 ans. Ils ont eu une fille, Tanita. En août 1995, ils ont déménagé à Nanaimo. Avec le père de l'appelante et deux de ses sœurs, Tara et Bianca Chalifoux, ils habitaient dans un complexe résidentiel. En septembre 1995, l'appelante et Beaver se sont fiancés. L'appelante était alors enceinte de cinq mois de leur deuxième enfant, un garçon, qu'elle a par la suite appelé Reuben Ambrose Beaver en l'honneur de son père.

Le 16 septembre 1995, au début de la soirée, l'appelante célébrait son 19^e anniversaire de naissance. Elle et Reuben Beaver, alors âgé de 20 ans, buvaient de la bière avec des amis et des membres de leur famille dans le complexe résidentiel. L'appelante soupçonnait Beaver d'avoir une liaison avec sa sœur aînée, Tara. Au cours de la soirée, elle a fait part de ces soupçons à ses amis. Elle était visiblement en colère contre Beaver. [TRADUCTION] «La prochaine fois qu'il me trompe, a-t-elle dit, je vais le tuer». L'appelante a dit à l'une de ses

1

2

3

wanted to test Beaver, and asked her friend to “hit on Reuben to see if he would go with her”, but the friend refused.

4 The appellant’s sister Tara left the party, followed by Beaver. After he had left, the appellant told her friend, “He’s going to get it. He’s really going to get it this time.” The appellant, on several occasions, tried to find Beaver and her sister. She eventually located them coming down the stairs together in her sister’s suite. The appellant suspected that they had been engaged in sexual activity and confronted her sister, saying, “You’re going to get it. How could you do this to me?”

5 The appellant and Beaver returned separately to their townhouse and they started to quarrel. During the argument, the appellant confronted him with his infidelity and he told her that she was fat and ugly and not as good as the others. A neighbour, Mr. Gretchin, who lived next door was awakened by some banging and shouting and a female voice saying “I’m sick and tired of you fooling around with other women.” The disturbance was becoming very loud and he decided to ask his neighbours to calm down. He heard the front door of the appellant’s residence slam. As he opened his own front door, he saw the appellant come running out of her suite. He also saw Reuben Beaver banging with both hands at Tara Chalifoux’s door down the hall saying, “Let me in. Let me in.”

6 Mr. Gretchin saw the appellant run toward Beaver with a large knife in her hand and, as she approached him, she told him that he had better run. Mr. Gretchin heard Beaver shriek in pain and saw him collapse in a pool of blood. The appellant had stabbed Beaver once in the left chest, and the knife had penetrated his heart. As the appellant went by on her return to her apartment, Mr. Gretchin heard her say, “I got you, you fucking bastard.” The appellant was described as jumping up and down as if she had tagged someone. Mr. Gretchin said she did not appear to realize

amies qu’elle voulait mettre Beaver à l’épreuve, et lui a demandé de [TRADUCTION] «faire des avances à Reuben pour voir s’il irait avec elle». Son amie a refusé.

Tara, la sœur de l’appelante, a quitté la soirée, suivie de Beaver. Après son départ, l’appelante a dit à son amie: [TRADUCTION] «Il va l’avoir. Il va vraiment l’avoir cette fois.» À plusieurs reprises, l’appelante a essayé de trouver Beaver et sa sœur. Elle les a finalement vus, descendant l’escalier ensemble dans l’appartement de sa sœur. Les soupçonnant d’avoir eu des relations sexuelles, l’appelante a apostrophé sa sœur, lui disant: [TRADUCTION] «Tu vas l’avoir. Comment as-tu pu me faire ça?»

L’appelante et Beaver sont revenus séparément à la maison et ils ont commencé à se quereller. Au cours de l’échange, l’appelante lui a reproché son infidélité; il lui a répondu qu’elle était grosse et laide et qu’elle n’était pas aussi bonne que les autres. Un voisin, M. Gretchin, qui habitait à côté, a été réveillé par des coups et des cris, et il a entendu une voix de femme qui disait: [TRADUCTION] «J’en ai marre que tu me trompes avec d’autres femmes.» Comme il y avait de plus en plus de bruit, il a décidé d’aller demander à ses voisins de se calmer. Il a entendu claquer la porte de la résidence de l’appelante. Comme il ouvrait sa propre porte d’entrée, il a vu l’appelante sortir en courant de son appartement. Il a également vu Reuben Beaver frapper à deux mains à la porte de Tara Chalifoux plus loin dans le corridor en disant: [TRADUCTION] «Laisse-moi entrer. Laisse-moi entrer.»

Monsieur Gretchin a vu l’appelante courir vers Beaver, un grand couteau à la main, s’approcher de lui et lui dire qu’il ferait mieux de courir. Monsieur Gretchin a entendu Beaver crier de douleur et s’effondrer dans une mare de sang. L’appelante avait poignardé Beaver une fois à la poitrine, du côté gauche, et le couteau avait atteint le cœur. Comme l’appelante revenait vers son appartement, M. Gretchin l’a entendu dire: [TRADUCTION] «Je t’ai eu, je t’ai eu, maudit chien.» Selon sa description, l’appelante sautillait comme si elle avait attrapé quelqu’un. Monsieur Gretchin a dit qu’elle

what she had done. At the time of the stabbing, the appellant had a blood-alcohol content of between 155 and 165 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

On June 3, 1996, the appellant was charged with second degree murder. On February 11, 1997, following a preliminary hearing and after a jury had been selected, the appellant entered a plea of guilty to manslaughter.

There was evidence which indicated that the appellant had stabbed Beaver before he fled from the apartment. A paring knife found on the living room floor of their apartment had a small amount of Beaver's blood on it, and a small stab wound was located on Beaver's right upper arm.

There was also evidence that Beaver had subjected the appellant to some physical abuse in June 1994, while the appellant was pregnant with their daughter Tanita. Beaver was convicted of assault, and was given a 15-day intermittent sentence with one year's probation. The neighbour, Mr. Gretchin, told police that the noises emanating from the appellant's and Beaver's apartment suggested a fight, stating: "It sounded like someone got hit and furniture was sliding, like someone pushed around" and "The fight lasted five to ten minutes, it was like a wrestling match." Bruises later observed on the appellant's arm and in the collarbone area were consistent with her having been in a physical altercation on the night of the stabbing. However, the trial judge found that the facts as presented before him did not warrant a finding that the appellant was a "battered or fearful wife".

The appellant's sentencing took place 17 months after the stabbing. Pending her trial, she was released on bail and lived with her father. She took counselling for alcohol and drug abuse at Tillicum Haus Native Friendship Centre in Nanaimo, and completed Grade 10 and was about to start Grade 11. After the stabbing, the appellant was diagnosed as suffering from a hyperthyroid condition, which

ne paraissait pas réaliser ce qu'elle avait fait. Au moment où elle a donné le coup de couteau, l'appelante avait dans le sang entre 155 et 165 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Le 3 juin 1996, l'appelante a été accusée de meurtre au second degré. Le 11 février 1997, après une enquête préliminaire et la sélection du jury, l'appelante a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Des éléments de preuve indiquaient que l'appelante avait poignardé Beaver avant qu'il se soit enfui de l'appartement. Il y avait une petite quantité du sang de Beaver sur un couteau à légumes trouvé sur le plancher du salon de l'appartement, et son bras droit portait une petite marque de blessure par couteau.

D'autres éléments de preuve indiquaient que Beaver avait commis des actes de violence physique à l'endroit de l'appelante en juin 1994, alors qu'elle était enceinte de leur fille Tanita. Beaver avait déclaré coupable de voies de fait, et il s'était vu infliger une peine discontinue de 15 jours suivie d'un an de probation. Le voisin, M. Gretchin, a dit à la police que les bruits provenant de l'appartement de l'appelante et de Beaver laissaient croire à une bagarre. Selon lui, [TRADUCTION] «Il semblait qu'on frappait quelqu'un, que des meubles étaient déplacés, comme quelqu'un qui était poussé», puis «La bagarre a duré de cinq à dix minutes, c'était comme une partie de lutte.» Les meurtrissures observées plus tard sur le bras de l'appelante et dans la région de la clavicule tendaient à confirmer qu'elle avait eu une altercation la nuit où la victime a été poignardée. Le juge du procès a toutefois estimé que les faits qui lui étaient soumis ne permettaient pas de conclure que l'appelante était une [TRADUCTION] «femme battue ou effrayée».

Le prononcé de la peine de l'appelante a eu lieu 17 mois après le crime. En attendant son procès, elle avait été mise en liberté sous caution et vivait chez son père. Elle a suivi une thérapie pour alcoolisme et toxicomanie au Tillicum Haus Native Friendship Centre à Nanaimo, a terminé sa dixième année et s'apprêtait à commencer sa onzième année. Après le crime, on a diagnostiqué

7

8

9

10

was said to produce an exaggerated reaction to any emotional situation. The appellant underwent radiation therapy to destroy some of her thyroid glands, and at the time of sentencing she was taking thyroid supplements which regulated her condition. During the time she was on bail, the appellant pled guilty to having breached her bail on one occasion by consuming alcohol.

chez elle une hyperthyroïdie, maladie qui provoquerait des réactions exagérées à toute situation émotionnelle. L'appelante a subi une radiothérapie pour détruire une partie de sa glande thyroïde, et au moment du prononcé de la peine, elle prenait des suppléments pour régulariser son état. Pendant qu'elle était en liberté sous caution, l'appelante a plaidé coupable à l'accusation d'avoir violé une fois les conditions de sa libération en consommant de l'alcool.

11 At the sentencing hearing, when asked if she had anything to say, the appellant stated that she was sorry about what happened, that she did not intend to do it, and that she was sorry to Beaver's family.

À l'audience de détermination de la peine, lorsqu'on lui a demandé si elle avait quelque chose à dire, l'appelante a dit qu'elle regrettait ce qui était arrivé, qu'elle n'avait pas eu l'intention d'agir ainsi et qu'elle était peinée pour la famille de Beaver.

12 In his submissions on sentence at trial, the appellant's counsel did not raise the fact that the appellant was an aboriginal offender but, when asked by the trial judge whether in fact the appellant was an aboriginal person, replied that she was Cree. When asked by the trial judge whether the town of McLennan, Alberta, where the appellant grew up, was an aboriginal community, defence counsel responded: "it's just a regular community". No other submissions were made at the sentencing hearing on the issue of the appellant's aboriginal heritage. Defence counsel requested a suspended sentence or a conditional sentence of imprisonment. Crown counsel argued in favour of a sentence of between three and five years' imprisonment.

Dans ses observations relatives à la peine, au procès, l'avocat de l'appelante n'a pas soulevé le fait que l'appelante était une délinquante autochtone, mais lorsque le juge lui a demandé si elle était effectivement autochtone, il a répondu qu'elle était Crie. Quand le juge lui a demandé si la ville de McLennan, en Alberta, où l'appelante a grandi était une communauté autochtone, l'avocat de la défense a répondu que c'était [TRADUCTION] «une communauté ordinaire». Aucune autre observation n'a été présentée à l'audience de détermination de la peine sur la question de l'origine autochtone de l'appelante. L'avocat de la défense a demandé une condamnation avec sursis ou un sursis de sentence. Le procureur du ministère public a plaidé en faveur d'une peine de trois à cinq ans d'emprisonnement.

13 The appellant was sentenced to three years' imprisonment and to a ten-year weapons prohibition. Her appeal of the sentence to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

L'appelante a été condamnée à une peine d'emprisonnement de trois ans et à dix ans d'interdiction de port d'arme. L'appel de sa sentence à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Dispositions législatives pertinentes

14 It may be helpful at this stage to set out ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code* as well as s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

Il peut être utile à ce stade de citer les art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel* ainsi que l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

*Criminal Code**Purpose and Principles of Sentencing*

718. [Purpose] The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 [Fundamental principle] A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 [Other sentencing principles] A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation or any other similar factor,
 - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,
 - (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or
 - (iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

*Code criminel**Objectif et principes*

718. [Objectif] Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 [Principe fondamental] La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 [Principes de détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:
 - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
 - (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants,
 - (iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,
 - (iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

Interpretation Act

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

15 In his reasons, the trial judge took into account several mitigating factors. The appellant was only 20 years old at the time of sentence, and apart from an impaired driving conviction, she had no criminal record. She had two children and was expecting a third although he considered her pregnancy a neutral factor. Her family was supportive and she was attending alcohol abuse counselling and upgrading her education. The appellant was provoked by the deceased's insulting behaviour and remarks. At the time of the offence, the appellant had a hyperthyroid condition which caused her to overreact to emotional situations. The appellant showed some signs of remorse and entered a plea of guilty.

16 On the other hand, the trial judge identified several aggravating circumstances. The appellant stabbed the deceased twice, the second time after he had fled in an attempt to escape. Also, the offence was of particular gravity. From the remarks she made before and after the stabbing it

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

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

Loi d'interprétation

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Dans ses motifs, le juge du procès a pris en compte plusieurs facteurs atténuants. L'appelante n'avait que 20 ans au moment du prononcé de la peine, et hormis une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies, elle n'avait pas de casier judiciaire. Elle avait deux enfants et en attendait un troisième, bien que le juge ait considéré sa grossesse comme un facteur neutre. Elle avait le soutien de sa famille, suivait une thérapie pour son alcoolisme et poursuivait ses études. C'est la victime qui, par sa conduite et ses remarques insultantes, a provoqué l'appelante. Au moment de la perpétration de l'infraction, l'appelante souffrait d'hyperthyroïdie, ce qui la conduisait à réagir excessivement à des situations émotionnelles. Elle a montré des signes de remords et a plaidé coupable.

En revanche, le juge du procès a relevé plusieurs circonstances aggravantes. L'appelante a poignardé la victime deux fois, la deuxième après sa tentative de fuite. L'infraction était aussi particulièrement grave. D'après les remarques qu'elle a faites avant et après les coups de couteau, il était

was very clear that the appellant intended to harm the deceased. Further, the appellant was not afraid of the deceased; indeed, she was the aggressor.

The trial judge considered that specific deterrence was not required in the circumstances of this case. However, in his opinion the principles of denunciation and general deterrence must play a role. He was of the view that the sentence should also take into account the need to rehabilitate the appellant and give her some insight both into her conduct and the effect of her propensity to drink. The trial judge decided that in this case it was not appropriate to suspend the passing of sentence or to impose a conditional sentence.

The trial judge noted that both the appellant and the deceased were aboriginal, but stated that they were living in an urban area off-reserve and not “within the aboriginal community as such”. He found that there were not any special circumstances arising from their aboriginal status that he should take into consideration. He stated that the offence was a very serious one, for which the appropriate sentence was three years’ imprisonment with a ten-year weapons prohibition.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1997), 98 B.C.A.C. 120

The appellant appealed her sentence of three years’ imprisonment, but not the ten-year weapons prohibition. She appealed on four grounds, only one of which is directly relevant, namely whether the trial judge failed to give appropriate consideration to the appellant’s circumstances as an aboriginal offender. The appellant also sought to adduce fresh evidence at her appeal regarding her efforts since the killing to maintain links with her aboriginal heritage. The fresh evidence showed that the appellant had applied to become a full status Cree, and that she had obtained that status for her daughter Tanita. She had also maintained contact with Beaver’s mother, who is a status Cree, and who

clair que l’appelante avait l’intention de causer du mal à la victime. De plus, elle n’avait pas peur de la victime; en fait, elle était l’agresseur.

Le juge du procès a estimé qu’il n’y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif particulier dans les circonstances de l’espèce. À son avis, toutefois, le principe de la dénonciation et celui de l’effet dissuasif général devaient jouer un rôle. Il a estimé que la peine devait également tenir compte de la nécessité de favoriser la réinsertion sociale de l’appelante et de lui permettre de réfléchir soigneusement à sa conduite et à son penchant pour l’alcool. Il a décidé qu’il ne convenait pas en l’espèce de surseoir au prononcé de la peine ou d’imposer une condamnation avec sursis.

Le juge du procès a fait remarquer que l’appelante et la victime étaient tous deux autochtones, mais a souligné qu’ils vivaient en milieu urbain, à l’extérieur de la réserve, et non [TRADUCTION] «dans la communauté autochtone en tant que telle». Il a estimé que de leur statut d’autochtone ne découlait aucune circonstance particulière qu’il devait prendre en considération. Il a dit qu’il s’agissait d’une infraction très grave, pour laquelle il convenait d’infliger une peine de trois ans d’emprisonnement avec interdiction de posséder une arme pendant dix ans.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1997), 98 B.C.A.C. 120

L’appelante a interjeté appel de la peine de trois ans d’emprisonnement, mais non de l’interdiction de port d’armes pendant dix ans. Elle a fait valoir quatre moyens d’appel, dont un seul est directement pertinent, savoir si le juge du procès avait omis de prendre dûment en considération les circonstances dans lesquelles elle se trouvait en tant que délinquante autochtone. Elle a également cherché à présenter de nouveaux éléments de preuve concernant ses efforts, depuis la perpétration de l’infraction, pour conserver ses liens avec la culture autochtone. Ces nouveaux éléments établissaient que l’appelante avait demandé le plein statut de Cree, statut qu’elle avait obtenue pour sa

17

18

19

was in turn assisting the appellant with the status applications.

filles Tanita. Elle a également maintenu des liens avec la mère de Beaver, une Crie inscrite, qui l'a aidée dans ses démarches pour obtenir le statut.

20

The Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge had erred in concluding that s. 718.2(e) did not apply because the appellant was not living on a reserve. However, Esson J.A. (Prowse J.A. concurring) found no error in the trial judge's conclusion that, in this case, there was no basis for giving special consideration to the appellant's aboriginal background. Esson J.A. noted that the appellant's actions involved deliberation, motivation, and "an element of viciousness and persistence in the attack", and that the killing constituted a "near murder" (p. 138). He found that, on the facts presented in this case, it could not be said that the sentence, if a fit one for a non-aboriginal person, would not also be fit for an aboriginal person. Esson J.A. concluded therefore that the trial judge did not err in not giving effect to the principle set out in s. 718.2(e) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal. Although it is not entirely clear from the reasons of Esson J.A., he appears also to have dismissed the appellant's application to adduce fresh evidence regarding her efforts to maintain links with her aboriginal heritage.

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'al. 718.2e) ne s'appliquait pas parce que l'appelante n'habitait pas dans une réserve. Toutefois, le juge Esson (avec l'appui du juge Prowse) a estimé que le juge du procès ne s'était pas trompé en concluant qu'il n'y avait aucune raison, dans cette affaire, d'accorder une attention particulière aux origines autochtones de l'appelante. Le juge Esson a fait remarquer qu'il y avait dans les actes de l'appelante des éléments de délibération et de motivation, ainsi [TRADUCTION] «qu'un élément de brutalité et de persistance dans l'attaque», et qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] «quasi-meurtre» (p. 138). Il a estimé que, compte tenu des faits présentés en l'espèce, il était impossible de dire que la peine, si elle était indiquée pour un non-autochtone, ne l'était pas également pour un autochtone. Il a donc conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ne donnant pas effet au principe énoncé à l'al. 718.2e) du *Code criminel*, et il a rejeté l'appel. Bien que cela ne ressorte pas très clairement de ses motifs, le juge Esson paraît avoir également rejeté la demande de l'appelante de présenter de nouveaux éléments de preuve concernant ses efforts pour conserver ses liens avec sa culture autochtone.

21

Rowles J.A. (dissenting) reviewed many reports and parliamentary debates and determined that the mischief that s. 718.2(e) was designed to remedy was the excessive use of incarceration generally, and the disproportionately high number of aboriginal people who are imprisoned, in particular. She stated that s. 718.2(e) invites recognition and amelioration of the impact which systemic discrimination in the criminal justice system has upon aboriginal people. She referred to the importance of acknowledging and implementing the different conceptions of criminal justice and of appropriate criminal sanctions held by many aboriginal peoples, including, in particular, the conception of criminal justice as involving a strong restorative element.

Le juge Rowles (dissident) a décidé, après avoir examiné de nombreux rapports et débats parlementaires, que la situation que l'al. 718.2e) visait à réformer était celle du recours excessif à l'incarcération de façon générale, et du nombre disproportionné d'autochtones emprisonnés, en particulier. À son avis, l'al. 718.2e) appelle à la reconnaissance et à l'amélioration de la situation de discrimination systémique que vivent les autochtones au sein du système de justice pénale. Elle a souligné l'importance de reconnaître et d'implanter les conceptions différentes de la justice et des sanctions pénales qui sont celles de nombreux peuples autochtones, y compris, en particulier, la conception d'une justice pénale comportant un fort élément correctif.

In this case, Rowles J.A. agreed that the crime committed by the appellant was serious. The circumstances surrounding the offence were tragic for everyone, including the appellant's children. Yet, the circumstances of the offence included provocation, superimposed on an undiagnosed medical problem affecting the appellant's emotional stability. The offender was young and emotionally immature. She had an alcohol problem but no history of other criminal conduct or acts of violence. The success the appellant enjoyed while on bail awaiting trial showed that she was likely to be a good candidate for further rehabilitation. Rowles J.A. also referred favourably to the fresh evidence which showed that the appellant was taking steps to maintain links with her aboriginal heritage.

Rowles J.A. concluded that a sentence of three years' imprisonment was excessive. The principles of general deterrence and denunciation had to be reflected in the sentence, but the sentence could have been designed to advance the appellant's rehabilitation through a period of supervised probation. Rowles J.A. would have allowed the appeal and reduced the sentence to two years less a day to be followed by a three-year period of probation.

IV. Issue

The issue in this appeal is the proper interpretation and application to be given to s. 718.2(e) of the *Criminal Code*. The provision reads as follows:

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

. . .

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

The question to be resolved is whether the majority of the British Columbia Court of Appeal erred in finding that, in the circumstances of this case, the trial judge correctly applied s. 718.2(e) in impos-

En l'espèce, le juge Rowles a reconnu la gravité du crime commis par l'appelante. Les circonstances entourant la perpétration de l'infraction ont été tragiques pour tout le monde, y compris les enfants de l'appelante. Toutefois ces circonstances incluait la provocation, combinée à un problème médical non diagnostiqué affectant la stabilité émotionnelle de l'appelante. La délinquante était jeune et immature sur le plan émotif. Elle avait un problème d'alcool mais pas d'antécédents de conduite criminelle ou d'actes de violence. Les progrès accomplis par l'appelante quand elle était en liberté sous caution en attendant son procès démontraient qu'elle serait vraisemblablement une bonne candidate pour la réinsertion sociale. Le juge Rowles a également parlé en termes favorables des nouveaux éléments de preuve indiquant que l'appelante prenait des mesures pour conserver des liens avec la culture autochtone.

Le juge Rowles a conclu qu'une peine de trois ans d'emprisonnement était excessive. Les principes de la dissuasion générale et de la dénonciation devaient se refléter dans la peine imposée, mais celle-ci aurait pu être conçue de manière à favoriser la réinsertion sociale de l'appelante dans le cadre d'une période de probation sous surveillance. Le juge Rowles était d'avis d'accueillir l'appel et de réduire la peine à deux ans moins un jour, suivie d'une période de probation de trois ans.

IV. Question en litige

La question à trancher dans le présent pourvoi est la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer l'al. 718.2e) du *Code criminel*:

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

. . .

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

La question qu'il nous faut résoudre est de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en concluant que, vu les circonstances de l'espèce, le

22

23

24

ing a sentence of three years' imprisonment. To answer this question, it will be necessary to determine the legislative purpose of s. 718.2(e), and, in particular, the words "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders". The appeal requires this Court to begin the process of articulating the rules and principles that should govern the practical application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code* by a trial judge.

V. Analysis

A. *Introduction*

25 As this Court has frequently stated, the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament. The purpose of the statute and the intention of Parliament, in particular, are to be determined on the basis of intrinsic and admissible extrinsic sources regarding the Act's legislative history and the context of its enactment: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at p. 875; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131.

26 Also of importance in interpreting federal legislation is s. 12 of the federal *Interpretation Act*, which provides:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

27 Section 718.2(e) has already received judicial consideration in several provincial appellate court decisions: see, e.g., *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (Sask. C.A.); *R. v. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444 (Nfld. C.A.); *R. v. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129 (Alta. C.A.); *R. v. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121 (Alta. C.A.); *R. v. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61 (C.A.).

juge du procès a correctement appliqué l'al. 718.2e) en infligeant une peine de trois ans d'emprisonnement. Pour ce faire, nous devons définir l'objet de l'al. 718.2e), et en particulier, des mots «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Le pourvoi oblige ainsi notre Cour à commencer le processus d'élaboration des règles et des principes qui régiront l'application concrète de l'al. 718.2e) du *Code criminel* par le juge du procès.

V. Analyse

A. *Introduction*

Comme notre Cour l'a dit maintes fois, il faut, pour interpréter correctement une disposition de loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l'économie générale de la loi, son objet ainsi que l'intention du législateur. L'objet de la loi et l'intention du législateur, en particulier, doivent être définis sur le fondement de sources intrinsèques et de sources extrinsèques admissibles touchant l'historique législatif de la loi et le contexte de son adoption: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, à la p. 875; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 131.

En ce qui concerne l'interprétation de la législation fédérale, l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, loi fédérale, est également important:

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

L'alinéa 718.2e) a déjà été examiné dans plusieurs décisions de cours d'appel provinciales, notamment, *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (C.A. Sask.); *R. c. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444 (C.A.T.-N.); *R. c. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Alb.); *R. c. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121 (C.A. Alb.); *R. c. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61 (C.A.). C'est

This is the first occasion on which this Court has had the opportunity to construe and apply the provision.

With this introduction, we now wish to discuss the wording of s. 718.2(e) and the scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*, as well as the legislative history and the context behind s. 718.2(e), with the aim of determining and describing the circumstances of aboriginal offenders. This discussion is followed by a framework for the sentencing judge to use in sentencing an aboriginal offender. The reasons then deal with the specific facts and sentence in this case.

B. The Wording of Section 718.2(e) and the Scheme of Part XXIII

The interpretation of s. 718.2(e) must begin by considering its words in context. Although this appeal is ultimately concerned only with the meaning of the phrase “with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”, that phrase takes on meaning from the other words of s. 718.2(e), from the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718-718.2, and from the overall scheme of Part XXIII.

The respondent observed that some caution is in order in construing s. 718.2(e), insofar as it would be inappropriate to prejudge the many other important issues which may be raised by the reforms but which are not specifically at issue here. However, it would be equally inappropriate to construe s. 718.2(e) in a vacuum, without considering the surrounding text which gives the provision its depth of meaning. To the extent that the broader scheme of Part XXIII informs the proper construction to be given to s. 718.2(e), it will be necessary to draw at least some general conclusions about the new sentencing regime.

A core issue in this appeal is whether s. 718.2(e) should be understood as being remedial in nature, or whether s. 718.2(e), along with the other provisions of ss. 718 through 718.2, are simply a codification of existing sentencing principles. The

cependant la première fois que notre Cour a l’occasion d’interpréter et d’appliquer cette disposition.

Cette introduction étant faite, nous nous proposons maintenant d’examiner le texte de l’al. 718.2e) et l’économie de la partie XXIII du *Code criminel*, ainsi que l’historique législatif et le contexte qui ont donné naissance à l’al. 718.2e), en vue de définir et de circonscrire la situation des délinquants autochtones. Cet examen sera suivi d’un cadre d’analyse dont le juge qui détermine la peine pourra se servir dans le cas des délinquants autochtones. Nous examinerons ensuite les faits de la présente espèce et la peine infligée.

B. Le texte de l’al. 718.2e) et l’économie de la partie XXIII

Pour interpréter l’al. 718.2e), il faut commencer par en examiner les termes en contexte. Bien que le présent pourvoi ne porte ultimement que sur le sens du passage «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones», ce passage tire son sens du reste de l’al. 718.2e), de l’objectif et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, ainsi que de l’économie générale de la partie XXIII.

L’intimée a fait observer qu’il faut interpréter avec prudence l’al. 718.2e), en ce sens qu’il serait inopportun de préjuger des nombreuses autres questions importantes que les réformes apportées sont susceptibles de poser mais qui ne sont pas précisément en litige dans la présente affaire. Toutefois, il serait tout aussi inopportun d’interpréter l’al. 718.2e) dans l’abstrait, sans examiner son contexte textuel qui lui confère sa signification profonde. Dans la mesure où l’économie générale de la partie XXIII éclaire l’interprétation à donner à l’al. 718.2e), il sera nécessaire à tout le moins de tirer certaines conclusions générales au sujet du nouveau régime de détermination de la peine.

Une question est centrale dans le présent pourvoi: l’al. 718.2e) doit-il être interprété comme une disposition essentiellement réparatrice, ou n’est-il, avec les autres dispositions des art. 718 à 718.2, qu’une simple codification des principes de déter-

28

29

30

31

respondent, although acknowledging that s. 718.2(e) was likely designed to encourage sentencing judges to experiment to some degree with alternatives to incarceration and to be sensitive to principles of restorative justice, at the same time favours the view that ss. 718-718.2 are largely a restatement of existing law. Alternatively, the appellant argues strongly that s. 718.2(e)'s specific reference to aboriginal offenders can have no purpose unless it effects a change in the law. The appellant advances the view that s. 718.2(e) is in fact an "affirmative action" provision justified under s. 15(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

32 Section 12 of the *Interpretation Act* deems the purpose of the enactment of the new Part XXIII of the *Criminal Code* to be remedial in nature, and requires that all of the provisions of Part XXIII, including s. 718.2(e), be given a fair, large and liberal construction and interpretation in order to attain that remedial objective. However, the existence of s. 12 does not answer the essential question of what the remedial purpose of s. 718.2(e) is. One view is that the remedial purpose of ss. 718, 718.1 and 718.2 taken together was precisely to codify the purpose and existing principles of sentencing to provide more systematic guidance to sentencing judges in individual cases. Codification, under this view, is remedial in and of itself because it simplifies and adds structure to trial level sentencing decisions: see, e.g., *McDonald*, *supra*, at pp. 460-64, *per* Sherstobitoff J.A.

33 In our view, s. 718.2(e) is more than simply a re-affirmation of existing sentencing principles. The remedial component of the provision consists not only in the fact that it codifies a principle of sentencing, but, far more importantly, in its direction to sentencing judges to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence in the particular case. It should be said that the words of s. 718.2(e) do not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender.

mination de la peine existants? Tout en reconnaissant que l'al. 718.2e) a vraisemblablement été conçu pour inciter les juges à expérimenter jusqu'à un certain point les solutions de rechange à l'incarcération et à être sensibles aux principes de justice corrective, l'intimée privilégie l'opinion que les art. 718 à 718.2 sont avant tout une reformulation du droit existant. En revanche, l'appelante soutient fermement que la mention expresse des délinquants autochtones à l'al. 718.2e) ne peut avoir d'autre objet qu'une modification du droit. Elle fait valoir que l'al. 718.2e) est en fait une disposition de «promotion sociale» justifiée en vertu du par. 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Suivant l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, la nouvelle partie XXIII du *Code criminel* est censée apporter une solution de droit, et toutes ses dispositions, dont l'al. 718.2e), doivent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de cet objectif de réparation. Toutefois, l'existence de l'art. 12 ne permet pas de répondre à la question essentielle de savoir quel est l'objet réparateur de l'al. 718.2e). On peut soutenir que les art. 718, 718.1 et 718.2 combinés avaient précisément pour objet réparateur de codifier l'objectif et les principes de détermination de la peine existants afin de fournir aux juges un guide plus systématique dans les cas individuels. Suivant cette conception, la codification est réparatrice en soi parce qu'elle simplifie et structure le prononcé des peines en première instance: voir, par ex., *McDonald*, précité, aux pp. 460 à 464, le juge Sherstobitoff.

À notre avis, l'al. 718.2e) est plus qu'une simple réaffirmation de principes de détermination de la peine existants. La composante réparatrice de la disposition réside non seulement dans le fait qu'elle codifie un principe de détermination de la peine, mais de façon beaucoup plus importante, dans sa directive aux juges d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée dans un cas donné. Il importe de dire que le libellé de l'al. 718.2e) ne change rien au devoir fondamental du

For example, as we will discuss below, it will generally be the case as a practical matter that particularly violent and serious offences will result in imprisonment for aboriginal offenders as often as for non-aboriginal offenders. What s. 718.2(e) does alter is the method of analysis which each sentencing judge must use in determining the nature of a fit sentence for an aboriginal offender. In our view, the scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*, the context underlying the enactment of s. 718.2(e), and the legislative history of the provision all support an interpretation of s. 718.2(e) as having this important remedial purpose.

In his submissions before this Court, counsel for the appellant expressed the fear that s. 718.2(e) might come to be interpreted and applied in a manner which would have no real effect upon the day-to-day practice of sentencing aboriginal offenders in Canada. In light of the tragic history of the treatment of aboriginal peoples within the Canadian criminal justice system, we do not consider this fear to be unreasonable. In our view, s. 718.2(e) creates a judicial duty to give its remedial purpose real force.

Let us consider now the wording of s. 718.2(e) and its place within the overall scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*.

Section 718.2(e) directs a court, in imposing a sentence, to consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances for all offenders, “with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. The broad role of the provision is clear. As a general principle, s. 718.2(e) applies to all offenders, and states that imprisonment should be the penal sanction of last resort. Prison is to be used only where no other sanction or combination of sanctions is appropriate to the offence and the offender.

The next question is the meaning to be attributed to the words “with particular attention to the

jugé d’infliger une peine adaptée à l’infraction et au délinquant. Par exemple, comme nous l’indiquons ci-après, il s’avérera généralement qu’en pratique les infractions particulièrement violentes ou graves entraîneront l’emprisonnement pour les délinquants autochtones aussi souvent que pour les délinquants non-autochtones. Là où l’al. 718.2e) apporte un changement, c’est dans la méthode d’analyse que doit utiliser chaque juge pour déterminer la nature de la peine indiquée pour un délinquant autochtone. À notre avis, tant l’économie de la partie XXIII du *Code criminel* que le contexte de l’adoption et l’historique législatif de l’al. 718.2e) concourent à en faire une disposition ayant cet important objet réparateur.

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l’avocat de l’appelante a exprimé la crainte que l’al. 718.2e) n’en vienne à être interprété et appliqué de telle manière qu’il n’aurait aucun effet réel sur la façon dont se pratique quotidiennement la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones au Canada. Étant donné l’histoire tragique du traitement des autochtones au sein du système canadien de justice pénale, cette crainte ne nous paraît pas déraisonnable. À notre avis, l’al. 718.2e) impose aux tribunaux l’obligation de donner à son objet réparateur une force réelle.

Examinons maintenant le texte de l’al. 718.2e) et la place qu’il occupe dans l’économie générale de la partie XXIII du *Code criminel*.

L’alinéa 718.2e) oblige un tribunal qui inflige une peine à examiner toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Il est clair que la disposition a une large portée. À titre de principe général, l’al. 718.2e) s’applique à tous les délinquants, et il porte que l’emprisonnement devrait être la sanction pénale de dernier recours. On ne devrait imposer l’emprisonnement que lorsque aucune autre sanction ou combinaison de sanctions n’est appropriée pour l’infraction et le délinquant.

La question suivante est le sens à attribuer aux mots «plus particulièrement en ce qui concerne les

34

35

36

37

circumstances of aboriginal offenders”. The phrase cannot be an instruction for judges to pay “more” attention when sentencing aboriginal offenders. It would be unreasonable to assume that Parliament intended sentencing judges to prefer certain categories of offenders over others. Neither can the phrase be merely an instruction to a sentencing judge to consider the circumstances of aboriginal offenders just as she or he would consider the circumstances of any other offender. There would be no point in adding a special reference to aboriginal offenders if this was the case. Rather, the logical meaning to be derived from the special reference to the circumstances of aboriginal offenders, juxtaposed as it is against a general direction to consider “the circumstances” for all offenders, is that sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders. The fact that the reference to aboriginal offenders is contained in s. 718.2(e), in particular, dealing with restraint in the use of imprisonment, suggests that there is something different about aboriginal offenders which may specifically make imprisonment a less appropriate or less useful sanction.

délinquants autochtones». Il ne peut s’agir d’une directive donnée aux juges de porter «plus» d’attention à la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones. Il serait déraisonnable de présumer que le Parlement a voulu que les juges privilégient certaines catégories de délinquants par rapport à d’autres. Il ne peut s’agir non plus d’une simple directive donnée au juge de la peine de prendre en compte la situation des délinquants autochtones de la même façon que la situation de tout autre délinquant. La mention spéciale des délinquants autochtones n’aurait alors aucune utilité. Logiquement, la mention spéciale de la situation des délinquants autochtones, juxtaposée à la directive générale de tenir compte des «circonstances» dans le cas de tous les délinquants, signifie que les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones. Le fait notamment que la mention des délinquants autochtones soit contenue à l’al. 718.2e), disposition incitant à la retenue dans le recours à l’emprisonnement, donne à penser qu’il y a, dans le cas des autochtones, quelque chose de différent qui pourrait précisément faire de l’emprisonnement une sanction moins appropriée ou moins utile.

38

The wording of s. 718.2(e) on its face, then, requires both consideration of alternatives to the use of imprisonment as a penal sanction generally, which amounts to a restraint in the resort to imprisonment as a sentence, and recognition by the sentencing judge of the unique circumstances of aboriginal offenders. The respondent argued before this Court that this statutory wording does not truly effect a change in the law, as some courts have in the past taken the unique circumstances of an aboriginal offender into account in determining sentence. The respondent cited some of the recent jurisprudence dealing with sentencing circles, as well as the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82, in support of the view that s. 718.2(e) should be seen simply as a codification of the state of the case law regarding the sentencing of aboriginal

Ainsi, d’après son libellé, l’al. 718.2e) exige à la fois, de façon générale, l’examen des sanctions substitutives à l’emprisonnement comme sanction pénale, ce qui équivaut à une restriction du recours à la peine d’emprisonnement, et la reconnaissance par le juge prononçant la peine de la situation particulière des délinquants autochtones. L’intimée a soutenu devant notre Cour que la formulation de la loi ne modifie pas vraiment le droit puisque, dans le passé, certains tribunaux ont tenu compte de la situation particulière d’un délinquant autochtone dans la détermination de la peine. L’intimée a cité des décisions récentes touchant les conseils de détermination de la peine, ainsi que l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82, à l’appui du point de vue que l’al. 718.2e) devrait être considéré comme une simple codification de l’état de la jurisprudence touchant

offenders before Part XXIII came into force in 1996. In a similar vein, it was observed by Sherstobitoff J.A. in *McDonald*, *supra*, at pp. 463-64, that it has always been a principle of sentencing that courts should consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances. Thus the general principle of restraint expressed in s. 718.2(e) with respect to all offenders might equally be seen as a codification of existing law.

With respect for the contrary view, we do not interpret s. 718.2(e) as expressing only a restatement of existing law, either with respect to the general principle of restraint in the use of prison or with respect to the specific direction regarding aboriginal offenders. One cannot interpret the words of s. 718.2(e) simply by looking to past cases to see if they contain similar statements of principle. The enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law. Each of the provisions of Part XXIII, including s. 718.2(e), must be interpreted in its total context, taking into account its surrounding provisions.

It is true that there is ample jurisprudence supporting the principle that prison should be used as a sanction of last resort. It is equally true, though, that the sentencing amendments which came into force in 1996 as the new Part XXIII have changed the range of available penal sanctions in a significant way. The availability of the conditional sentence of imprisonment, in particular, alters the sentencing landscape in a manner which gives an entirely new meaning to the principle that imprisonment should be resorted to only where no other sentencing option is reasonable in the circumstances. The creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration. The general principle expressed in

la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones avant l'entrée en vigueur de la partie XXIII en 1996. Dans la même veine, le juge Sherstobitoff a fait observer, dans l'arrêt *McDonald*, précité, aux pp. 463 et 464, que le principe a toujours été, en matière de détermination de la peine, que les tribunaux doivent examiner toutes les sanctions applicables autres que l'emprisonnement qui sont justifiées dans les circonstances. Ainsi, le principe général de retenue énoncé à l'al. 718.2e) en ce qui concerne tous les délinquants pourrait également être considéré comme une codification du droit existant.

En toute déférence pour l'opinion contraire, l'al. 718.2e) ne nous apparaît pas uniquement comme une reformulation du droit existant, ni à l'égard du principe général de retenue dans le recours à l'emprisonnement ni à l'égard de la directive spécifique visant les délinquants autochtones. On ne peut interpréter les termes de l'al. 718.2e) en consultant simplement les décisions antérieures pour voir si l'on y retrouve des énoncés de principe similaires. L'adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien. Chacune des dispositions de la partie XXIII, y compris l'al. 718.2e), doit être interprétée dans son contexte global, compte tenu des dispositions qui l'entourent.

Il est vrai que la jurisprudence supporte amplement le principe de l'emprisonnement comme sanction de dernier recours. Il est également vrai, toutefois, que les modifications entrées en vigueur en 1996 avec la nouvelle partie XXIII ont changé de façon importante la gamme des sanctions pénales applicables. La possibilité de prononcer une condamnation avec sursis, en particulier, modifie le paysage de telle manière qu'elle donne un sens entièrement nouveau au principe du recours à l'emprisonnement dans le seul cas où aucune autre option n'est justifiée dans les circonstances. La création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l'incarcération. C'est dans cet esprit qu'il faut

39

40

s. 718.2(e) must be construed and applied in this light.

41 Further support for the view that s. 718.2(e)'s expression of the principle of restraint in sentencing is remedial, rather than simply a codification, is provided by the articulation of the purpose of sentencing in s. 718.

42 Traditionally, Canadian sentencing jurisprudence has focussed primarily upon achieving the aims of separation, specific and general deterrence, denunciation, and rehabilitation. Sentencing, like the criminal trial process itself, has often been understood as a conflict between the interests of the state (as expressed through the aims of separation, deterrence, and denunciation) and the interests of the individual offender (as expressed through the aim of rehabilitation). Indeed, rehabilitation itself is a relative late-comer to the sentencing analysis, which formerly favoured the interests of the state almost entirely.

43 Section 718 now sets out the purpose of sentencing in the following terms:

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community. [Emphasis added.]

interpréter et appliquer le principe général énoncé à l'al. 718.2e).

La manière dont est formulé l'objectif du prononcé de la peine à l'art. 718 vient elle aussi étayer l'opinion que le principe de retenue énoncé à l'al. 718.2e) participe de la réparation, plutôt que de la simple codification.

Traditionnellement, la jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine a mis principalement l'accent sur l'atteinte de certains buts, savoir l'isolement du délinquant, l'effet dissuasif particulier et général, la dénonciation et la réinsertion sociale. Le processus de détermination de la peine, tout comme le procès criminel lui-même, était souvent perçu comme un conflit entre les intérêts de l'État (qu'incarnaient les buts d'isolement, de dissuasion et de dénonciation) et les intérêts du délinquant individuel (qu'incarnait le but de réinsertion sociale). La réinsertion sociale est d'ailleurs une notion relativement nouvelle dans l'analyse de la peine à infliger, analyse qui auparavant privilégiait presque exclusivement les intérêts de l'État.

L'article 718 énonce en ces termes l'objectif du prononcé de la peine:

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. [Nous soulignons.]

Clearly, s. 718 is, in part, a restatement of the basic sentencing aims, which are listed in paras. (a) through (d). What are new, though, are paras. (e) and (f), which along with para. (d) focus upon the restorative goals of repairing the harms suffered by individual victims and by the community as a whole, promoting a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm caused on the part of the offender, and attempting to rehabilitate or heal the offender. The concept of restorative justice which underpins paras. (d), (e), and (f) is briefly discussed below, but as a general matter restorative justice involves some form of restitution and reintegration into the community. The need for offenders to take responsibility for their actions is central to the sentencing process: D. Kwochka, "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153, at p. 165. Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction. In our view, Parliament's choice to include (e) and (f) alongside the traditional sentencing goals must be understood as evidencing an intention to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders. The principle of restraint expressed in s. 718.2(e) will necessarily be informed by this reorientation.

Just as the context of Part XXIII supports the view that s. 718.2(e) has a remedial purpose for all offenders, the scheme of Part XXIII also supports the view that s. 718.2(e) has a particular remedial role for aboriginal peoples. The respondent is correct to point out that there is jurisprudence which pre-dates the enactment of s. 718.2(e) in which aboriginal offenders have been sentenced differently in light of their unique circumstances. However, the existence of such jurisprudence is not, on its own, especially probative of the issue of whether s. 718.2(e) has a remedial role. There is also sentencing jurisprudence which holds, for example, that a court must consider the unique circumstances of offenders who are battered spouses, or who are mentally disabled. Although the validity of the principles expressed in this latter jurisprudence is unchallenged by the 1996 sentencing

Manifestement, l'art. 718 est, en partie, une reformulation des objectifs de base du prononcé de la peine, qui sont énumérés aux al. a) à d). Ce qui est nouveau, toutefois, se trouve aux al. e) et f) qui, avec l'al. d), mettent l'accent sur les objectifs correctifs que sont la réparation des torts subis par les victimes individuelles et l'ensemble de la collectivité, l'éveil de la conscience des responsabilités, la reconnaissance du tort causé et les efforts de réinsertion sociale ou de guérison du délinquant. Le concept de justice corrective qui sous-tend les al. d), e) et f) fait l'objet d'un bref examen plus loin, mais de façon générale, la justice corrective comporte une forme de restitution et de réinsertion dans la collectivité. La nécessité pour les délinquants d'assumer la responsabilité de leurs actes est un élément central au processus de détermination de la peine: D. Kwochka, "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153, à la p. 165. Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement. À notre avis, la décision du Parlement d'ajouter les al. e) et f) aux objectifs traditionnels de la détermination de la peine témoigne d'une intention d'élargir les paramètres de l'analyse de la peine pour tous les délinquants. Le principe de retenue énoncé à l'al. 718.2e) sera nécessairement coloré par cette réorientation.

Tout comme le contexte de la partie XXIII étaye l'opinion selon laquelle l'al. 718.2e) a un objet réparateur pour tous les délinquants, l'économie de cette partie appuie également l'opinion que l'al. 718.2e) joue un rôle réparateur particulier pour les autochtones. L'intimée souligne à bon droit que, suivant une jurisprudence antérieure à l'adoption de l'al. 718.2e), des délinquants autochtones se sont vu infliger des peines différentes en raison de leur situation particulière. L'existence de ce courant, toutefois, n'est pas en soi particulièrement probante quant à la question du rôle réparateur de l'al. 718.2e). Il y a aussi une jurisprudence qui porte, par exemple, que le tribunal doit tenir compte de la situation particulière des délinquants qui sont des conjoints battus, ou qui souffrent d'une déficience mentale. Bien que la validité des principes véhiculés par ce dernier courant ne soit

reforms, one does not find reference to these principles in Part XXIII. If Part XXIII were indeed a codification of principles regarding the appropriate method of sentencing different categories of offenders, one would expect to find such references. The wording of s. 718.2(e), viewed in light of the absence of similar stipulations in the remainder of Part XXIII, reveals that Parliament has chosen to single out aboriginal offenders for particular attention.

C. Legislative History

45 Support for the foregoing understanding of s. 718.2(e) as having the remedial purpose of restricting the use of prison for all offenders, and as having a particular remedial role with respect to aboriginal peoples, is provided by statements made by the Minister of Justice and others at the time that what was then Bill C-41 was before Parliament. Although these statements are clearly not decisive as to the meaning and purpose of s. 718.2(e), they are nonetheless helpful, particularly insofar as they corroborate and do not contradict the meaning and purpose to be derived upon a reading of the words of the provision in the context of Part XXIII as a whole: *Rizzo & Rizzo Shoes, supra*, at paras. 31 and 35.

46 For instance, in introducing second reading of Bill C-41 on September 20, 1994 (*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., at pp. 5871 and 5873), Minister of Justice Allan Rock made the following statements regarding the remedial purpose of the bill:

Through this bill, Parliament provides the courts with clear guidelines

The bill also defines various sentencing principles, for instance that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the offender's degree of

pas mise en cause par les réformes de 1996, la partie XXIII n'en fait aucune mention. Or si la partie XXIII était effectivement une codification des principes régissant la méthode à appliquer pour déterminer la peine selon les diverses catégories de délinquants, on pourrait s'attendre à ce qu'elle en fasse mention. Étant donné l'absence de dispositions similaires dans le reste de la partie XXIII, le libellé de l'al. 718.2e) indique que le Parlement a choisi d'accorder une attention particulière aux délinquants autochtones.

C. Historique législatif

L'analyse consistant à voir l'al. 718.2e) comme une disposition réparatrice visant à restreindre le recours à l'emprisonnement pour tous les délinquants, et jouant un rôle réparateur particulier à l'égard des autochtones, trouve appui dans les déclarations faites par le ministre de la Justice et d'autres personnes à l'époque où ce qui était alors le projet de loi C-41 était devant le Parlement. Même s'il est clair que ces déclarations ne sont pas concluantes quant au sens et à l'objet de l'al. 718.2e), elles sont néanmoins utiles, particulièrement dans la mesure où elles corroborent et ne contredisent pas le sens et l'objet qu'on peut inférer du libellé de la disposition dans le contexte de l'ensemble de la partie XXIII: *Rizzo & Rizzo Shoes*, précité, aux par. 31 et 35.

Ainsi, en présentant le projet de loi C-41 en deuxième lecture, le 20 septembre 1994 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 35^e lég., aux pp. 5871 et 5873), le ministre de la Justice Allan Rock a fait les déclarations suivantes concernant l'objectif réparateur du projet:

Le Parlement donne aux tribunaux une ligne de conduite précise grâce à ce projet de loi . . .

Le projet de loi définit également divers principes de détermination de la peine, par exemple: la peine infligée doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du contrevenant. Lorsqu'il est approprié de le faire, le recours aux solutions de

responsibility. When appropriate, alternatives must be contemplated, especially in the case of Native offenders.

. . . .

A general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternatives should be put in place for those who commit offences but who do not need or merit incarceration.

. . . .

Jails and prisons will be there for those who need them, for those who should be punished in that way or separated from society. . . . [T]his bill creates an environment which encourages community sanctions and the rehabilitation of offenders together with reparation to victims and promoting in criminals a sense of accountability for what they have done.

It is not simply by being more harsh that we will achieve more effective criminal justice. We must use our scarce resources wisely. [Emphasis added.]

The Minister's statements were echoed by other Members of Parliament and by Senators during the debate over the bill: see, e.g., *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 22, 1994, at p. 6028 (Mr. Morris Bodnar); *Debates of the Senate*, vol. 135, No. 99, 1st Sess., 35th Parl., June 21, 1995, at p. 1871 (Hon. Duncan J. Jessiman).

In his subsequent testimony before the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs (*Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 62, November 17, 1994, at p. 62:15), the Minister of Justice addressed the specific role the government hoped would be played by s. 718.2(e):

[T]he reason we referred specifically there to aboriginal persons is that they are sadly overrepresented in the prison populations of Canada. I think it was the Manitoba justice inquiry that found that although aboriginal persons make up only 12% of the population of Manitoba, they comprise over 50% of the prison inmates. Nationally aboriginal persons represent about 2% of

rechange doit être envisagé, surtout lorsqu'il s'agit de contrevenants autochtones.

. . . .

On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprisonnées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération.

. . . .

Les prisons seront là pour ceux qui en ont besoin, ceux qui devraient être punis de cette façon ou exclus de la société. . . . [L]e projet de loi crée un climat qui encourage les sanctions communautaires et la réinsertion sociale des délinquants parallèlement à la réparation accordée aux victimes, en plus d'amener les criminels à mieux assumer la responsabilité de leurs actes.

Ce n'est pas simplement en étant plus stricts que nous nous doterons d'un système de justice pénale plus efficace. Nous devons utiliser nos ressources limitées de façon judicieuse. [Nous soulignons.]

Les déclarations du Ministre ont été reprises par des députés et des sénateurs au cours du débat sur le projet de loi: voir, par. ex., *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 septembre 1994, à la p. 6028 (M. Morris Bodnar); *Débats du Sénat*, vol. 135, n^o 99, 1^{re} sess., 35^e lég., 21 juin 1995, à la p. 1871 (Hon. Duncan J. Jessiman).

Dans son témoignage subséquent devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques (*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n^o 62, 17 novembre 1994, à la p. 62:15), le ministre de la Justice a parlé du rôle précis que le gouvernement espérait voir jouer à l'al. 718.2e):

[S]i l'on mentionne expressément les délinquants autochtones, c'est parce qu'ils sont malheureusement surreprésentés dans la population carcérale du Canada. Si je me rappelle bien, l'enquête sur le système judiciaire au Manitoba a révélé que si les autochtones ne représentent que 12 p. 100 de la population du Manitoba, ils représentent plus de 50 p. 100 de la population carcérale dans cette province. À l'échelle nationale, les autochtones constituent environ 2 p. 100 de la population canadienne, mais 10,6 p. 100 de la population car-

Canada's population, but they represent 10.6% of persons in prison. Obviously there's a problem here.

What we're trying to do, particularly having regard to the initiatives in the aboriginal communities to achieve community justice, is to encourage courts to look at alternatives where it's consistent with the protection of the public — alternatives to jail — and not simply resort to that easy answer in every case. [Emphasis added.]

48 It can be seen, therefore, that the government position when Bill C-41 was under consideration was that the new Part XXIII was to be remedial in nature. The proposed enactment was directed, in particular, at reducing the use of prison as a sanction, at expanding the use of restorative justice principles in sentencing, and at engaging in both of these objectives with a sensitivity to aboriginal community justice initiatives when sentencing aboriginal offenders.

D. The Context of the Enactment of Section 718.2(e)

49 Further guidance as to the scope and content of Parliament's remedial purpose in enacting s. 718.2(e) may be derived from the social context surrounding the enactment of the provision. On this point, it is worth noting that, although there is quite a wide divergence between the positions of the appellant and the respondent as to how s. 718.2(e) should be applied in practice, there is general agreement between them, and indeed between the parties and all interveners, regarding the mischief in response to which s. 718.2(e) was enacted.

50 The parties and interveners agree that the purpose of s. 718.2(e) is to respond to the problem of overincarceration in Canada, and to respond, in particular, to the more acute problem of the disproportionate incarceration of aboriginal peoples. They also agree that one of the roles of s. 718.2(e), and of various other provisions in Part XXIII, is to encourage sentencing judges to apply principles of restorative justice alongside or in the place of

cérale du Canada. De toute évidence, il y a un problème ici.

Ce que nous voulons faire, particulièrement dans le contexte des initiatives permettant aux communautés autochtones de se doter d'une justice communautaire, c'est encourager les tribunaux à recourir à des mesures de rechange dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec la protection du public — je parle des mesures de rechange préférables à l'emprisonnement — et non pas à recourir simplement à ce moyen facile dans tous les cas. [Nous soulignons.]

On voit donc qu'à l'époque de l'étude du projet de loi C-41, le gouvernement estimait que la nouvelle partie XXIII avait un caractère essentiellement réparateur. Les modifications proposées visaient tout particulièrement à réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction, à élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine, et à poursuivre ces deux objectifs en étant sensibles, dans le cas des délinquants autochtones, aux initiatives autochtones en matière de justice communautaire.

D. Le contexte de l'adoption de l'al. 718.2e)

La portée et la nature de l'objectif réparateur que visait le Parlement en édictant l'al. 718.2e) se dégagent également du contexte social entourant l'adoption de la disposition. Sur ce point, il convient de souligner que, malgré la divergence substantielle entre les positions de l'appelante et de l'intimée sur la façon d'appliquer l'al. 718.2e) en pratique, celles-ci s'entendent généralement, de même que tous les intervenants, en ce qui concerne la situation que l'al. 718.2e) visait à corriger.

Les parties et les intervenants conviennent en effet que l'al. 718.2e) vise à régler le problème de l'incarcération excessive au Canada, et plus particulièrement celui, plus aigu, de l'incarcération disproportionnée des autochtones. Ils conviennent également que l'un des rôles de l'al. 718.2e), et de diverses autres dispositions de la partie XXIII, est d'inciter les juges chargés d'infliger les peines à appliquer les principes de la justice corrective

other, more traditional sentencing principles when making sentencing determinations. As the respondent states in its factum before this Court, s. 718.2(e) “provides the necessary flexibility and authority for sentencing judges to resort to the restorative model of justice in sentencing aboriginal offenders and to reduce the imposition of jail sentences where to do so would not sacrifice the traditional goals of sentencing”.

The fact that the parties and interveners are in general agreement among themselves regarding the purpose of s. 718.2(e) is not determinative of the issue as a matter of statutory construction. However, as we have suggested, on the above points of agreement the parties and interveners are correct. A review of the problem of overincarceration in Canada, and of its peculiarly devastating impact upon Canada’s aboriginal peoples, provides additional insight into the purpose and proper application of this new provision.

(1) The Problem of Overincarceration in Canada

Canada is a world leader in many fields, particularly in the areas of progressive social policy and human rights. Unfortunately, our country is also distinguished as being a world leader in putting people in prison. Although the United States has by far the highest rate of incarceration among industrialized democracies, at over 600 inmates per 100,000 population, Canada’s rate of approximately 130 inmates per 100,000 population places it second or third highest: see Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice, *Corrections Population Growth: First Report on Progress* (1997), Annex B, at p. 1; Bulletin of U.S. Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998* (March 1999); The Sentencing Project, *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995* (June 1997), at p. 1. Moreover, the rate at which Canadian courts have been imprisoning offenders has risen sharply in recent years, although there has been a slight decline of late: see Statistics Canada, “Prison population and costs” in *Infomat*:

parallèlement aux principes plus traditionnels en la matière ou à leur place. Comme l’intimée le dit dans son mémoire à notre Cour, l’al. 718.2e) [TRANSDUCTION] «donne aux juges appelés à prononcer une peine la latitude et l’autorité nécessaires pour recourir au modèle de la justice corrective dans le cas des délinquants autochtones et pour réduire l’infliction de peines d’emprisonnement dans les cas où il est possible de le faire sans compromettre les buts traditionnels de détermination de la peine».

Certes, le fait que les parties et les intervenants ont la même conception générale de l’objet de l’al. 718.2e) n’est pas concluant du point de vue de l’interprétation des lois. Toutefois, ainsi que nous l’avons dit, les parties et les intervenants ont raison quant aux points d’accords susmentionnés. Un examen du problème de l’incarcération excessive au Canada, et de son impact particulièrement dévastateur sur les autochtones, fournit un autre éclairage sur l’objet et sur l’application correcte de cette nouvelle disposition.

(1) Le problème du recours excessif à l’incarcération au Canada

Le Canada fait figure de chef de file mondial dans de nombreux domaines, et particulièrement en matière de politiques sociales progressistes et de droits de la personne. Malheureusement, notre pays se distingue aussi, à l’échelle mondiale, par le nombre de personnes qu’il met en prison. Bien que les États-Unis, avec plus de 600 détenus pour 100 000 habitants, aient de loin le plus haut taux d’incarcération parmi les démocraties industrialisées, le taux au Canada est d’environ 130 détenus pour 100 000 habitants, ce qui le place au deuxième ou au troisième rang: voir Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, *Croissance de la population carcérale: Premier rapport d’étape* (1997), annexe B, à la p. 1; Bulletin of U.S. Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998* (mars 1999); The Sentencing Project, *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995* (juin 1997), à la p. 1. Qui plus est, le taux d’incarcération par les tribunaux canadiens s’est accru consi-

51

52

A Weekly Review (February 27, 1998), at p. 5. This record of incarceration rates obviously cannot instil a sense of pride.

déablement au cours des dernières années, avec cependant une légère baisse récemment: voir Statistique Canada, «Population carcérale et coûts connexes» dans *Infomat: Revue hebdomadaire* (27 février 1998), à la p. 6. Ces statistiques relatives aux taux d'incarcération n'inspirent aucune fierté.

53 The systematic use of the sanction of imprisonment in Canada may be dated to the building of the Kingston Penitentiary in 1835. The penitentiary sentence was itself originally conceived as an alternative to the harsher penalties of death, flogging, or imprisonment in a local jail. Sentencing reformers advocated the use of penitentiary imprisonment as having effects which were not only deterrent, denunciatory, and preventive, but also rehabilitative, with long hours spent in contemplation and hard work contributing to the betterment of the offender: see Law Reform Commission of Canada, Working Paper 11, *Imprisonment and Release* (1975), at p. 5.

Le recours systématique à la peine d'emprisonnement au Canada remonte à la construction du pénitencier de Kingston en 1835. À l'origine, l'emprisonnement avait lui-même été conçu comme une solution de rechange aux peines plus sévères qu'étaient la mort, le fouet ou l'emprisonnement dans une prison locale. Les réformateurs faisaient valoir que l'emprisonnement en pénitencier avait non seulement un effet de dissuasion, de dénonciation ou de prévention, mais qu'il contribuait aussi à la réinsertion sociale des délinquants, les longues heures consacrées à la réflexion et aux durs travaux contribuant à leur rééducation: voir Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 11, *Emprisonnement — Libération* (1975), à la p. 5.

54 Notwithstanding its idealistic origins, imprisonment quickly came to be condemned as harsh and ineffective, not only in relation to its purported rehabilitative goals, but also in relation to its broader public goals. The history of Canadian commentary regarding the use and effectiveness of imprisonment as a sanction was recently well summarized by Vancise J.A., dissenting in the Saskatchewan Court of Appeal in *McDonald, supra*, at pp. 429-30:

Malgré ses origines empreintes d'idéalisme, l'emprisonnement a vite été condamné pour sa dureté et son inefficacité, non seulement eu égard à ses objectifs proclamés de réinsertion sociale, mais aussi relativement à ses objectifs publics plus généraux. Le juge Vancise, dissident en Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *McDonald*, précité, a bien résumé les commentaires qu'a suscités au fil des ans au Canada l'efficacité du recours à l'emprisonnement, aux pp. 429 et 430:

A number of inquiries and commissions have been held in this country to examine, among other things, the effectiveness of the use of incarceration in sentencing. There has been at least one commission or inquiry into the use of imprisonment in each decade of this century since 1914. . . .

[TRADUCTION] Nombre d'enquêtes et de commissions ont été tenues dans ce pays pour examiner, entre autres choses, l'efficacité du recours à la peine d'incarcération. Depuis 1914, chaque décennie a vu au moins une commission ou une enquête sur le recours à l'emprisonnement . . .

. . . An examination of the recommendations of these reports reveals one constant theme: imprisonment should be avoided if possible and should be reserved for the most serious offences, particularly those involving violence. They all recommend restraint in the use of incarceration and recognize that incarceration has failed to reduce the crime rate and should be used with caution and moderation. Imprisonment has failed to satisfy a

. . . Une constante se dégage de l'examen des recommandations de ces rapports: il faut éviter l'emprisonnement autant que possible et réserver cette sanction pour les infractions les plus graves, particulièrement les infractions avec violence. Tous recommandent que l'incarcération soit utilisée avec retenue, reconnaissant que la prison n'a pas permis de réduire le taux de criminalité et qu'on ne devrait y recourir qu'avec prudence et

basic function of the Canadian judicial system which was described in the Report of the Canadian Committee on Corrections entitled: "Toward Unity: Criminal Justice and Corrections" (1969) as "to protect society from crime in a manner commanding public support while avoiding needless injury to the offender". [Emphasis added; footnote omitted.]

In a similar vein, in 1987, the Canadian Sentencing Commission wrote in its report entitled *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, at pp. xxiii-xxiv:

Canada does not imprison as high a portion of its population as does the United States. However, we do imprison more people than most other western democracies. The *Criminal Code* displays an apparent bias toward the use of incarceration since for most offences the penalty indicated is expressed in terms of a maximum term of imprisonment. A number of difficulties arise if imprisonment is perceived to be the preferred sanction for most offences. Perhaps most significant is that although we regularly impose this most onerous and expensive sanction, it accomplishes very little apart from separating offenders from society for a period of time. In the past few decades many groups and federally appointed committees and commissions given the responsibility of studying various aspects of the criminal justice system have argued that imprisonment should be used only as a last resort and/or that it should be reserved for those convicted of only the most serious offences. However, although much has been said, little has been done to move us in this direction. [Emphasis added.]

With equal force, in *Taking Responsibility* (1988), at p. 75, the Standing Committee on Justice and Solicitor General stated:

It is now generally recognized that imprisonment has not been effective in rehabilitating or reforming offenders, has not been shown to be a strong deterrent, and has achieved only temporary public protection and uneven retribution, as the lengths of prison sentences handed down vary for the same type of crime.

Since imprisonment generally offers the public protection from criminal behaviour for only a limited time,

modération. L'emprisonnement n'a pas rempli la fonction de base du système judiciaire canadien que le Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, intitulé «Justice pénale et correction: un lien à forger» (1969), avait ainsi défini: «protéger la société du crime d'une manière qui commande le respect du public tout en évitant de porter inutilement préjudice au contrevenant». [Nous soulignons; note omise.]

Dans la même veine, en 1987, la Commission canadienne sur la détermination de la peine écrivait ceci dans son rapport *Réformer la sentence: une approche canadienne*, à la p. xxiv:

Le pourcentage de la population canadienne qui est incarcérée n'est pas aussi élevé que celui de la population américaine, mais il dépasse celui de la plupart des autres démocraties occidentales. Le *Code criminel* témoigne d'une certaine partialité en faveur de l'incarcération, puisque la peine indiquée pour la plupart des infractions l'est sous forme d'une peine d'incarcération maximale. Le fait que l'emprisonnement soit perçu comme la sanction préférée pour la plupart des infractions pose cependant un certain nombre de difficultés. La plus importante est sans doute qu'en dépit du fait que nous infligeons régulièrement cette sanction particulièrement lourde et coûteuse, elle n'a produit que très peu d'effet, si ce n'est de mettre des contrevenants à l'écart de la société pendant un certain temps. Depuis plusieurs décennies, bon nombre de groupements et de comités et commissions chargés par le gouvernement fédéral d'étudier les divers aspects du système pénal ont affirmé que l'incarcération ne devrait être qu'une solution de dernier recours ou qu'elle devrait être réservée aux auteurs des infractions les plus graves. Cependant, malgré la fréquence avec laquelle cette recommandation a été formulée, peu de pas ont été faits dans cette direction. [Nous soulignons.]

Avec une égale force, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général disait ceci dans *Des responsabilités à assumer* (1988), à la p. 81:

En règle générale, on admet aujourd'hui que l'emprisonnement n'a pas eu pour effet de réadapter ou de réformer les délinquants, ne s'est pas révélé très dissuasif, n'a permis que temporairement de protéger la société et n'a pas contribué à l'uniformité du châtement, la durée des peines de prison prononcées variant pour le même genre d'infraction.

Puisque l'emprisonnement ne permet généralement de protéger la société contre le comportement criminel

rehabilitation of the offender is of great importance. However, prisons have not generally been effective in reforming their inmates, as the high incidence of recidivism among prison populations shows.

The use of imprisonment as a main response to a wide variety of offences against the law is not a tenable approach in practical terms. Most offenders are neither violent nor dangerous. Their behaviour is not likely to be improved by the prison experience. In addition, their growing numbers in jails and penitentiaries entail serious problems of expense and administration, and possibly increased future risks to society. Moreover, modern technology may now permit the monitoring in the community of some offenders who previously might have been incarcerated for incapacitation or denunciation purposes. Alternatives to imprisonment and intermediate sanctions, therefore, are increasingly viewed as necessary developments. [Emphasis added; footnotes omitted.]

The Committee proposed that alternative forms of sentencing should be considered for those offenders who did not endanger the safety of others. It was put in this way, at pp. 50 and 54:

[O]ne of the primary foci of such alternatives must be on techniques which contribute to offenders accepting responsibility for their criminal conduct and, through their subsequent behaviour, demonstrating efforts to restore the victim to the position he or she was in prior to the offence and/or providing a meaningful apology.

[E]xcept where to do so would place the community at undue risk, the "correction" of the offender should take place in the community and imprisonment should be used with restraint.

57

Thus, it may be seen that although imprisonment is intended to serve the traditional sentencing goals of separation, deterrence, denunciation, and rehabilitation, there is widespread consensus that imprisonment has not been successful in achieving some of these goals. Overincarceration is a longstanding problem that has been many times publicly acknowledged but never addressed in a systematic manner by Parliament. In recent years, compared to other countries, sentences of imprisonment in Canada have increased at an alarming

que pour un temps limité, la réadaptation du délinquant est très importante. Les prisons n'ont pas vraiment réussi à réformer les détenus, comme en témoigne le taux élevé de récidive.

Concrètement, le recours à l'emprisonnement comme principale punition pour toutes sortes d'infractions à la loi n'est pas une approche défendable. La plupart des délinquants ne sont ni violents ni dangereux. Il est peu probable que leur comportement s'améliore par suite d'un séjour en prison. De plus, leur nombre croissant dans les prisons et les pénitenciers pose de graves problèmes de coût et d'administration et augmente peut-être les risques qu'ils pourraient faire courir plus tard à la société. En outre, la technologie moderne peut permettre aujourd'hui de surveiller dans la collectivité des délinquants que l'on aurait pu autrefois incarcérer à des fins de neutralisation ou de dénonciation. Par conséquent, les solutions de rechange à l'incarcération et les sanctions intermédiaires sont de plus en plus considérées comme des mesures nécessaires. [Nous soulignons; notes omises.]

Le Comité a recommandé d'envisager des solutions de rechange pour les contrevenants qui n'ont pas mis en danger la sécurité d'autrui, disant ceci aux pp. 57 et 61:

[I] faut d'abord et avant tout mettre l'accent sur des méthodes qui incitent les contrevenants à assumer la responsabilité de leur comportement criminel et s'efforcer par la suite de faire retrouver à la victime la situation où elle était avant l'infraction et à lui témoigner un repentir sincère.

[À] moins que cela ne représente un risque disproportionné pour la société, la réadaptation du délinquant devrait se faire dans la société et [...] il faut avoir recours à l'incarcération le moins souvent possible.

Ainsi, il appert que même si l'emprisonnement vise les objectifs traditionnels d'isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale, il est généralement admis qu'il n'a pas réussi à réaliser certains d'entre eux. Le recours excessif à l'incarcération est un problème de longue date dont l'existence a été maintes fois reconnue sur la place publique mais que le Parlement n'a jamais abordé de façon systématique. Au cours des dernières années, le Canada, comparativement à d'autres pays, a enregistré une augmentation alar-

rate. The 1996 sentencing reforms embodied in Part XXIII, and s. 718.2(e) in particular, must be understood as a reaction to the overuse of prison as a sanction, and must accordingly be given appropriate force as remedial provisions.

(2) The Overrepresentation of Aboriginal Canadians in Penal Institutions

If overreliance upon incarceration is a problem with the general population, it is of much greater concern in the sentencing of aboriginal Canadians. In the mid-1980s, aboriginal people were about 2 percent of the population of Canada, yet they made up 10 percent of the penitentiary population. In Manitoba and Saskatchewan, aboriginal people constituted something between 6 and 7 percent of the population, yet in Manitoba they represented 46 percent of the provincial admissions and in Saskatchewan 60 percent: see M. Jackson, "Locking Up Natives in Canada" (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215 (article originally prepared as a report of the Canadian Bar Association Committee on Imprisonment and Release in June 1988), at pp. 215-16. The situation has not improved in recent years. By 1997, aboriginal peoples constituted closer to 3 percent of the population of Canada and amounted to 12 percent of all federal inmates: Solicitor General of Canada, Consolidated Report, *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act — Five Years Later* (1998), at pp. 142-55. The situation continues to be particularly worrisome in Manitoba, where in 1995-96 they made up 55 percent of admissions to provincial correctional facilities, and in Saskatchewan, where they made up 72 percent of admissions. A similar, albeit less drastic situation prevails in Alberta and British Columbia: Canadian Centre for Justice Statistics, *Adult Correctional Services in Canada, 1995-96* (1997), at p. 30.

This serious problem of aboriginal overrepresentation in Canadian prisons is well documented.

mante des peines d'emprisonnement. Les réformes introduites en 1996 dans la partie XXIII, et l'al. 718.2e) en particulier, doivent être comprises comme une réaction au recours trop fréquent à l'incarcération comme sanction, et il faut par conséquent en reconnaître pleinement le caractère réparateur.

(2) La surreprésentation des autochtones canadiens dans les établissements pénitentiaires

Si le recours à l'incarcération constitue un problème eu égard à l'ensemble de la population, il est beaucoup plus aigu dans le cas des autochtones canadiens. Au milieu des années 80, les autochtones représentaient environ 2 p. 100 de la population du Canada, mais 10 p. 100 de la population carcérale. Au Manitoba et en Saskatchewan, les autochtones constituaient entre 6 et 7 p. 100 de la population, mais représentaient, au Manitoba, 46 p. 100 des admissions provinciales et, en Saskatchewan, 60 p. 100: voir M. Jackson, «Locking Up Natives in Canada» (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215 (article rédigé initialement comme rapport de l'Association du Barreau canadien, Comité spécial sur l'emprisonnement et la libération, publié en juin 1988), aux pp. 215 et 216. La situation ne s'est pas améliorée ces dernières années. En 1997, les autochtones constituaient près de 3 p. 100 de la population du Canada, mais 12 p. 100 de l'ensemble des détenus fédéraux: Solliciteur général du Canada, Rapport global, *Pour une société juste, paisible et sûre: La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Cinq ans plus tard* (1998), aux pp. 163 à 179. La situation continue d'être particulièrement préoccupante au Manitoba où, en 1995-96, ils représentaient 55 p. 100 des admissions dans les établissements correctionnels provinciaux, et en Saskatchewan, où ils représentaient jusqu'à 72 p. 100 des admissions. Une situation semblable, bien que moins dramatique, prévaut en Alberta et en Colombie-Britannique: Centre canadien de la statistique juridique, *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1995-1996* (1997), à la p. 30.

Le grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons canadiennes a fait

Like the general problem of overincarceration itself, the excessive incarceration of aboriginal peoples has received the attention of a large number of commissions and inquiries: see, by way of example only, Canadian Corrections Association, *Indians and the Law* (1967); Law Reform Commission of Canada, *The Native Offender and the Law* (1974), prepared by D. A. Schmeiser; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide* (1996).

l'objet de nombreuses études. Tout comme le problème en soi du trop grand nombre d'incarcérations, l'incarcération excessive des autochtones a reçu l'attention d'un grand nombre de commissions et d'enquêtes: voir, à titre d'exemples seulement, Société canadienne de criminologie, *Les Indiens et la loi* (1967); Commission de réforme du droit du Canada, *La délinquance chez les autochtones et la loi* (1974), préparé par D. A. Schmeiser; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles* (1996).

60

In "Locking Up Natives in Canada", *supra*, at pp. 215-16, Jackson provided a disturbing account of the enormity of the disproportion:

Dans «Locking Up Natives in Canada», *loc. cit.*, aux pp. 215 et 216, Jackson fait un exposé troublant de l'énormité de la disproportion:

Statistics about crime are often not well understood by the public and are subject to variable interpretation by the experts. In the case of the statistics regarding the impact of the criminal justice system on native people the figures are so stark and appalling that the magnitude of the problem can be neither misunderstood nor interpreted away. Native people come into contact with Canada's correctional system in numbers grossly disproportionate to their representation in the community. More than any other group in Canada they are subject to the damaging impacts of the criminal justice system's heaviest sanctions. Government figures — which reflect different definitions of "native" and which probably underestimate the number of prisoners who consider themselves native — show that almost 10% of the federal penitentiary population is native (including 13% of the federal women's prisoner population) compared to about 2% of the population nationally. . . . Even more disturbing, the disproportionality is growing. In 1965 some 22% of the prisoners in Stony Mountain Penitentiary were native; in 1984 this proportion was 33%. It is realistic to expect that absent radical change, the problem will intensify due to the higher birth rate in native communities.

[TRADUCTION] Les statistiques sur la criminalité sont souvent mal comprises par le public et sujettes à différentes interprétations des spécialistes en la matière. Dans le cas des statistiques relatives aux effets du système de justice pénale sur les autochtones, les chiffres sont si clairs et consternants qu'on ne peut ni méconnaître ni mésestimer l'ampleur du problème. Le nombre d'autochtones qui viennent en contact avec le système correctionnel canadien est grossièrement disproportionné par rapport à leur représentation dans la communauté. Plus que tout autre groupe au Canada, ils subissent les effets dommageables des plus lourdes sanctions du système de justice pénale. Les statistiques gouvernementales, qui s'appuient sur différentes définitions du terme «autochtone» et qui sous-estiment vraisemblablement le nombre de détenus qui se considèrent comme autochtones, montrent que près de 10 % de la population des pénitenciers fédéraux est autochtone (y compris environ 13 % de la population des prisons fédérales pour femmes) comparativement à 2 % de la population canadienne. [. . .] Fait encore plus troublant, la disproportion s'accroît. Ainsi, en 1965, quelque 22 % des prisonniers du pénitencier de Stony Mountain étaient autochtones; en 1984, leur proportion était passée à 33 %. Il n'est pas irréaliste de croire qu'en l'absence de changements radicaux, le problème s'aggraverait encore en raison de la forte croissance démographique des autochtones.

Bad as this situation is within the federal system, it is even worse in a number of the western provincial correctional systems. . . . A study reviewing admissions to

Si alarmante que puisse être la situation au sein du système fédéral, elle l'est encore plus dans un certain nombre de systèmes correctionnels provinciaux de

Saskatchewan's correctional system in 1976-77 appropriately titled "Locking Up Indians in Saskatchewan", contains findings that should shock the conscience of everyone in Canada. In comparison to male non-natives, male treaty Indians were 25 times more likely to be admitted to a provincial correctional centre while non-status Indians or Métis were 8 times more likely to be admitted. If only the population over fifteen years of age is considered (the population eligible to be admitted to provincial correctional centres in Saskatchewan), then male treaty Indians were 37 times more likely to be admitted, while male non-status Indians were 12 times more likely to be admitted. For women the figures are even more extreme: a treaty Indian woman was 131 times more likely to be admitted and a non-status or Métis woman 28 times more likely than a non-native.

The Saskatchewan study brings home the implications of its findings by indicating that a treaty Indian boy turning 16 in 1976 had a 70% chance of at least one stay in prison by the age of 25 (that age range being the one with the highest risk of imprisonment). The corresponding figure for non-status or Métis was 34%. For a non-native Saskatchewan boy the figure was 8%. Put another way, this means that in Saskatchewan, prison has become for young native men, the promise of a just society which high school and college represent for the rest of us. Placed in an historical context, the prison has become for many young native people the contemporary equivalent of what the Indian residential school represented for their parents. [Emphasis added; footnotes omitted.]

Not surprisingly, the excessive imprisonment of aboriginal people is only the tip of the iceberg insofar as the estrangement of the aboriginal peoples from the Canadian criminal justice system is concerned. Aboriginal people are overrepresented in virtually all aspects of the system. As this Court recently noted in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 58, there is widespread bias against aboriginal people within Canada, and "[t]here is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system".

l'Ouest. [. . .] Une étude des admissions dans le système correctionnel de la Saskatchewan en 1976-77, pertinemment intitulée «Locking Up Indians in Saskatchewan», contient des conclusions qui ne peuvent manquer de heurter la conscience de tous les Canadiens. Comparativement aux hommes non-autochtones, les Indiens inscrits étaient 25 fois plus susceptibles d'être admis dans un centre correctionnel provincial, alors que les Indiens non inscrits ou les Métis l'étaient 8 fois plus. Si l'on considère uniquement la population âgée de plus de quinze ans (soit la population admissible dans les centres correctionnels de la Saskatchewan), les Indiens inscrits étaient 37 fois plus susceptibles d'être admis, alors que les Indiens non inscrits l'étaient 12 fois plus. Pour les femmes, les chiffres sont encore plus criants: une Indienne inscrite était 131 fois plus susceptibles qu'une non-Indienne d'être admise dans un centre correctionnel, et une Indienne non inscrite ou une Métis l'était 28 fois plus qu'une non-autochtone.

L'étude faite en Saskatchewan concrétise l'incidence de ses conclusions en signalant que pour un Indien inscrit âgé de 16 ans en 1976, la probabilité d'être incarcéré au moins une fois avant l'âge de 25 ans était de 70 % (ce groupe d'âge est celui du plus haut risque d'incarcération). La probabilité correspondante pour les Indiens non inscrits ou les Métis était de 34 %; pour un jeune garçon non-autochtone de la Saskatchewan, elle était de 8 %. Autrement dit, en Saskatchewan, la prison symbolise pour les adolescents autochtones l'avenir que leur réserve la société, au même titre que l'école secondaire et le collège pour tous les autres Canadiens. Dans un contexte historique, la prison est, pour bon nombre de jeunes autochtones, l'équivalent de ce que les pensionnats étaient pour leurs parents. [Nous soulignons; notes omises.]

Il ne faut pas s'en surprendre, mais le recours excessif à l'emprisonnement dans le cas des autochtones n'est que la pointe de l'iceberg en ce qui concerne la marginalisation des autochtones au sein du système de justice pénale au Canada. Les autochtones sont surreprésentés dans virtuellement tous les aspects du système. Notre Cour a souligné récemment dans *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, au par. 58, que les préjugés contre les autochtones sont largement répandus au Canada, et qu'«[i]l y a une preuve que ce racisme largement répandu s'est traduit par une discrimination systématique dans le système de justice pénale».

62 Statements regarding the extent and severity of this problem are disturbingly common. In *Bridging the Cultural Divide*, *supra*, at p. 309, the Royal Commission on Aboriginal Peoples listed as its first “Major Findings and Conclusions” the following striking yet representative statement:

The Canadian criminal justice system has failed the Aboriginal peoples of Canada — First Nations, Inuit and Métis people, on-reserve and off-reserve, urban and rural — in all territorial and governmental jurisdictions. The principal reason for this crushing failure is the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice.

63 To the same effect, the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba described the justice system in Manitoba as having failed aboriginal people on a “massive scale”, referring particularly to the substantially different cultural values and experiences of aboriginal people: *The Justice System and Aboriginal People*, *supra*, at pp. 1 and 86.

64 These findings cry out for recognition of the magnitude and gravity of the problem, and for responses to alleviate it. The figures are stark and reflect what may fairly be termed a crisis in the Canadian criminal justice system. The drastic overrepresentation of aboriginal peoples within both the Canadian prison population and the criminal justice system reveals a sad and pressing social problem. It is reasonable to assume that Parliament, in singling out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in s. 718.2(e), intended to attempt to redress this social problem to some degree. The provision may properly be seen as Parliament’s direction to members of the judiciary to inquire into the causes of the problem and to endeavour to remedy it, to the extent that a remedy is possible through the sentencing process.

Les propos touchant l’étendue et la gravité de ce problème sont d’une fréquence troublante. Dans *Par-delà les divisions culturelles*, *op. cit.*, à la p. 336, la Commission royale sur les peuples autochtones a placé en tête de liste de ses «Constatations et conclusions» l’énoncé suivant, aussi frappant que représentatif:

Le système canadien de justice pénale n’a pas su répondre aux besoins des peuples autochtones du Canada — Premières nations, Inuit et Métis habitant en réserve ou hors réserve, en milieu urbain ou en milieu rural —, peu importe le territoire où ils vivent ou le gouvernement dont ils relèvent. Ce lamentable échec découle surtout de ce qu’autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l’égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l’administrer.

Dans le même sens, la Commission d’enquête sur la justice autochtone du Manitoba a qualifié de [TRADUCTION] «massive» la faillite du système de justice au Manitoba à l’égard des autochtones, compte tenu en particulier des valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones: *The Justice System and Aboriginal People*, *op. cit.*, aux pp. 1 et 86.

Ces constatations exigent qu’on reconnaisse l’ampleur et la gravité du problème, et qu’on s’y attaque. Les chiffres sont criants et reflètent ce qu’on peut à bon droit qualifier de crise dans le système canadien de justice pénale. La surreprésentation critique des autochtones au sein de la population carcérale comme dans le système de justice pénale témoigne d’un problème social attristant et urgent. Il est raisonnable de présumer que le Parlement, en prévoyant spécifiquement à l’al. 718.2e) la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans la détermination de la peine, a voulu tenter d’apporter une certaine solution à ce problème social. On peut légitimement voir dans cette disposition une directive que le Parlement adresse à la magistrature, l’invitant à se pencher sur les causes du problème et à s’efforcer d’y remédier, dans la mesure où cela est possible dans le cadre du processus de détermination de la peine.

It is clear that sentencing innovation by itself cannot remove the causes of aboriginal offending and the greater problem of aboriginal alienation from the criminal justice system. The unbalanced ratio of imprisonment for aboriginal offenders flows from a number of sources, including poverty, substance abuse, lack of education, and the lack of employment opportunities for aboriginal people. It arises also from bias against aboriginal people and from an unfortunate institutional approach that is more inclined to refuse bail and to impose more and longer prison terms for aboriginal offenders. There are many aspects of this sad situation which cannot be addressed in these reasons. What can and must be addressed, though, is the limited role that sentencing judges will play in remedying injustice against aboriginal peoples in Canada. Sentencing judges are among those decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system. They determine most directly whether an aboriginal offender will go to jail, or whether other sentencing options may be employed which will play perhaps a stronger role in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime.

E. A Framework of Analysis for the Sentencing Judge

(1) What Are the “Circumstances of Aboriginal Offenders”?

How are sentencing judges to play their remedial role? The words of s. 718.2(e) instruct the sentencing judge to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders, with the implication that those circumstances are significantly different from those of non-aboriginal offenders. The background considerations regarding the distinct situation of aboriginal peoples in Canada encompass a wide range of unique circumstances, including, most particularly:

65

Il est évident que des pratiques innovatrices dans la détermination de la peine ne peuvent à elles seules faire disparaître les causes de la criminalité autochtone et le problème plus large de l’aliénation des autochtones par rapport au système de justice pénale. La proportion anormale d’emprisonnement chez les délinquants autochtones découle de nombreuses sources, dont la pauvreté, la toxicomanie, le manque d’instruction et le manque de possibilités d’emploi. Elle découle également de préjugés contre les autochtones et d’une tendance institutionnelle déplorable à refuser les cautionnements et à infliger des peines d’emprisonnement plus longues et plus fréquentes aux délinquants autochtones. Plusieurs aspects de cette triste réalité sont hors du champ des présents motifs. Mais ce qu’on peut et doit examiner, c’est le rôle limité que joueront les juges chargés d’infliger les peines dans le redressement des injustices subies par les autochtones au Canada. Les juges qui prononcent les peines comptent parmi les décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice. Ce sont eux qui décident le plus directement si un délinquant autochtone ira en prison, ou s’il est possible d’envisager des solutions de rechange qui permettront peut-être davantage de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d’autres crimes.

E. Cadre d’analyse proposé au juge prononçant la peine

(1) Qu’entend-on par «circonstances» en ce qui concerne les délinquants autochtones?

Comment le juge qui prononce la peine doit-il jouer son rôle réparateur? Le texte de l’al. 718.2e) lui enjoint d’accorder une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, étant sous-entendu que ces circonstances sont substantiellement différentes dans le cas des délinquants non-autochtones. Les considérations générales entrant en jeu dans l’examen de la situation distincte des autochtones au Canada comprennent un large éventail de circonstances particulières dont notamment:

66

- (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and
- (B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection.

(a) *Systemic and Background Factors*

67

The background factors which figure prominently in the causation of crime by aboriginal offenders are by now well known. Years of dislocation and economic development have translated, for many aboriginal peoples, into low incomes, high unemployment, lack of opportunities and options, lack or irrelevance of education, substance abuse, loneliness, and community fragmentation. These and other factors contribute to a higher incidence of crime and incarceration. A disturbing account of these factors is set out by Professor Tim Quigley, "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders", in *Continuing Poundmaker and Riel's Quest* (1994), at pp. 269-300. Quigley ably describes the process whereby these various factors produce an overincarceration of aboriginal offenders, noting (at pp. 275-76) that "[t]he unemployed, transients, the poorly educated are all better candidates for imprisonment. When the social, political and economic aspects of our society place Aboriginal people disproportionately within the ranks of the latter, our society literally sentences more of them to jail."

68

It is true that systemic and background factors explain in part the incidence of crime and recidivism for non-aboriginal offenders as well. However, it must be recognized that the circumstances of aboriginal offenders differ from those of the majority because many aboriginal people are victims of systemic and direct discrimination, many suffer the legacy of dislocation, and many are sub-

- (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;
- (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones.

a) *Facteurs systémiques et historiques*

Les facteurs historiques qui jouent un rôle de premier plan dans la criminalité des délinquants autochtones sont aujourd'hui bien connus. Des années de bouleversements et de développement économique se sont traduites, pour nombre d'autochtones, par de faibles revenus, un fort taux de chômage, un manque de débouchés et d'options, une instruction insuffisante ou inadéquate, l'abus de drogue et d'alcool, l'isolement et la fragmentation des communautés. Ces facteurs et d'autres encore contribuent à l'incidence élevée du crime et de l'incarcération. Le professeur Tim Quigley brosse un tableau sombre de ces facteurs dans «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders», dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest* (1994), aux pp. 269 et 300. Quigley décrit fort bien le processus par lequel ces divers facteurs conduisent à l'incarcération excessive des délinquants autochtones, aux pp. 275 et 276: [TRANSDUCTION] «Les chômeurs, les personnes sans domicile fixe, celles qui ont peu d'instruction sont les meilleurs candidats à l'emprisonnement. Lorsque les facteurs sociaux, politiques et économiques de notre société placent un nombre disproportionné d'autochtones dans les rangs de ces personnes, cela revient littéralement pour notre société à en condamner un plus grand nombre à la prison.»

Il est vrai que certains des facteurs systémiques et historiques expliquent aussi en partie l'incidence du crime et du récidivisme chez les délinquants non-autochtones. Il faut toutefois reconnaître que la situation des délinquants autochtones diffère de celle de la majorité puisque de nombreux autochtones sont victimes de discrimination directe ou systémique, beaucoup souffrent des séquelles de la

stantially affected by poor social and economic conditions. Moreover, as has been emphasized repeatedly in studies and commission reports, aboriginal offenders are, as a result of these unique systemic and background factors, more adversely affected by incarceration and less likely to be “rehabilitated” thereby, because the internment milieu is often culturally inappropriate and regrettably discrimination towards them is so often rampant in penal institutions.

In this case, of course, we are dealing with factors that must be considered by a judge sentencing an aboriginal offender. While background and systemic factors will also be of importance for a judge in sentencing a non-aboriginal offender, the judge who is called upon to sentence an aboriginal offender must give attention to the unique background and systemic factors which may have played a part in bringing the particular offender before the courts. In cases where such factors have played a significant role, it is incumbent upon the sentencing judge to consider these factors in evaluating whether imprisonment would actually serve to deter, or to denounce crime in a sense that would be meaningful to the community of which the offender is a member. In many instances, more restorative sentencing principles will gain primary relevance precisely because the prevention of crime as well as individual and social healing cannot occur through other means.

(b) *Appropriate Sentencing Procedures and Sanctions*

Closely related to the background and systemic factors which have contributed to an excessive aboriginal incarceration rate are the different conceptions of appropriate sentencing procedures and sanctions held by aboriginal people. A significant problem experienced by aboriginal people who come into contact with the criminal justice system is that the traditional sentencing ideals of deterrence, separation, and denunciation are often far removed from the understanding of sentencing held by these offenders and their community. The aims of restorative justice as now expressed in paras. (d), (e), and (f) of s. 718 of the *Criminal*

relocalisation, et beaucoup sont dans une situation économique et sociale défavorables. De plus, comme l’ont fréquemment souligné les études et rapports de commissions, les délinquants autochtones, en raison de ces facteurs systémiques et historiques particuliers, sont plus fortement touchés par l’incarcération et ont moins de chances de réinsertion sociale car le milieu carcéral est souvent culturellement inadapté et malheureusement un lieu de discrimination patente à leur égard.

En l’espèce, nous analysons bien sûr les facteurs que le juge prononçant la peine d’un délinquant autochtone doit prendre en considération. Si les facteurs historiques et systémiques ont aussi leur importance dans la détermination de la peine applicable aux délinquants non-autochtones, le juge chargé de prononcer la peine d’un délinquant autochtone doit prêter attention aux facteurs historiques et systémiques particuliers qui ont pu contribuer à ce que ce délinquant soit traduit devant les tribunaux. Dans les cas où de tels facteurs ont joué un rôle important, il incombe au juge de la peine d’en tenir compte pour déterminer si l’incarcération aurait réellement un effet de dissuasion et de dénonciation du crime qui aurait un sens dans la communauté à laquelle le délinquant appartient. Dans bien des cas, les principes correctifs de détermination de la peine deviendront les plus pertinents pour la raison précise qu’il n’y a aucun autre moyen d’assurer la prévention du crime et la guérison individuelle et sociale.

b) *Les procédures de détermination de la peine et les sanctions appropriées*

En étroite relation avec les facteurs historiques et systémiques qui ont contribué au taux excessif d’incarcération des autochtones, il existe aussi des conceptions différentes chez les autochtones des procédures de détermination de la peine et des sanctions appropriées. Un problème important pour les autochtones qui font face au système de justice pénale tient à ce que les idéaux traditionnels de dissuasion, d’isolement et de dénonciation sont souvent très éloignés de la vision qu’ont ces délinquants et leur communauté de la détermination de la peine. Les valeurs de justice correctrice, exprimées aujourd’hui aux al. d), e) et f) de l’art. 718 du

69

70

Code apply to all offenders, and not only aboriginal offenders. However, most traditional aboriginal conceptions of sentencing place a primary emphasis upon the ideals of restorative justice. This tradition is extremely important to the analysis under s. 718.2(e).

Code criminel, s'appliquent à tous les délinquants, et non seulement aux délinquants autochtones. Cependant les notions traditionnelles de sanction chez les autochtones accordent pour la plupart une importance primordiale aux idéaux de justice corrective. Cette tradition est extrêmement importante pour l'analyse de l'al. 718.2e).

71 The concept and principles of a restorative approach will necessarily have to be developed over time in the jurisprudence, as different issues and different conceptions of sentencing are addressed in their appropriate context. In general terms, restorative justice may be described as an approach to remedying crime in which it is understood that all things are interrelated and that crime disrupts the harmony which existed prior to its occurrence, or at least which it is felt should exist. The appropriateness of a particular sanction is largely determined by the needs of the victims, and the community, as well as the offender. The focus is on the human beings closely affected by the crime. See generally, e.g., *Bridging the Cultural Divide*, *supra*, at pp. 12-25; *The Justice System and Aboriginal People*, *supra*, at pp. 17-46; Kwochka, *supra*; M. Jackson, "In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

La jurisprudence sera nécessairement appelée, avec le temps, à développer le concept et les principes d'une approche corrective, à mesure que se poseront différentes questions et que s'affronteront différentes conceptions de la détermination de la peine dans le contexte approprié. En termes généraux, la justice corrective peut se définir comme une conception de la réponse au crime selon laquelle, tout étant interrelié, le crime vient rompre l'harmonie qui existait avant sa perpétration, ou du moins l'harmonie souhaitée. L'adéquation d'une sanction donnée est alors largement déterminée par les besoins des victimes et de la communauté, ainsi que par ceux du délinquant. L'accent est mis sur les êtres humains touchés de près par le crime. Voir de façon générale, *Par-delà les divisions culturelles*, *op. cit.*, aux pp. 13 à 28; *The Justice System and Aboriginal People*, *op. cit.*, aux pp. 17 à 46; Kwochka, *loc. cit.*; M. Jackson, «In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities», [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

72 The existing overemphasis on incarceration in Canada may be partly due to the perception that a restorative approach is a more lenient approach to crime and that imprisonment constitutes the ultimate punishment. Yet in our view a sentence focussed on restorative justice is not necessarily a "lighter" punishment. Some proponents of restorative justice argue that when it is combined with probationary conditions it may in some circumstances impose a greater burden on the offender than a custodial sentence. See Kwochka, *supra*, who writes at p. 165:

Il se peut que le recours excessif à l'incarcération au Canada résulte en partie de l'idée que l'approche corrective est moins sévère à l'égard du crime et que l'emprisonnement est le plus grand châtement. À notre avis cependant une peine axée sur l'approche corrective n'est pas nécessairement un châtement moins sévère. Certains tenants de la justice corrective soutiennent que, combinée à des conditions de probation, elle peut imposer dans certains cas un fardeau plus lourd au délinquant qu'une peine d'emprisonnement. Voir Kwochka, *loc. cit.*, qui dit à la p. 165:

At this point there is some divergence among proponents of restorative justice. Some seek to abandon the punishment paradigm by focusing on the differing goals of a restorative system. Others, while cognizant of the differing goals, argue for a restorative system in terms

[TRADUCTION] À ce stade, il y a des divergences parmi les partisans de la justice corrective. Certains préconisent l'abandon du paradigme du châtement en mettant l'accent sur les objectifs différents d'un système correctif. D'autres, quoique conscients des objectifs dif-

of a punishment model. They argue that non-custodial sentences can have an equivalent punishment value when produced and administered by a restorative system and that the healing process can be more intense than incarceration. Restorative justice necessarily involves some form of restitution and reintegration into the community. Central to the process is the need for offenders to take responsibility for their actions. By comparison, incarceration obviates the need to accept responsibility. Facing victim and community is for some more frightening than the possibility of a term of imprisonment and yields a more beneficial result in that the offender may become a healed and functional member of the community rather than a bitter offender returning after a term of imprisonment.

In describing in general terms some of the basic tenets of traditional aboriginal sentencing approaches, we do not wish to imply that all aboriginal offenders, victims, and communities share an identical understanding of appropriate sentences for particular offences and offenders. Aboriginal communities stretch from coast to coast and from the border with the United States to the far north. Their customs and traditions and their concept of sentencing vary widely. What is important to recognize is that, for many if not most aboriginal offenders, the current concepts of sentencing are inappropriate because they have frequently not responded to the needs, experiences, and perspectives of aboriginal people or aboriginal communities.

It is unnecessary to engage here in an extensive discussion of the relatively recent evolution of innovative sentencing practices, such as healing and sentencing circles, and aboriginal community council projects, which are available especially to aboriginal offenders. What is important to note is that the different conceptions of sentencing held by many aboriginal people share a common underlying principle: that is, the importance of community-based sanctions. Sentencing judges should not conclude that the absence of alternatives specific to an aboriginal community eliminates their ability

férents, préconisent le système correctif en termes de modèle de châtime. Ils soutiennent que les peines non privatives de liberté peuvent avoir une valeur punitive équivalente quand elles sont appliquées et administrées selon un modèle correctif et que le processus de régénération peut être plus intense que l'incarcération. La justice corrective suppose un mode de restitution et de réinsertion dans la communauté. Dans ce processus il est indispensable que les délinquants assument la responsabilité de leurs actes. Comparativement, l'incarcération n'exige pas l'acceptation de la responsabilité. Il est plus terrifiant pour certains d'avoir à confronter la victime ou la communauté que de risquer une période d'emprisonnement, et cette démarche a des effets plus profitables en ce sens que le délinquant peut se ressourcer et devenir un participant fonctionnel de la communauté au lieu d'un délinquant plein de rancœur à sa sortie de prison.

En décrivant en termes généraux quelques préceptes fondamentaux des modèles autochtones traditionnels de détermination de la peine, nous ne disons pas que tous les délinquants autochtones, toutes les victimes et toutes les communautés partagent une conception identique des peines adaptées à des infractions et des délinquants donnés. On trouve des collectivités autochtones d'un océan à l'autre et de la frontière américaine au Grand Nord. Leurs coutumes, leurs traditions et leur conception du processus de détermination de la peine varient grandement. Ce qu'il importe de reconnaître, c'est que, pour beaucoup sinon la plupart des délinquants autochtones, les concepts actuels de la détermination de la peine sont inadaptés parce que, souvent, ces concepts n'ont pas permis de répondre aux besoins, à l'expérience et à la façon de voir des peuples et communautés autochtones.

Il n'est pas nécessaire de s'engager ici dans un examen approfondi de l'évolution relativement récente des pratiques novatrices en matière de détermination de la peine, tels la cérémonie du cercle de guérison et les conseils de détermination de la peine, ainsi que les projets des conseils autochtones, offerts spécialement aux délinquants autochtones. Ce qu'il importe de noter, c'est que les conceptions différentes que bon nombre d'autochtones ont de la détermination de la peine ont en commun le principe sous-jacent de l'importance des sanctions rattachées à la communauté. Les juges déter-

73

74

to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved. Rather, the point is that one of the unique circumstances of aboriginal offenders is that community-based sanctions coincide with the aboriginal concept of sentencing and the needs of aboriginal people and communities. It is often the case that neither aboriginal offenders nor their communities are well served by incarcerating offenders, particularly for less serious or non-violent offences. Where these sanctions are reasonable in the circumstances, they should be implemented. In all instances, it is appropriate to attempt to craft the sentencing process and the sanctions imposed in accordance with the aboriginal perspective.

(2) The Search for a Fit Sentence

75

The role of the judge who sentences an aboriginal offender is, as for every offender, to determine a fit sentence taking into account all the circumstances of the offence, the offender, the victims, and the community. Nothing in Part XXIII of the *Criminal Code* alters this fundamental duty as a general matter. However, the effect of s. 718.2(e), viewed in the context of Part XXIII as a whole, is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders. Section 718.2(e) requires that sentencing determinations take into account the unique circumstances of aboriginal peoples.

76

In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at p. 567, Lamer C.J. restated the long-standing principle of Canadian sentencing law that the appropriateness of a sentence will depend on the particular circumstances of the offence, the offender, and the community in which the offence took place. Disparity of sentences for similar crimes is a natural consequence of this individualized focus. As he stated:

minant les peines ne devraient pas conclure que l'absence de solutions de rechange spécifiques à une communauté autochtone réduit à néant leur capacité d'infliger une sanction qui tienne compte des principes de justice corrective et des besoins des parties en cause. Au contraire, l'une des circonstances particulières des délinquants autochtones tient à ce que les sanctions rattachées à la communauté coïncident avec la conception autochtone de la détermination de la peine et avec les besoins des autochtones et de leurs communautés. Lorsque ces sanctions sont raisonnables vu les circonstances, elles devraient être appliquées. Il arrive souvent que l'incarcération ne soit pas la bonne solution pour les délinquants autochtones et leur communauté, surtout dans le cas d'infractions mineures ou sans violence. Dans tous les cas, il convient de s'efforcer d'adapter le processus de détermination de la peine et les sanctions infligées à la façon de voir autochtone.

(2) La recherche de la peine appropriée

Le rôle du juge chargé d'infliger une peine à un délinquant autochtone, comme pour chaque délinquant, consiste à déterminer une peine qui tienne compte de toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté. Rien dans la partie XXIII du *Code criminel* ne change la généralité de cette obligation fondamentale. Toutefois dans le contexte de l'ensemble de la partie XXIII, l'al. 718.2e) a pour effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent utiliser pour déterminer la peine appropriée pour des délinquants autochtones. L'alinéa 718.2e) exige que ces décisions tiennent compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les autochtones.

Dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, à la p. 567, le juge en chef Lamer a réitéré le principe bien établi en droit canadien de la détermination de la peine selon lequel l'adéquation d'une peine est fonction des circonstances particulières entourant l'infraction, le délinquant et la collectivité dans laquelle l'infraction a été perpétrée. La disparité des peines pour des crimes similaires est la conséquence naturelle de cet accent mis sur l'individu. Il s'est exprimé en ces termes:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions of this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred.

The comments of Lamer C.J. are particularly apt in the context of aboriginal offenders. As explained herein, the circumstances of aboriginal offenders are markedly different from those of other offenders, being characterized by unique systemic and background factors. Further, an aboriginal offender’s community will frequently understand the nature of a just sanction in a manner significantly different from that of many non-aboriginal communities. In appropriate cases, some of the traditional sentencing objectives will be correspondingly less relevant in determining a sentence that is reasonable in the circumstances, and the goals of restorative justice will quite properly be given greater weight. Through its reform of the purpose of sentencing in s. 718, and through its specific directive to judges who sentence aboriginal offenders, Parliament has, more than ever before, empowered sentencing judges to craft sentences in a manner which is meaningful to aboriginal peoples.

In describing the effect of s. 718.2(e) in this way, we do not mean to suggest that, as a general practice, aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice, and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation. It is unreasonable to assume that aboriginal peoples themselves do not believe in the importance of these latter goals, and even if they do not, that such goals must not predominate in appropriate cases. Clearly there are some serious offences and some offenders for which and for

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent.

Les remarques du juge en chef Lamer sont particulièrement pertinentes en ce qui concerne les délinquants autochtones. Comme nous l’expliquons en l’espèce, les circonstances dans lesquelles ils se trouvent sont nettement différentes de celles d’autres délinquants, et sont caractérisées par des facteurs systémiques et historiques qui leur sont propres. De plus, la communauté à laquelle appartient un délinquant autochtone perçoit la justice de la sanction d’une manière différente de celle de nombreuses communautés non-autochtones. Dans les cas qui s’y prêtent, certains des objectifs traditionnels de détermination de la peine seront relativement moins pertinents dans le choix d’une peine justifiée dans les circonstances, et les buts de la justice corrective auront, à juste titre, davantage de poids. En réformant l’objectif de la détermination de la peine à l’art. 718, et en donnant une directive expresse aux juges chargés d’infliger des peines aux délinquants autochtones, le Parlement, plus que jamais auparavant, a habilité ces juges à adapter les sanctions d’une manière porteuse de sens pour les peuples autochtones.

En décrivant ainsi l’effet de l’al. 718.2e), nous n’affirmons pas que, en règle générale, il faille toujours déterminer la peine des délinquants autochtones de façon à accorder le plus de poids aux principes de justice corrective, au détriment des buts tels la dissuasion, la dénonciation et l’isolement. Il est déraisonnable de présumer que les autochtones eux-mêmes ne croient pas en l’importance de ces buts, et même s’ils n’y croient pas, que ces buts ne doivent pas avoir préséance dans les cas qui l’exigent. À l’évidence, il existe des infractions graves et des délinquants pour lesquels

whom separation, denunciation, and deterrence are fundamentally relevant.

79 Yet, even where an offence is considered serious, the length of the term of imprisonment must be considered. In some circumstances the length of the sentence of an aboriginal offender may be less and in others the same as that of any other offender. Generally, the more violent and serious the offence the more likely it is as a practical reality that the terms of imprisonment for aboriginals and non-aboriginals will be close to each other or the same, even taking into account their different concepts of sentencing.

80 As with all sentencing decisions, the sentencing of aboriginal offenders must proceed on an individual (or a case-by-case) basis: For this offence, committed by this offender, harming this victim, in this community, what is the appropriate sanction under the *Criminal Code*? What understanding of criminal sanctions is held by the community? What is the nature of the relationship between the offender and his or her community? What combination of systemic or background factors contributed to this particular offender coming before the courts for this particular offence? How has the offender who is being sentenced been affected by, for example, substance abuse in the community, or poverty, or overt racism, or family or community breakdown? Would imprisonment effectively serve to deter or denounce crime in a sense that would be significant to the offender and community, or are crime prevention and other goals better achieved through healing? What sentencing options present themselves in these circumstances?

81 The analysis for sentencing aboriginal offenders, as for all offenders, must be holistic and designed to achieve a fit sentence in the circumstances. There is no single test that a judge can apply in order to determine the sentence. The sentencing judge is required to take into account all of

l'isolement, la dénonciation et la dissuasion sont fondamentalement pertinents.

Cependant, même lorsque l'infraction est jugée grave, il faut prendre en considération la durée de la peine d'emprisonnement. Dans certaines circonstances, la durée de la peine infligée à un délinquant autochtone pourra être inférieure à celle de tout autre délinquant, alors que dans d'autres, elle pourra être identique. De façon générale, plus violente et grave sera l'infraction, plus grande sera la probabilité que la durée des peines d'emprisonnement des autochtones et des non-autochtones soit en pratique proche ou identique, même compte tenu de leur conception différente de la détermination de la peine.

Comme pour toutes les décisions concernant la peine, la détermination de la peine à infliger aux délinquants autochtones doit se faire sur une base individuelle (ou au cas par cas): Pour cette infraction, commise par ce délinquant, ayant causé du tort à cette victime, dans cette communauté, quelle est la sanction appropriée au regard du *Code criminel*? Quelle perception la communauté a-t-elle des sanctions pénales? Quelle est la nature des rapports entre le délinquant et sa communauté? Quelle combinaison de facteurs systémiques ou historiques a fait en sorte que ce délinquant particulier est traduit devant les tribunaux pour cette infraction particulière? Quelle incidence l'abus de drogue ou d'alcool dans la communauté, la pauvreté, le racisme manifeste, l'éclatement de la famille ou de la communauté, par exemple, ont-ils eu sur le délinquant dont il faut déterminer la peine? L'emprisonnement serait-il effectivement un moyen de dissuasion ou de dénonciation significatif pour le délinquant et la communauté, ou pourrait-on mieux parvenir à prévenir la criminalité et à atteindre les autres buts par les cercles de guérison? Y a-t-il d'autres options dans les circonstances?

Dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone, comme pour tout autre délinquant, l'analyse doit être holistique et viser à déterminer la peine indiquée dans les circonstances. Il n'existe pas de critère unique qui guidera le juge qui prononce la peine. Le juge est tenu de

the surrounding circumstances regarding the offence, the offender, the victims, and the community, including the unique circumstances of the offender as an aboriginal person. Sentencing must proceed with sensitivity to and understanding of the difficulties aboriginal people have faced with both the criminal justice system and society at large. When evaluating these circumstances in light of the aims and principles of sentencing as set out in Part XXIII of the *Criminal Code* and in the jurisprudence, the judge must strive to arrive at a sentence which is just and appropriate in the circumstances. By means of s. 718.2(e), sentencing judges have been provided with a degree of flexibility and discretion to consider in appropriate circumstances alternative sentences to incarceration which are appropriate for the aboriginal offender and community and yet comply with the mandated principles and purpose of sentencing. In this way, effect may be given to the aboriginal emphasis upon healing and restoration of both the victim and the offender.

(3) The Duty of the Sentencing Judge

The foregoing discussion of guidelines for the sentencing judge has spoken of that which a judge must do when sentencing an aboriginal offender. This element of duty is a critical component of s. 718.2(e). The provision expressly provides that a court that imposes a sentence should consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances, and should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. There is no discretion as to whether to consider the unique situation of the aboriginal offender; the only discretion concerns the determination of a just and appropriate sentence.

How then is the consideration of s. 718.2(e) to proceed in the daily functioning of the courts? The manner in which the sentencing judge will carry out his or her statutory duty may vary from case to case. In all instances it will be necessary for the

prendre en considération toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté, y compris les circonstances particulières dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. La détermination de la peine exige la sensibilisation aux difficultés auxquelles les autochtones ont fait face dans le système de justice pénale et dans la société en général. Procédant à l'examen de ces circonstances au regard des buts et des principes de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel* et reconnus par la jurisprudence, le juge doit s'efforcer d'en arriver à une peine juste et appropriée dans les circonstances. Sous le régime de l'al. 718.2e), les juges ont la latitude et le pouvoir discrétionnaire voulus pour examiner, dans les circonstances qui s'y prêtent, les peines substitutives appropriées pour le délinquant autochtone et la communauté, tout en respectant l'objectif et les principes énoncés de détermination de la peine. De cette façon, il est possible de conserver l'accent que mettent les peuples autochtones sur la guérison et le rétablissement tant de la victime que du délinquant.

(3) L'obligation du juge chargé d'infliger la peine

L'examen qui précède des lignes directrices destinées aux juges chargés d'infliger des peines vise ce que le juge doit faire dans le cas d'un délinquant autochtone. Cet élément contraignant est une composante cruciale de l'al. 718.2e). La disposition prévoit expressément que le tribunal détermine la peine à infliger en examinant toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, et plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'examiner ou de ne pas examiner la situation particulière du délinquant autochtone; son seul pouvoir discrétionnaire réside dans la détermination d'une peine juste et appropriée.

Comment l'examen que requiert l'al. 718.2e) se fera-t-il dans le fonctionnement quotidien des tribunaux? La manière dont le juge chargé d'infliger la peine s'acquittera de l'obligation que lui impose la loi pourra varier d'un cas à l'autre. Dans tous les

82

83

judge to take judicial notice of the systemic or background factors and the approach to sentencing which is relevant to aboriginal offenders. However, for each particular offence and offender it may be that some evidence will be required in order to assist the sentencing judge in arriving at a fit sentence. Where a particular offender does not wish such evidence to be adduced, the right to have particular attention paid to his or her circumstances as an aboriginal offender may be waived. Where there is no such waiver, it will be extremely helpful to the sentencing judge for counsel on both sides to adduce relevant evidence. Indeed, it is to be expected that counsel will fulfil their role and assist the sentencing judge in this way.

84 However, even where counsel do not adduce this evidence, where for example the offender is unrepresented, it is incumbent upon the sentencing judge to attempt to acquire information regarding the circumstances of the offender as an aboriginal person. Whether the offender resides in a rural area, on a reserve or in an urban centre the sentencing judge must be made aware of alternatives to incarceration that exist whether inside or outside the aboriginal community of the particular offender. The alternatives existing in metropolitan areas must, as a matter of course, also be explored. Clearly the presence of an aboriginal offender will require special attention in pre-sentence reports. Beyond the use of the pre-sentence report, the sentencing judge may and should in appropriate circumstances and where practicable request that witnesses be called who may testify as to reasonable alternatives.

85 Similarly, where a sentencing judge at the trial level has not engaged in the duty imposed by s. 718.2(e) as fully as required, it is incumbent upon a court of appeal in considering an appeal against sentence on this basis to consider any fresh evidence which is relevant and admissible on sentencing. In the same vein, it should be noted that, although s. 718.2(e) does not impose a statutory duty upon the sentencing judge to provide reasons,

cas, il faudra prendre connaissance d'office des facteurs systémiques ou historiques et de la conception de la peine pertinents dans le cas des délinquants autochtones. Toutefois, pour chaque infraction et chaque délinquant donné, il se peut que certains éléments de preuve soient nécessaires pour assister le juge dans la détermination de la peine appropriée. Quand un délinquant ne veut pas présenter ce type de preuve, il peut renoncer à son droit à un examen des circonstances particulières dans lesquelles il se trouve en tant qu'autochtone. En l'absence d'une telle renonciation, il sera extrêmement utile au juge que les avocats des deux parties présentent des éléments pertinents. D'ailleurs, on doit s'attendre à ce que les avocats remplissent leur rôle et assistent le juge de cette manière.

Cependant, même dans les cas où cette preuve n'est pas soumise par un avocat, par exemple lorsque le délinquant n'est pas représenté, il incombe au juge prononçant la peine de s'efforcer de se renseigner sur les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. Que le délinquant réside en milieu rural, dans une réserve ou en milieu urbain, le juge doit être mis au fait des solutions de rechange à l'incarcération existant à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté autochtone à laquelle appartient le délinquant. Il faut aussi examiner, bien sûr, les solutions de rechange existant en milieu urbain. À l'évidence, la présence d'un délinquant autochtone requerra une attention particulière dans les rapports présentenciels. Au-delà de l'utilisation du rapport présentenciel, le juge prononçant la peine pourra et devrait, lorsque les circonstances s'y prêtent et que cela est concrètement possible, demander qu'on appelle des témoins en mesure de témoigner sur les solutions de rechange raisonnables.

De la même manière, dans les cas où le juge chargé de déterminer la peine en première instance ne s'est pas acquitté aussi complètement que requis de l'obligation que lui impose l'al. 718.2e), il incombe à la cour saisie d'un appel de la sentence sur ce point d'examiner tout nouvel élément de preuve pertinent et admissible dans le cadre de la détermination de la peine. Dans la même veine, il faut souligner que, même si l'al. 718.2e) n'im-

it will be much easier for a reviewing court to determine whether and how attention was paid to the circumstances of the offender as an aboriginal person if at least brief reasons are given.

(4) The Issue of “Reverse Discrimination”

Something must also be said as to the manner in which s. 718.2(e) should not be interpreted. The appellant and the respondent diverged significantly in their interpretation of the appropriate role to be played by s. 718.2(e). While the respondent saw the provision largely as a restatement of existing sentencing principles, the appellant advanced the position that s. 718.2(e) functions as an affirmative action provision justified under s. 15(2) of the *Charter*. The respondent cautioned that, in his view, the appellant’s understanding of the provision would result in “reverse discrimination” so as to favour aboriginal offenders over other offenders.

There is no constitutional challenge to s. 718.2(e) in these proceedings, and accordingly we do not address specifically the applicability of s. 15 of the *Charter*. We would note, though, that the aim of s. 718.2(e) is to reduce the tragic overrepresentation of aboriginal people in prisons. It seeks to ameliorate the present situation and to deal with the particular offence and offender and community. The fact that a court is called upon to take into consideration the unique circumstances surrounding these different parties is not unfair to non-aboriginal people. Rather, the fundamental purpose of s. 718.2(e) is to treat aboriginal offenders fairly by taking into account their difference.

But s. 718.2(e) should not be taken as requiring an automatic reduction of a sentence, or a remission of a warranted period of incarceration, simply because the offender is aboriginal. To the extent that the appellant’s submission on affirmative action means that s. 718.2(e) requires an automatic reduction in sentence for an aboriginal offender,

pose pas au juge prononçant la peine l’obligation de motiver sa décision, il sera plus facile pour la cour de révision de déterminer si et dans quelle mesure il a porté attention aux circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu’autochtone s’il a fourni, à tout le moins, de brefs motifs.

(4) La question de la «discrimination à rebours»

Il convient également de dire un mot sur la façon dont l’al. 718.2e) ne devrait pas être interprété. L’appelante et l’intimée ont donné des interprétations très divergentes du rôle de l’al. 718.2e). Alors que l’intimée y voyait avant tout une reformulation de principes de détermination de la peine existants, l’appelante a fait valoir qu’il s’agissait d’une disposition de promotion sociale justifiée en vertu du par. 15(2) de la *Charte*. L’intimée, pour sa part, a fait la mise en garde qu’à son avis, l’interprétation donnée par l’appelante entraînerait une «discrimination à rebours» favorisant les délinquants autochtones par rapport aux autres délinquants.

L’alinéa 718.2e) n’est pas contesté sur le plan constitutionnel en l’espèce et nous n’abordons pas spécifiquement l’applicabilité de l’art. 15 de la *Charte*. Nous soulignons cependant que l’objectif de l’al. 718.2e) est de réduire le niveau tragique de la surreprésentation des autochtones dans la population carcérale. Son but est d’améliorer la situation actuelle et il vise la façon de traiter une infraction, un délinquant et une communauté donnés. Le fait qu’un tribunal soit appelé à tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent ces différentes parties n’est pas inéquitable envers les non-autochtones. L’objet essentiel de l’al. 718.2e) est plutôt d’assurer un traitement équitable des délinquants autochtones compte tenu de leur différence.

Toutefois, l’al. 718.2e) ne doit pas être interprété comme exigeant une réduction automatique de la peine, ou la remise d’une période justifiée d’incarcération, pour la simple raison que le délinquant est autochtone. Dans la mesure où l’argumentation de l’appelante sur la promotion sociale signifie que l’al. 718.2e) exige la réduction automatique de la

86

87

88

we reject that view. The provision is a direction to sentencing judges to consider certain unique circumstances pertaining to aboriginal offenders as a part of the task of weighing the multitude of factors which must be taken into account in striving to impose a fit sentence. It cannot be forgotten that s. 718.2(e) must be considered in the context of that section read as a whole and in the context of s. 718, s. 718.1, and the overall scheme of Part XXIII. It is one of the statutorily mandated considerations that a sentencing judge must take into account. It may not always mean a lower sentence for an aboriginal offender. The sentence imposed will depend upon all the factors which must be taken into account in each individual case. The weight to be given to these various factors will vary in each case. At the same time, it must in every case be recalled that the direction to consider these unique circumstances flows from the staggering injustice currently experienced by aboriginal peoples with the criminal justice system. The provision reflects the reality that many aboriginal people are alienated from this system which frequently does not reflect their needs or their understanding of an appropriate sentence.

(5) Who Comes Within the Purview of Section 718.2(e)?

89

The question of whether s. 718.2(e) applies to all aboriginal persons, or only to certain classes thereof, is raised by this appeal. The following passage of the reasons of the judge at trial appears to reflect some ambiguity as to the applicability of the provision to aboriginal people who do not live in rural areas or on a reserve:

The factor that is mentioned in the *Criminal Code* is that particular attention to the circumstances of aboriginal offenders should be considered. In this case both the deceased and the accused were aboriginals, but they are not living within the aboriginal community as such. They are living off a reserve and the offence occurred in an urban setting. They [*sic*] do not appear to have been any special circumstances because of their aboriginal

peine pour un délinquant autochtone, nous rejetons ce point de vue. Cette disposition est une directive donnée aux juges chargés d'infliger des peines d'examiner certaines circonstances particulières en ce qui concerne les délinquants autochtones dans le cadre de leur appréciation des multiples facteurs dont il faut tenir compte pour en arriver à une peine indiquée. N'oublions pas que l'al. 718.2e) doit être examiné dans le contexte de l'ensemble de cet article ainsi que dans le contexte de l'art. 718, de l'art. 718.1 et de l'économie générale de la partie XXIII. Ce n'est qu'une des considérations dont le juge chargé d'infliger la peine doit obligatoirement tenir compte. Cela ne signifiera pas toujours une peine moins sévère pour le délinquant autochtone. La peine infligée dépendra de tous les facteurs dont il doit être tenu compte dans chaque cas individuel. Le poids devant être accordé à ces différents facteurs variera dans chaque cas. Dans le même temps, il faudra se rappeler dans chaque cas que cette directive de tenir compte de ces circonstances particulières découle des injustices criantes dont les autochtones sont actuellement victimes dans le système de justice pénale. Elle traduit la réalité de l'aliénation vécue par bon nombre d'autochtones par rapport à un système qui, souvent, ne reflète pas leurs besoins ou leur perception de ce que serait une peine appropriée.

(5) À qui l'al. 718.2e) s'applique-t-il?

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l'al. 718.2e) s'applique à tous les autochtones, ou seulement à certaines catégories d'entre eux. L'extrait suivant des motifs du juge du procès paraît refléter une certaine ambiguïté quant à l'applicabilité de cette disposition à des délinquants autochtones ne vivant pas en milieu rural ou dans une réserve:

[TRADUCTION] Le facteur mentionné dans le *Code criminel* est l'attention particulière qu'il faut porter aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones. En l'espèce, la victime et l'accusé étaient autochtones mais ne vivaient pas au sein de la communauté autochtone comme telle. Ils vivaient à l'extérieur d'une réserve et l'infraction a été commise en milieu urbain. Il ne semble pas y avoir de circonstances parti-

status and so I am not giving any special consideration to their background in passing this sentence.

It could be understood from that passage that, in this case, there were no special circumstances to warrant the application of s. 718.2(e), and the fact that the context of the offence was not in a rural setting or on a reserve was only one of those missing circumstances. However, this passage was interpreted by the majority of the Court of Appeal as implying that, “as a matter of principle, s. 718.2(e) can have no application to aboriginals ‘not living within the aboriginal community’” (p. 137). This understanding of the provision was unanimously rejected by the members of the Court of Appeal. With respect to the trial judge, who was given little assistance from counsel on this issue, we agree with the Court of Appeal that such a restrictive interpretation of the provision would be inappropriate.

The class of aboriginal people who come within the purview of the specific reference to the circumstances of aboriginal offenders in s. 718.2(e) must be, at least, all who come within the scope of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The numbers involved are significant. National census figures from 1996 show that an estimated 799,010 people were identified as aboriginal in 1996. Of this number, 529,040 were Indians (registered or non-registered), 204,115 Metis and 40,220 Inuit.

Section 718.2(e) applies to all aboriginal offenders wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. Indeed it has been observed that many aboriginals living in urban areas are closely attached to their culture. See the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities* (1996), at p. 521:

Throughout the Commission’s hearings, Aboriginal people stressed the fundamental importance of retaining and enhancing their cultural identity while living in urban areas. Aboriginal identity lies at the heart of Aboriginal peoples’ existence; maintaining that identity

culières résultant de leur statut d’autochtones et je n’accorderai donc aucune considération particulière à leur situation dans le prononcé de la peine.

On pourrait penser que ces observations indiquent que, en l’espèce, il n’y avait pas de circonstances particulières justifiant l’application de l’al. 718.2e), et que le fait que l’infraction n’avait pas été commise en milieu rural ou sur une réserve n’était qu’une des circonstances manquantes. Toutefois la majorité à la Cour d’appel a interprété ce passage comme signifiant que, [TRADUCTION] «en principe, l’al. 718.2e) ne s’applique aucunement à des autochtones “ne viva[nt] pas au sein dans la communauté autochtone”» (p. 137). Les juges de la Cour d’appel ont unanimement rejeté cette interprétation. En toute déférence pour le juge du procès, que les avocats ne l’ont pas beaucoup assisté sur ce point, nous sommes d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’une telle interprétation restrictive serait inappropriée.

Doivent entrer dans la catégorie des autochtones visés par le renvoi exprès à l’al. 718.2e), au minimum, tous les autochtones auxquels s’appliquent l’art. 25 de la *Charte* et l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le nombre de personnes visées est substantiel. Les chiffres du recensement national de 1996 estiment à 799 010 le nombre de personnes identifiées comme autochtones en 1996. De ce nombre, 529 040 étaient des Indiens (inscrits ou non inscrits), 204 115 des Métis et 40 220 des Inuits.

L’alinéa 718.2e) s’applique à tous les délinquants autochtones où qu’ils résident, à l’intérieur comme à l’extérieur d’une réserve, dans une grande ville ou dans une zone rurale. On a observé que nombre d’autochtones vivant en milieu urbain sont fortement attachés à leur culture. Voir la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités* (1996), à la p. 586:

Tout au long des audiences, les autochtones ont rappelé à la Commission qu’il est essentiel pour eux de préserver et d’enrichir leur identité culturelle quand ils vivent en milieu urbain. L’identité autochtone est l’essence de l’existence des peuples autochtones. La préservation

90

91

is an essential and self-validating pursuit for Aboriginal people in cities.

And at p. 525:

Cultural identity for urban Aboriginal people is also tied to a land base or ancestral territory. For many, the two concepts are inseparable . . . Identification with an ancestral place is important to urban people because of the associated ritual, ceremony and traditions, as well as the people who remain there, the sense of belonging, the bond to an ancestral community, and the accessibility of family, community and elders.

92

Section 718.2(e) requires the sentencing judge to explore reasonable alternatives to incarceration in the case of all aboriginal offenders. Obviously, if an aboriginal community has a program or tradition of alternative sanctions, and support and supervision are available to the offender, it may be easier to find and impose an alternative sentence. However, even if community support is not available, every effort should be made in appropriate circumstances to find a sensitive and helpful alternative. For all purposes, the term “community” must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

VI. Summary

93

Let us see if a general summary can be made of what has been discussed in these reasons.

1. Part XXIII of the *Criminal Code* codifies the fundamental purpose and principles of sentencing and the factors that should be considered by a judge in striving to determine a sentence that is fit for the offender and the offence.

vation de cette identité est donc un objectif fondamental et valorisant pour les autochtones citadins.

Et aux pages 589 et 590:

De plus, les autochtones citadins associent l'identité culturelle à la notion d'assise territoriale ou de territoire ancestral. Pour nombre d'entre eux, ces deux concepts sont indissociables. [...] Il est important pour les autochtones citadins de pouvoir s'identifier à un lieu ancestral, en raison des rituels, des cérémonies et des traditions qui y sont associés, des gens qui y vivent, du sentiment d'appartenance, du lien avec une communauté ancestrale et de la possibilité d'accéder à la famille, à la communauté et aux anciens.

L'alinéa 718.2e) exige que le juge chargé d'infliger la peine envisage les sanctions raisonnables autres que l'incarcération en ce qui concerne les délinquants autochtones. De toute évidence, s'il existe un programme ou une tradition de sanctions substitutives dans une communauté autochtone, et que le délinquant pourra obtenir soutien et surveillance, il sera peut-être plus facile de trouver et d'imposer une mesure de rechange. Toutefois, même en l'absence de soutien dans la collectivité, il y a lieu de faire tous les efforts, lorsque les circonstances s'y prêtent, pour trouver une solution de rechange adaptée et utile. À toutes fins pratiques, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d'interaction qui pourrait exister en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation de s'efforcer de trouver une solution de rechange à l'emprisonnement.

VI. Résumé

Voyons comment nous pouvons faire un résumé général de l'analyse qui précède.

1. La partie XXIII du *Code criminel* codifie l'objet et les principes essentiels de détermination de la peine ainsi que les facteurs dont le juge doit tenir compte pour fixer une peine appropriée eu égard au délinquant et à l'infraction.

2. Section 718.2(e) mandatorily requires sentencing judges to consider all available sanctions other than imprisonment and to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.
3. Section 718.2(e) is not simply a codification of existing jurisprudence. It is remedial in nature. Its purpose is to ameliorate the serious problem of overrepresentation of aboriginal people in prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing. There is a judicial duty to give the provision's remedial purpose real force.
4. Section 718.2(e) must be read and considered in the context of the rest of the factors referred to in that section and in light of all of Part XXIII. All principles and factors set out in Part XXIII must be taken into consideration in determining the fit sentence. Attention should be paid to the fact that Part XXIII, through ss. 718, 718.2(e), and 742.1, among other provisions, has placed a new emphasis upon decreasing the use of incarceration.
5. Sentencing is an individual process and in each case the consideration must continue to be what is a fit sentence for this accused for this offence in this community. However, the effect of s. 718.2(e) is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders.
6. Section 718.2(e) directs sentencing judges to undertake the sentencing of aboriginal offenders individually, but also differently, because the circumstances of aboriginal people are unique. In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider:
 - (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in
2. L'alinéa 718.2e) impose au juge de la détermination de la peine d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables et de porter attention aux circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.
3. L'alinéa 718.2e) n'est pas une simple codification de la jurisprudence existante. Il a un caractère réparateur. Il a pour objet de remédier au grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons et d'encourager le juge à aborder la détermination de la peine selon une approche corrective. Le juge est tenu de donner une force réelle à l'objet réparateur de la disposition.
4. L'alinéa 718.2e) doit être interprété et examiné dans le contexte des autres facteurs mentionnés dans cette disposition et à la lumière de l'ensemble de la partie XXIII. Tous les principes et facteurs énoncés dans la partie XXIII doivent être pris en considération dans la détermination de la peine. Il faut porter attention au fait que la partie XXIII, par l'art. 718, l'al. 718.2e) et l'art. 742.1 notamment, a réaffirmé l'importance de la réduction du recours à l'incarcération.
5. La détermination de la peine est un processus individualisé, et, dans chaque cas, il faut continuer de se demander quelle est la peine appropriée pour tel accusé, telle infraction dans telle communauté. Toutefois l'al. 718.2e) a l'effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent suivre lorsqu'ils déterminent la peine appropriée pour des délinquants autochtones.
6. L'alinéa 718.2e) impose aux juges d'aborder la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones d'une façon individualisée, mais différente parce que la situation des autochtones est particulière. En déterminant la peine à infliger à un délinquant autochtone, le juge doit examiner:
 - (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des rai-

bringing the particular aboriginal offender before the courts; and

- (B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection.
7. In order to undertake these considerations the trial judge will require information pertaining to the accused. Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing. In the usual course of events, additional case-specific information will come from counsel and from a pre-sentence report which takes into account the factors set out in #6, which in turn may come from representations of the relevant aboriginal community which will usually be that of the offender. The offender may waive the gathering of that information.
 8. If there is no alternative to incarceration the length of the term must be carefully considered.
 9. Section 718.2(e) is not to be taken as a means of automatically reducing the prison sentence of aboriginal offenders; nor should it be assumed that an offender is receiving a more lenient sentence simply because incarceration is not imposed.
 10. The absence of alternative sentencing programs specific to an aboriginal community does not eliminate the ability of a sentencing judge to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved.
 11. Section 718.2(e) applies to all aboriginal persons wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. In defining the relevant aboriginal commu-

sons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;

- (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones.
7. Aux fins de l'examen de ces considérations, le juge du procès aura besoin de renseignements concernant l'accusé. Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les autochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche correctrice de la détermination de la peine. Normalement, des renseignements spécifiques à l'affaire proviendront des avocats et d'un rapport présentiel qui tiendra compte des facteurs énumérés au point 6, pouvant aussi provenir d'observations présentées par la communauté autochtone intéressée, habituellement celle du délinquant. Le délinquant peut renoncer à réunir ces renseignements.
 8. En l'absence de solution de rechange à l'incarcération, la durée de la peine devra être soigneusement examinée.
 9. L'alinéa 718.2e) ne doit pas être considéré comme un moyen de réduire automatiquement la peine d'emprisonnement des délinquants autochtones. Il ne faut pas présumer non plus que le délinquant reçoit une peine plus légère du simple fait que l'incarcération n'est pas imposée.
 10. L'absence de programme de peines substitutives spécifique à une communauté autochtone n'élimine pas la possibilité pour le juge d'imposer une peine qui tienne compte des principes de la justice correctrice et des besoins des parties en cause.
 11. L'alinéa 718.2e) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone

nity for the purpose of achieving an effective sentence, the term “community” must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available, including in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

12. Based on the foregoing, the jail term for an aboriginal offender may in some circumstances be less than the term imposed on a non-aboriginal offender for the same offence.
13. It is unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal.

VII. Was There an Error Made in This Case?

From the foregoing analysis it can be seen that the sentencing judge, who did not have the benefit of these reasons, fell into error. He may have erred in limiting the application of s. 718.2(e) to the circumstances of aboriginal offenders living in rural areas or on-reserve. Moreover, and perhaps as a consequence of the first error, he does not appear to have considered the systemic or background factors which may have influenced the appellant to engage in criminal conduct, or the possibly distinct conception of sentencing held by the appellant, by the victim Beaver’s family, and by their community. However, it should be emphasized that the sentencing judge did take active steps to obtain at least some information regarding the appellant’s

rurale. Aux fins de déterminer la collectivité autochtone pertinente en vue de fixer une peine efficace, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d’interaction qui pourrait exister, y compris en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation d’essayer de trouver une solution de rechange à l’emprisonnement.

12. Compte tenu de ce qui précède, la période d’emprisonnement imposée à un délinquant autochtone pourra dans certaines circonstances être moins longue que celle imposée à un délinquant non-autochtone pour la même infraction.
13. Il n’est pas raisonnable de présumer que les peuples autochtones ne croient pas en l’importance des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, tels la dissuasion, la dénonciation et l’isolement, quand ils sont justifiés. Dans ce contexte, en règle générale, plus grave et violent sera le crime, plus grande sera la probabilité d’un point de vue pratique que la période d’emprisonnement soit la même pour des infractions et des délinquants semblables, que le délinquant soit autochtone ou non-autochtone.

VII. Une erreur a-t-elle été commise en l’espèce?

De l’analyse qui précède, il ressort que le juge qui a prononcé la peine, sans bénéficier des présents motifs, a commis une erreur. Il s’est trompé s’il a limité l’application de l’al. 718.2e) aux délinquants autochtones vivant en milieu rural ou dans une réserve. De plus, et peut-être à cause de cette première erreur, il paraît ne pas avoir examiné les facteurs systémiques ou historiques qui ont pu influencer sur la conduite criminelle de l’appelante, ou la conception distincte de la sanction pénale que pouvaient avoir l’appelante, la famille de Beaver et leur communauté. Soulignons toutefois que le juge a pris des initiatives précises pour obtenir à tout le moins quelques informations sur la culture autochtone de l’appelante. À cet égard, les avocats, qui

aboriginal heritage. In this regard he received little if any assistance from counsel on this issue although they too were acting without the benefit of these reasons.

n'ont pas bénéficié non plus des présents motifs, ne lui ont apporté que peu sinon aucune aide.

95 The majority of the Court of Appeal, in dismissing the appellant's appeal, also does not appear to have considered many of the factors referred to above. However, the dissenting reasons of Rowles J.A. discuss the relevant factors in some detail. The majority also appears to have dismissed the appellant's application to adduce fresh evidence. The majority of the Court of Appeal may or may not have erred in ultimately deciding to dismiss the fresh evidence application. The correctness of its ultimate decision depends largely upon the admissibility of the fresh evidence and its relevance to the weighing of the various sentencing goals. However, assuming admissibility and relevance, it was certainly incumbent upon the majority to consider the evidence, and especially so given the failure of the trial judge to do so. Moreover, if the fresh evidence before the Court of Appeal was itself insufficient to inform the court adequately regarding the circumstances of the appellant as an aboriginal offender, the proper remedy would have been to remit the matter to the trial judge with instructions to make all the reasonable inquiries necessary for the sentencing of this aboriginal offender.

En rejetant l'appel de l'appelante, les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent eux aussi ne pas avoir examiné plusieurs des facteurs mentionnés précédemment. Les facteurs pertinents sont toutefois examinés de façon assez détaillée dans les motifs dissidents du juge Rowles. Les juges majoritaires semblent également avoir rejeté la demande de l'appelante de présenter de nouveaux éléments de preuve. Le rejet final de cette demande peut avoir ou ne pas avoir été une erreur. La justesse de cette décision finale dépend largement de la recevabilité de la nouvelle preuve et de sa pertinence dans la pondération des divers objectifs de la détermination de la peine. Toutefois, à supposer que la preuve ait été recevable et pertinente, il incombait certainement aux juges de la majorité d'examiner la preuve, d'autant plus que le juge du procès ne l'avait pas fait. En outre, si les nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour d'appel ne suffisaient pas en soi à la renseigner adéquatement sur les circonstances dans lesquelles se trouvait l'appelante en tant que délinquante autochtone, la réparation appropriée aurait été de renvoyer l'affaire au juge du procès avec la directive de prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir les informations nécessaires à la détermination de la peine.

96 In most cases, errors such as those in the courts below would be sufficient to justify sending the matter back for a new sentencing hearing. It is difficult for this Court to determine a fit sentence for the appellant according to the suggested guidelines set out herein on the basis of the very limited evidence before us regarding the appellant's aboriginal background. However, as both the trial judge and all members of the Court of Appeal acknowledged, the offence in question is a most serious one, properly described by Esson J.A. as a "near murder". Moreover, the offence involved domestic violence and a breach of the trust inherent in a spousal relationship. That aggravating factor must be taken into account in the sentencing of the

Dans la plupart des cas, des erreurs comme celles des tribunaux d'instance inférieure suffiraient à justifier le renvoi de l'affaire pour une nouvelle audience de détermination de la peine. Il est difficile pour notre Cour de déterminer une peine indiquée pour l'appelante conformément aux lignes directrices exposées précédemment, en se fondant sur les éléments de preuve très limités dont nous disposons en ce qui concerne l'origine autochtone de l'appelante. Toutefois, comme le juge du procès et tous les juges de la Cour d'appel l'ont reconnu, l'infraction en cause est très grave, le juge Esson ayant même à juste titre parlé de «quasi-meurtre». De plus l'infraction comportait de la violence familiale et la rupture des relations de confiance

aboriginal appellant as it would be for any offender. For that offence by this offender a sentence of three years' imprisonment was not unreasonable.

More importantly, the appellant was granted day parole on August 13, 1997, after she had served six months in the Burnaby Correctional Centre for Women. She was directed to reside with her father, to take alcohol and substance abuse counselling and to comply with the requirements of the Electronic Monitoring Program. On February 25, 1998, the appellant was granted full parole with the same conditions as the ones applicable to her original release on day parole.

In this case, the results of the sentence with incarceration for six months and the subsequent controlled release were in the interests of both the appellant and society. In these circumstances, we do not consider that it would be in the interests of justice to order a new sentencing hearing in order to canvass the appellant's circumstances as an aboriginal offender.

In the result, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.

inhérentes à une situation de conjoints. Ces circonstances aggravantes doivent être considérées dans la détermination de la peine de l'appelante, comme elles le seraient pour tout autre délinquant. Pour cette infraction commise par cette délinquante, une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas déraisonnable.

De façon plus importante, l'appelante a obtenu une libération conditionnelle de jour le 13 août 1997, après avoir purgé une peine de six mois au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby. Les conditions lui imposaient d'habiter avec son père, de suivre une thérapie pour alcoolisme et toxicomanie et de se conformer aux exigences du programme de télésurveillance. Le 25 février 1998, l'appelante a obtenu une libération conditionnelle totale aux mêmes conditions que celles qui s'appliquaient à sa libération conditionnelle de jour.

Dans la présente affaire, les résultats de la peine imposée, avec une incarcération de six mois suivie d'une libération contrôlée, étaient dans l'intérêt de l'appelante et dans celui de la société. Dans les circonstances, nous estimons qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine pour examiner les circonstances dans lesquelles se trouve l'appelante en tant que délinquante autochtone.

En définitive, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.

97

98

99