

# Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada: **pouvoir, culture et imagination**<sup>1</sup>

Par **Michael Coyle**, Professeur associé, Faculté de droit, Université de Western Ontario • mcoyle@uwo.ca

*Traduit de l'anglais*

Pour les peuples autochtones du Canada, très peu de questions revêtent une aussi grande importance que celle de la reprise en main des processus décisionnels touchant la santé et la viabilité de leurs communautés. Depuis de nombreuses générations, les bureaucraties, les réglementations et les politiques sociales d'origine non autochtone définissent pratiquement tous les aspects de la vie autochtone au Canada. De la naissance (et la question de la reconnaissance de l'enfant en tant que membre d'une communauté autochtone) au décès et à la validité des legs en passant par l'éducation (y compris la possibilité pour les peuples autochtones de transmettre leurs langues et leurs cultures), le mariage et les conséquences de son échec, mais aussi les structures et les limites juridictionnelles des gouvernements locaux ou encore la capacité des communautés autochtones à voter des lois qui seraient reconnues par les tribunaux des provinces et du Canada, tous les aspects de la vie autochtone au Canada sont régis par des règles établies par des politiciens non autochtones et des législateurs vivant à l'extérieur des communautés autochtones.

L'imposition de ces lois et de ces mécanismes de contrôle extérieurs a eu pour effet l'affaiblissement (délibéré) des structures sociales autochtones, de leurs langues et de leurs systèmes de valeurs, mais, comme le reconnaissent de plus en plus les organismes gouvernementaux, elle a également entraîné une

détresse généralisée accompagnée d'une anomie sociale au sein des communautés autochtones (Canada, 1996; Harper, 2008; Penner, 1983).

Au cours des vingt-cinq dernières années, plusieurs recherches et débats politiques, menés au sein ou à l'extérieur des communautés, se sont intéressés aux possibilités et aux conséquences d'un éventuel transfert de pouvoirs vers les communautés autochtones dans l'optique de les doter de gouvernements autonomes. Le défi que représente l'établissement d'institutions gouvernementales autochtones fonctionnelles, représentatives et responsables soulève d'importantes questions plus générales sur la nature même de l'État canadien, sur les droits des peuples autochtones et sur la relation appropriée entre les deux.

Quelles formes prendraient les nouvelles institutions capables de reconnaître efficacement les singularités autochtones sur les plans social, culturel, politique et juridique? Jusqu'à quel point les valeurs libérales et les traditions juridiques occidentales devraient-elles se refléter dans ces institutions? Quelle devrait être la relation entre ces nouveaux gouvernements autochtones et les structures politiques canadiennes existantes? Entre les lois autochtones et celles des provinces et du palier fédéral? Sur quels territoires et à quelles personnes s'appliquerait la compétence autochtone? Quelles structures économiques seraient le meilleur soutien des nouvelles institutions? Ces questions – et d'autres encore tout aussi fondamentales – ont provoqué de vastes débats. Elles ont également fait l'objet d'études théoriques et de discussions entre les universitaires spécialistes.

---

<sup>1</sup> Cet article a été réalisé grâce à l'appui financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

## ■ L'IMPORTANCE DES NÉGOCIATIONS DANS L'ÉLABORATION DE NOUVEAUX ARRANGEMENTS EN MATIÈRE DE GOUVERNANCE AUTOCHTONE

À cette étape, il apparaît clair désormais que les réformes dans le domaine de la gouvernance autochtone seront élaborées prioritairement grâce à un processus de négociation au cas par cas, plutôt que par une réforme globale du système. Les tentatives de mener à bien de vastes changements constitutionnels qui auraient reconnu un « troisième ordre de gouvernement » autochtone ont échoué et il semble improbable qu'elles soient relancées dans un futur proche. De plus, les décisions des tribunaux canadiens n'encouragent pas l'éventuelle reconnaissance générique d'un droit inhérent des communautés autochtones à l'autonomie gouvernementale (Borrows, 1999; McNeil, 2008). Même si les tribunaux devaient aujourd'hui reconnaître un droit global inhérent à l'autogouvernance, comme de nombreux universitaires le réclament (Borrows, 1992; Macklem, 1991; Slattery, 1991), la complexité des effets et la diversité des sociétés autochtones feraient en sorte que les tribunaux suivraient les récentes décisions de la Cour suprême du Canada en matière de revendications territoriales et de conflits sur la propriété des ressources, lesquelles préconisent la négociation en tant que méthode appropriée pour l'élaboration de nouveaux arrangements de gouvernance autochtone. Enfin, depuis 1995, la politique du gouvernement fédéral a été de négocier avec les divers peuples autochtones l'enchâssement d'un « droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale » dans la Constitution canadienne (Affaires indiennes et du Nord Canada, 1995). Résultat, quelque trois cent quatre-vingt-quatre communautés autochtones – plus de la moitié des communautés autochtones du Canada – participent depuis à des négociations sur la gouvernance avec le gouvernement fédéral (Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009).

Peu d'attention a été portée à l'importance du contexte de négociation dans l'élaboration des institutions de gouvernance autochtone qui vont sans doute voir le jour au Canada. Cela semble un oubli conséquent, car les questions sous-jacentes primordiales liées à l'ampleur et à la forme des nouveaux arrangements de gouvernance au Canada ne seront pas résolues par

l'examen serein d'une théorie générale. Les systèmes de gouvernance qui seront mis en place naîtront de l'interaction entre des négociateurs armés d'objectifs spécifiques, parfois conflictuels, présents à chacune des tables de négociation. La dynamique de toutes les négociations sur la gouvernance sera nécessairement dépendante du contexte, perméable à l'influence des émotions humaines, tributaire de la force des mandats des négociateurs, limitée par la capacité à communiquer des personnes concernées et subordonnée à la satisfaction des besoins et des intérêts immédiats des parties représentées à la table de négociation. Pour toutes ces raisons, ces négociations seront (jusqu'à un certain point) contraintes et imprévisibles, tant sur le plan du processus que des résultats. Tout effort visant à dessiner les frontières de la gouvernance autochtone au Canada doit prendre en compte à la fois cette particularité du processus de négociation au cas par cas et les défis systémiques qui ne manqueront pas de se manifester aux tables de négociation où ces projets seront discutés.

À partir d'une perspective théorique de la négociation, le présent article analyse les conséquences d'un des aspects des négociations sur la gouvernance : l'existence de rapports de force entre les parties. Si le projet d'établir de nouveaux mécanismes de gouvernance autochtone se veut en rupture avec les pratiques coloniales, il est implicite que ces nouveaux mécanismes ne sauraient être imposés unilatéralement par l'État. Il est toutefois difficile d'imaginer que des négociations de cet ordre puissent être mises à l'abri des rapports de force qui les entourent.

L'objectif de cet article est d'étudier les incidences potentielles de telles dynamiques de pouvoir sur les négociations sur la gouvernance, tant sur leur processus que sur leurs résultats. Étant donné les rapports de force entre les parties, des négociations de cette nature ont-elles des chances d'amener des changements significatifs par rapport au *statu quo*? De la même manière, les résultats de ces négociations reflèteront-ils fidèlement les aspirations de la partie autochtone? Pour me permettre de répondre à ces questions, j'analyserais tout d'abord les bases du pouvoir de négociation et les effets des rapports de force sur les négociations en général, avant d'étudier comment ces rapports pourraient se manifester au cours des négociations impliquant les autochtones et la Couronne.

Dans mon analyse, je prévois qu'il existe un risque non négligeable, lors de plusieurs négociations sur la gouvernance, pour que des inégalités ressenties à l'endroit du rapport de force opèrent au détriment de la qualité des interactions entre les parties, des possibilités de signature d'ententes et de la production de résultats novateurs et répondant aux aspirations des parties. En outre, l'analyse révélera que d'autres facteurs, tels que les différences de culture entre les parties, sont susceptibles d'exacerber ces effets. Si ce qui précède s'avère fondé, il faudrait que les parties considèrent des manières adaptées d'augmenter l'efficacité des négociations sur la gouvernance. Je suggère, dans cet article, l'existence de raisons impérieuses pour les parties de considérer l'utilisation prudente (et négociée) de certains principes de la négociation basée sur les intérêts, ou « négociation raisonnée », afin d'améliorer l'interaction entre les parties durant le processus de négociation de même que la qualité des ententes qui en résulteront.

### ■ LES RAPPORTS DE FORCE ET LES NÉGOCIATIONS SUR LA GOUVERNANCE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

L'analyse du processus d'accès à la gouvernance autochtone à partir de la perspective ouverte par la théorie de la négociation offre de nouveaux éclairages sur les défis présentés par l'élaboration de véritables formes de gouvernance autochtone. Cette méthode ne nie pas les arguments de la théorie politique qui peuvent mettre en lumière les obstacles historiques, juridiques et institutionnels qui bloquent systématiquement la voie de la décolonisation (Alfred, 1999; Tully, 2000). Elle ne se substitue pas non plus aux travaux des théoriciens culturels qui font remarquer à quel point des divergences de points de vue sur le monde peuvent empêcher le dialogue et la résolution de conflits entre des cultures majoritaires et minoritaires (Avruch et Black, 1993; Brett et Gelfand, 2006; Kahane, 2004). Pour autant, la théorie de la négociation a un point de départ différent de ceux de la science politique et de la théorie culturelle: elle émane d'une compréhension des dynamiques des négociations. Dès lors, examiner la question des rapports de force depuis la perspective de la théorie de la négociation

nécessite de commencer par considérer l'essence de la négociation.

La définition habituelle et généralement acceptée de « négociation » recouvre tout échange de communications au cours duquel une partie cherche à influencer l'autre pour atteindre un positionnement d'affaires souhaité (Lax et Sebenius, 1986; Rubin et Brown, 1975). Le fait qu'une négociation implique une communication entre humains, qu'elle soit liée fonctionnellement à des aspirations et qu'elle s'appuie sur des tentatives d'influencer le comportement, suggère un certain nombre de réflexions fécondes quant à la relation liant les rapports de force et la négociation.

Si l'on part tout d'abord de la prémisse qu'une négociation est un processus par lequel deux parties ou plus cherchent à s'influencer mutuellement pour obtenir un résultat souhaité, l'essence d'une négociation apparaît intimement liée à l'exercice du pouvoir. Le « pouvoir » est communément compris comme la capacité à générer des effets dans l'environnement et, en particulier dans le contexte d'une négociation, comme l'habilité à exercer une influence sur d'autres ou sur leur entourage (Lax et Sebenius, 1986; Lewicki, Saunders et Barry, 2006). J'analyserai ci-dessous de plus près le pouvoir dans la négociation, en me concentrant sur les origines du pouvoir qui, dans une négociation, est issu de sources relativement stables et extérieures à la table de négociation. Il suffit pour l'instant de noter que la capacité à exercer une influence dans une négociation semble *a priori* fortement liée aux définitions classiques du concept de « pouvoir ».

Le thème des négociations sur la gouvernance autochtone présente une autre raison de s'intéresser au rôle que joue le pouvoir lors de telles négociations. Par nature, les négociations sur la gouvernance sont axées sur la possibilité de changer les rapports de force existants entre les peuples autochtones et la Couronne. Leur objectif déclaré est de conclure des ententes par lesquelles des institutions autochtones exerceraient plus de pouvoir sur les peuples autochtones. Cependant, ces négociations doivent se dérouler dans un contexte légal et constitutionnel au sein duquel une partie jouit dès le départ d'une plus

grande capacité à influencer sur le choix des changements (s'il devait y en avoir) qui auront force de loi à l'échelle nationale. Ce contexte oblige les observateurs à soulever carrément la question de la prépondérance de la Couronne sur l'environnement juridique national actuel et des effets de celle-ci sur le résultat de négociation prétendant modifier ce même environnement.

Lorsque l'on aborde la question des négociations portant sur le thème de la gouvernance autochtone, il devient ensuite évident que de nombreux facteurs pèseront sur la joute mutuelle entre la Couronne et les peuples autochtones. On peut inclure dans ces facteurs les limites et la flexibilité des mandats dont est doté chacun des négociateurs (en particulier, étant donné leur structure hiérarchique, les mandats fournis par les gouvernements provinciaux et fédéral). L'ouverture des parties aux changements sur les questions de gouvernance peut par ailleurs être influencée par l'irruption d'autres questions d'importance au cœur des discussions, comme une revendication de titre ancestral. La méfiance engendrée par des discussions interrompues par le passé entre la Couronne et les communautés autochtones, les perceptions divergentes quant aux droits préexistants en matière de gouvernance, la complexité inhérente à toute initiative gouvernementale qui pourrait altérer le *statu quo* de façon significative ou encore la réputation personnelle et le talent de négociateur des représentants sont également autant d'éléments qui peuvent moduler l'interaction entre les parties autour de la table et finalement modifier les résultats obtenus.

Enfin, lorsqu'il est question de négociations sur la gouvernance des peuples autochtones, il est logique d'inclure non seulement les discussions sur la gouvernance menées spécialement avec des nations autochtones individualisées, mais aussi tout dialogue entre la Couronne et de plus vastes regroupements autochtones (comme l'Assemblée des Premières nations), dont les démarches s'efforcent de faire évoluer les ententes de gouvernance au Canada. Le présent article est orienté en grande partie sur le contexte des négociations formelles impliquant certaines nations autochtones précises, mais les facteurs pris en compte par l'analyse peuvent également être appliqués aux dynamiques de certaines «méta-négociations» plus vastes entre l'État et les regroupements autochtones.

## ■ LES PRÉCÉDENTES ANALYSES DES EFFETS DU POUVOIR DANS LES NÉGOCIATIONS SUR LES DROITS DES AUTOCHTONES AU CANADA

Plusieurs observateurs s'étant récemment penchés sur le contexte de certaines négociations portant sur les droits des autochtones au Canada ont allégué que le déséquilibre de pouvoir en faveur de la Couronne avait été la cause de graves entraves à la justice et à l'efficacité de ces négociations (Alcantara, 2008; Coyle, 2006; Imai, 2003; Woolford, 2005). Chacun de ces observateurs s'est dit convaincu que certains éléments structurels à l'extérieur de la table de négociation ou du processus lui-même avaient provoqué ce déséquilibre des forces en présence.

Imai (2003) estime que la «supériorité de la Couronne dans ses négociations avec les autochtones» provient d'un accès plus facile aux ressources juridiques, techniques et financières permettant d'appuyer les négociations ainsi que de sa capacité à agir unilatéralement sur le plan juridique au sein de la structure constitutionnelle existante. La critique de Woolford (2005) sur le processus de négociation des revendications territoriales en Colombie-Britannique porte également sur la disparité des ressources des deux parties, un rapport de force exacerbé, selon lui, par la politique de la Couronne qui refuse de négocier avec les Premières nations qui feraient obstruction ou tenteraient des actions auprès des tribunaux pour renforcer leurs positions. Woolford associe les effets de ces éléments du processus de négociation (ainsi que d'autres) à une «violence symbolique» envers les peuples autochtones. En dénonçant les disparités des ressources, les inquiétudes d'Imai et de Woolford font écho à celles d'une célèbre critique du recours systématique à des négociations pour régler des conflits de droits (Fiss, 1984).

Ma propre analyse des revendications territoriales en Ontario portait sur les inconvénients de l'alternative juridique dans le cas des Premières nations cherchant à obtenir la reconnaissance de leurs droits territoriaux, ainsi que sur l'absence de mécanismes indépendants pour régler les conflits qui pourraient survenir au cours des négociations. Enfin, dans son étude sur les négociations sur les titres ancestraux au Canada, Alcantara (2008) a souligné le fait que les processus obligent les groupes autochtones à porter le fardeau

de la preuve de la validité de leurs revendications tout en les forçant à adopter des formes occidentales de discours (dont la langue anglaise) et de procédures s'ils veulent participer aux négociations.

Or aucun des auteurs cités précédemment ne s'est préoccupé en priorité de l'étude de l'incidence systémique des rapports de force à la table de négociation. Chacun propose ses conclusions sur les effets du pouvoir en tant que volet d'une plus vaste analyse des mérites des processus de négociation existants pour régler les contentieux juridiques entre la Couronne et les nations autochtones. Au bénéfice de ma démarche, qui consiste à découvrir les sources et les conséquences des dynamiques de pouvoir dans le cadre des négociations sur la gouvernance autochtone, il me paraît à propos de réviser quelques préceptes de la théorie de la négociation.

### ■ LES ORIGINES ET LES INCIDENCES DU POUVOIR LORS D'UNE NÉGOCIATION

Il est relativement aisé de montrer que la capacité à influencer sur le résultat d'une négociation ne découle pas automatiquement de la possession d'une ou de plusieurs qualités telles que la taille d'une organisation ou l'accès aux ressources. Une brève réflexion suffit à confirmer que le pouvoir lui-même n'est pas un attribut fixe, isolé du contexte, et qu'il n'émane pas d'un ensemble de traits particuliers. Le « pouvoir de négociation » de la partie A décrit la capacité de la partie A à entraîner la partie B vers un corps de résultats désirés par la partie A. Il convient de noter ici l'importance du caractère relatif du pouvoir: ce à quoi les parties doivent prêter attention, c'est leur capacité à s'influencer de manière réciproque. Ainsi, dans un face-à-face, le « pouvoir » est déterminé par le contexte et dépend des motifs et des comportements des autres au sein et à l'extérieur de la relation. L'accès aux ressources financières, par exemple, peut sous-entendre la potentialité d'atteindre des objectifs dans le cadre de certaines transactions marchandes, mais n'assure en rien l'obtention d'un meilleur prix ou la consolidation d'une entente lors d'une négociation en particulier. De surcroît, comme le savent très bien les familles des victimes d'enlèvement, la richesse peut rendre particulièrement vulnérable lors d'une négociation. Le concept de « pouvoir » en tant

qu'abstraction n'a donc pas de sens dans le contexte des négociations et plus largement dans le monde. L'aspect situationnel du fonctionnement du pouvoir dans la société a parfaitement été décrypté par Foucault (1976) qui concluait: « [L]e pouvoir, ce n'est pas une institution, et ce n'est pas une structure, ce n'est pas une certaine puissance dont certains seraient dotés: c'est le nom qu'on prête à une situation stratégique complexe dans une société donnée. »

Dans le contexte d'une négociation, les chercheurs ont ciblé une vaste gamme de facteurs pouvant affecter la capacité de chaque partie à influencer sur les résultats. Parmi les sources de l'influence, on trouvera l'accès à l'information, des accords étrangers aux négociations, les ressources financières, l'expertise, la possibilité de sanctionner ou de « nuire » au-delà de la table, le talent des négociateurs, les attentes réciproques des parties relativement aux résultats, la capacité d'échafauder des solutions élégantes aux dissensions en suspens et la valeur accordée par chaque partie à toute relation réelle ou virtuelle entre elles (Adler et Silverstein, 2000; Fischer, 1983; Mayer, 1987). Tous ces facteurs peuvent sans aucun doute moduler l'exercice de l'influence dans le contexte des négociations. Les inquiétudes au sujet du déséquilibre du pouvoir se concentrent néanmoins sur les facteurs qui pourraient limiter la capacité de chacune des parties à obtenir un résultat basé uniquement sur les interactions des parties au cours de la négociation. Autrement dit, ces analyses portent essentiellement sur les circonstances externes à la table dont on pourrait dire qu'elles font pencher le résultat probable vers la satisfaction des intérêts d'une des parties, quel que soit le comportement de ces dernières au cours des négociations. Si l'on considère les facteurs déterminés majoritairement à l'extérieur du cadre des interactions entre les parties à la table de négociation, la documentation théorique et empirique indique qu'il existe généralement deux ascendants sur les résultats des négociations:

- les alternatives envisagées par les parties à l'extérieur du processus des négociations;
- leurs échelles de préférence en ce qui a trait au sujet même de la négociation.

Parce que chaque partie, agissant rationnellement, cherchera en temps normal à obtenir des résultats au moins aussi favorables que le meilleur résultat envisageable hors négociation, les alternatives à la négociation jouent un rôle clef qui limite l'étendue possible des résultats (Fisher, Ury et Patton, 1991; Lax et Sebenius, 1986). Le champ des alternatives à la négociation d'une partie inclura souvent le maintien du *statu quo*, la recherche d'une entente équivalente avec une autre partie, la mise en œuvre d'une action unilatérale dans son propre intérêt et, dans le cas d'un conflit juridique, l'obtention d'une décision de justice sur le litige. La viabilité et le « poids » des alternatives de chaque partie auront fréquemment un caractère aléatoire, pour la partie concernée comme pour son interlocutrice (d'où l'importance des perceptions de chaque partie dans le choix de leur comportement lors des négociations). En fin de compte, c'est l'interaction entre la perception de chacune des parties de sa meilleure solution de rechange (la « MESORE ») à une entente avec l'autre qui devrait représenter les limites possibles d'une telle entente. Pour cette raison, l'attractivité des alternatives des parties à la négociation est généralement montrée comme un facteur essentiel, sinon le plus déterminant, de leur pouvoir dans la négociation (Fischer, Ury et Patton, 1991; Lax et Sebenius, 1986; Wolfe et McGinn, 2005).

En supposant que les alternatives de chaque partie fassent apparaître raisonnable l'opportunité d'explorer les possibilités d'obtenir un résultat supérieur par une entente avec l'autre, la théorie de la négociation enseigne que les échelles de préférence (ou les préférences) subjectives des parties joueront un grand rôle dans la détermination du résultat de la négociation. Il est logique que la nature et l'intensité des préférences de chaque partie en lien avec le thème faisant l'objet de la négociation (y compris la valeur accordée aux relations existantes entre les parties) définissent avec quelle vigueur chaque partie cherchera à savoir ce que l'autre a à offrir, ainsi que ce qu'elle est prête à proposer en échange. En d'autres termes, la capacité respective à exercer une influence sur le résultat de la négociation varie selon le degré de chaque partie du besoin ou de l'envie qu'elle a de ce que l'autre a à offrir. Par conséquent, une fois les négociations laissant présager de possibles résultats supérieurs à la MESORE de chaque partie, et quelles que soient

les tactiques de négociation employées par les deux camps, la nature et la force des préférences des parties devraient fortement colorer les options qu'elles sont prêtes à agréer en vue d'une entente (Emerson, 1972; Lax et Sebenius, 1986).

Dans le monde réel, comme il est fait mention ci-dessus, il est souvent inenvisageable pour une partie d'escompter avec certitude les conséquences d'un échec des négociations. En outre, il est rarement possible pour une des parties de déceler avec précision la fermeté des préférences de l'autre partie au sujet des options de l'entente ou encore son évaluation des alternatives de l'entente. Enfin, durant la négociation, chaque partie peut en revanche poser des gestes qui modifient l'échelle de préférence de l'autre ou son estimation de l'intérêt des alternatives. Pour toutes ces raisons, et bien que les préférences initiales de chaque partie et la solidité de ses alternatives puissent modifier les résultats de la négociation indépendamment des interactions entre les parties assises à la table de négociation, la façon d'agir de celles-ci pour infléchir le résultat (avec ou sans accord) est impossible à prévoir avec précision.

Quoique la complexité des rapports humains interdise de dresser une liste définitive des déterminants des résultats de négociation, les données empiriques indiquent à l'évidence que les parties armées au départ des MESORE obtiennent un pourcentage favorable de résultats de négociation (Lax et Sebenius, 1985; Wolfe et McGinn, 2005). Ceci correspond bien au rôle attendu des MESORE dans une négociation. Toutefois, il est important de se rappeler que tant que les alternatives perçues par chaque partie ne sont pas d'un niveau tel qu'elles empêchent la possibilité d'une entente négociée, les MESORE ne déterminent pas *de facto* le résultat final de la négociation. Les alternatives des parties servent plutôt à établir des limites rationnelles des résultats possibles dans un cas précis. L'échelon où se situera le résultat négocié à l'intérieur de ce classement sera déterminé par les échelles de préférence respectives des parties et par leurs interactions à la table de négociation (Greenhalgh, Neslin et Gilkey, 1985; Lax et Sebenius, 1986).

Il est intéressant de souligner qu'un corpus représentatif de la recherche empirique avance que la perception d'un déséquilibre des forces entre les

parties d'une négociation aurait des conséquences négatives pour les deux parties, à la fois pour la qualité du processus et pour les résultats obtenus. En termes de réalité de l'interaction entre les parties, de nombreuses études montrent que lorsqu'il existe une impression de disparité des forces, la partie « plus forte » est moins tentée de chercher à obtenir de l'information sur les attentes de l'autre partie, mais elle privilégie à l'encontre des tactiques de négociation hostiles et insiste sur la catégorisation des résultats (Lawler, 1992; Kim, Pinkley et Fragale, 2005). Quoique surprenantes, les données empiriques révèlent également que dans de telles situations, et faute d'une source extérieure de confiance mutuelle entre les parties, la « partie faible » a elle aussi tendance à opter pour l'affrontement et la dissimulation de l'information. Le sentiment de vulnérabilité, la protection de l'estime de soi et la résistance aux diktats jouent un rôle dans le fait que les parties plus faibles évitent les approches collaboratives dans de telles négociations. Ce penchant à refuser une sortie de négociation proposée par la partie dominante peut se faire jour même dans des cas où un examen rationnel montre que la proposition mise de l'avant préserve l'intérêt des deux parties. Les études empiriques ne sont pas univoques à travers la multiplicité des contextes de négociation, mais la plupart d'entre elles témoignent que dans les cas où un déséquilibre des forces est perçu, les parties tendent à consacrer moins d'énergie au partage de l'information et à la recherche commune de solutions (Christen, 2004; Lawler, 1992).

Pour ce qui est de la qualité des résultats, maintes études attestent que les déséquilibres dans le pouvoir de négocier débouchent globalement sur un moins grand nombre d'accords et, lorsque des ententes sont conclues, que leurs suivis sont moins agissants pour l'avancement des objectifs des deux parties (McAlister, Bazerman et Fader, 1986; Rubin et Brown, 1975)<sup>2</sup>. Ces effets, bien évidemment, sont ceux auxquels on est en droit de s'attendre, venant de processus de négociation agressifs tels que ceux décrits plus haut. Il est toutefois intéressant de signaler que certains indices permettent de croire que ces incidences sur les processus et les résultats sont moindres lorsque les parties perçoivent que leurs

objectifs respectifs et les résultats projetés des négociations sont complémentaires (Coleman et autres, 2008).

### ■ L'ÉVALUATION DES EFFETS DES RAPPORTS DE FORCE SUR LES NÉGOCIATIONS ENTRE LA COURONNE ET LES AUTOCHTONES AU CANADA

Que nous dévoile ce rappel de la théorie de la négociation à propos de la nature et des effets probables des rapports de force lors des négociations sur la gouvernance autochtone? Tout d'abord qu'une partie jouissant d'un plus grand pouvoir de négociation au début des discussions devrait disposer d'une plus grande capacité à s'assurer que tous les résultats servent ses propres intérêts. Ensuite, que le pouvoir de négociation décrit une capacité d'influer sur les résultats; il n'est pas assuré pour autant que détenir une telle faculté amène une des parties à l'exercer de telle façon qu'elle puisse nuire aux intérêts de l'autre partie. Cependant, la théorie de la négociation enseigne que les rapports de force préexistants entre la Couronne et les membres des délégations autochtones agiront sur la typologie des résultats auxquels on est en droit de s'attendre lors des négociations portant sur la gouvernance. De plus, un déséquilibre des forces à la table de négociation tendra à abaisser le niveau et la qualité de la collaboration dans le processus de négociation, en particulier si l'une des parties – ou les deux – juge ce processus comme une simple « distribution » de compétences et de ressources, et non comme une occasion de faire avancer conjointement les objectifs de toutes les parties.

Enfin, alors que l'accès inégalitaire à des ressources semble assurément jouer un rôle important dans les résultats des discussions sur la gouvernance, la théorie de la négociation incite à un examen attentif des alternatives et des attentes respectives des parties, qui aura des retombées plus prédictives et plus perspicaces. Saisir les déterminants du pouvoir de négociation dans le cas précis d'une négociation entre la Couronne et des autochtones nécessitera de s'enquérir des solutions envisagées par les parties à la reconnaissance négociée des institutions de gouvernance et des droits

<sup>2</sup> Pour une perspective différente, extraite d'une analyse des négociations conduites à l'occasion de crises internationales, voir Rioux, 1999.

autochtones qui s’y rattachent. Cela requerra également une analyse des attentes et des objectifs respectifs des parties en lien avec le dénouement de la négociation. La perception par les parties de leurs alternatives et de leurs attentes en termes de résultats peut varier de table en table, car elle dépend d’une part de la situation, de la culture et des objectifs politiques et économiques de chaque communauté autochtone, d’autre part des objectifs du moment des gouvernements concernés, mais aussi des représentations culturelles de la négociation sur la gouvernance, etc. En admettant ces variables, il est néanmoins possible de définir certains aspects généraux de l’actuel arrière-plan juridique et politique susceptibles d’avoir des incidences majeures sur les rapports de force aux tables de négociation où la question de la gouvernance autochtone sera posée.

### **Les alternatives des parties à une entente négociée sur la gouvernance autochtone**

Pour les parties impliquées dans les négociations sur la gouvernance autochtone, les facteurs suivants affecteront normalement leur perception des alternatives à une entente :

- l’acceptabilité du *statu quo* selon la vision de chaque partie ;
- les conséquences politiques, le cas échéant, de l’échec d’un accord ;
- l’appréciation par chaque partie de son intérêt (ou de sa tolérance) pour un long processus juridique en réponse aux questions faisant l’objet de la négociation ;
- les possibilités d’exercer des recours en justice pour faire avancer la cause de la partie autochtone ou pour nuire aux intérêts de la Couronne ;
- la faculté pour chaque partie d’entreprendre des actions unilatérales à l’extérieur des tribunaux afin de promouvoir ses intérêts ou d’affaiblir ceux de l’autre partie.

Il faut se rappeler que c’est la perception des parties de l’intérêt de leurs alternatives qui fixera l’étendue des ententes acceptables. L’évaluation par chaque partie de l’attractivité des solutions de rechange à la

négociation sera conditionnée par la vision – spirituelle, culturelle ou matérielle – de ces parties. Pour ne citer qu’un seul exemple de l’importance de ces visions, soyons au fait que les négociateurs fédéraux et provinciaux ont tendance à évaluer les solutions telles qu’elles se manifestent au moment des négociations, alors que les négociateurs autochtones et leur base populaire entretiennent une vision à plus long terme en considérant, par exemple, que les résultats des discussions doivent être pensés en fonction de leurs conséquences sur les sept prochaines générations. Ainsi, lors de négociations sur la gouvernance, des différences de valeurs entre les parties en présence peuvent très bien entraîner des jugements divergents sur ce qui apparaît être le « même » ensemble d’alternatives factuelles à l’entente négociée.

À la lumière de ces éléments, il est possible de dégager quelques pistes de réflexion sur les options généralement recevables par les parties lors de négociations sur la gouvernance. On peut premièrement attendre de la partie autochtone qu’elle considère le *statu quo* comme inacceptable. Le gouvernement fédéral semble également enclin à réformer la situation actuelle, ce que confirme son engagement présent à rechercher des « changements fondamentaux » au *statu quo* par la négociation (Affaires indiennes et du Nord Canada, 1995). Cependant, au cours des négociations sur la gouvernance, les effets négatifs de l’incapacité institutionnelle des peuples autochtones à se diriger eux-mêmes efficacement sous le régime de la Loi sur les Indiens risquent d’être ressentis avec plus d’acuité par les parties autochtones que par les gouvernements fédéral et provinciaux. De surcroît, bien qu’un échec des négociations sur de nouvelles ententes sur la gouvernance puisse ne pas avoir de « prix à payer » politique pour les leaders autochtones, il est apparu clairement depuis la dernière décennie qu’un insuccès à progresser sur la question de la gouvernance autochtone n’aura aucune incidence sur les perspectives électorales des gouvernements non autochtones.

Par ailleurs, il est dorénavant peu probable qu’une nation autochtone soit séduite par une démarche alternative de procédure légale au sein du système légal canadien dans le but de faire reconnaître ses pouvoirs de gouvernance. En plus des contraintes financières auxquelles font face la plupart des



communautés autochtones, les actions juridictionnelles sont généralement mal adaptées à l'établissement d'institutions gouvernementales. Certes, d'éminents universitaires soutiennent depuis longtemps que les tribunaux canadiens devraient s'appuyer sur la jurisprudence constitutionnelle pour reconnaître un droit inhérent des peuples autochtones à se gouverner eux-mêmes; mais jusqu'à aujourd'hui, la Cour suprême du Canada a rejeté deux requêtes expresses à déclarer l'existence d'un tel droit<sup>3</sup>. Au demeurant, même si les tribunaux parvenaient à prendre une pareille décision, rien n'indique de quelle façon cela modifierait le cadre de travail des négociations en cours, lesquelles présupposent d'ores et déjà l'existence de ce droit intrinsèque. Il est facile de spéculer sur le fait qu'une déclaration sur l'existence d'un tel droit dans la loi canadienne ouvrirait grande la porte à de futures actions en justice de la part des peuples autochtones afin de préciser certains champs spécifiques de compétence, mais un semblable scénario n'est pas une priorité à l'ordre du jour des peuples autochtones.

Finalement, comme le fait remarquer Shin Imai, la Couronne et les Parlements bénéficient d'une grande marge de manœuvre dans le cadre de la Constitution canadienne pour décider de mesures législatives qui aient des incidences réelles sur les ententes de gouvernance avec les peuples autochtones (Imai, 2003). Les groupes autochtones ne possèdent pas de pouvoir équivalent dans le cadre constitutionnel actuel. Bien que des actions unilatérales (en accord avec les traditions coutumières autochtones, par exemple) ayant pour objectif d'imposer des mécanismes de gouvernance reflétant leurs propres cultures, besoins et aspirations puissent encore être utiles, cette possibilité sera généralement moins fonctionnelle pour les peuples autochtones qu'une collaboration avec la Couronne. Les décisions unilatérales prises par une communauté autochtone pour asseoir sa compétence peuvent en effet ouvrir la voie à des poursuites et à des procès engagés par certains membres de la communauté, comme l'ont montré les plaintes déposées avec succès contre des membres des Premières nations qui avaient autorisé le jeu sur leur réserve<sup>4</sup>.

Dans certaines circonstances, sans doute, des éléments extérieurs contribuent à décupler l'attractivité des retombées d'une action non négociée contre la Couronne. Plusieurs discussions en cours sur la gouvernance se déroulent dans le cadre d'une négociation plus vaste destinée à résoudre des revendications non satisfaites à propos du statut autochtone. Dans de tels cas, l'ordre juridique peut retarder certaines décisions de la Couronne en lien avec les territoires en question jusqu'à ce que les droits territoriaux autochtones soient reconnus et que les conséquences des actions de la Couronne sur les populations autochtones soient discutées et évaluées «honorablement». Il est vraisemblable que le spectre de cette interférence dans le processus décisionnel de la Couronne réduise la tolérance de celle-ci pour les échecs des ententes dans leur globalité, dont les motifs relatifs à la gouvernance. On peut donc en déduire que la Couronne considère ses positions moins assurées quand une négociation sur la gouvernance est assortie d'une revendication territoriale solide et plus favorables à l'inverse lorsque la négociation est exempte de consignation.

Or il semble généralement raisonnable de supposer que dans la plupart des différends relatifs à la reconnaissance de nouveaux pouvoirs de gouvernance pour les peuples autochtones, la Couronne jugera le *statu quo* comme une solution valable, ce qui ne sera pas le cas de la partie autochtone. Étant donné que pour la délégation autochtone l'alternative à la négociation n'a pas de bien-fondé comparativement aux possibles résultats de la négociation, on ne peut que prévoir un exercice de rapports de force à l'avantage de la Couronne. C'est ainsi que dans certaines négociations sur des revendications territoriales, cet état de situation a été la cause de nombreux recours en justice visant ces processus et a incité des observateurs neutres à proposer que lesdits processus soient soumis à des mécanismes indépendants d'arbitrage afin de résoudre les conflits surgis au cours des négociations (Canada, 1996; Commission sur les Indiens de l'Ontario, 1990). Les négociations sur la gouvernance peuvent être distinguées des négociations sur les revendications territoriales, en s'appuyant

<sup>3</sup> R. c. Pamajewon [1996] 2 R.C.S. 821, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010.

<sup>4</sup> R. c. Pamajewon [1996] 2 R.C.S. 821.

sur l'idée que les négociations sur la gouvernance n'impliquent pas nécessairement un antagonisme entre les objectifs des parties et conséquemment qu'elles ne sont pas autant tributaires des rapports de force. Pour mesurer la pertinence de cet argument, il importe de prendre en considération les attentes probables des parties au sujet de la gouvernance et les facteurs susceptibles d'entrer en ligne de compte lors des échanges sur ces attentes<sup>5</sup>.

### Les échelles de préférence des parties dans les négociations sur la gouvernance autochtone

Dans un contexte de négociation, le terme « préférence » s'applique généralement à la valeur subjective que chaque camp attribue aux éléments qui font partie ou qui pourraient faire partie de la négociation. En d'autres mots, les préférences sont ce qui guide l'évaluation par chaque partie des possibles résultats de la négociation. Ce terme peut également se rattacher à un substrat immatériel, qu'il soit social, éthique ou autre. Dans une négociation, les préférences sont conditionnées par un large éventail de facteurs, dont le contexte social, les besoins et les objectifs économiques et les engagements culturels et spirituels. Nous avons vu que l'interaction entre les préférences préexistantes des parties influait ordinairement sur les résultats des négociations. Bien que l'analyse de l'alternative aux négociations sur la gouvernance suggère que les parties autochtones semblent habituellement désavantagées en ce qui concerne le rapport de force à la table de négociation, il est néanmoins possible de conclure que les préférences des parties sur l'entente ont des chances d'être similaires ou complémentaires et qu'elles pourraient se traduire équitablement dans le résultat des négociations.

Lors de négociations sur la gouvernance, le rôle des préférences dans la procédure d'évaluation que font les parties des termes de l'entente est évidemment

rendu plus complexe du fait que les négociations font se rencontrer les représentants de communautés plus larges. Pour cette raison, le dévoilement et l'articulation des échelles de préférence à la table de négociation seront commandés par un discours à trois niveaux : (1) un débat au sein de la nation autochtone sur ses valeurs, ses besoins et ses aspirations en lien avec la gouvernance ; (2) un dialogue entre les gouvernements, fédéral et provinciaux, au sujet des objectifs à atteindre ; (3) les échanges entre les représentants des parties aux tables de négociation dédiées.

Les déterminants dont on peut penser qu'ils auront une incidence dans le dessein des protagonistes participant à des négociations ayant trait à la gouvernance comprennent, pour chaque partie :

- l'intérêt accordé à la préservation de l'identité culturelle autochtone ;
- l'estimation des besoins politiques, sociaux et économiques de la communauté autochtone ;
- l'appréciation de la pertinence et du « poids » des traditions et des lois coutumières autochtones ;
- le jugement sur la réalité d'un droit historique, légal et éthique des peuples autochtones à se gouverner eux-mêmes ;
- la tolérance pour le maintien du *statu quo* ;
- la capacité de mobiliser une expertise technique et juridique pour évaluer les mérites des options proposées dans le cadre des négociations ;
- l'effet des ententes législatives et constitutionnelles existantes sur l'habilitation de chaque partie à envisager différentes façons d'exercer le pouvoir et différentes formes nouvelles d'interaction entre les peuples autochtones et l'État canadien ;

<sup>5</sup> Il est important de distinguer les négociations sur la gouvernance (*governance negotiations*) des négociations sur des revendications territoriales basées sur des droits ancestraux (*negotiation of claims to aboriginal title*). Les premières portent uniquement sur le développement des institutions autochtones. Elles sont menées pour l'essentiel avec le gouvernement fédéral dans le cadre de sa politique de 1992 sur les droits à l'autonomie gouvernementale. Les secondes ont trait à la reconnaissance de droits territoriaux fondés sur la possession historique de ces territoires antérieurement à l'arrivée des Européens. Dans ce dernier type de négociations, la stratégie du gouvernement fédéral est d'inclure la question de la gouvernance, en plus de celle de recours sur les droits fonciers de peuples autochtones. Les négociations avec les Cris de la baie James, avec les Premières nations de la Colombie-Britannique et avec plusieurs communautés inuites dans le grand Nord sont des exemples de ce type de négociations territoriales.

- l'influence des normes occidentales et euro-canadiennes sur l'idée qu'on se fait de la gouvernance;
- l'utilité pour les intérêts des uns et des autres, si besoin est, d'une supervision exercée par les institutions politiques et judiciaires canadiennes dans le respect de la gouvernance des communautés autochtones.

Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle sert à baliser une voie le long de laquelle les valeurs et les priorités des parties pourraient diverger dans l'évaluation de l'adéquation des choix proposés lors de négociations sur la gouvernance.

Il est également acquis, en dépit du fait que les parties ont indubitablement des intérêts sous-jacents communs dans le développement de la gouvernance autochtone, que l'histoire singulière, les cultures, les traditions politiques et les situations socioéconomiques contemporaines des populations autochtones au Canada rendent inévitable le fait qu'elles ne véhiculeront pas à la table de négociation des valeurs forcément compatibles dans l'optique d'une entente sur l'issue des négociations. Ces divergences de valeurs complexifieront éventuellement les efforts entrepris pour atteindre un consensus sur les mécanismes de gouvernance appropriés. En outre, comme les deux parties sont résignées à ce que les questions telles que l'allocation de ressources et la reconnaissance des droits deviennent des sujets d'affrontement, pour les raisons évoquées précédemment, les approches de négociation sectorielle risquent de dominer. Dans un contexte où l'État détient un avantage dans la négociation en raison de son pouvoir, il existe un danger élevé pour que les négociations soient rompues ou, dans les cas où elles seraient menées à bien, que leurs résultats privilégient les positions de l'État en matière de gouvernance.

Deux facteurs supplémentaires augmentent le risque que les résultats des négociations sur la gouvernance soient moins influencés par les valeurs autochtones que par celles de l'État. Les deux font référence à la manière dont les parties discutent et évaluent leurs attentes pendant le processus de négociation et ils agissent de façon invisible, du moins pour les négociateurs non autochtones. Dans n'importe quelle démarche ayant pour objet de dessiner de nouvelles institutions de gouvernance, les parties et les experts techniques qui les assistent ne sauraient éviter d'être

influencés par la structure institutionnelle non autochtone existante. Cela offre un défi à l'imagination, qui procède en partie du besoin de s'assurer que tout nouveau mécanisme de gouvernance puisse interagir efficacement avec les structures fédérales et provinciales du même champ de compétence (dont les organismes de financement et les partenaires). Il n'est pas difficile, en effet, pour les parties de se représenter de nouvelles institutions « autochtonisées » qui occuperaient un champ identique et emploieraient des processus de prise de décision similaires à ceux des institutions non autochtones en place. Sur le plan cognitif, davantage d'efforts seront nécessaires (en particulier pour les experts des deux côtés qui ont été formés par des méthodes non autochtones) pour imaginer et bâtir de nouveaux mécanismes qui intégreront les valeurs autochtones dans des structures qui pourraient répondre aux besoins actuels de la communauté autochtone. Les structures plutôt conservatrices mises en place jusqu'à maintenant à la suite de négociations dans les secteurs de la police et de l'éducation tendent à confirmer le phénomène suivant : lors des négociations sur la gouvernance, les deux parties s'exposent à être lourdement influencées par les structures institutionnelles non autochtones.

Un dernier obstacle à la prise en compte de l'échelle de préférences des autochtones à la table de négociation vient de la relation entre les cultures des deux parties. On peut s'attendre à ce que l'ensemble des négociateurs soit au fait de la centralité de la culture dans les objectifs d'un gouvernement autonome. Au demeurant, il est probable que les négociations incluent certains éléments de la culture autochtone – un rôle distinctif pour les anciens, des cérémonies de prière, des fêtes, etc. Dans ce domaine particulier, les négociateurs professionnels devront également être attentifs à discerner et à respecter ce qui apparaît être des particularismes d'ordre culturel dans l'approche de négociation de la partie adverse. Il est cependant extrêmement difficile pour n'importe quel négociateur d'éviter de privilégier sa propre optique pour comprendre et juger la situation, sa conviction intime des types de dialogue les plus appropriés à la négociation ou sa méthode personnelle pour soupeser la force des revendications de l'autre partie.

Quelques-unes de ces manières d'observer, de jauger et d'agir émanent de la personnalité des participants,

d'autres trouvent leur origine dans leur éducation ou leur milieu social, mais beaucoup sont fonction d'une culture commune (Lebaron, 2004; Rubinstein, 2003). Dans un contexte où chaque partie s'efforce de communiquer ses visées et, ultimement, de faire accepter par l'autre partie le bien-fondé de ses objectifs, le fossé culturel peut constituer un obstacle majeur pour ceux qui ne partagent pas la culture dominante. Ce problème est aggravé du fait que les normes les plus prégnantes du « courant principal » sont souvent non perceptibles par ceux-là mêmes qui participent de cette culture. Ainsi, à l'occasion de négociations biculturelles, les négociateurs représentant la culture dominante ont tendance à promouvoir leurs propres règles de prise de décision jusqu'au point de les rendre incontestables et même indiscutables (Brett et Gelfand, 2006; Young, 2000).

Plusieurs chercheurs ont analysé les différents modes par lesquels les canons cognitifs et relationnels de la culture dominante risquent de s'imposer, de manière insoupçonnée, lors de négociations entre la Couronne et les peuples autochtones (Kahane, 2004; Lebaron, 2004). Ainsi espère-t-on que les arguments soient présentés de manière rationnelle et linéaire, que l'expression de fortes émotions soit évacuée des débats, que les inquiétudes au sujet du processus et des résultats soient exprimées franchement, que les négociations soient tournées vers l'avenir sans retour superflu sur le passé, qu'un accord clair et définitif eu égard aux droits des parties soit conclu, accord préférable à une entente qui augurerait de constantes remises en cause..., autant d'exemples – parmi d'autres – d'aspirations de nature culturelle, jamais remises en question, qui font en sorte de favoriser les objectifs et les interventions non autochtones durant les négociations sur la gouvernance. Puisque ces conventions restreignent la portée des tentatives des négociateurs autochtones pour influencer leurs contreparties, leur application réduira d'autant leur capacité à peser sur les résultats des négociations sur la gouvernance. Les effets de ce cadre normatif ne se limiteront pas par ailleurs à la table de négociation, car même si sa neutralité était ouvertement contestée, il serait très difficile d'en minimiser les conséquences auprès des décideurs fédéraux et provinciaux extérieurs à la table de négociation, chargés de décider des politiques et d'approuver les ententes.

## ■ CONCLUSION

L'analyse qui précède montre qu'un certain nombre d'obstacles réduisent les probabilités que les négociations sur la gouvernance génèrent des résultats reflétant véritablement les besoins et les aspirations des autochtones. Le plus important d'entre eux provient sans doute du déséquilibre entre les capacités des parties à promouvoir leurs intérêts en dehors de la table de négociation, un élément qui donne à l'État un pouvoir de négociation disproportionné vis-à-vis des résultats espérés en matière de gouvernance. En outre, puisqu'il n'est pas assuré que les parties percevront leurs objectifs comme complémentaires, le contexte de rapports de force accroît le risque que les négociations ne débouchent pas sur une entente, ou que les ententes obtenues ne fassent guère avancer les intérêts des deux parties. Finalement, les défis systémiques, culturels et cognitifs tendent à diminuer plus encore l'effet des aspirations autochtones sur les résultats des négociations sur la gouvernance.

Les défis soulevés par les rapports de force entre les parties et par leurs relations culturelles sont très souvent exacerbés par leur histoire coloniale. Cette histoire, nourrie de la domination politique et juridique de l'État, laisse entendre que les négociations sur la gouvernance se dérouleront fréquemment dans une atmosphère de méfiance. Le manque de confiance entre les participants concourt à les prédisposer à l'emploi de tactiques défensives et agressives et à affaiblir d'autant l'efficacité des initiatives visant au partage de l'information, à une écoute attentive et à la résolution en commun des problèmes. Ces multiples écueils compromettent les négociations sur la gouvernance, dont le dessein, après tout, est la reconnaissance et la protection de la singularité identitaire autochtone, la création de modèles inusités de gouvernance et le renouveau de la relation entre l'État et les peuples autochtones. L'analyse présentée dans cet article laisse entrevoir que ces objectifs ne seront atteints que si les deux parties instaurent consciemment des stratégies de négociation conçues pour contrecarrer l'effet négatif des jeux de pouvoir qui, au moins pour l'État, agissent inconsciemment.

Il sera difficile de corriger l'inégalité causée par la disparité entre les alternatives à la disposition des parties. Seules deux ententes hors du contexte des

revendications territoriales ont été signées jusqu'à aujourd'hui à l'issue de négociations tenues dans le cadre de la politique du gouvernement fédéral (Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009). Avertis de l'expérience, les peuples autochtones continueront sans doute à contester le *statu quo* devant les tribunaux, cherchant ainsi à obtenir la garantie juridictionnelle d'un espace constitutionnel pour la gouvernance autochtone au Canada. Toute décision qui reconnaîtrait aux autochtones des droits permanents à gérer un secteur de leurs affaires ouvrirait une période d'incertitude pour l'État et l'inciterait à conclure des ententes qui élimineraient cette incertitude. Dans le même temps, on doit s'attendre à ce que les peuples autochtones poursuivent des actions unilatérales dans le but d'étendre leur compétence institutionnelle à légiférer et à s'autogouverner. De telles initiatives entretiennent l'espoir de renforcer l'autorité des peuples autochtones à maîtriser leur avenir et, jusqu'à un certain point, de consolider leur position lors de la négociation d'une entente.

La création de processus de négociation dans lesquels l'application de normes culturelles ne porterait pas préjudice à l'expression et à l'appréciation des attentes autochtones réclame de la part des parties une vigilance de tous les instants. Pour que ces processus soient réellement effectifs, ils doivent avoir été le produit d'un travail fait en collaboration, à la fois sur le plan des politiques nationales et provinciales que sur celui des protocoles de négociation qui varient selon les cultures précisément concernées. Ils viseraient non seulement à favoriser un partage des horizons culturels entre les parties, mais également à prévenir le choix de critères décisionnels avérés et culturellement biaisés. Cette démarche supposerait de rechercher des méthodes efficaces pour modifier les perspectives, contourner les obstacles mentaux à la délibération et se convaincre de l'importance de relations assainies. Nombre de ces approches sont spontanément familières aux autochtones, eux qui ont reçu des enseignements le plus souvent délivrés à travers le récit de contes décrivant les exploits d'animaux ou de héros de légende, pour lesquels l'hospitalité et la fête priment lors de rencontres avec des étrangers, ou encore qui chassent par un cérémonial les pensées encombrantes qui pourraient les distraire d'avoir un « esprit clair » ouvert au consensus lorsqu'ils sont désignés pour délibérer.

En terminant, la substance des défis exposés dans cet article nous convainc que les parties devraient s'attacher à considérer deux stratégies principales de la théorie de la négociation raisonnée : rechercher une convergence d'une part sur les intérêts des parties et, d'autre part, sur les outils qui appuieront au mieux l'invention de solutions créatives pour la prise en charge de ces intérêts (Fisher, Ury et Patton, 1991 ; Menkel-Meadow, 1984). L'exploration conjointe des intérêts sous-jacents de chaque partie (plutôt qu'une attention portée aux changements de postures liés aux résultats admissibles pour les deux parties) offrirait la promesse d'une collaboration plus étroite au détriment d'options tactiques défensives. Cette conduite encouragerait les parties à communiquer ouvertement, dans un langage commun, leurs attentes et les raisons (historiques, culturelles et opérationnelles) qui motivent ces attentes. Globaliser ainsi la discussion, dans un environnement moins adverse, offrirait l'occasion de rectifier le jugement de l'État sur la pertinence des alternatives qui ne cautionneraient pas des droits réels de gouvernance. Ce type de comportement rendrait davantage attractifs les considérants d'une entente qui confieraient aux communautés autochtones des pouvoirs forts pour promouvoir leurs langues, leurs cultures et leurs économies. Parallèlement, l'approche fondée sur l'exploration des attentes des parties inviterait ces dernières à expliciter leur volonté de recourir à un processus de négociation qui puisse dégager un espace propice à des constructions intellectuelles novatrices qui feraient se rejoindre leurs intérêts. L'idée selon laquelle les parties devraient séparer le processus de recherche sans entraves des possibilités d'accord du processus au cours duquel ces mêmes possibilités seraient critiquées (ou revendiquées et assumées) a été émise pour créer un climat fécond pour des approches collectives et imaginatives dans des environnements où la méfiance et les attitudes hostiles limiteraient normalement l'inventivité des parties.

C'est bien évidemment aux parties de fixer le degré d'application auquel ces principes seront le plus utiles lors de négociations sur la gouvernance, mais aussi la forme sous laquelle ils seront adaptés pour prendre tout leur sens dans ce contexte précis. L'explication moderne de la théorie de la négociation raisonnée trouve sa source dans un univers non autochtone (Menkel-Meadow, 2006) et jusqu'à présent

ses formulations trahissent inmanquablement les référents culturels des universitaires qui les ont élaborées. Il est cependant possible de prétendre que les grands principes de cette théorie, qui met au premier plan les intérêts et les échelles de préférence tout en respectant l'importance du relationnel, devraient susciter l'engouement des négociateurs disposés à adapter les principales leçons de la négociation raisonnée d'une manière qui n'avantage pas les façons de penser non autochtones<sup>6</sup>. Ainsi, il va de soi que la mise en avant des buts et des besoins de l'une des parties lors de négociations sur la gouvernance devrait inclure tous les critères auxquels chaque partie attache de l'importance, y compris les croyances spirituelles et le poids des traditions. On se doit aussi, dans le contexte des négociations sur la gouvernance, de combattre certaines interprétations de la négociation

raisonnée qui favoriseraient des négociations au déroulement linéaire, exemptes d'émotions et mettant l'accent sur les « critères objectifs » pour juger des ententes possibles.

Une discussion respectueuse entre les parties prendrait en compte toutes ces alarmes. Il faudrait toutefois admettre la possibilité que des croisements fertiles puissent se tisser entre les apprentissages de la négociation raisonnée et les traditions autochtones de négociation. Enfin, il semble pour le moins plausible que les échelles de valeurs des deux parties seraient cohérentes avec une approche de la négociation sur la gouvernance qui professerait systématiquement une conceptualisation étendue des débats et testerait les limites à l'imagination des parties.

---

<sup>6</sup> Dans cet ordre d'idées, je conteste l'avis de certains universitaires pour lesquels les principes constitutifs d'une négociation fondée sur les intérêts sont par nature incompatibles avec la vision du monde des autochtones. Pour un aperçu de ces travaux, voir les écrits de Kahane (2004) et de Barkai (2008). Pour une discussion sur quelques-uns des biais implicites des instruments d'une négociation ou d'une médiation, souvent associée à une négociation fondée sur les intérêts, voir LeBaron (2004).

## BIBLIOGRAPHIE

- Affaires indiennes et du Nord Canada (2009). *Fiche d'information : autonomie gouvernementale*, <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/is/abgov-fra.asp> (page consultée le 18 juin 2009).
- Affaires indiennes et du Nord Canada (1995). *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/pubs/sg/sg-fra.asp> (page consultée le 18 juin 2009).
- Adler, R. S. et E. M. Silverstein (2000). «When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations», *5 Harvard Negotiation Law Review*, p. 1-112.
- Alcantara, C. (2008). «To Treaty or Not to Treaty? Aboriginal Peoples and Comprehensive Land Claims Negotiations in Canada», *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 38, n° 2, p. 343-369.
- Alfred, G. R. (1999). *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, Oxford, Oxford University Press.
- Avruch, K. et P. W. Black (1993). «Conflict Resolution in Intercultural Settings: Problems and Prospects», dans D. Sandole et H. Van Der Merwe (dir.), *Conflict Resolution Theory and Practice*, Manchester, Manchester University Press.
- Barkai, J. (2008). «Cultural Dimension Interests», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 8, n° 3, p. 403-448.
- Borrows, J. (1999). «Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, p. 537-595.
- Borrows, J. (1992). «A Genealogy of Law: Inherent Sovereignty and First Nations Self-Government», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 30, p. 291-353.
- Brett, J. et M. Gelfand (2006). «A Cultural Analysis of the Underlying Assumptions of Negotiation Theory», dans L. L. Thompson (dir.), *Negotiation Theory and Research*, Hove, Psychology Press, p. 173-202.
- Canada (1996). *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Ottawa, Canada Communications Group.
- Christen, C. T. (2004). «Predicting Willingness to Negotiate: The Effects of Perceived Power and Trustworthiness in a Model of Strategic Public Relations», *Journal of Public Relations Research*, vol. 16, p. 243-267.
- Coleman, P. et autres (2008). *The View from Above: The Effects of Power Symmetries and Interdependence on Conflict Dynamics and Outcomes*, [www.ssrn.com/abstract=1298492](http://www.ssrn.com/abstract=1298492) (page consultée le 18 juin 2009).
- Commission sur les Indiens de l'Ontario (1990). «Discussion Paper on Land Claims», dans *Indian Claims Commission Proceedings*, 1995, vol. 2, p. 157-246.
- Coyle, M. (2006). «Addressing Aboriginal Land Rights in Ontario: Options for the Future», *Queen's Law Journal*, vol. 31, p. 796-845.
- Emerson, R. M. (1962). «Power-Dependence Relations», *American Sociological Review*, vol. 27, n° 1, p. 31-40.
- Fisher, R. (1983). «Negotiating Power: Getting and Using Influence», *American Behavioral Scientist*, vol. 27, n° 2, p. 149-166.
- Fisher, R., W. Ury et B. Patton (1991). *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, 2<sup>e</sup> édition, New York, Penguin Books.
- Fiss, O. M. (1984). «Against Settlement», *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 1073-1090.
- Foucault, M. (1976). *Histoire de la sexualité t. 1, La volonté de savoir*, Paris, Gallimard.
- Greenhalgh, L., S. A. Neslin et R. W. Gilkey (1985). «The Effects of Negotiator Preferences, Situational Power, and Negotiator Personality on Outcomes of Business Negotiations», *Academy of Management Journal*, vol. 28, n° 1, p. 9-33.
- Harper, S. (2008). *Présentation des excuses*, <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/rqpi/apo/index-fra.asp> (page consultée le 18 juin 2009).
- Imai, S. (2003). «Sound Science, Careful Policy Analysis, and Ongoing Relationships: Integrating Litigation and Negotiation in Aboriginal Lands and Resources Disputes», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 41, p. 587-627.
- Kahane, D. (2004). «What is Culture? Generalizing about Aboriginal and Newcomer Perspectives», dans C. Bell et D. Kahane (dir.), *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts*, Vancouver, University of British Columbia Press, p. 28-56.

- Kim, P. H., R. L. Pinkley et A. R. Fragale (2005). «Power Dynamics in Negotiation», *Academy of Management Review*, vol. 30, n° 4, p. 799-822.
- Lawler, E. J. (1992). «Power Processes in Bargaining», *Sociological Quarterly*, vol. 33, n° 1, p. 17-34.
- Lax, D. A. et J. K. Sebenius (1986). *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, New York, Free Press.
- Lax, D. A. et J. K. Sebenius (1985). «The Power of Alternatives of the Limits to Negotiation», *Negotiation Journal*, vol. 1, p. 163-179.
- LeBaron, M. (2004). «Learning New Dances: Finding Effective Ways to Address Intercultural Disputes», dans C. Bell et D. Kahane (dir.), *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts*, Vancouver, University of British Columbia Press, p. 11-27.
- Lewicki, R. J., D. Saunders et B. Barry (2006). *Negotiation*, 5<sup>e</sup> édition, Toronto, McGraw-Hill/Irwin.
- Mayer, B. (1987). «The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation», *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 16, p. 75-86.
- McNeil, K. (2008). *The Crown's Fiduciary Obligations in the Era of Self-Government*, [document non publié].
- Macklem, P. (1991). «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Imagination», *McGill Law Journal*, vol. 36, p. 382-456.
- McAlister, L., M. H. Bazerman et P. Fader (1986). «Power and Goal Setting in Channel Negotiations», *Journal of Marketing Research*, vol. 23, p. 228-236.
- Menkel-Meadow, C. (2006). «Why Hasn't the World Gotten to Yes? An Appreciation and Some Reflections», *Negotiation Journal*, vol. 4, n° 4, p. 485-503.
- Menkel-Meadow, C. (1984). «Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving», *UCLA Law Review*, vol. 31, p. 754-842.
- Penner, K. (1983). *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*, Ottawa, Queen's Printer.
- Rioux, J.-S. (1999). «Crisis Negotiation Outcomes among Equals and Unequals, Democracies and Non-democracies», *International Politics*, vol. 36, n° 1, p. 25-44.
- Rubin, J. Z. et B. R. Brown (1975). *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, San Diego, Academic Press.
- Rubinstein, R. A. (2003). «Cross-Cultural Considerations in Complex Peace Operations», *Negotiation Journal*, vol. 19, n° 1, p. 29-49.
- Slattery, B. (1991). «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29, p. 681-703.
- Tully, J. (2000). «The Struggles of Indigenous Peoples for and of Freedom», dans D. Ivison, P. Patton et W. Sanders (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, New York, Cambridge University Press, p. 36-59.
- Wolfe, R. J. et K. L. McGinn (2005). «Perceived Relative Power and Its Influence on Negotiations», *Group Decision and Negotiation*, vol. 14, n° 1, p. 3-20.
- Woolford, A. (2005). *Between Justice and Certainty: Treaty-Making in British Columbia*, Vancouver, University of British Columbia Press.
- Young, I. M. (2000). *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press.