

Processus RAD occidentaux et autochtones

Rebecca Ratcliffe et Catherine Bell

I. Introduction

Les Premières Nations, les Inuits et les Métis ont adopté, dans divers contextes, un éventail de processus de règlement alternatif (extrajudiciaire) des différends (RAD) pouvant fonctionner de concert avec le système de justice du Canada. Les approches RAD peuvent aller de négociations volontaires non structurées à des décisions arbitrales ou de tribunaux pouvant être exécutoires en passant par des outils de médiation plus structurés. Même si de nombreux processus occidentaux et autochtones contemporains de règlement des différends paraissent similaires, il peut y avoir entre eux [Traduction] « de grandes différences fondamentales d'ordre culturel et philosophique ». ¹ Ces différences peuvent influencer sur la façon dont ces processus sont perçus ou mis en œuvre au sein d'une communauté. Toutefois, lorsque les objectifs et les méthodes complètent les traditions juridiques autochtones, les formes occidentales des processus RAD ont été modifiées ou adaptées pour faciliter le règlement des différends au sein de la communauté.

Ce document est un aperçu des méthodes, mécanismes, objectifs, possibilités et limites des processus RAD actuellement en usage dans l'administration de la justice civile au Canada (affaires non criminelles), comme le droit de la famille; il vise à informer ceux qui sont intéressés à adopter ou à adapter ces processus. Le document ne milite pas en faveur d'un modèle ou d'une approche en particulier, mais expose des ressources en cours de préparation pour les Premières Nations par le Centre d'excellence en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Même si certains exemples d'utilisation de processus RAD par les Premières Nations figurent dans ce document, des cas plus détaillés sont décrits par l'ouvrage de Sikka, Wong et Bell intitulé « Models of First Nation Conflict Resolution Processes in Canada. » ²

¹ Diana Lowe & Jonathan H Davidson, « What's Old is New Again: Aboriginal Dispute Resolution and the Civil Justice System », Catherine Bell & David Kahane, Ed., *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts* (Vancouver: UBC Press, 2004) [Bell & Kahane], à la p. 280 [Lowe & Davidson].

² Nisha Sikka, George Wong & Catherine Bell, « Indigenous Centred Conflict Resolution Processes in Canada » (2014), en ligne : <> [Sikka, Wong & Bell].

II. Aperçu des principaux modèles de règlement des différends dans l'Ouest canadien

Il existe de nombreux modèles alternatifs de règlement des différends qui sont employés dans divers contextes, notamment la négociation, la médiation, l'arbitrage, le recours aux tribunaux (des experts décident au lieu de juges) et les conférences avec des groupes de familles. Chacun a ses caractéristiques propres, des principes sous-jacents et ses limites. Dans bien des cas, le terme « alternatif » désigne quelque chose qui ne relève pas d'un tribunal où un juge ou un jury parvient à un verdict quant au différend qui lui a été soumis. Toutefois, certains estiment que le « A » devrait signifier « approprié » car le principe du RAD consiste à trouver des moyens plus appropriés pour régler des différends en tenant compte de divers facteurs, comme la nature du conflit et les parties en cause. Par exemple, les processus RAD sont souvent privés et confidentiels; les parties au différend peuvent ne pas vouloir participer si elles veulent que le résultat ou le processus soit public. Les parties peuvent aussi vouloir s'adresser au tribunal ou à un autre organisme pouvant prendre des décisions exécutoires, si l'une d'elles refuse de s'acquiescer de ses obligations, afin d'obtenir une solution exécutoire à court terme jusqu'à ce que les parties puissent d'entendre sur une solution à long terme, ou elles peuvent se joindre à un groupe de personnes défendant une cause en particulier.³ Les parties peuvent aussi choisir de s'adresser au tribunal si elles souhaitent établir une jurisprudence pouvant être invoquée à l'avenir, si la loi est floue et doit être interprétée ou si elles doutent qu'un processus alternatif puisse aboutir à un règlement équitable.⁴

Toutefois, le traitement des litiges par les tribunaux canadiens comporte de nombreuses limites. Il s'agit d'un processus accusatoire, officiel, coûteux, exigeant beaucoup de temps et destiné à appliquer les lois et les valeurs canadiennes. Des avocats exposent leurs arguments et les juges imposent des décisions, de sorte que les parties n'ont qu'un rôle très limité dans la recherche de solutions : témoigner en cour. Cela crée

³ Jay Folberg, Dwight Golann, Thomas J Stipanowich & Lisa A Kloppenberg, *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law* (New York: Aspen Publishers, 2010) à la p. 17 [Folberg et al].

⁴ Gouvernement du Canada, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada , « Guide de gestion des mécanismes de règlement des conflits dans les traités modernes », en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada < https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-AL/STAGING/texte-text/fari_1343831241721_fra.pdf> à la p. 12 [Gouvernement du Canada].

de l'animosité, mine les relations et, habituellement, personne n'est heureux de l'issue, même pas le « vainqueur ». Les poursuites sont également compliquées – il y a de nombreuses règles de procédure et de preuve et bien des coutumes et des traditions pour obtenir des faits qui sont habituellement inconnus et aliénants pour quiconque n'est pas avocat. Par conséquent, le processus peut ne pas être le moyen préféré de parties autochtones en général, et de familles en particulier, pour régler un différend.

Dans beaucoup de provinces, il faut participer à un processus RAD quelconque avant que les parties puissent s'adresser à un juge pour des affaires non criminelles, surtout en matière de droit de la famille. Dans quelques provinces, un processus RAD n'est exigé que pour certains différends (p. ex. garde d'enfant), tandis que dans d'autres, le recours à ce processus est facultatif. Là où il est obligatoire, un des objectifs est de réduire le nombre de dossiers judiciaires; les autres objectifs sont de trouver des solutions durables et pouvant préserver des relations positives. Les processus qui incitent les parties à chercher davantage leurs propres solutions, comme la négociation et la médiation, peuvent aussi réduire les coûts et les retards associés au règlement d'un différend et améliorer l'accès à la justice en facilitant la recherche de solutions plus durables, efficaces et efficaces⁵ de manière à rehausser, probablement, la satisfaction des participants. Ces types de processus conviennent idéalement quand les coûts personnels ou économiques de procès sont élevés, quand le temps est un facteur essentiel, quand les parties veulent contribuer à la solution, quand la confidentialité est préférable, quand le maintien des relations entre les participants et des tiers touchés par le différend est important ou lorsqu'une expertise (ou une expérience) spéciale est requise.⁶ Toutefois, contrairement aux décisions d'un juge, les décisions découlant de processus de négociation et de médiation ne peuvent être rendues exécutoires que par un tribunal dans le cadre d'un contrat définissant les modalités d'un accord. Donc, les coûts d'un processus ARD, comme la médiation, peuvent augmenter si les parties qui se lancent dans un processus RAD se heurtent à un échec ou ne sont pas assez motivées pour

⁵ Patricia A Monture-OKanee, « Alternative Dispute Resolution: A Bridge to Aboriginal Experience? », Catherine Morris & Andrew Pirie, Éd., *Qualifications for Dispute Resolution: Perspectives on the Debate* (Victoria: UVic Institute for Dispute Resolution, 1994) [Morris & Pirie], p. 131 à 132 [Monture-OKanee].

⁶ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 17.

trouver des solutions et les appliquer.⁷ De plus, comme cela est abordé plus loin, des aspects comme le pouvoir, les émotions et la culture peuvent perturber le déroulement approprié, efficient ou équitable du processus ou cette perception du déroulement.

1. Négociation

(a) Caractéristiques clés

La négociation est l'opposé d'un procès.⁸ Alors que les procès sont officiels et publics, les négociations se font souvent en privé et de manière relativement « informelle ». Les parties sont maîtres des procédures et [Traduction] « libres de s'entendre sur n'importe quel règlement, compte tenu des limites du droit contractuel et de la politique publique quant à la mise en œuvre de leur accord. »⁹ En comparaison, un juge est le maître de tout procès et les parties sont soumises aux règles de procédure et de preuve.

Le contrôle du résultat par les parties est un principe clé de la négociation.¹⁰ La négociation signifie que les parties marchandent entre elles pour parvenir à une conclusion. Ce processus est sans doute bien connu de la plupart des gens car bien des personnes négocient chaque jour. Nous négocions pour déterminer qui s'occupera des tâches ménagères, combien déboursier pour une voiture ou quand on pourra partir en vacances. En termes simples, les négociations sont des conversations au cours desquelles deux personnes ou plus tentent de s'entendre ou de décider d'un plan d'action. Pendant une négociation, il y a prise de décision partagée et on suppose que l'accord conclu sera honoré par les parties en cause.¹¹

⁷ Jo-Ann EC Greene, *Recherche d'une solution au partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve après rupture conjugale : étude des tribunaux administratifs, de la fonction d'ombudsman et des modes de règlement extrajudiciaire* (Ottawa : Ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord, 2003), en ligne : Affaires autochtones et Développement du Nord Canada <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/adr_1100100032666_fra.pdf> à la p. 27 [Greene].

⁸ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 5.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Union of BC Municipalities & First Nations Summit, « A Review of Dispute Resolution Processes for First Nations & Local Governments » (6 août 2003), en ligne : Union of British Columbia Municipalities <<http://www.ubcm.ca/assets/library/Policy~Topics/First~Nations~Relations/Relationship~Building~and~Dispute~Resolution~Resources/Review%20of%20Dispute%20Resolution%20Processes%20for%20FN%20and%20LG%20in%20BC%202003.pdf>> à la p. 9 [Union of BC Municipalities & First Nations Summit].

En matière de négociation, plusieurs approches s'offrent aux parties. Par exemple, les parties peuvent adopter une approche fondée sur les intérêts ou sur les positions. Une position est ce qui fait l'objet d'une décision tandis que les intérêts sont ce qui a poussé une personne à décider d'adopter une certaine position (p. ex. raisons psychologiques, légitimes, économiques et procédurales).¹² Dans le cas d'une négociation orientée, les parties se concentrent sur des droits juridiques, établissent séquentiellement leur position et la défendent.¹³ Toutefois, ce style de négociation peut entraver une conversation efficiente et amicale et nuire aux relations car les gens « s'accrochent » à leurs positions.¹⁴

Pour ce qui concerne le droit de la famille, les approches fondées sur les intérêts sont plus répandues; les parties cherchent alors à découvrir et à comprendre les raisons pour lesquelles des gens adoptent certaines positions. Par exemple, dans un litige concernant des biens immobiliers matrimoniaux, à savoir la possession de la maison, les parties cherchent à comprendre pourquoi elles veulent toutes deux conserver la maison et ces parties veulent trouver des solutions répondant aux besoins de chacune d'elles. Une telle approche peut offrir un plus large éventail de solutions car [Traduction] « pour chaque intérêt, il [existe] habituellement plusieurs solutions acceptables possibles. »¹⁵ Par exemple, si la raison pour laquelle une personne veut conserver la maison est que cette personne ne peut payer le déménagement, cet intérêt économique peut être traité de différentes manières, notamment par le maintien de la propriété.

Au cours de la négociation et de la médiation, une écoute active est jugée avantageuse.¹⁶ L'écoute active consiste à écouter [Traduction] « non seulement les mots, mais aussi à percevoir les émotions ou les sentiments véhiculés ». ¹⁷ L'écouter confirme ou clarifie ensuite ce qu'a exprimé le parlant.¹⁸ Les techniques d'écoute active varient et certaines ne conviennent pas à des contextes culturels donnés. Par exemple, un écoutant peut clarifier au moyen de paraphrases ou en demandant si ce qu'il a compris est adéquat

¹² Roger Fisher & William Ury, *Getting to Yes*, 3^e éd. (New York: Penguin Books, 2011) à la p. 43 [Fisher & Ury].

¹³ *Ibid* à la p. 4.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Ibid* à la p. 44.

¹⁶ *Ibid* à la p. 36.

¹⁷ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 110.

¹⁸ *Ibid*.

ou encore en posant des questions qui incitent le parlant à développer le sujet. L'écouter actif favorise le partage d'information par le langage corporel et les mots. Les négociations peuvent être menées directement par les parties, leurs avocats ou un tiers peut les faciliter. La différence entre ce processus et une médiation type fondée sur les intérêts (décrite plus loin) est que les avocats peuvent être plus présents et qu'ils ébauchent des solutions.

La négociation habilite les parties en leur confiant un rôle clé dans la détermination de l'issue. Il est supposé que les parties peuvent travailler à leur propre solution et on s'en remet à une prise de décision partagée.¹⁹ Toutefois, comme les décisions prises au cours de négociations ne sont pas exécutoires au même titre que les décisions prises par un tribunal, les parties qui en viennent à une entente doivent se faire confiance pour honorer cette entente ou s'en remettre à d'autres outils d'application, comme le droit contractuel.

(b) Sources de complication en cours de négociation et de médiation

La confiance, l'intensité des relations et la volonté de préserver des relations positives sont des aspects importants de la négociation et de la médiation. D'autres facteurs, comme les émotions, la culture, le sexe et le pouvoir, peuvent influencer sur la façon dont les personnes interagissent ou se perçoivent. Même si ces facteurs abordés ici sont placés dans le contexte d'une négociation, il faut souligner qu'il est important d'en tenir compte au moment de concevoir et de choisir un processus de règlement des différends.

Émotions

Les émotions teintent notre perception du monde et notre interaction avec les autres. Selon la façon dont elles se manifestent et dont elles sont vécues, les émotions peuvent empêcher le règlement efficace et efficient des différends.²⁰ Par exemple, la bonne humeur (le bonheur) induit un comportement plus coopératif et est associée aux

¹⁹ Union of BC Municipalities and First Nations Summit, *précité*, note 11 à la p. 9.

²⁰ Edward J Lowler & Jeongkoo Yoon, « Structural Power and Emotional Processes in Negotiation: A Social Exchange Approach », Roderick M Kramer & David M Messick, Éd., *Negotiation as a Social Process* (Thousand Oaks: Sage Publications Ltd, 1995) p. 143 à 146.

parties qui parviennent à des solutions qui satisfont à l'ensemble de leurs exigences.²¹ Pour sa part, la mauvaise humeur a l'effet contraire.²² Des émotions négatives, comme la colère, peuvent freiner l'établissement de rapports entre les parties²³ tandis que de fortes émotions négatives peuvent provoquer une « vision tubulaire » au sens émotif et constituer une barrière empêchant de parvenir à un règlement.²⁴ La gestion de pareilles émotions négatives est importante, mais les nier est nuisible. Les intérêts émotionnels doivent être abordés pour s'assurer que les ententes sont perçues comme équitables et pour qu'elles soient durables. Il est également reconnu que certaines émotions négatives n'empêchent pas de parvenir à des accords durables et qu'elles peuvent même permettre de penser plus clairement, à la condition d'être bien gérées.²⁵ Par conséquent, se concentrer sur les parties au conflit, sur leurs émotions, et construire des relations empreintes de respect sont des éléments importants d'un processus réussi de règlement des différends faisant appel à la participation des parties. Pour cette raison et pour d'autres, il peut être nécessaire et souhaitable de disposer d'une personne respectée et apte à gérer les émotions, comme un ancien ou un travailleur social.

En plus d'influer sur notre façon de penser, les émotions sont contagieuses.²⁶ De fortes émotions, comme la culpabilité et la peur, peuvent aussi servir à influencer les actions de l'autre partie.²⁷ Par exemple, dans un contexte de biens immobiliers matrimoniaux, une partie pourrait, pendant des discussions ou des négociations informelles, tenter d'inciter l'autre partie à abandonner l'idée de conserver la propriété de la maison familiale en menaçant de révéler quelque secret embarrassant. Par ailleurs, une partie peut tenter de culpabiliser l'autre pour l'amener à faire une concession. Comme les émotions influent sur notre façon de penser,²⁸ il n'est pas surprenant de constater que

²¹ Bruce Barry, Ingrid Smithey Fulmer & Nathan Goates, « Bargaining with Feeling: Emotionality In and Around Negotiation », Leigh L Thompson, Éd., *Negotiation Theory and Research* (New York: Psychology Press Taylor & Francis Group, 2006) p. 99 à 103-104 [Barry, Smithey & Goates].

²² *Ibid*, à la p. 104.

²³ Roger Fisher & David Shapiro, *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate* (New York: Penguin Group, 2005), à la p. 4 [Fisher & Shapiro].

²⁴ *Ibid* à la p. 146.

²⁵ Joseph P Forgas, « Affect in Legal and Forensic Settings: The Cognitive Benefits of Not Being Too Happy », BH Bornstein & RL Wiener, Éd., *Emotion and the Law Psychological Perspectives* (New York: Springer Science+Business Media, 2010), p. 13 à 20.

²⁶ Fisher and Shapiro, *précité*, note 23 à la p. 147.

²⁷ *Ibid* à la p. 161.

²⁸ Barry, Fulmer & Goates, *précité*, note 21 à la p. 112.

faire abstraction de toute émotion est exigeant, tant physiquement que mentalement.²⁹ Pour toutes ces raisons et même si les émotions peuvent sembler nuire à la résolution d'un problème, il est important de les exprimer et de les maîtriser car elles influent sur notre façon d'agir et de penser et sur notre perception de l'équité.

Confiance et relations

D'une part, on soutient [Traduction] « qu'une relation de travail pour laquelle la confiance, la compréhension, le respect et l'amitié se sont construits avec le temps » est gage de négociations plus efficaces.³⁰ D'autre part, une grande confiance et des relations très étroites peuvent empêcher de rechercher la meilleure solution ou mener à un sentiment « d'inconfort social ». ³¹ Au cours de négociations, le manque de confiance réduit le partage d'information et la satisfaction des parties à l'égard des solutions trouvées.³²

La confiance est un élément largement bénéfique au cours de négociations ou dans le cadre de toute interaction sociale. Mais la confiance peut être capricieuse. La confiance dépend en grande partie de la perception du degré de préoccupation pour autrui de l'autre partie.³³ Ainsi [Traduction], « la confiance est...une question de perspective. »³⁴ La déception, quelle qu'elle soit, mine la confiance si elle est perçue. Si les parties à des négociations ne se font pas confiance, il est essentiel de créer de la confiance et si cela est impossible, un décideur indépendant, comme un arbitre ou un juge, peut devoir imposer un règlement.

De bonnes relations favorisent de meilleurs résultats s'agissant de tenir compte de tous les intérêts des parties en cause.³⁵ Elles ont aussi une incidence sur la façon dont les

²⁹ *Ibid* à la p. 116.

³⁰ Fisher & Ury, *précité*, note 12 à la p. 21.

³¹ Kathleen L McGinn, « Relationships and Negotiations in Context » in Thompson, *précité*, note 8, p. 129 à 132 [McGinn].

³² William W Maddux et al, « Cultural Differences in the Function and Meaning of Apologies » (2011) 16 *International Negotiation*, p. 405 et 406.

³³ Maurice E Schwietzer, John C Hershey & Eric T Bradlow, « Promises and Lies: Restoring Violated Trust » (2006) 101 *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, p. 1 et 2.

³⁴ Peter H Kim, Kurt T Dirks & Cecily D Cooper, « The Repair of Trust: A Dynamic Bilateral Perspective and Multilevel Conceptualization » (2009), 34 *Academy of Management Review*, p. 401 à 403.

³⁵ Fisher & Ury, *précité*, note 12 à la p. 21.

gens perçoivent et interprètent le comportement des autres.³⁶ Par exemple, lorsque les relations sont bonnes, l'entêtement peut être vu positivement et être considéré comme de l'engagement.³⁷ Les relations peuvent aussi être façonnées et modifiées par le processus des discussions.³⁸ Si les parties ont déjà des relations très tendues ou difficiles, une tierce partie, comme un médiateur, peut être nécessaire pour aider à contourner les difficultés générées par ces relations, mais les relations peuvent aussi être difficiles au point où la discussion et la négociation ne peuvent permettre de régler le différend.

Culture, sexe et pouvoir

Les différences en matière de culture, de sexe et de pouvoir peuvent aussi influencer sur nos interactions avec les autres et sur notre perception du langage et des actions d'autrui. Par exemple, la culture peut [Traduction] « teinter nos perceptions. »³⁹ La culture a été définie comme [Traduction] « la réalité que partagent des individus »⁴⁰ et comme la [Traduction] « dimension symbolique de la vie » en ce sens que la culture transmet [Traduction] « des messages quant à ce qui est normal, approprié et attendu. »⁴¹ Au sein d'une culture, il y a un [Traduction] « substantiel échange de ce qui est perçu comme le comportement, les valeurs et les caractéristiques types » de cette culture.⁴² Ces connaissances communes peuvent devenir des attentes en termes de comportement. Par exemple, certains groupes culturels peuvent être davantage « collectivistes » lorsque les valeurs de coopération, de respect des anciens, de réputation du groupe et d'interdépendance sont plus privilégiées qu'au sein d'un groupe à l'orientation plus « individualiste » pour lequel la concurrence, l'indépendance, la réussite personnelle et l'autonomie sont, relativement, plus valorisées.⁴³ Des groupes culturels peuvent aussi favoriser un style de communication. Par exemple, les Occidentaux communiquent

³⁶ McGinn, *précité*, note 31 à la p. 132.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* <a la p. 131.

³⁹ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 182.

⁴⁰ Michele J Gelfand, Janetta Lun, Sarah Lyons & Garriy Shtenynberg, « Descriptive Norms as Carriers of Culture in Negotiation » (2011) 16 International Negotiation, p. 361 à 368 [Gelfand et al].

⁴¹ Michelle LeBaron, « Culture and Conflict » (juillet 2003), en ligne : Beyond Intractability <<http://www.beyondintractability.org/essay/culture-conflict>> [LeBaron 2003A].

⁴² Gelfand et al, *précité*, note 40 à la p. 364.

⁴³ LeBaron 2003A, *précité*, note 41.

surtout par la parole et le langage corporel et s'en remettent moins à l'espace cérémoniel, rituel, physique et aux processus non verbaux de communication.⁴⁴

La culture peut aussi façonner la manière dont les parties décèlent, encadrent et règlent un différend ainsi que le succès perçu du processus.⁴⁵ Par conséquent, Michelle LeBaron soutient ce qui suit :

...Il importe tout particulièrement de comprendre les divergences dans les visions du monde quand on prépare et on met en œuvre des processus de règlement des différends occidentaux ou autochtones. Des notions divergentes du temps, de l'individualisme, des épistémologies et des façons de parler et de communiquer exerceront un effet direct sur les réussites (réelles ou perçues) du processus.⁴⁶

Par exemple, certaines visions du monde peuvent pencher davantage pour le rétablissement de la communauté que pour la punition de l'individu lui ayant fait du tort.⁴⁷ Le processus de règlement des différends doit convenir à l'idéologie de la communauté qu'il dessert sinon il ne sera pas employé (s'il est facultatif) ni respecté. Ce point est soulevé par Reg Crowshoe, un ancien de la nation des Piikani (nation des Péigans) et par Sybille Manneschmidt dans leur étude de la prestation des services de santé aux Piikani.

La structure administrative existante de prestation des services de santé...étaient étrangères et imposées à la communauté. De plus, cette structure n'inclut pas la participation communautaire de base et son organisation hiérarchique ne permet que l'apport « d'experts de la santé »...Même si certains d'entre eux sont autochtones et peuvent avoir toujours de forts liens avec leur communauté, ils doivent fonctionner à l'intérieur d'un système faisant très peu appel à la communauté. Donc, les services émanant de cette structure occidentale et véhiculant des valeurs occidentales ne sont pas en phase avec les valeurs traditionnelles de la clientèle. Au lieu de cela, les services peuvent être mal compris, mal utilisés et, en fin de compte, non demandés.⁴⁸ [Traduction]

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Wenona Victor, « Règlement extrajudiciaire des différends (RED) dans les contextes autochtones : un examen critique » (avril 2007), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <http://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/adrred_fr_1.pdf>, p. 32 [Victor].

⁴⁷ Monture-OKanee, *précité*, note 5 aux p. 132-133.

⁴⁸ Reg Crowshoe & Sybille Manneschmidt, *Akak'stiman: A Blackfoot Framework for Decision-Making and Mediation Processes* (Calgary: University of Calgary Press, 2002) à la p. 47 [Crowshoe & Manneschmidt].

Ainsi, la culture joue un rôle clé dans le succès et la conception d'un processus de règlement des différends.⁴⁹ Et le langage fait partie de la culture. Donc, si possible, « le recours à des langues et concepts autochtones est la clé du règlement réussi des différends avec les Autochtones car c'est seulement à ces conditions que leurs visions du monde sont correctement représentées et respectées. »⁵⁰

Les cultures qui tendent vers des styles de communication plus axés sur le contexte et non verbaux peuvent préférer faire appel à un membre respecté de la communauté pour les guider et les aider à régler un différend tandis que les cultures privilégiant une communication plus directe peuvent préférer faire appel à un intervenant de l'extérieur.⁵¹ En outre, différentes cultures ont des tolérances différentes pour des choses comme l'espace personnel, les communications non verbales, les divergences de pouvoir entre les parties, la prise de risques et le rôle des deux sexes.⁵² Par exemple, le contact visuel peut être jugé irrespectueux⁵³ pour une culture et respectueux et signe de confiance pour une autre. La place des personnes autour d'une table peut aussi influencer sur la perception et l'expérience du processus par les parties. Par exemple, les Américains « tendent à parler avec les personnes en face d'eux ou légèrement de côté » tandis que les Chinois ont tendance à trouver cette configuration des places assises comme quelque chose d'aliénant et de désagréable.⁵⁴

La culture peut aussi jouer un rôle clé dans la manière dont différentes personnes réagissent au risque ou à l'incertitude.⁵⁵ En fait, il a été suggéré que dans des situations comportant de l'incertitude, les tendances culturelles des gens peuvent s'amplifier car les personnes se tournent vers leurs connaissances et leur expérience culturelles, éléments qui leur sont plus familiers.⁵⁶ Le recours à des éléments ayant une signification culturelle, comme le langage et les symboles, qui expriment des valeurs et des normes culturelles, peuvent mettre plus à l'aise face au processus.⁵⁷ Pour cette raison, le lieu du processus,

⁴⁹ Victor, *précité*, note 46 à la p. 19.

⁵⁰ *Ibid* à la p. 16.

⁵¹ LeBaron 2003A, *précité*, note 41.

⁵² Michelle LeBaron, « Culture-Based Negotiation Styles » (juillet 2003), en ligne : Beyond Intractability <<http://www.beyondintractability.org/essay/culture-negotiation>> [Lebaron 2003B].

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Gelfand et al, *précité*, note 40 à la p. 371.

⁵⁷ *Ibid.*

les représentations visuelles qui s'y trouvent et l'utilisation de symboles culturels familiers sont des paramètres importants du règlement des différends.

Mais la culture n'est pas statique. Elle évolue et est donc « élastique ».⁵⁸ L'élasticité culturelle est l'idée selon laquelle même si les normes d'un groupe sont connues, cela ne signifie pas que chaque membre de ce groupe s'y conforme.⁵⁹ Même si un groupe culturel peut être très homogène, certains de ses membres peuvent avoir des niveaux différents d'identification personnelle à la culture commune.⁶⁰ Bien des personnes possèdent un « mélange » de valeurs et de tendances culturelles, incluant une orientation vers les droits individuels et la prise collective de décisions, et ce du fait d'interactions culturelles. Pour concevoir des systèmes efficaces de règlement des différends axés sur la communauté, il faut tenir compte de cette réalité, la respecter et s'en servir.

Le sexe et le pouvoir façonnent également les perceptions et les expériences des gens. Le sexe peut avoir de profondes incidences sur les interactions sociales, comme l'écrit un auteur :

...même en l'absence d'une forte réaction viscérale, le sexe teinte notre expérience. Toute négociation se déroule au sein d'un réseau d'influences, de valeurs sociales et de codes informels de conduite. Les normes sociales qui, au premier abord, semblent n'avoir rien à faire avec le sexe, peuvent susciter des attentes troubles quant à ce que nous devrions et pouvons faire en tant que femmes.⁶¹ [Traduction]

La culture peut définir les caractéristiques attendues des deux sexes. Si, dans une culture, un attribut en particulier peut être considéré comme masculin, dans une autre, il peut être vu comme féminin.⁶² Dans certaines cultures, les valeurs « d'assertivité, de centration sur la tâche et de réalisation » peuvent être considérées comme masculines et être préférées aux valeurs de « coopération, de réconfort et de création de liens ».⁶³ Les

⁵⁸ LeBaron 2003A, *précité*, note 41.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Anne Marie Bulow & Rajesh Kumar, « Culture and Negotiation » (2011) 16 *International Negotiation*, p. 349 à 351.

⁶¹ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 177; extrait de Deborah M Kolb & Judith Williams, *The Shadow Negotiation: How Women Can Master the Hidden Agendas That Determine Bargaining Success* (Toronto: Simon & Schuster, 2000).

⁶² LeBaron 2003B, *précité*, note 52.

⁶³ *Ibid.*

différences dans les attentes en fonction du sexe peuvent aussi découler de la socialisation, de la façon dont les gens se perçoivent et des valeurs morales.⁶⁴ Par exemple, des femmes peuvent être socialisées au sein d'une culture en particulier afin qu'elles voient la « moralité du point de vue de la prise en charge » au lieu d'adopter une « moralité fondée sur la justice », c'est-à-dire qui cherche à régler les différends en fonction du bien et du mal. Toutefois, dans certaines cultures, la prise en charge et la justice ne sont pas en opposition, mais sont des aspects intégrés, non définis en fonction du sexe.

Les gens ont de « multiples identités sociales », incluant le sexe, et ces différentes identités peuvent être plus ou moins évidentes dans une situation donnée, selon le groupe en cause.⁶⁵ Toutefois, les idées sur le sexe sont [Traduction] « très envahissantes et exercent une forte influence sur le rendement des négociateurs, sur ce qui est attendu des négociateurs et sur les expériences différentes vécues autour de la table de négociation selon que l'on est homme ou femme. »⁶⁶ La façon dont le rôle du négociateur s'adapte au rôle lié au sexe peut influencer sur le rendement du négociateur. Par exemple, un auteur souligne que lorsque les femmes négocient pour une autre personne plutôt que pour elles-mêmes, leur rendement est supérieur.⁶⁷

Le pouvoir peut aussi influencer sur l'expérience du règlement des différends. Le pouvoir est fondamentalement la capacité d'influencer une autre partie. Il peut se définir comme [Traduction] « la capacité d'influencer le comportement des autres, d'amener les autres à agir selon sa volonté plutôt que selon la leur »⁶⁸ et il a un effet sur la manière dont les gens se comportent et pensent.⁶⁹ Le pouvoir de négociation peut être défini simplement comme la capacité d'une personne à en influencer une autre.⁷⁰

⁶⁴ Laura J Kray & Leight Thompson, « Gender Stereotypes and Negotiation Performance: An Examination of Theory and Research » (2005) 26 *Research in Organizational Behavior*, p. 103 à 138 [Kray & Thompson].

⁶⁵ Deborah M Kolb, « Too bad for the Women or Does it Have to Be? Gender and Negotiation Research over the Past Twenty-Five Years » (2009) 25 *Negotiation Journal*, p. 515 à 519 [Kolb].

⁶⁶ Kray & Thompson, *précité*, note 64 à la p. 104.

⁶⁷ Kolb, *précité*, note 65 à la p. 520.

⁶⁸ Marie A Dugan, « Power » (2003), en ligne : Beyond Intractability: <<http://www.beyondintractability.org/essay/power>> (mis à jour en août 2012 par Heidi Burgess) [Dugan].

⁶⁹ Alain PCI Hong & Per J van der Wijst, « Women in Negotiation: Effects of Gender and Power on Negotiation Behavior » (2013) 6 *Negotiation and Conflict Management Research*, p. 273 et 274.

⁷⁰ *Ibid.*

La théorie de la négociation prévoit trois types de pouvoir : pouvoir coercitif, pouvoir d'échange et pouvoir collaboratif.⁷¹ Le pouvoir coercitif est « fondé sur une force supérieure » et il est « souvent exercé sans recours réel à la force » car de simples menaces suffisent fréquemment.⁷² Les exemples de pouvoir coercitif comprennent le recours à la force physique et le recours aux émotions, comme lorsqu'une partie cherche à mettre l'autre dans l'embarras.⁷³ Le pouvoir d'échange est un peu comme offrir une récompense à une personne pour que celle-ci fasse quelque chose. Il s'agit d'une « forme plus douce de pouvoir » que le pouvoir coercitif et elle suppose que les parties s'échangent quelque chose.⁷⁴ Enfin, le pouvoir collaboratif est comme un « câlin », c'est-à-dire que pour obtenir quelque chose, il faut recourir à des éléments comme « la loyauté et la légitimité, ou simplement avoir la conviction que le travail d'équipe est une approche plus productive que la hiérarchie. »⁷⁵ Ce dernier type de pouvoir peut aussi reposer sur la persuasion et les valeurs des deux parties sont alors prises en considération.⁷⁶

Comment les émotions, la confiance et les relations, le sexe, la culture et le pouvoir peuvent-ils influencer sur le choix, par une partie, d'un processus de règlement des différends, outre ceux que nous avons déjà décrits? Les différences culturelles entre les parties peuvent présenter des difficultés lorsqu'il s'agit de favoriser la confiance et de créer des liens.⁷⁷ La négociation, qui insiste souvent sur les individus et les parties pour façonner des solutions, peut être en désaccord avec des valeurs qui exigent de faire appel à la communauté pour trouver une solution.⁷⁸ Ces facteurs jouent aussi un rôle s'agissant de déterminer [Traduction] « les valeurs jugées légitimes, les valeurs adaptées et comment. »⁷⁹ Par exemple,

un processus conçu pour se concentrer sur « les faits » peut refléter un préjugé culturel à propos de l'expression d'émotions. Pour les membres de

⁷¹ Dugan, *précité*, note 68.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 182.

⁷⁸ Larissa Behrendt., *Aboriginal Dispute Resolution A Step Towards Self-Determination and Community Autonomy* (Sydney: The Federation Press, 1995) à la p. 58 [Behrendt].

⁷⁹ Michelle LeBaron, « Learning New Dances: Finding Effective Ways to Address Intercultural Disputes » in Bell & Kahane, *précité*, note 1, p. 11 à 14 [LeBaron 2004].

cultures très portées sur l'expression, il est difficile et perturbant de participer à un processus au cours duquel les émotions sont refrénées et jugées suspectes. De la même façon, un processus insistant sur la réduction des coûts et sur l'efficacité peut rejeter ce que certains participants voient comme des étapes essentielles.⁸⁰ [Traduction]

Les études sur les processus de règlement des différends mentionnent toutes que pour être efficace et respecté, le processus doit être [Traduction] « ancré aux valeurs de la communauté qu'il veut desservir. »⁸¹ Le processus doit être adapté aux parties qui l'utiliseront. De plus, les modèles occidentaux de RAD et les processus autochtones, comme la médiation et le « cercle », ne sont pas interchangeables, même s'ils partagent certaines caractéristiques. Les valeurs, les points centraux et les intentions des processus peuvent varier. Par exemple, Wenona Victor de la Nation des Stó:lô, dans un examen des processus RAD effectué pour la Commission canadienne des droits de la personne, écrit :

La pléthore de modes de résolution « alternatifs » est complétée par des formules autochtones qui préconisent le rajeunissement et le réemploi des méthodes autochtones de règlement des différends. Les deux formules sont actuellement utilisées pour traiter des différends analogues, mais elles sont souvent fondamentalement différentes, reposant sur des visions du monde tout à fait divergentes et posant des questions très différentes. Cela ne revient pas à dire qu'une formule ne peut pas parfois s'inspirer de l'autre ou qu'elles ne doivent pas affronter des obstacles semblables. Il faut en revanche faire preuve de respect pour des visions du monde divergentes et reconnaître l'incidence du colonialisme sur l'éclosion des deux formules et sur leur mise en œuvre de même que sur les rapports aussi bien à l'intérieur de chaque formule qu'entre elles.⁸²

(c) Contextes des Premières Nations

Programmes de formation en négociation

Même si elle n'existe plus,⁸³ la Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l) (Ridgewood) est un exemple de service de règlement des différends qui offrait aussi une formation en négociation aux communautés des Premières

⁸⁰ *Ibid* à la p. 14-15.

⁸¹ Catherine Bell, « Indigenous Dispute Resolution Systems within Non-Indigenous Frameworks: Intercultural Dispute Resolution Initiatives in Canada » in Bell & Kahane, *précité*, note 1 241 at 245 [Bell].

⁸² Victor, *précité*, note 46 à la p. 5.

⁸³ « Ridgewood Foundation », en ligne : Ridgewood Foundation for Community Based-Conflict Resolution <<http://rpbirt.com/ridgewood/ridgewoodtrust/index.htm>> [Ridgewood Foundation].

Nations et à des membres de ces communautés.⁸⁴ L'organisation se concentrait sur le règlement communautaire des différends, processus qui vise à régler des différends en [Traduction] « créant un environnement de dignité et de respect, qui privilégie l'interaction et les ententes favorisant la confiance et l'honneur. »⁸⁵ Pour ce faire, le processus s'attache à régler les différends en trouvant une solution fondée sur « l'ensemble » de la communauté, ce qui inclut les diverses valeurs et identités présentes dans la communauté, comme [Traduction] « l'âge, le sexe, l'aptitude, la race, la culture et le pouvoir. »⁸⁶

En plus d'offrir de la formation, l'organisation proposait entre autres choses d'agir comme « tierce partie neutre pour des groupes communautaires comme les Premières Nations, le gouvernement, la police, la jeunesse, les promoteurs communautaires et les professionnels. »⁸⁷ Avant que le processus de règlement des différends se mette en branle, l'organisation offrait aux participants une formation axée sur une « approche fondée sur des principes en matière d'intervention et de règlement des différends, indiquait à quoi s'attendre au cours de la négociation et précisait des habiletés requises pour s'approprier le processus et être en mesure de régler les problèmes à la base du conflit. »⁸⁸

Des programmes similaires conçus pour améliorer les habiletés et le pouvoir en matière de négociation fondée sur les intérêts dans le contexte des Premières Nations sont toujours proposés par d'autres organismes, comme le Banff Centre for Management Indigenous Leadership and Management Program.⁸⁹ Ces modèles reposent sur la prémisse que le pouvoir et que la négociation d'ententes équitables et durables dépendent en partie des aptitudes à négocier. Pour les deux programmes, la formation est adaptée au contexte du conflit le plus pertinent pour les participants, comme les négociations sur des revendications territoriales ou des différends au sein d'une communauté. Contrairement

⁸⁴ Greene, *précité*, note 7 à la p. 24.

⁸⁵ Ridgewood Foundation Community-Based Conflict Resolution, « CBCR », en ligne : Ridgewood Foundation Community-Based Conflict Resolution <http://rpbirt.com/ridgewood/ridgewoodtrust/2_cbcrr.htm> [Ridgewood CBCR].

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Greene, *précité*, note 7 à la p. 24.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ The Banff Centre, « Indigenous Leadership and Management », en ligne : The Banff Centre <<http://www.banffcentre.ca/programs/program.aspx?id=103>>.

au programme Banff qui, à moins d'être adapté à une communauté autochtone en particulier, repose sur la préparation en vue d'un hypothétique différend et la participation à ce dernier, les participants au programme Ridgewood étaient invités à « faire leurs propres préparatifs en vue de participer à leur séance de négociation communautaire », de sorte que le processus de formation était taillé pour la communauté et le contexte des différends qui convenait le mieux à la communauté en question.⁹⁰ La formation visait à faciliter « le règlement de différends identitaires ou culturels » au moyen d'un processus favorisant « l'auto-évaluation et la mise en évidence de problèmes profondément enracinés afin de les analyser et de les régler dans le cadre de ce processus. »⁹¹ Les critiques du programme Ridgewood soulignaient que la formation et le processus étaient coûteux et reposaient sur la coopération des parties, mais aussi qu'ils procuraient « les compétences requises pour des négociations équitables », tenaient compte de la culture et de l'identité, incluaient la « négociation fondée sur des principes » et favorisaient « la pleine participation des parties. »⁹²

Jo- Ann Greene a suggéré que la formation en négociation pouvait être adaptée pour aider les parties à régler les différends touchant les biens immobiliers matrimoniaux.⁹³ Cela peut être particulièrement utile dans le cas de processus des Premières Nations qui prévoient que les parties tentent de parvenir à des contrats entre conjoints avant de se lancer dans des processus de règlement des différends avec l'aide d'une tierce partie. Les aspects pertinents du modèle Ridgewood incluent ce qui suit :

- Il offre une formation sur le processus et les compétences associés à une séance de négociation équitable.
- Il s'agit de négociation fondée sur des principes et l'accent est mis sur l'atteinte d'un règlement à l'amiable.
- Il tient compte des questions culturelles/identitaires, même celles aux racines profondes, et prévoit leur prise en considération pendant la négociation.
- Il favorise la pleine participation des parties en accordant une attention particulière à l'environnement dans lequel la négociation a lieu.⁹⁴

Négociation en collaboration dans le cadre du traité conclu avec les Nisga'a

⁹⁰ Greene, *précité*, note 7 à la p. 24.

⁹¹ *Ibid* à la p. 25.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* Pour plus de détails, voir Sikka, Wong & Bell, *précité*, note 2.

Les divers processus de règlement des différends entre les parties au traité conclu avec les Nisga'a montrent comment la négociation et d'autres modèles de RAD peuvent tirer avantage des valeurs autochtones en matière de règlement des différends et faciliter ces règlements. La raison d'être des processus et la nécessité de passer par la négociation en collaboration et un processus dirigé, comme la médiation ou un groupe consultatif, avant de s'adresser à un tribunal pouvant rendre des décisions exécutoires [Traduction] « [renforcent] l'importance du respect, de la reconnaissance, de l'harmonie et de la réconciliation propres à la tradition juridique Nisga'a. »⁹⁵ La raison d'être du processus en trois étapes est la suivante :

1. coopérer avec les autres pour développer des relations de travail harmonieuses;
2. éviter ou, à défaut, réduire au minimum les désaccords;
3. déceler vite les désaccords et les régler de la façon la plus rapide et la plus efficace possible;
4. régler les désaccords selon une approche non accusatoire, collaborative et informelle.⁹⁶ [Traduction]

S'il est impossible de parvenir à un accord au moyen de discussions informelles, sous réserve de quelques rares exceptions, les parties doivent amorcer une négociation fondée sur les intérêts (aussi désignée négociation en collaboration). Ce modèle de négociation fait appel aux modes occidentaux de négociation et aux valeurs traditionnelles de la nation Nisga'a. Tout le processus est scindé en trois phases : « négociations en collaboration, processus orientés et décision (ou arbitrage). »⁹⁷ Généralement, les parties ne passent pas directement à la phase trois; elles doivent, sauf quelques exceptions, franchir successivement les différentes étapes.⁹⁸ La première étape, les négociations en collaboration, se concentre sur l'interprétation par les parties du langage du traité afin de parvenir à un consensus.⁹⁹ L'entente expose le processus de l'étape un et précise que « les parties non visées directement par le désaccord peuvent participer. »¹⁰⁰ Des règles de confidentialité et de compte rendu, qui visent à faciliter la

⁹⁵ Bell, *précité*, note 81 à la p. 257.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid* aux p. 257-258.

⁹⁸ *Ibid* à la p. 258.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

discussion ouverte, sont mises en place.¹⁰¹ La négociation est « interdite au public, les transcriptions et les enregistrements électroniques sont prohibés et les parties doivent garder le secret sur l'information divulguée dans le cadre de la négociation. »¹⁰² De plus, l'information révélée pendant ce processus, oralement ou par écrit, ne peut servir de preuve dans des procédures subséquentes, que ces procédures aient ou non un lien avec l'objet de la négociation.¹⁰³ Le processus, exposé dans l'entente, reconnaît les valeurs de « rétablissement de l'harmonie »¹⁰⁴ entre les parties en adoptant un « modèle de négociation fondée sur les intérêts. »¹⁰⁵ L'adoption de ce type de modèle est évidente à l'article 9 de l'appendice M-1 de l'entente, qui se lit comme suit [Traduction] :

Les parties chercheront activement à parvenir à un accord en :

- a. déterminant les intérêts sous-jacents;
- b. isolant les points d'accord et de désaccord;
- c. examinant des solutions de rechange;
- d. envisageant des compromis ou des accommodements;
- e. prenant toute autre mesure susceptible d'aider à parvenir à un accord.¹⁰⁶

2. Médiation

(a) Caractéristiques clés

La médiation est un processus au cours duquel un tiers impartial aide les parties à régler un différend.¹⁰⁷ Un modèle courant est la médiation fondée sur les intérêts au cours de laquelle le médiateur est un facilitateur de processus – un tiers impartial qui aide les parties à communiquer, qui détermine les intérêts à la base du conflit et qui propose des solutions mutuellement avantageuses répondants aux divers besoins communs des parties. « [Le] médiateur facilitateur suppose que sa mission principale est d'améliorer et de clarifier les communications entre les parties » et il évite de donner son opinion personnelle car cela peut « miner l'apparence d'impartialité et, donc, nuire au travail du médiateur. »¹⁰⁸ Les médiateurs facilitateurs peuvent aussi « ne pas connaître en détail le

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid* extrait de *Nisga'a Final Agreement*, Appendice M-1, para 13(c) et (d).

¹⁰⁴ *Ibid* à la p. 258.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Nisga'a Final Agreement Act SBC 1999*, chapitre 2, Appendice M-1 Collaborative Negotiations, art. 9.

¹⁰⁷ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 249.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p. 276.

cas ni la loi, les pratiques ou la technologie pertinentes pour donner une opinion éclairée. »¹⁰⁹

Une autre forme de médiation est la médiation évaluative qui diffère par l'orientation et la participation du médiateur. Un médiateur évaluatif possède l'expertise voulue pour faciliter la communication et il est aussi un expert des conflits. Ces médiateurs interviennent davantage et peuvent participer en proposant des solutions pour régler le différend. Les médiateurs évaluatifs sont choisis quand « les participants veulent et requièrent le médiateur pour obtenir des directives quand à un terrain possible d'entente. »¹¹⁰ Ils sont « qualifiés pour donner de telles directives du fait de leur ... expérience, formation et objectivité. »¹¹¹ Les critiques des méthodes évaluatives soutiennent que ces méthodes peuvent entraîner « le maintien sur leurs positions et la polarisation » des parties ou empêcher « d'insister sur le fait que les parties doivent évaluer et réévaluer la situation et faire preuve de créativité pour trouver une solution. »¹¹² Par ailleurs, les méthodes évaluatives incitent les « parties à s'interroger sur leur propre jugement et sur leurs « limites » et à les réévaluer » et peuvent aider à donner satisfaction aux parties qui veulent « se faire entendre. »¹¹³

En général, les médiateurs sont choisis par les parties, mais dans le cas de processus obligatoires, ils peuvent être imposés par le tribunal. Les processus de médiation sont habituellement informels, privés et confidentiels. La médiation suppose qu'un consensus est possible et que les parties souhaitent régler leur différend.¹¹⁴ La médiation ne peut réussir si les parties ne veulent pas régler leur différend par le consensus et la coopération. Le processus est souple; il est défini par les objectifs des parties et le choix du médiateur.¹¹⁵ Les ententes conclues ne sont pas exécutoires (mais elles peuvent être mises en œuvre par contrat) et le processus n'exige pas que les participants en viennent à une entente.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid* à la p. 333, extrait de Lela P Love, « The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate » (1997) 24 Fla St. U L Rev 937.

¹¹³ *Ibid* à la p. 335, extrait de Marjorie Corman Aaron, « Merits Barriers: Evaluation and Decision Analysis », D Golann, *Mediating Legal Disputes* (2009) 145.

¹¹⁴ Behrendt, *précité*, note 78 à la p. 60.

¹¹⁵ Folberg et al., *précité*, note 3 à la p. 274.

En médiation, l'impartialité, la confidentialité, le maintien des relations, la participation et la coopération sont des principes clés. L'impartialité signifie que le médiateur n'a aucun préjugé à l'égard des parties ou du différend. Par exemple, le Programme de médiation pour la protection des enfants, administré par ADR-LINK en Ontario, « met en liaison des sociétés d'aide à l'enfance et des spécialistes du RAD dans le sud-ouest de l'Ontario. »¹¹⁶ En Ontario, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* prévoit que « les sociétés d'aide à l'enfance doivent, au besoin, envisager le recours au règlement alternatif des différends (RAD) dans les cas de protection des enfants. »¹¹⁷ La médiation pour la protection des enfants est un des programmes qui sont indiqués et offerts aux familles quand « l'intervention des tribunaux est envisagée, en instance ou en cours. »¹¹⁸ Dans le cadre de ce programme, les médiateurs sont des professionnels formés « indépendants » qui « ne sont pas habilités à prendre de décisions sur le cas. »¹¹⁹ L'impartialité signifie aussi que les médiateurs doivent être très prudents et éviter d'exprimer leurs sentiments personnels à propos d'un différend. Par exemple, un auteur conseille ainsi les médiateurs :

[Traduction]...jamais dire comment, *personnellement*, vous jugeriez le cas, mais vous devez plutôt présenter votre opinion comme une *prédiction* de l'attitude d'un *décideur extérieur*. Exprimer son opinion personnelle à propos de ce qui est « bien » ou « juste » dans le contexte d'un différend est presque toujours une mauvaise idée parce qu'un écoutant pensera sans doute que le médiateur a pris parti contre lui. »¹²⁰

Une partie du processus de médiation consiste à créer un espace dans lequel les parties peuvent être entendues. La médiation vise à réduire au minimum les éléments accusatoires : blâme, faute ou « justification morale. »¹²¹ Pour cette raison, le médiateur

[Traduction]...adopte de bons comportements de gestion des conflits et tente de créer un environnement dans lequel les parties au conflit pourront commencer à se parler et à s'écouter attentivement. Pour bien des parties à un

¹¹⁶ « ADR-LINK », en ligne : Centre for Children & Families in the Justice System <<http://www.lfcc.on.ca/adr-link/index.html>> [ADR-LINK].

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ ADR Link, « Child Protection Mediation » (2008), en ligne : Centre for Children & Families in the Justice System <[http://www.fcc.on.ca/adr-link/ADR LINK_ChildProtection Mediation.pdf](http://www.fcc.on.ca/adr-link/ADR_LINK_ChildProtection%20Mediation.pdf)> à la p. 4.

¹¹⁹ *Ibid* à la p. 3.

¹²⁰ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 285.

¹²¹ *Ibid* à la p. 466; extrait de Trina Grillo, « The Mediation Alternative: Process Dangers for Women » (1991) 1000 Yale LJ 1545.

conflit, il peut s'agir de la première chance qu'elles sont d'exposer leur version. Pendant ce processus, les parties peuvent entendre des choses pour la première fois, choses qui leur permettent de mieux saisir comment l'autre partie perçoit le problème.¹²²

La médiation peut aider les parties à surmonter les obstacles qui empêchent une négociation directe.¹²³ Des éléments comme le pouvoir, les émotions, la confiance, la culture et les relations sont d'importants points à considérer dans un contexte de médiation, comme dans le cas de la négociation. Par exemple, la médiation peut aider à aplanir certaines difficultés liées aux déséquilibres de pouvoir¹²⁴ ou aux différences culturelles.¹²⁵

Même si les émotions ou les différences culturelles peuvent ne pas empêcher le recours à cette méthode, il est important de voir comment ces éléments s'intègrent aux hypothèses de la médiation. Par exemple, il est important d'être au fait des différents modes culturels de participation et de communication au moment de choisir ou de modifier une méthode. L'hypothèse selon laquelle les meilleures ententes et les plus durables sont façonnées par les parties à un conflit et le principe de l'impartialité du médiateur peuvent [Traduction] « saper le rôle des anciens et miner les valeurs culturelles traditionnelles. »¹²⁶ Les médiateurs abordent aussi le processus avec leurs [Traduction] « propres stéréotypes culturels conscients et inconscients » qui influent sur la façon dont ils perçoivent les versions des parties.¹²⁷

(b) Contextes des Premières Nations

Calgary Rockyview Child and Family Services (CRCFS) – Cercle traditionnel de médiation des services aux Autochtones

Le processus de cercle de médiation offert par le CRCFS regroupe quelques aspects de la médiation occidentale, comme la résolution conjointe de problèmes par les

¹²² Folberg et al, *ibid* à la p. 303.

¹²³ *Ibid* à la p. 354.

¹²⁴ Behrendt, *précité*, note 78 à la p. 60.

¹²⁵ Gelfand et al, *précité*, note 40 aux p. 375-376.

¹²⁶ Brian A Crane, QC, Robert Mainville & Martin W Mason., *First Nations Governance Law* (Markham: LexisNexis Canada Inc, 2006) à la p. 240 [Crane et al].

¹²⁷ Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 463; extrait de Sina Bahadoran, « A Red Flag: Mediator Cultural Bias in Divorce Mediation » (2000) 18 Mass Fam LJ 69.

participants, mais il s'inspire aussi des « valeurs » autochtones en matière de règlement des différends.¹²⁸ Le programme démarre en 1999, lorsque le bureau autochtone de Calgary Rockyview Child and Family Services collabore avec un ancien de la tribu des Péigans, Reginald Crowshoe, un Pied-Noir Piikani gardien du Calumet sacré Petit Tonnerre et qui a « [la connaissance] des processus traditionnels de médiation. »¹²⁹ Le modèle utilisé est fondé sur la structure du cercle des Pieds-Noirs et il s'agit d'un « processus basé sur les cérémonies traditionnelles pieds-noirs. »¹³⁰ Le processus se déroule dans un tipi; les participants et les personnes ayant les droits ou les responsabilités à l'égard des ballots rituels prennent place selon les traditions juridiques des Pieds-Noirs.¹³¹ Le processus du cercle est conforme aux protocoles rituels qui ont « un début et une fin bien précis » et qui définissent [Traduction] « la position appropriée et les fonctions de chaque personne qui participe à la cérémonie, ainsi que le rôle des articles culturels requis, à savoir le ballot proprement dit, le calumet et la fumée. »¹³²

[Traduction] Le ballot représente l'objectif du processus que guident les célébrants. Les gardiens de ballots sont les hôtes du processus et les responsables du ballot/de l'objectif présenté. Les adeptes assis au sud et au nord contribuent au processus par les capacités particulières.¹³³

Les positions intérieures de cet agencement sont également associées de façons particulières à l'objectif.¹³⁴ Les gens qui prennent place sur le côté droit du cercle sont les personnes qui « contribuent matériellement et financièrement à l'atteinte de l'objectif » tandis que les personnes assises du côté gauche sont celles qui « apportent les ressources humaines. »¹³⁵ Par exemple, dans le cas du programme de protection des enfants, la *Loi sur la protection de l'enfance* peut représenter le ballot car c'est l'objet de la rencontre et le « principe directeur de la médiation. »¹³⁶ Le médiateur occupe la position du célébrant

¹²⁸ « Native MST »; en ligne : Calgary and Area Family and Child Services <<http://www.calgaryandareacfsa.gov.ab.ca/home/579.cfm>>.

¹²⁹ Calgary Rockyview Child and Family Services, « Native Services Traditional Mediation Circle »; en ligne <http://www.calgaryandareacfsa.gov.ab.ca/home/documents/ProgramsServices/mediation_circle.pdf> à la p. 4.

¹³⁰ Crowshoe & Manneschmidt, *précité*, note 48 à la p. 35.

¹³¹ *Ibid* à la p. 36.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid* à la p. 37.

¹³⁴ *Ibid* aux p. 37-38.

¹³⁵ *Ibid* à la p. 37.

¹³⁶ *Ibid* à la p. 49.

du côté droit du cercle tandis que le « parent ou le tuteur demandant la garde permanente de l'enfant » occupe la position réservée à l'hôte.¹³⁷ La « personne mandatée par l'organisme et chargée d'appliquer la loi » occupe la position du célébrant, à gauche.¹³⁸ L'hôte conjoint, qui prend place à la droite du célébrant assis du côté gauche, est le travailleur social.¹³⁹ La famille et les amis peuvent s'asseoir à droite, pour soutenir la personne demandant la garde, tandis que les professionnels soutenant le travailleur social prennent place à gauche.¹⁴⁰ Les conseillers ou, dans ce cas, les anciens tuteurs ou les parents de famille d'accueil ou des travailleurs expérimentés en protection de l'enfance, s'assoient à l'entrée du cercle et constituent, selon le modèle traditionnel, « le célébrant antérieur ou le célébrant aîné ».¹⁴¹ Les différents organismes visés par le cas peuvent être représentés à l'intérieur du cercle, ainsi qu'une personne relevant des Services à l'enfance et à la famille.¹⁴² Le secrétaire de la médiation ou le preneur de notes s'installe aussi à l'intérieur du cercle.¹⁴³

Le cercle de médiation « procure à tous les participants un accès non exclusif au processus et garantit que tous contribuent à l'atteinte du même objectif. »¹⁴⁴ Par conséquent, « tous les participants doivent bien connaître leur rôle pendant ce processus »¹⁴⁵ et être disposés à « apprendre et à assumer les responsabilités associés à une position précise dans le cercle. »¹⁴⁶ Le modèle « est fondé sur une vision du monde non hiérarchisée et qui comporte des éléments abstraits et physiques qui sont en équilibre et cet équilibre doit être préservé avec soin. »¹⁴⁷ De plus, « le modèle repose sur la participation communautaire parce que cela permet à chacun de s'exprimer », mais il n'est pas fondé sur des « experts » ni « des étrangers à la communauté. »¹⁴⁸

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid* à la p. 38.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid* à la p. 39.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p. 38.

¹⁴⁸ *Ibid* à la p. 39.

Quatre éléments de prise de décision courants dans de nombreuses traditions autochtones sont inhérents au processus : « Lieu, Action, Langue et Chant » (LALC).¹⁴⁹ Le lieu désigne l'endroit du rassemblement ou la place assise, l'action désigne les protocoles de mouvement tandis que la langue et le chant se rapportent aux traditions orales rituelles qui accompagnent le processus. Ce processus du cercle et les éléments LALC font partie des traditions juridiques de nombreuses Premières Nations et ils ont été adaptés et appliqués à différentes autres contextes pour faciliter la discussion et la prise de décision. Par exemple, un modèle similaire a été adopté pour faciliter la discussion lors de rassemblements nationaux sur le savoir autochtone et la prise de décision par le Groupe consultatif des Autochtones de Patrimoine canadien qui organise ces événements. Le but des rassemblements était de « collaborer avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis pour continuer à élaborer des stratégies pratiques et inclusives qui reconnaissent, respectent, protègent et célèbrent la diversité du savoir autochtone au Canada. »¹⁵⁰ Les Anciens, les hôtes de Patrimoine canadien et de la communauté avaient tous des rôles précis dans le cercle, incluant l'ouverture et la fermeture, l'explication du processus, le contrôle du processus, les vœux au ballot (sujet de discussion) et le résumé des points de discussion. Le processus a été modifié au besoin pour refléter les différents protocoles, structures et philosophies associés au cercle des Métis, des Inuits et des Premières Nations.¹⁵¹

3. Arbitrage et tribunaux

(a) Caractéristiques clés de l'arbitrage

L'arbitrage est un processus juridictionnel de règlement des différends au cours duquel un tiers émet un jugement sur le différend après avoir entendu les parties, comme

¹⁴⁹ Patrimoine canadien, Traditions – Rassemblements nationaux sur le savoir autochtone – Trousse des participants [2009] p. 24. (Patrimoine canadien, Traditions – Rassemblements nationaux sur le savoir autochtone – Rapport final (Ottawa : Patrimoine canadien 2008) aux p. 6, 46). Voir aussi Brian en consultation avec Reg Crowshoe et en discussion avec la Sociétée Knut-sum-atak, « Poomaksin, Skinnipikani-Nitsiitapii Law, Transfers and Making Relatives: Practices and Principles for Cultural Protection, Repatriation, Redress, and Heritage Law Making in Canada », Catherine Bell et Val Napoleon, Éd., First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies Voices and Perspectives (Vancouver: UBC Press, 2008), 258 à 270-272.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p. 17.

¹⁵¹ *Ibid* à la p. 25.

un juge au tribunal.¹⁵² Toutefois, les décisions arbitrales sont davantage blindées que les décisions judiciaires par les possibilités d'appel sont très limitées et parce que les tribunaux reconnaissent généralement les décisions arbitrales. Les autres caractéristiques de l'arbitrage incluent la confidentialité et la connaissance approfondie, par l'arbitre, de la nature du différend.¹⁵³

La décision de l'arbitre peut être exécutoire ou consultative. L'arbitrage est dit consultatif [Traduction] « quand un groupe d'arbitrage rend une décision consultative non exécutoire avant jugement. »¹⁵⁴ Dans le cas de l'arbitrage exécutoire, la décision est finale et elle lie les parties en cause. L'arbitrage est relativement informel par comparaison aux procédures judiciaires car [Traduction] « l'arbitrage se fait souvent dans la salle de conférence d'un cabinet d'avocat ou dans un autre lieu de réunion. »¹⁵⁵ En général, les « règles de preuve et de procédure » sont souples car les parties peuvent [Traduction] « présenter certaines preuves qui ne seraient pas retenues par un tribunal. »¹⁵⁶ La présentation de la preuve et des arguments varie selon les arbitres ou les règles convenues pour le processus.¹⁵⁷

Les parties peuvent choisir leur arbitre et choisir un arbitre possédant une expertise particulière si elles le désirent. Ainsi, le processus peut être plus efficace et il peut mieux convenir aux parties, en partant du fait qu'un arbitre possédant les connaissances spécialisées requises [Traduction] « comprendra plus rapidement les points à la base du différend » et cela augmentera la probabilité que le résultat soit [Traduction] « conforme aux normes commerciales, juridiques ou techniques pertinentes. »¹⁵⁸ Par exemple, si les parties ont un différend touchant les mines, le pétrole ou le gaz et si l'arbitre connaît ces domaines, elles consacreront sans doute moins de temps à décrire à cet arbitre les normes techniques ou les pratiques particulières de cette industrie, ce qui fera gagner du temps à tous et réduire le travail nécessaire. Plusieurs arbitres peuvent intervenir, ce qui se produit quand chaque partie en choisit un et quand les deux arbitres

¹⁵² Folberg et al., *précité*, note 3 à la p. 537.

¹⁵³ *Ibid* à la p. 543.

¹⁵⁴ *Ibid* à la p. 537.

¹⁵⁵ *Ibid* à la p. 542.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid* à la p. 577.

sélectionnés choisissent ensemble une tierce partie.¹⁵⁹ Le travail d'arbitrage est fondé sur les principes d'équité et d'ouverture d'esprit.¹⁶⁰

Le processus d'arbitrage est choisi quand les parties recherchent une [Traduction] « décision éclairée fondée sur les faits plutôt que sur les émotions associés à un problème »¹⁶¹ ou veulent une certitude au moyen d'une décision finale. Même si [Traduction] « cette finalité peut être un des grands avantages de l'arbitrage pour les personnes ... qui veulent mettre le différend derrière elles », elle peut désavantager ceux qui sont [Traduction] « insatisfaits d'une décision, ceux qui croient que l'intégrité du processus a été compromise ou encore les parties à un différend comportant des aspects juridiques importants ou nouveaux. »¹⁶² Comme pour un litige devant un tribunal, les parties n'ont aucun contrôle sur la prise de décision.

Là encore, des facteurs culturels peuvent intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer si ce processus convient pour régler un différend. Larissa Behrendt, juriste autochtone australienne, suggère que la « nature accusatoire et judiciaire » de l'arbitrage est [Traduction] « en contradiction directe avec les valeurs culturelles autochtones de consensus. L'arbitrage reflète la notion d'individu, ce qui est contraire à la valeur autochtone de communauté. »¹⁶³ « Dans le processus d'arbitrage, la prise de décision est également très rigide »¹⁶⁴ car elle « ne permet pas le caractère informel et la souplesse que privilégient les Autochtones pour le règlement traditionnel des différends. Même le lieu de ce processus est aliénant et ressemble à un tribunal. »¹⁶⁵ De plus, le processus « ne peut éliminer le déséquilibre de pouvoir », particulièrement dans le cas de différends entre parties autochtones et non autochtones.¹⁶⁶

Les commentaires de Behrendt attirent l'attention sur la nécessité « d'adapter » le processus à ces valeurs des parties ainsi qu'à la nature du différend. En outre, même si l'arbitrage peut être souple par comparaison aux poursuites judiciaires, il reste plus formel et davantage lié par des règles que bien d'autres modes de règlement des

¹⁵⁹ *Ibid* à la p. 583.

¹⁶⁰ *Ibid* à la p. 577.

¹⁶¹ Union of BC Municipalities and First Nations Summit, *précité*, note 11 à la p. 10.

¹⁶² Folberg et al, *précité*, note 3 à la p. 543.

¹⁶³ Behrendt, *précité*, note 78 à la p. 55.

¹⁶⁴ *Ibid*.

¹⁶⁵ *Ibid* à la p. 56.

¹⁶⁷ Greene, *précité*, note 7 à la p. 32.

différends. Behrendt attire l'attention sur des éléments comme le pouvoir et la culture, qui peuvent influencer sur le succès d'un processus de règlement des différends. Même si les parties sont traitées équitablement devant les arbitres,¹⁶⁷ il peut subsister des écarts de pouvoir fondés sur divers facteurs, incluant les ressources pour préparer l'audition, l'expérience d'un tel processus ou le savoir.

(b) Caractéristiques clés des tribunaux

Comme pour l'arbitrage, les membres des tribunaux sont des experts dans un domaine particulier du droit (p. ex. le droit du logement) qui rendent des décisions sur des différends qui leur sont soumis. Les tribunaux administratifs peuvent

régler des questions spécialisées et techniques dans différents contextes, permettre l'exécution des stratégies et programmes gouvernementaux de manière plus novatrice, souple et efficiente, en plus de constituer des tribunes propices à la tenue de débats publics informels et rapides, réduisant ainsi les coûts et délais afférents au système judiciaire.¹⁶⁸

Leurs procédures et les règles de preuve sont plus souples que celles des tribunaux judiciaires, mais plus formelles et codifiées que d'autres modèles de RAD. En raison de leur expertise, les droits d'appel et les droits d'examen de leurs décisions sont limités, coûteux et le processus est long.¹⁶⁹

Les tribunaux administratifs sont généralement établis en vertu d'une loi et leurs domaines de juridiction sont déterminés par la loi les habilitant.¹⁷⁰ Ils sont aussi mis en place en vertu d'un traité moderne et d'accords sur des revendications territoriales. Par exemple, le Métis Settlements Appeal Tribunal d'Alberta a été constitué en vertu de la *Métis Settlements Act* [Act].¹⁷¹ La partie 7 de cette *Loi* concerne la mise en place et les pouvoirs du tribunal. La loi définit la composition du tribunal¹⁷² ainsi que les pouvoirs et

¹⁶⁷ Greene, *précité*, note 7 à la p. 32.

¹⁶⁸ Juge en chef Beverley McLachlin, « Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution » (Allocution le 27 mai 2013 dans le cadre du 6^e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens); en ligne : Cour suprême du Canada <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx>> , p. 3, extrait de Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law* (Markham: LexisNexis Canada, 2008) [McLachlin].

¹⁶⁹ Crane et al, *précité*, note 126 à la p. 240.

¹⁷⁰ Greene, *précité*, note 7 à la p. 1.

¹⁷¹ *Métis Settlements Act*, RSA 2000, chap. M-14, art. 180(1) [*Métis Settlements Act*].

¹⁷² *Ibid* art. 180(2)

les responsabilités du tribunal d'appel.¹⁷³ [Traduction]Le tribunal dispose de plusieurs comités pouvant entendre des causes de différents types incluant ce qui suit : comité de recours, droit coutumier, accès en surfaces et autres différends, comme les biens d'entreprise ou les projets miniers et ces comités peuvent aussi intervenir dès que les parties conviennent que le tribunal est habilité à rendre une décision.¹⁷⁴ [Traduction] De plus, la *Loi* autorise le tribunal à mettre en œuvre [Traduction] « tout processus de règlement de différend qu'il estime approprié, incluant la médiation, la conciliation et l'arbitrage. »¹⁷⁵ Ainsi, le tribunal est mis sur pied par la *Loi*, mais la *Loi* impose également des limites quant à ses domaines de compétences, sa composition ainsi que ses pouvoirs et ses responsabilités.

Les tribunaux sont régis par les principes d'équité procédurale, d'application régulière de la loi, d'impartialité,¹⁷⁶ [Traduction] de justice naturelle et d'indépendance à l'égard d'influences extérieures et du gouvernement.¹⁷⁷ [Traduction] L'équité procédurale stipule que

les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.¹⁷⁸

La [Traduction] « teneur du devoir de traiter équitablement varie en fonction des circonstances du cas, mais elle englobe habituellement le droit d'être entendu et, dans les circonstances appropriées, le droit de contre-interroger les témoins. »¹⁷⁹ Hors de ce contexte, « nous comprenons mieux que l'important c'est l'équité fondamentale, et qu'une solution fondamentalement équitable dépend dans une large mesure du mandat et du contexte particuliers du tribunal administratif concerné. »¹⁸⁰ La justice naturelle a

¹⁷³ *Ibid* Division 3.

¹⁷⁴ Métis Settlement Appeal Tribunal, « Appeals »; en ligne : Métis Settlements Appeal Tribunal <<http://www.msat.gov.ab.ca/appeals/>>.

¹⁷⁵ *Métis Settlements Act*, précité, note 171, art. 188.

¹⁷⁶ Crane et al, précité, note 126 à la p. 205.

¹⁷⁷ Greene, précité, note 7 à la p. 2.

¹⁷⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 SCR 817, para 28.

¹⁷⁹ Crane et al, précité, note 126 à la p. 240.

¹⁸⁰ McLachlin, précité, note 168.

deux caractéristiques clés : (1) que la [Traduction] « personne visée par la décision a le droit d'être entendue » et (2) que le décideur doit être impartial.¹⁸¹

(c) Contextes propres aux Premières Nations

Tribunal du territoire visé par le Traité n° 4

L'objectif du tribunal administratif du territoire visé par le Traité n° 4 est « de régler les différends concernant l'application du droit des Premières Nations sur le territoire » et « d'aider les citoyens visés par le Traité n° 4 à régler des différends qui ne peuvent l'être au niveau communautaire. »¹⁸² Le Tribunal a juridiction quand le droit d'une Première Nation précise que le tribunal peut être appelé à intervenir.¹⁸³ Le Governance Institute a mis sur pied un « répertoire de membres d'un groupe professionnel et les a formés pour trancher des différends se rapportant à l'application du droit communautaire des Premières Nations. »¹⁸⁴

Pour favoriser l'équité et l'impartialité, le répertoire « comprend des professionnels répartis partout sur le territoire visé par le Traité n° 4 » afin que « les membres du groupe n'aient pas de lien direct avec la communauté dans laquelle ils interviennent. »¹⁸⁵ Le modèle « repose sur des règles de justice naturelle et des principes d'équité, et intègre des approches de règlement des différends traditionnelles et contemporaines. »¹⁸⁶ Le processus intègre également des pratiques cérémonielles, si un participant le demande. Il y a aussi des aînés qui parlent à toutes les personnes concernées par le processus afin de veiller à leur bonne compréhension des méthodes de règlement des différends utilisées dans le processus, ainsi que des règles en matière de liens de parenté qui gouvernent la communauté. »¹⁸⁷

¹⁸¹ J.M Law, F.A Laux & M Lewans, *Administrative Law: Cases and Materials*, Coursepack, (Faculty of Law, University of Alberta, 2013/2014) à la p. 194.

¹⁸² Commission canadienne des droits de la personne, « *Trousse pour l'élaboration de processus communautaires de règlement des différends dans les communautés des Premières Nations* »; en ligne : National Aboriginal Initiative <http://www.doyouknowyourrights.ca/sites/nai-ina/files/pdf/toolkit_trousse-fra.pdf> à la p. 64 [Commission canadienne des droits de la personne].

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

Au cours de la première étape du processus, le tribunal détermine s'il est habilité à entendre la cause, puis il y a « l'étape préalable à l'audience » au cours de laquelle le tribunal se concertera avec « les deux parties au différend pour déterminer si la médiation est possible. »¹⁸⁸ L'audience a ensuite lieu, puis le tribunal prépare une décision écrite qui rend compte « du problème ou du différend, de la décision, des détails de l'audience et des motifs de la décision » et des copies sont envoyées à toutes les parties concernées.¹⁸⁹ Enfin, le cas échéant, « le tribunal peut faire des recommandations non contraignantes aux parties sur les façons possibles de régler le conflit ou le différend. »¹⁹⁰

4. Conférences avec des groupes de familles (CGF) et médiation familiale

(a) Caractéristiques clés

Les conférences avec des groupes de familles sont un [Traduction] « processus en cercle ancré dans la culture traditionnelle autochtone et visant à rétablir l'équilibre et l'harmonie lorsque des familles et des enfants sont en crise. »¹⁹¹ La pratique traditionnelle était de créer un cercle de partage où la famille et la communauté pouvaient s'exprimer, écouter, être respectées et être traitées équitablement [Traduction].¹⁹² Ensemble, un consensus est atteint à propos du meilleur plan, fondé sur « les valeurs et les croyances traditionnelles », tant pour l'enfant que la famille et en tenant aussi compte du bien-être de toute la communauté [Traduction].¹⁹³ L'objectif principal du processus est de [Traduction] « [reconstruire] de bonnes relations familiales autour de l'enfant. »¹⁹⁴

Un facilitateur participe au processus en aidant à organiser la conférence, en déterminant les services pouvant être utiles pour épauler la famille, comme des aînés ou d'autres intervenants, et en s'assurant que l'enfant est entendu [Traduction].¹⁹⁵ Il peut y avoir plusieurs étapes, comme une phase de préparation ou de planification de la

¹⁸⁸ *Ibid* à la p. 65.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Native Counselling Services of Alberta, « A Sacred Circle: Family Group Conferencing Discussion Guide »; en ligne : Bearpaw Legal Education and Resource Centre <<http://www.bearpaweducation.ca/sites/default/files/FGC%20Discussion%20Guide.pdf>> à la p. 1.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid* à la p. 4.

¹⁹⁵ *Ibid.*

rencontre, la rencontre proprement dite et l'élaboration finale du plan [Traduction].¹⁹⁶ Le processus est [Traduction] « mené par la famille »¹⁹⁷ et il est habituellement régi par les principes suivants :

- L'enfant et sa famille ont le droit d'être parties aux décisions qui les concernent.
- Les familles ont des forces et des ressources qu'elles peuvent utiliser.
- La sécurité et le bien-être de l'enfant sont accrus en renforçant sa famille et son réseau de soutien et en partageant la responsabilité quant au bien-être de l'enfant.
- Par la collaboration, les familles peuvent régler des problèmes et élaborer des plans afin que leurs enfants soient en sécurité et bien traités.
- Par rapport à des décisions imposées par des professionnels, les solutions mises en place par la famille sont plus susceptibles de respecter et de préserver les liens entre les enfants et leur famille, leur communauté et leur culture.
- Les familles sont plus susceptibles de respecter les plans qu'elles élaborent que des plans qui leur sont imposés par des professionnels.
- Pour favoriser la confiance et le dialogue, les discussions qui ont lieu dans le cadre des CGF sont confidentielles, à moins que la loi exige leur divulgation (p. ex. nécessaire à la sécurité de l'enfant) [Traduction].¹⁹⁸

Le processus est très axé sur la famille; le plan est élaboré par les membres de la famille alors que pour d'autres processus, les parents collaborent avec des travailleurs sociaux pour parvenir à un plan [Traduction].¹⁹⁹ Seuls les membres de la famille ou les personnes reconnues comme des membres de la famille aux yeux de l'enfant, participent à l'élaboration du plan [Traduction].²⁰⁰ Pour cette raison, ce processus est souvent adopté par des familles qui ne se sentent pas aussi à l'aise lorsqu'il s'agit de travailler directement avec des groupes de services. Même si cela peut empêcher des experts des services sociaux de participer directement à l'élaboration des plans, ces plans sont souvent approuvés et on considère qu'ils [Traduction] « permettent de traiter

¹⁹⁶ Della Knoke, « Family Group Conferencing in Child Welfare »; en ligne : Canadian Child Welfare Research Portal < <http://cwrp.ca/sites/default/files/publications/en/FGC77E.pdf>> à la p. 2 (CECW Information Sheet #77) [Knoke].

¹⁹⁷ *Ibid* à la p. 1.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid* à la p. 3.

²⁰⁰ *Ibid.*

adéquatement les problèmes et les préoccupations touchant le bien-être des enfants. »²⁰¹ Même si certains participants se disant généralement satisfaits de l'expérience et de ses résultats mentionnent ses effets positifs sur les liens familiaux, sur la communication et sur le sentiment de contrôle du processus [Traduction],²⁰² d'autres familles peuvent trouver le tout stressant, agressant ou inhibant [Traduction].²⁰³ Au moment de choisir ce processus, l'élément clé est de déterminer le rôle des travailleurs sociaux de l'extérieur, comme les fournisseurs de soins, dans l'élaboration du plan familial.

(b) Contexte propre aux Premières Nations

Justice familiale – Mee-noo-stah-tan Mi-ni-si-win

Ce processus de médiation familiale, qui concerne les familles relevant de l'Awasis Agency of Northern Manitoba, est en cours depuis 1999²⁰⁴ et vise à

faire appel à la famille, à la famille élargie, aux membres de la communauté, aux aînés, aux travailleurs sociaux et aux fournisseurs de services communautaires pour régler des problèmes de protection de l'enfance, et ce en employant des Okweskimowewak (médiateurs familiaux) bien formés. Les Okweskimowewak doivent aider les participants à exposer leur « vérité » personnelle (dabwe) et à écouter et respecter la dabwe des autres; à créer un contexte sûr et favorable en supprimant les déséquilibres inhérents de pouvoir; à explorer les causes profondes du conflit familial dans le meilleur intérêt à long terme des enfants et à aider les familles à collaborer pour parvenir à des solutions novatrices [Traduction].²⁰⁵

Le programme est [Traduction] « conçu comme une approche de rechange des questions touchant l'enfance et la famille, approche autre que les services à l'enfance et à la famille et que les tribunaux. »²⁰⁶ L'Okweskimowewak [Traduction] « fait appel aux connaissances traditionnelles en matière de résolution des conflits et de médiation familiale, connaissances ancrées dans la langue de

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Awasis Agency of Northern Manitoba, *Awasis Agency of Northern Manitoba 2012/2013 Child and Family Services - Final Report*; en ligne : Awasis Agency of Northern Manitoba <http://www.awasisagency.ca/docs/2012-2013_Annual_Report.pdf> à la p. 101 [Awasis Agency]

²⁰⁵ Joe Pintarics & Karen Sveinungaard, « Meenoostahtan Minisiwin: First Nations Family Justice « Pathways to Peace » » (2005) *The First Peoples Child & Family Review* 2 67 à la p. 67 [Pintarics & Sveinungaard].

²⁰⁶ Awasis Agency, *précité*, note 204 à la p. 101.

chaque Première Nation y ayant recours. »²⁰⁷ Ils offrent [Traduction] « des outils de médiation ou de résolution des conflits propres à la culture » et ils peuvent « faire appel à des aînés et à des pratiques traditionnelles pour favoriser de bonnes voies de guérison. »²⁰⁸ Axé sur [Traduction] « le bien-être et le développement sain des enfants », le programme vise aussi à favoriser « la santé, l'harmonie et l'équilibre au sein de la cellule familiale. »²⁰⁹

Pendant le processus, [Traduction] « chaque participant a l'occasion d'exprimer son point de vue sur les problèmes » et il y a une « discussion dirigée par l'Okweskimowew [assistant] pour définir les problèmes sous-jacents et des façons de les régler. »²¹⁰ Le [Traduction] « but est de créer des conditions propices à de nouvelles relations – permettant de contenir l'ambivalence voire de convenir d'être en désaccord, pas dans un contexte de conflit, mais plutôt dans l'acceptation ou le respect des différences. »²¹¹ Le médiateur aide les parties à déterminer des « besoins communs » afin de parvenir à un « consensus » sur le contenu de l'entente au moyen « d'échanges et de concessions » entre les parents et l'agence (Agency) afin que l'enfant soit rendu à ses parents.²¹²

L'Okweskimowew peut jouer bien des rôles; il indique très clairement qu'il sert « d'intermédiaire » entre l'agence et les parents.²¹³ Bien qu'il agisse comme médiateur ou négociateur,²¹⁴ l'Okweskimowew peut aussi [Traduction] « assurer la coordination avec les ressources locales (travailleurs en santé/santé mentale) pour s'assurer que des évaluations et des plans sont en place pour des familles et/ou des particuliers. »²¹⁵ Il peut aussi appuyer des initiatives d'éducation pour promouvoir le programme.

III. Processus communautaire de règlement des différends

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid* à la p. 109.

²⁰⁹ *Ibid* à la p. 101.

²¹⁰ Pintarics and Sveinunggaard, *précité*, note 205 à la p. 77.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Awasis Agency, *précité*, note 204 à la p. 103.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid* à la p. 104.

Le document intitulé *Trousse pour l'élaboration de processus communautaires de règlement des différends dans les communautés des Premières Nations*, publié par la Commission canadienne des droits de la personne, renferme des renseignements utiles sur le développement de processus communautaires de règlement des différends et sur l'adoption d'autres processus pour répondre aux besoins de la communauté. Même si l'accent est mis sur les processus menant à des décisions quant aux droits de la personne au sein d'une communauté des Premières Nations, l'information est pertinente pour le développement de processus visant à régler d'autres genres de différends, comme ceux qui portent sur les biens immobiliers matrimoniaux. La trousse indique un certain nombre de principes directeurs qui facilitent l'appui et le respect de la communauté tout en respectant les principes de justice fondamentale du droit canadien. Ces principes incluent ce qui suit : « rendre le processus accessible », « demander à la communauté ce qu'elle pense du processus », « veiller à ce que le processus soit acceptable pour toutes les personnes concernées par le différend », « veiller à ce que le processus soit impartial et indépendant », « permettre aux personnes d'être accompagnées d'un représentant », « donner aux personnes l'occasion de se faire entendre », « encourager les personnes concernées par un différend à partager l'information », « garder l'information confidentielle », « justifier les décisions » et « aider à éviter les représailles. »²¹⁶

La trousse suggère aussi d'imaginer comment le processus se présentera et fonctionnera. En plus de tenir compte des principaux éléments du processus, il faut réfléchir à la façon de transmettre de l'information sur le processus, les « paramètres du processus », comment les gens se plaindront et intégreront leurs plaintes au processus, qui seront les décideurs et quels seront leurs rôles potentiels,²¹⁷ qui sera chargé du développement du processus et qui y participera,²¹⁸ sans oublier les qualités des participants, incluant la nécessité d'une orientation ou d'une expertise supplémentaires.²¹⁹ Pour ces paramètres et d'autres décisions, l'apport de la communauté est déterminant car « les personnes qui se sentent impliquées dans l'élaboration d'un processus communautaire de règlement des différends sont plus susceptibles de lui faire confiance

²¹⁶ Commission canadienne des droits de la personne, *précité*, note 182 à la p. 4.

²¹⁷ *Ibid* à la p. 12.

²¹⁸ *Ibid* à la p. 20.

²¹⁹ *Ibid* à la p. 21.

et de l'utiliser. »²²⁰ Si des structures sont imposées en matière de processus de règlement des différends, il peut y avoir des malentendus à propos du processus, ce dernier peut ne pas être respecté et ne pas être utilisé [Traduction].²²¹

Le développement d'un processus de règlement des différends devrait aussi tenir compte du temps nécessaire pour régler un différend²²² et des processus permettant d'appeler de la décision.²²³ Il est important « que le processus d'appel ait une fin, ou les personnes concernées pourraient avoir l'impression que le différend n'est pas clos. Cela pourrait faire en sorte que le différend « persiste » dans la communauté. »²²⁴

IV. Processus judiciaires et RAD

Dans certaines juridictions, les parties peuvent être tenues de se prêter à un processus de règlement des différends avant d'envisager un procès civil. Par exemple, en Alberta, des règles de procédure obligatoires stipulent que les parties doivent essayer de régler leur différend au moyen d'un processus de règlement des différends approuvé par le tribunal avant qu'une date pour un procès civil soit définie.

En Alberta, en vertu de l'article 8.4(3)(a) de ces procédures, les parties doivent prouver qu'elles ont participé à un processus approuvé de règlement des différends ou que cette exigence de participation à un processus de RAD a été annulée, et ce avant qu'un procès puisse être programmé.²²⁵ L'article 4.16 précise les exigences requises concernant les processus de RAD.²²⁶ Cet article stipule ce qui suit [Traduction] :

- 4.16(1) La responsabilité des parties quant à la gestion de leur différend inclut la participation de bonne foi à au moins un des processus suivants de règlement des différends pour un aspect ou la totalité du dossier :
- (a) processus de règlement des différends du secteur privé ou du secteur gouvernemental avec participation d'un tiers impartial;
 - (b) processus de règlement des différends justiciable d'un tribunal;
 - (c) processus judiciaire de règlement des différends décrit aux articles 4.17 à 4.21 [règlement judiciaire des différends];

²²⁰ *Ibid* à la p. 26.

²²¹ Crowshoe & Mannes Schmidt, *précité*, note 48 à la pé 47.

²²² Commission canadienne des droits de la personne, *précité*, note 182 à la p. 48.

²²³ *Ibid* à la p. 55.

²²⁴ *Ibid*.

²²⁵ *Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010, art. 8.4(3)(a).

²²⁶ *Ibid*, art. 4.16.

(d) tout programme ou processus désigné par le tribunal dans le cadre de cet article.²²⁷

Les règles de procédure prévoient des exemptions au processus de RAD obligatoire, mais uniquement dans des circonstances particulières, c'est-à-dire [Traduction] « avant que le procès débute, les parties ont amorcé un processus de règlement de leur différend, mais les parties de même que le tribunal estiment que la poursuite du processus est inutile », « la nature de la plainte ne permet pas, indépendamment des circonstances, de mener à une entente entre les parties ni d'entrevoir cette possibilité », « pour une raison évidente, les parties ne doivent pas s'engager dans un processus de règlement de leur différend », « le tribunal est convaincu de l'inutilité, pour les parties, d'amorcer un processus de règlement de leur différend », ou « la nature de la plainte est telle qu'une décision judiciaire est nécessaire ou souhaitable. »²²⁸

Les systèmes autochtones existants de RAD peuvent, de plusieurs façons, répondre aux exigences imposées par le tribunal. Par exemple, en octobre 2012, le Juge en chef de la Cour fédérale a publié une lettre sur un projet pilote « pour les demandes de contrôle judiciaire ayant trait à la gouvernance des Premières Nations » dans l'espoir « d'appuyer une résolution plus efficace de ces conflits, à coût raisonnable et d'une façon satisfaisante pour les parties. »²²⁹ En termes de processus de règlement des différends, une des options est « l'utilisation des processus acceptables de règlement des différends des Premières Nations. »²³⁰ Un autre exemple se trouve dans la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, selon laquelle « les sociétés d'aide à l'enfance doivent, au besoin, envisager le recours au règlement alternatif des différends (RAD) dans les cas de protection des enfants. »²³¹ Ici, un élément de droit exige que les parties tentent un RAD. En Ontario, ADR-Link stipule que les processus susceptibles de répondre à cette exigence sont la « médiation en protection de l'enfance », les

²²⁷ *Ibid.*, art. 4.16(1).

²²⁸ *Ibid.*, art. 4.16(2).

²²⁹ Juge en chef de la Cour fédérale, « Projet pilote : Contrôle judiciaire des différends dans la gouvernance des Premières Nations » (16 octobre 2012); en ligne : Cour fédérale du Canada <[http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice%20-%20First%20Nations%20Governance%20Pilot%20Project%20\(FRA\)%20FINAL.pdf](http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/fct-cf/pdf/Notice%20-%20First%20Nations%20Governance%20Pilot%20Project%20(FRA)%20FINAL.pdf)> à la p. 1.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ ADR-LINK, *précité*, note 116.

« conférences avec des groupes de familles » ou [Traduction], pour les familles des Premières Nations, une approche RAD établie par leur bande ou leur communauté ou toute autre approche qu'elles estimeront appropriée. »²³²

De nombreux autres processus peuvent donner des résultats, utilisés de concert avec le système judiciaire ou intégrés à ce dernier. Par exemple, le processus Nishnawbe-Aski appelé « Talking Together » (Parler ensemble). Ce processus est une [Traduction] « approche réparatrice axée sur les questions de protection de l'enfance » et il est fondé sur les cercles traditionnels.²³³ Durant le cercle,

les participants les personnes touchées et la façon dont elles sont touchées par les problèmes familiaux. Deuxièmement, dans le cercle, les participants doivent déterminer ce qui peut être fait. En cas d'entente, celle-ci est l'assise du Plan de protection et elle est déposée devant le tribunal. Le but ultime de « Parler ensemble » est de réunir les familles – de régler les problèmes qui divisent les familles afin qu'elles redeviennent unies et plus fortes.²³⁴

L'organisation a conclu des ententes avec d'autres services, comme la police et les services familiaux, afin qu'une plus grande collaboration soit offerte aux participants.²³⁵ Une partie de l'entente avec la police de l'Ontario et la police Nishnawbe-Aske prévoit une déjudiciarisation avant et après la mise en accusation au profit de processus de réparation ou de règlement alternatif des différends.²³⁶ Ainsi, une approche collaborative et réparatrice est établie et elle calque les processus liés au cercle traditionnel. D'autres exemples figurent dans le document complémentaire de l'ouvrage intitulé « Indigenous Centered Conflict Resolution Processes in Canada. »²³⁷

V. Conclusion

Il existe de nombreux processus de RAD qui sont utilisés ou qui sont adaptés à bien des circonstances. Les Premières Nations, les Inuits et les Métis ont adapté ou

²³² *Ibid.*

²³³ Nishnawbe-Aski Legal Services, « Talking Together »; en ligne : Nishnawbe-Aski Legal Services <<http://www.nanlegal.on.ca/article/talking-together-126.asp>>.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Nishnawbe-Aski Legal Services, « Protocols »; en ligne : Nishnawbe-Aski Legal Services <<http://www.nanlegal.on.ca/article/protocols-141.asp>>.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Sikka, Wong & Bell, *précité*, note 2.

adopté de nombreux processus de RAD en fonction de toute une gamme de différends. Cela inclut des processus utilisables conjointement avec le système de justice du Canada. Les processus de RAD adaptés comprennent la médiation, la négociation, l'arbitrage, les tribunaux et les conférences avec des groupes de familles. Dans bien des cas, les pratiques et les valeurs occidentales et autochtones traditionnelles se confondent. Chaque processus comporte des points forts et des faiblesses qui le rendent plus ou moins compatible avec certains individus, groupes, communautés ou différends.

La mise en œuvre (ou l'adaptation) réussie d'un processus peut reposer sur de nombreux facteurs, dont la nature du différend, la volonté d'accord et les relations entre les parties. En outre, des éléments comme la culture, le sexe, le pouvoir, la confiance et les émotions peuvent rendre plus ardu le succès des modes de RAD. Il faut tenir compte de tous ces facteurs au moment de choisir ou d'adapter un processus de RAD.

Certaines préoccupations qui surgissent au moment d'adopter un processus de RAD fondé sur la communauté sont liées à la diversité des identités, des croyances et des traditions des participants potentiels au processus. Même si les généralisations sur la culture, par exemple, peuvent fournir des indices quant à la façon dont un individu percevra une chose ou y réagira, ce n'est pas toujours si simple. En effet, la culture peut se développer, changer et s'adapter. Par exemple [Traduction],

Malgré la ténacité des valeurs et des processus centraux autochtones, comme la loi de l'accord, identifier les valeurs communautaires dans le cadre d'un système de justice autochtone contemporain est une tâche compliquée exigeant davantage que l'examen des valeurs qui dominaient avant la colonisation. Les valeurs culturelles incluent maintenant des visions à la fois occidentales et autochtones du droit et des conflits. »²³⁸

Les individus ne peuvent pas simplement être mis dans un même panier et les généralisations peuvent ne pas toujours donner des résultats fiables. Au moment de développer ou d'adapter un processus de RAD pour l'utiliser au sein d'une communauté ou d'un groupe, tenir compte de ces facteurs peut être fort utile. De plus, l'adoption d'un système ou d'un processus ne signifie pas nécessairement qu'il faille en exclure un autre. Comme juriste autochtone, John Borrows mentionne ce qui suit [Traduction] :

Le point sur lequel je souhaite insister est que le fait d'être autochtone (ce qui signifie une identité politique, des droits juridiques et des responsabilités

²³⁸ Bell, *précité*, note 81 à la p. 246.

normatives) n'empêche pas d'avoir d'autres identités, droits et responsabilités officiels. Les Autochtones n'ont pas à renoncer à leur participation au grand cadre communautaire, national et interne, simplement parce qu'ils possèdent des systèmes distincts de règlement des différends. Les Autochtones sont à la fois traditionnels, modernes et postmodernes.²³⁹

²³⁹ John Borrows, « A Separate Peace: Strengthening Shared Justice », Bell & Kahane, *précité*, note 1, p. 343 à 348.