



Assemblée générale

Distr. générale
10 août 2018
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trente-neuvième session

10-28 septembre 2018

Points 3 et 5 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Organismes et mécanismes de protection des droits de l'homme

Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l'homme

**Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples
autochtones**

Résumé

Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a réalisé la présente étude sur une approche fondée sur les droits de l'homme en matière de consentement préalable, libre et éclairé conformément au mandat qui lui a été confié par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 33/25.

La présente étude présente en conclusion l'avis n° 11 du Mécanisme d'experts concernant les peuples autochtones et le consentement préalable, libre et éclairé.



I. Introduction

1. Conformément au mandat qui lui a été confié par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 33/25, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a décidé, à sa dixième session, en juillet 2017, de réaliser une étude sur le consentement préalable, libre et éclairé, notion qui figure dans plusieurs dispositions de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. À cette fin, le Mécanisme d'experts a tenu un séminaire à Santiago les 5 et 6 décembre 2017. La présente étude s'appuie sur les exposés présentés lors du séminaire et les communications soumises par des États Membres, des peuples autochtones, des institutions nationales de défense des droits de l'homme, des universitaires et d'autres¹.

2. La présente étude vise à permettre de mieux comprendre la notion de consentement préalable, libre et éclairé dans le contexte de l'élaboration de pratiques et d'interprétations de cette norme des droits de l'homme inscrite dans la Déclaration. Compte tenu des onze années d'actions de sensibilisation et d'élaboration d'une jurisprudence qui ont suivi l'adoption de la Déclaration, la présente étude n'a pas vocation à être exhaustive ou définitive, mais devrait contribuer au corpus des orientations interprétatives désormais à la disposition des États, des peuples autochtones et d'autres personnes travaillant sur des questions intéressant les peuples autochtones.

II. Le consentement préalable, libre et éclairé, une notion fondée sur les droits de l'homme

3. Le consentement préalable, libre et éclairé est une norme des droits de l'homme fondée sur les droits fondamentaux que sont le droit à l'autodétermination et le droit de ne pas être victime de discrimination raciale, lesquels sont garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Les dispositions de la Déclaration, y compris celles qui font référence au consentement libre, préalable et éclairé, ne confèrent pas de nouveaux droits aux peuples autochtones, mais développent plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones (voir A/HRC/9/9, par. 86), comme indiqué dans les sections suivantes.

4. Conformément au droit à l'autodétermination, les peuples autochtones ont toujours eu le pouvoir inhérent de passer des accords contraignants entre eux-mêmes et d'autres autorités de gouvernance. La notion contemporaine d'accord mutuellement négocié et consensuel entre les peuples autochtones et les gouvernements et la pratique correspondante sont profondément ancrées dans le processus historique de conclusion des traités qui a caractérisé les relations entre les autochtones et les États depuis des centaines d'années dans de nombreuses régions du monde et qui persiste dans les nombreux territoires où ces traités restent la règle de droit², même s'ils ont souvent été foulés aux pieds³. Historiquement, il a pu être difficile pour les peuples autochtones de négocier avec les États dans un contexte marqué par la colonisation et vu les nombreuses autres restrictions qui caractérisent souvent la situation des peuples autochtones dans le monde entier, et c'est encore le cas aujourd'hui.

5. Cependant, comme le Rapporteur spécial, Miguel Alfonso Martínez, l'a conclu dans son rapport final, la négociation et la concertation sur lesquelles est fondée la conclusion

¹ Toutes les communications peuvent être consultées à l'adresse suivante : www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/RightWorkReport.aspx.

² Par exemple, le Traité n° 6 de 1876 régissant les relations entre les Cris et les autres Nations avec la Couronne britannique, fait référence à l'obligation de « consentement » au paragraphe 3, de même que l'article 16 du Traité de Fort Laramie de 1868 régissant les relations entre les États-Unis d'Amérique et les États des Océti Sakowin.

³ *United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980).

des traités est le meilleur moyen non seulement de faire en sorte que les autochtones contribuent effectivement à toute entreprise visant à la reconnaissance ou au rétablissement de leurs droits et libertés, mais aussi de mettre en place les mécanismes concrets si nécessaires pour favoriser l'exercice et la mise en œuvre de leurs droits ancestraux et de ceux qui sont consacrés par les textes nationaux et les instruments internationaux. C'est donc là le meilleur moyen de concevoir le règlement des différends liés aux questions autochtones à tous les niveaux, avec le consentement libre et éclairé des autochtones (voir E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 263). Le Rapporteur spécial a également souligné que les autochtones sont généralement désireux d'instaurer de nouvelles relations solides et bien différentes des relations constamment antagonistes et souvent acrimonieuses que celles qu'ils ont toujours entretenues avec le secteur non autochtone de la société dans les pays où ces deux secteurs coexistent (ibid., par. 262). Dans ce contexte, les normes relatives au consentement libre, préalable et éclairé énoncées dans la Déclaration sont particulièrement importantes pour les relations actuelles et à venir entre les peuples autochtones et les États.

A. Autodétermination

6. Le droit à l'autodétermination est le droit fondamental de l'homme sur lequel repose le consentement préalable, libre et éclairé. Il comporte une dimension interne et une dimension externe⁴. Historiquement, le droit à l'autodétermination, qui trouve racine dans le mouvement de décolonisation, a été conçu pour que les nations et les peuples soumis puissent recouvrer leur autonomie, présider à leur destinée, prendre des décisions pour eux-mêmes et contrôler leurs ressources⁵. Le droit à l'autodétermination a en effet été interprété comme un droit fondamental, qui comprend d'autres droits des peuples et des nations, à savoir ceux d'être libres de toute forme de contrainte, de vivre dans la dignité et de jouir de tous les droits dans des conditions d'égalité, y compris de celui de décider de leur avenir, d'être pleinement informés et d'être en mesure de refuser ou d'accepter librement les offres, plans, projets, programmes et propositions qui ont une incidence sur eux ou sur leurs ressources.

7. Les notions d'être libre, d'être pleinement informé, d'avoir le droit d'accepter ou de refuser et d'exercer un contrôle sur ses propres terres et ressources en tant que nation ou en tant que peuple ne sont donc pas nouvelles en droit international des droits de l'homme⁶. Ces principes découlent des éléments constitutifs du droit à l'autodétermination, sur lesquels la Déclaration fonde ses dispositions en matière de consentement préalable, libre et éclairé, qui constituent le moyen de mettre en œuvre le droit à l'autodétermination, en tenant compte de la situation historique, culturelle et sociale particulière des peuples autochtones.

8. Le cadre juridique international dans lequel le droit à l'autodétermination a été conçu met un accent particulier sur la reprise de contrôle par les peuples et les nations de leurs terres et de leurs ressources naturelles en tant qu'élément constitutif important du droit à l'autodétermination⁷. C'est pour cette raison que la notion de consentement libre, préalable et éclairé revêt une importance particulière en ce qui concerne les terres et les ressources.

⁴ Voir Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples : A Legal Reappraisal* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

⁵ Voir résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale.

⁶ Voir la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale ; voir également Nicolaas Schrijver, « Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources » dans *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.12.XIV.1).

⁷ Voir Marion Mushkatt, « The process of decolonization: international legal aspects », *University of Baltimore Law Review*, vol. 2, n° 1 (Winter 1972).

B. Non-discrimination

9. Le consentement préalable, libre et éclairé est aussi fondé sur le cadre des droits de l'homme conçu pour déconstruire les bases structurelles de la discrimination raciale à l'égard des peuples autochtones. La « doctrine de la découverte »⁸, de même que d'autres doctrines de conquête qui justifiaient le cadre juridique et directif établi pour déposséder les peuples autochtones de leurs terres et anéantir leur culture, s'inspirait de théories raciales et de principes raciaux selon lesquels les peuples autochtones étaient des êtres inférieurs qui n'étaient pas aptes à posséder des terres et à décider de leur propre avenir. Dans les années 1960 et 1970, le mouvement international en faveur des droits des peuples autochtones a mis en évidence la discrimination raciale systémique et les violations des droits de l'homme dont étaient victimes les peuples autochtones, ce qui a conduit la Sous-Commission de lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à réaliser une étude sur la question⁹. Cela a finalement débouché sur l'élaboration de la Déclaration, cadre dual combinant droits en matière de réparation et droits permanents.

10. Dès 1997, soit dix ans avant l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a conclu que la discrimination raciale constituait la principale cause sous-jacente de la plupart des discriminations subies par les peuples autochtones. Il a affirmé que la discrimination à l'égard des autochtones relevait du champ d'application de la Convention et que tous les moyens appropriés devaient être mis en œuvre pour lutter contre cette discrimination et l'éliminer¹⁰. Le Comité a expressément mis en avant le « consentement » en tant que norme des droits de l'homme visant à infirmer les doctrines fallacieuses et à démanteler les structures conceptuelles qui avaient dépossédé et marginalisé les peuples autochtones. Il a demandé aux États de veiller à ce que les membres des populations autochtones jouissent de droits en ce qui concerne la participation effective à la vie publique et à ce qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement éclairé¹¹. Il leur a également demandé de reconnaître et de protéger le droit des populations autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et éclairé, de prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus¹².

III. Le consentement préalable, libre et éclairé en tant que norme des droits de l'homme

A. Justification

11. La notion de consentement préalable, libre et éclairé, tel qu'énoncée dans la Déclaration, a trois principales raisons d'être. Premièrement, elle vise à redonner aux peuples autochtones le contrôle de leurs terres et de leurs ressources, comme précisé à l'article 28. Certains auteurs soutiennent que « le consentement préalable, libre et éclairé trouve son origine dans le principe des droits fonciers des autochtones, en vertu duquel les autochtones ont des droits fonciers fondés sur le droit coutumier et sur leur lien continu à la terre »¹³, et d'autres qu'« historiquement la doctrine juridique a fermement établi les droits souverains des peuples autochtones sur leurs terres et ressources ancestrales en tant

⁸ Voir la recommandation de l'Instance permanente sur les questions autochtones à l'issue du débat sur le thème « La doctrine de la découverte : son impact durable sur les peuples autochtones et le droit à la réparation pour les conquêtes du passé » (voir E/2012/43-E/C.19/2012/13).

⁹ Voir l'étude de M. Martínez Cobo, (E/CN.4/Sub.2/476 et Add.1-5 ; E/CN.4/Sub.2/1982/2 et Add.1-7 ; E/CN.4/Sub.2/1983/21 et Add.1-7).

¹⁰ Voir la Recommandation générale n° 23 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant les droits des populations autochtones.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Voir la communication de MacInnes, Colchester et Whitmore.

qu'élément inscrit de longue date dans le droit international »¹⁴. Deuxièmement, le potentiel du consentement libre, préalable et éclairé en tant que moyen de rétablir l'intégrité culturelle, la fierté et l'estime de soi des peuples autochtones est mis en évidence dans l'article 11 de la Convention. Le patrimoine culturel de peuples autochtones, y compris les restes humains, pris sans leur consentement, est encore détenu par des tiers. Troisièmement, le consentement préalable, libre et éclairé peut corriger le déséquilibre de pouvoirs entre les peuples autochtones et les États et permettre de nouer de nouveaux partenariats fondés sur les droits et le respect mutuel des parties (voir A/HRC/EMRIP/2010/2), comme indiqué dans les articles 18 et 19 de la Déclaration.

B. Nature du consentement préalable, libre et éclairé en tant que norme des droits de l'homme

12. La Déclaration reconnaît les droits collectifs et protège l'identité, les avoirs et les institutions collectives des peuples autochtones, notamment la culture, la prise de décisions, le contrôle et l'utilisation des terres et des ressources naturelles. Le caractère collectif des droits autochtones fait partie intégrante de la culture autochtone et sert de rempart contre leur disparition par assimilation forcée.

13. Le droit au consentement préalable, libre et éclairé permet, fondamentalement, de protéger les droits collectifs des peuples autochtones. Par conséquent, il ne peut pas être détenu ou exercé à titre individuel par des membres d'une communauté autochtone. La Déclaration prévoit que les peuples autochtones ont des droits tant individuels que collectifs et, lorsqu'elle traite de ceux-ci, fait clairement la distinction entre les « peuples » et les « individus ». On comprendra aisément, cependant, qu'aucune disposition de la Déclaration portant sur le consentement préalable, libre et éclairé (art. 10, 11, 19, 28, 29 et 32) ne fasse référence aux individus. L'« individualisation » de ces droits irait à l'encontre des objectifs qu'ils sont censés atteindre¹⁵.

C. Portée du consentement préalable, libre et éclairé

1. Consentement préalable, libre et éclairé : droits à la consultation, à la participation, à la terre et aux ressources

14. Le consentement préalable, libre et éclairé est une manifestation du droit des peuples autochtones de décider eux-mêmes de leurs priorités sur les plans politique, social, économique et culturel. Il constitue trois droits interdépendants et cumulatifs des peuples autochtones, à savoir le droit d'être consulté, le droit de participer et le droit à leurs terres, territoires et ressources. Aux termes de la Déclaration, il ne saurait y avoir de consentement préalable, libre et éclairé si l'un de ces éléments fait défaut.

15. L'obligation des États de consulter les peuples autochtones devrait consister à mener un processus qualitatif de dialogue et de négociation ayant pour objectif d'obtenir le consentement des intéressés (voir A/HRC/18/42, annexe, par. 9). La Déclaration n'envisage pas un seul stade ou une seule action, mais un processus de dialogue et de négociation devant être mené tout au long d'un projet, de la planification jusqu'à la mise en œuvre et au suivi. L'emploi dans la Déclaration de l'expression « consulter et coopérer », qui combine deux termes, signifie que les peuples autochtones ont le droit de peser sur le résultat des processus décisionnels qui les concernent, et non le simple droit d'être associés à ces processus ou simplement de faire connaître leurs vues (voir A/HRC/18/42). Cela donne également à penser que les peuples autochtones peuvent proposer un projet différent ou suggérer un autre modèle que celui avancé par le Gouvernement ou un autre acteur.

¹⁴ Voir S. James Anaya, « Divergent discourses about international law, indigenous peoples, and rights over lands and natural resources: toward a realist trend », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (printemps 2005).

¹⁵ Voir Siegfried Weissner, « Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12 (1999).

16. L'ancien Rapporteur spécial sur les droits des populations autochtones, James Anaya, a souligné que la Déclaration envisage les consultations comme la négociation d'un accord mutuellement acceptable avant que la décision soit prise plutôt que comme un mécanisme permettant de faire passer aux autochtones des informations sur une décision déjà prise ou en passe de l'être, sans leur permettre d'influer réellement sur son adoption (A/HRC/12/34, par. 46). La consultation des autochtones sera également souvent le point de départ à partir duquel on cherchera à obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé.

17. Le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions est établi expressément à l'article 18 de la Déclaration, lequel se fonde sur l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le droit de tout citoyen de « prendre part à la direction des affaires publiques ». La Déclaration adapte ce droit général aux besoins et à la situation des peuples autochtones dans un double objectif : premièrement, corriger l'exclusion de jure et de facto des peuples autochtones de la vie publique ou des processus décisionnels en raison de nombreux facteurs, y compris des préjugés à leur encontre, d'un faible niveau d'instruction, des difficultés rencontrées en matière de naturalisation ou pour obtenir des documents d'identité et la non-participation aux processus électoraux et aux institutions politiques ; deuxièmement, redynamiser et rétablir les institutions représentatives et les organismes décisionnels des peuples autochtones qui ont été ignorés ou supprimés. Ces institutions devraient être reconnues et redynamisées et avoir la possibilité de participer à la prise de décisions.

18. Le Comité des droits de l'homme a également approfondi l'analyse du droit des peuples autochtones de participer selon des modalités allant au-delà de la consultation, soulignant que la participation au processus de prise de décisions devait être « effective »¹⁶. Les organes de contrôle de l'Organisation internationale du Travail (OIT) ont souligné le lien entre consultation et participation¹⁷. La participation implique davantage que la simple consultation et devrait comprendre l'élaboration d'initiatives par les peuples autochtones. « En ce sens, les notions étroitement liées de consultation et de participation constituent les mécanismes propres à garantir que les peuples autochtones puissent décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus de développement et exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre »¹⁸.

19. Les droits des peuples autochtones sur leurs terres, ressources et territoires font également partie intégrante du consentement préalable, libre et éclairé, au sens de la Déclaration. Le droit de « posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler » les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent (art. 26) fait naître le droit au consentement préalable, libre et éclairé, conformément au droit des peuples autochtones à l'autodétermination. À cet égard, le rôle du consentement préalable, libre et éclairé est de protéger l'identité culturelle des peuples autochtones, qui est intimement lié à leurs terres, à leurs ressources et à leurs territoires.

2. Éléments constitutifs du consentement préalable, libre et éclairé

20. Comme l'affirme la Déclaration, la décision d'accorder ou de refuser son consentement doit être prise librement. Le terme « libre » désigne à la fois les facteurs directs et indirects qui peuvent entraver le libre arbitre des peuples autochtones. À cette fin, pour qu'un processus de consultation soit authentique et prenne la forme d'un dialogue et d'une négociation en vue d'obtenir le consentement, les conditions suivantes doivent être réunies, sans quoi la légitimité du processus de consultation peut être remise en question :

a) Le contexte ou le climat dans lequel s'inscrit le processus devrait être exempt d'intimidation, de coercition, de manipulation (voir A/HRC/18/42, annexe, par. 25) et de

¹⁶ Voir *Poma Poma c. Pérou* (CCPR/C/95/D/1457/2006), par. 7.6.

¹⁷ Voir Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (OIT), observation générale relative aux peuples indigènes et tribaux (observation 2010/81).

¹⁸ Voir la publication *Comprendre la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 – Manuel à l'usage des mandants tripartites de l'OIT* (Genève, 2013), p. 19.

harcèlement, et il convient de veiller à ce que le processus de consultation ne limite pas ou ne restreigne pas l'accès des peuples autochtones aux politiques, services et droits existants ;

b) Les relations entre les parties devraient être caractérisées, notamment, par la confiance et la bonne foi, et non la suspicion, les accusations, les menaces, la mise en cause pénale (voir A/HRC/39/17), la violence ou les préjugés à l'égard des peuples autochtones ;

c) Les peuples autochtones devraient être libres d'être représentés comme l'exigent traditionnellement leurs propres lois, coutumes et pratiques, en accordant une attention particulière aux questions de genre et à la représentation d'autres groupes au sein des communautés autochtones. Les peuples autochtones devraient décider lesquels des institutions et dirigeants qui leur sont propres les représentent et selon quelles modalités. Ils devraient donc être libres de résoudre les questions de représentation internationale sans ingérence ;

d) Les peuples autochtones devraient être libres d'orienter et de piloter le processus de consultation et avoir le pouvoir décider des modalités de consultation et du déroulement du processus de consultation. Cela signifie notamment qu'ils doivent être consultés au moment de la mise au point du processus de consultation proprement dit et avoir la possibilité de partager et d'utiliser ou d'élaborer leurs propres protocoles en la matière. Ils devraient exercer un contrôle suffisant sur le processus et ne pas se sentir contraints d'y participer ou de continuer à y participer ;

e) Les peuples autochtones devraient être libres de formuler leurs attentes et de contribuer à la définition des méthodes, calendriers, lieux et évaluations.

21. Tout processus de consentement préalable, libre et éclairé doit également être antérieur à toute autre décision validant l'exécution d'une proposition et doit être entamé le plus tôt possible parallèlement à la formulation de la proposition. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire *Saramaka People v. Suriname* (2007) (affaire Saramaka), a utilisé les expressions « early stage » (stade précoce) et « early notice » (avis préalable). En ce sens, l'élément « préalable » du consentement libre, préalable et éclairé suppose :

a) D'impliquer les peuples autochtones aussi tôt que possible. Leur consultation et leur participation devraient être assurées durant les phases de conceptualisation et de conception des projets et non à un stade avancé de leur élaboration, lorsque des points essentiels ont déjà été décidés ;

b) D'accorder suffisamment de temps aux peuples autochtones pour leur permettre d'assimiler, de comprendre et d'analyser les informations et de mener leurs propres processus décisionnels (voir A/HRC/18/42, annexe, par. 25).

22. L'élément « éclairé » du consentement libre, préalable et éclairé implique que :

a) Les informations communiquées soient suffisantes, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif, et qu'elles soient objectives, exactes et claires ;

b) Les informations soient présentées d'une manière et sous une forme compréhensibles par les peuples autochtones, y compris être traduites dans une langue qu'ils comprennent. Les consultations devraient être menées selon des procédures culturellement appropriées, qui respectent les traditions et les modes d'organisation des peuples autochtones concernés (voir A/HRC/18/42). Les informations doivent, en substance, porter sur la nature, l'ampleur, le rythme d'exécution, la réversibilité et la portée de tout projet ou activité proposé (voir E/C.19/2005/3) ; les raisons qui motivent le projet ou l'activité ; la localisation des zones concernées ; les incidences économiques, sociales, culturelles et environnementales du projet ou de l'activité ; le type d'indemnisation ou les

mécanismes de partage des avantages prévus ; tous les risques et effets indésirables potentiels pouvant résulter de l'activité proposée¹⁹ ;

c) Des ressources et des capacités adéquates devraient être mises à la disposition des institutions représentatives ou des mécanismes décisionnels des peuples autochtones, sans compromettre leur indépendance. Ces institutions ou mécanismes de prise de décisions doivent pouvoir relever les défis techniques – y compris, au besoin, grâce à des projets de renforcement des capacités visant à permettre aux peuples autochtones d'être informés de leurs droits en général – avant le processus de consultation ou parallèlement à celui-ci. Par exemple, l'Australian Referendum Council a recommandé au Gouvernement australien d'examiner les propositions formulées par les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres au cours de 13 dialogues régionaux et d'une convention constitutionnelle nationale autochtone en mai 2017, appelant à la création d'une nouvelle institution publique représentative des Premières Nations appelée « Voice to Parliament », sur la base des articles 18 et 19 de la Déclaration²⁰. Dans deux affaires, *Finmark Estate Agency v. Nesseby regional society* (affaire Unjárga) et *Norway v. Jovsset Ánte Iversen Sara* (affaire Sara), la Cour suprême norvégienne a invoqué le consentement et la participation du Parlement sâme pour étayer sa décision déclarant la législation nationale conforme au droit international relatif aux droits des peuples autochtones, notamment à la Déclaration, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à la convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'OIT²¹. Cependant, dans l'affaire Sara, la Cour suprême norvégienne a fait référence à la participation du Parlement sâme pour étayer sa décision, bien que le consentement de celui-ci n'ait pas été obtenu. L'utilisation de la participation comme argument pour valider les décisions de l'État en l'absence de consentement est préoccupante, car elle risque de décourager les peuples autochtones de participer aux processus de prise de décisions.

23. Ne pas dialoguer avec les représentants légitimes des peuples autochtones peut compromettre tout consentement obtenu. La Déclaration indique clairement que les États et les tierces parties doivent consulter les peuples autochtones et coopérer avec eux « par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives » (art. 19 et 32) et « conformément à leurs propres procédures » (art. 18). Toutes les parties devraient assurer la représentation des femmes, des enfants²², des jeunes et des personnes handicapées, et s'efforcer de comprendre les conséquences spécifiques pour eux (voir A/HRC/18/42). Identifier les représentants légitimes des peuples autochtones peut cependant être difficile. Les États devraient tenir compte des cas où les institutions décisionnelles des peuples autochtones ont été affaiblies par le colonialisme et où des communautés ont été dispersées, dépossédées de leurs terres ou réinstallées, y compris dans des zones urbaines. Les situations de ce type peuvent nécessiter l'aide de l'État pour rétablir la capacité des peuples autochtones à se représenter eux-mêmes de manière appropriée. Il importe que les États ou les tierces parties veillent à ce que les institutions qui appuient les peuples autochtones et prétendent les représenter soient mandatées à cet effet.

D. Consentement

24. Comme l'a souligné le précédent Rapporteur spécial, James Anaya, le consentement à lui seul ne suffit pas à légitimer un projet. Selon le principe du consentement préalable, libre et éclairé, qui s'inscrit dans un cadre fondé sur les droits de l'homme, le consentement

¹⁹ Programme de collaboration des Nations Unies sur la réduction des émissions liées à la déforestation et à la dégradation des forêts dans les pays en développement, *Lignes directrices sur le consentement libre, préalable et informé* (Genève, 2013).

²⁰ Voir www.referendumcouncil.org.au/final-report.

²¹ Voir www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/rulings/rulings-2018/the-scope-of-collective-rights-of-use-to-land-in-nesseby-finnmark/ et www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-2428-a.pdf.

²² Dans son observation générale n° 11 (2009) sur les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, le Comité des droits de l'enfant indique que le droit de l'enfant d'être entendu comprend le droit à la représentation.

ne se conçoit pas comme le simple fait d'approuver une décision prédéterminée (A/HRC/24/41, par. 30). Il ne peut donc y avoir consentement que si trois critères fondamentaux sont remplis – avoir été donné au préalable, librement et en connaissance de cause – et s'il est attesté par une déclaration explicite d'accord.

25. Le consentement est un principe essentiel, en vertu duquel les peuples autochtones peuvent exercer leur droit à l'autodétermination, notamment pour ce qui est des projets de développement qui supposent le contrôle de leurs terres, ressources et territoires ou qui les concernent d'une façon ou d'une autre. Selon ce principe, on considère que les peuples autochtones s'impliquent dans les propositions les concernant et ont le droit de donner ou non leur consentement à ces propositions.

26. Les peuples autochtones décident de donner ou non leur consentement à une proposition après avoir apprécié leur intérêt supérieur et celui des générations futures. Lorsque les peuples autochtones donnent leur consentement, les acteurs opérant sur leurs terres, territoires et ressources et aux alentours bénéficient d'un agrément social et d'un environnement propice, comme il ressort de nombreuses études et recherches, notamment celles menées par le secteur privé²³. Les peuples autochtones peuvent refuser de donner leur consentement dans un certain nombre de situations et pour diverses raisons :

a) Les peuples autochtones peuvent refuser de donner leur consentement après avoir évalué la proposition et déterminé que celle-ci ne servait pas au mieux leurs intérêts. Le refus du consentement devrait convaincre l'autre partie de ne pas prendre le risque de passer à l'exécution de la proposition. Les discussions sur la question de savoir si les peuples autochtones disposent d'un « droit de veto » à cet égard semblent déprécier et porter atteinte dans une large mesure à la légitimité du concept de consentement préalable, libre et éclairé ;

b) Les peuples autochtones peuvent refuser provisoirement de donner leur consentement en raison d'insuffisances de la procédure, lesquelles consistent souvent en un non-respect des critères qui doivent être remplis pour que le consentement soit libre, préalable et éclairé. Les peuples autochtones peuvent demander que la proposition soit ajustée ou modifiée, notamment en soumettant une autre proposition ;

c) Le refus du consentement peut aussi révéler une méfiance légitime à l'égard du processus de consultation ou de l'initiative nationale. Tel est généralement le cas dans les pays où la reconnaissance des peuples autochtones ou la protection de leurs droits sur les terres, les ressources et les territoires est insuffisante. De nombreux autochtones ont été harcelés, arrêtés et même tués pour avoir résisté à des offres de consultations « piégeuses ».

27. Le refus du consentement peut favoriser une gouvernance démocratique et sans exclusive et être essentiel à la réussite d'une proposition ou d'un projet. Le consentement des peuples autochtones devrait être donné « en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme » (Déclaration, art. 34), et une attention particulière devrait être accordée « aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones », en particulier en ce qui concerne l'élimination de toutes les formes de discrimination et de violence à l'égard des enfants et des femmes autochtones (ibid., art. 22).

28. Quoi qu'il en soit, un certain nombre de pays et de parties prenantes ont approuvé une politique consistant à ne pas aller de l'avant si un peuple autochtone refuse de donner son consentement. Dans son guide de référence des entreprises sur la Déclaration²⁴, le Pacte mondial des Nations Unies conseille à ses membres de ne pas aller de l'avant avec un projet si un peuple autochtone a refusé de donner son consentement. Un État ou une partie prenante qui décide malgré tout de le faire entre dans un flou juridique et s'expose à un contrôle juridictionnel et à d'autres types de recours qui pourraient bien l'amener devant

²³ Cathal M. Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent*, Routledge Research in Human Rights Law (Londres et New York, Routledge, 2014), chap. 5.

²⁴ Voir www.unglobalcompact.org/library/541.

des juridictions internationales, régionales et nationales et devant des institutions propres au peuple autochtone (voir par. 38 à 41 ci-dessous).

29. Il convient de faire preuve d'une prudence particulière s'agissant des peuples autochtones en situation d'isolement volontaire ou récemment entrés en contact avec le reste de la société, notamment d'éviter de leur imposer un contact et d'honorer l'obligation de protéger leurs territoires, leurs ressources naturelles et leur vie. Le fait pour un peuple autochtone en situation d'isolement volontaire de décider de ne pas entrer en contact ni interagir constamment avec d'autres sociétés et avec le Gouvernement et de le faire savoir peut être une expression d'un refus de donner son consentement. Les États devraient respecter sa volonté et sont tenus de protéger sa vie en préservant son territoire et ses ressources naturelles²⁵.

30. Si un peuple autochtone choisit de donner son consentement à un projet, ce consentement devrait être conforme à ses propres lois, coutumes, protocoles et meilleures pratiques, notamment pour ce qui est de la représentation par un avocat dans tous les cas où c'est possible et conformément aux prescriptions légales. Dans de nombreux cas, sinon tous, le consentement doit être consigné dans un instrument écrit, négocié par les parties et signé par une autorité légitime ou un dirigeant du peuple autochtone concerné, qui peut englober plus d'un groupe (voir par. 42 à 45 ci-dessous). La pleine compréhension du peuple autochtone doit être assurée, et l'État doit prendre des mesures supplémentaires dans les affaires concernant un peuple autochtone récemment entré en contact avec le reste de la société.

E. Application du principe du consentement préalable, libre et éclairé

1. Circonstances dans lesquelles le consentement libre, préalable et éclairé est requis

31. La Déclaration fait expressément référence au principe du consentement préalable, libre et éclairé à cinq reprises (voir art. 10, 11, 19, 29 et 32) et fournit une liste non exhaustive des situations dans lesquelles celui-ci devrait s'appliquer. Le consentement préalable, libre et éclairé peut être requis pour l'adoption et l'application de mesures législatives ou administratives²⁶ et pour tout projet ayant une incidence sur les terres, les territoires et les autres ressources des peuples autochtones, dans le contexte évoqué aux paragraphes ci-dessous (art. 19 et 32). Il est également requis en cas de réinstallation d'autochtones obligés de quitter leurs terres ou territoires et de stockage de matières dangereuses sur leurs terres ou territoires (art. 10 et 29)²⁷.

32. Le rôle du consentement préalable, libre et éclairé en ce qui concerne la mise en valeur des ressources naturelles est énoncé à l'article 32 de la Déclaration. Cette disposition est particulièrement importante compte tenu des risques notoires que présentent les activités des industries extractives et des effets bien connus qu'elles ont sur des peuples autochtones (voir A/HRC/24/41, A/HRC/21/52 et A/HRC/21/55). Comme l'a souligné James Anaya, le consentement préalable des peuples autochtones, donné librement et en connaissance de cause est la règle générale lorsque les activités d'extraction sont menées sur des territoires autochtones. Le consentement des peuples autochtones peut également être requis lorsque les activités extractives les touchent d'autres façons (hors de leurs territoires), en fonction

²⁵ Voir <http://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/26661> (en portugais).

²⁶ De nombreux peuples autochtones signalent que les programmes de développement social ont souvent une incidence sur leurs pratiques de droit coutumier, leurs traditions et leurs coutumes, notamment en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels pour lesquels leur consentement libre, préalable et éclairé devrait être obtenu (voir Déclaration, art. 11, par. 2 ; voir aussi <http://iphdefenders.net/statement-asia-indigenous-peoples-pact-asia-indigenous-peoples-caucus-agenda-4-study-advice-free-prior-informed-consent/>.)

²⁷ L'article 29 de la Déclaration sert de base pour la révision du Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides et pour l'examen de la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international par le Rapporteur spécial sur les incidences sur les droits de l'homme de la gestion et de l'élimination écologiquement rationnelles des produits et déchets dangereux.

de la nature de ces activités et de leurs incidences potentielles sur l'exercice des droits de ces peuples (voir A/HRC/24/41).

2. Principe de proportionnalité

33. Dans plusieurs articles, la Déclaration impose le consentement préalable, libre et éclairé concernant des questions, projets ou questions « ayant des incidences » sur les peuples autochtones. Ce principe ne se limite pas aux questions qui concernent exclusivement les peuples autochtones. Les questions intéressant la société en général peuvent en effet avoir des conséquences pour les peuples autochtones qui ne sont pas ressenties par les autres membres de la société (voir A/HRC/12/34, par. 43). Les mesures et projets dont on considère qu'ils ont des incidences sur des peuples autochtones de nature à entraîner l'obligation d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé en vertu des articles 19 et 32 concernent notamment les questions « qui sont d'une importance fondamentale pour leurs droits, leur survie, leur dignité et leur bien-être » (A/HRC/21/55, par. 27). Au nombre des facteurs qu'il convient de prendre en considération dans l'appréciation faite à cet égard figurent le point de vue et les priorités de ces peuples ainsi que la nature de la question ou de l'activité proposée et ses répercussions potentielles sur les peuples autochtones concernés, compte tenu, notamment, des effets cumulatifs d'atteintes ou d'activités précédentes²⁸ et des injustices historiques auxquelles ces peuples sont confrontés (voir A/HRC/18/42 et A/HRC/21/55).

34. Pour déterminer si une mesure législative ou administrative ou tout projet concernant les terres ou territoires et autres ressources d'un peuple autochtone auront des répercussions sur ce peuple, il faut commencer par lui demander son avis sur les effets plus larges que pourrait avoir une décision (voir A/HRC/18/42). Le peuple autochtone devrait jouer un rôle majeur pour ce qui est de déterminer si la mesure ou le projet aura des incidences sur lui et, le cas échéant, l'ampleur de ces incidences. Il peut signaler des préjudices possibles qui n'apparaissent pas clairement à l'État ou au promoteur du projet et proposer des mesures d'atténuation visant à éviter ces préjudices.

35. Si une mesure ou un projet est susceptible d'avoir une incidence directe et importante sur la vie, les terres, les territoires ou les ressources de peuples autochtones, le consentement est requis (voir A/HRC/12/34, par. 47). Il a été question à cet égard de l'approche dite de « l'échelle variable » en matière de droit de participation des peuples autochtones, selon laquelle le niveau de participation effective qui doit être garanti à ces peuples est essentiellement fonction de la nature et du contenu des droits et des activités en question²⁹. Ce point de vue est partagé par le Comité des droits de l'homme³⁰, qui évoque, à cet égard, l'importance des conséquences défavorables, ainsi que par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Les deux Comités ont lié la question du consentement préalable, libre et éclairé à la nature et aux effets qu'une initiative proposée aura sur les droits des peuples autochtones consacrés par l'instrument relatif aux droits de l'homme dont ils s'occupent : il s'agit d'une approche qui correspond à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme³¹ et à celle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples³². Pour évaluer les incidences d'une initiative, il faut prendre en compte la nature, l'échelle, la durée et les effets à long terme de celle-ci, tels que les dommages causés aux terres des communautés ou les atteintes à l'intégrité culturelle de la communauté.

36. Parmi les autres projets exigeant un consentement libre, préalable et éclairé et ayant tendance à avoir des « impacts négatifs » au sens de la Norme de performance 7 de la Société financière internationale figurent les projets situés sur des terres ou des ressources naturelles se trouvant sur des terres soumises au régime de propriété traditionnel ou aux

²⁸ Voir l'affaire du peuple Saramaka.

²⁹ Gaetano Pentassuglia, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law: A Comparative Perspective*, International Studies in Human Rights, vol. 102 (Brill/Nijhoff, 2009), p. 113.

³⁰ Voir *Länsman et al. c. Finlande* (CCPR/C/52/D/511/1992) et *Poma Poma c. Pérou*.

³¹ Voir l'affaire du peuple Saramaka.

³² Voir *Centre for Minority Rights Development c. Kenya*, 276/03 (l'affaire de la communauté Endorois).

droits d'usage coutumiers ainsi que les projets ayant des incidences importantes sur le patrimoine culturel essentiel des peuples autochtones ou prévoyant d'utiliser le patrimoine culturel, notamment les connaissances, les innovations ou les pratiques des peuples autochtones à des fins commerciales³³.

37. Plusieurs décisions de tribunaux nationaux vont dans le sens de ces principes. La Cour suprême du Canada a récemment adopté une conception élargie du consentement dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* (2014). Elle a jugé qu'une fois que le droit d'une communauté autochtone de contrôler une partie d'un territoire a été reconnu, aucune utilisation de cette terre ne sera autorisée sans le consentement de cette communauté³⁴. La Cour constitutionnelle de Colombie considère qu'il existe trois situations dans lesquelles le consentement est obligatoire : le déplacement d'autochtones, le stockage de déchets toxiques et les situations dans lesquelles l'existence du groupe est mise en danger³⁵. La Cour constitutionnelle de l'État plurinational de Bolivie a jugé que des situations similaires exigeaient le consentement, comme l'a établi la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁶. De manière générale, la Cour constitutionnelle de Colombie estime qu'il faut obtenir le consentement pour les grands projets de développement sur les terres autochtones³⁷. La Cour suprême du Belize a fait expressément référence au consentement préalable, libre et éclairé, notamment à l'article 32 de la Déclaration, et a finalement jugé qu'il était illégal d'accorder des concessions et des autorisations sans ce consentement³⁸.

38. Certains droits, comme le droit de ne pas être soumis à la torture, ne font jamais l'objet de restrictions de la part des États. Même pour les droits qui peuvent théoriquement être restreints par les États conformément au paragraphe 2 de l'article 46 de la Déclaration, cette restriction doit être non discriminatoire, nécessaire et proportionnée à la réalisation des objectifs en matière de droits de l'homme de la société dans son ensemble. Comme l'a dit James Anaya, aucun objectif d'intérêt public légitime n'est compatible avec des fins purement mercantiles, des gains privés ou des objectifs de levée de fonds³⁹. Au vu de la nature des incidences qu'ont les grands projets de développement sur les droits des peuples autochtones, il sera souvent difficile de justifier leur mise en œuvre compte tenu de ces restrictions.

39. C'est à l'État qu'incombe la charge de prouver que la décision de poursuivre l'activité en l'absence de consentement répond à ces critères exceptionnels. Dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, la Cour suprême du Canada a statué que le consentement ne pouvait être annulé que dans certaines circonstances, à savoir lorsque le Gouvernement peut démontrer qu'il s'est acquitté de ses responsabilités à l'égard des droits du peuple concerné, notamment de l'obligation procédurale de consultation, que ses actes poursuivent un objectif impérieux et réel du point de vue du grand public et de la communauté autochtone, que ses actes ne priveraient pas de façon substantielle les générations futures d'un groupe autochtone des avantages que procurent leurs terres et que les principes de nécessité et de proportionnalité sont respectés⁴⁰.

40. Toute décision de restreindre les droits d'un peuple autochtone en vertu des circonstances exceptionnelles prévues par l'article 46 doit s'accompagner non seulement des garanties nécessaires (rétablissement de l'équilibre des pouvoirs, études d'impact,

³³ Voir Norme de performance 7 (2012) relative aux peuples autochtones ; et Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*, chap. 5.

³⁴ Pour d'autres affaires jugées par la Cour suprême du Canada, voir Mauro Barelli « Free, Prior and Informed Consent in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », dans *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann et Marc Weller, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2018).

³⁵ Voir l'affaire n° T-129 du 3 mars 2011.

³⁶ Affaire n° 2003/2010 R du 25 octobre 2010 et Barelli, « Free, Prior and Informed Consent ».

³⁷ Affaires T-769/09 du 29 octobre 2009, T-129 du 11 mars 2011 et T-376/12 du 18 mai 2012 ; voir aussi Barelli, « Free, Prior and Informed Consent ».

³⁸ Voir *Sarstoon Temash Institute for Indigenous Management c. Belize*, 3 avril 2014.

³⁹ S. James Anaya et Sergio Puig, « Mitigating State sovereignty: the duty to consult with indigenous peoples », *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n° 4 (automne 2017).

⁴⁰ Voir l'affaire *Endorois*.

mesures d'atténuation, indemnisation et partage des avantages), mais aussi de mesures correctives qui tiennent compte de toutes les violations de droits. Dans l'affaire *Saramaka*, il a aussi été question de la nécessité de partager les avantages, et dans l'affaire *Endorois*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a jugé que le partage des avantages pouvait être considéré comme une forme de compensation équitable et raisonnable pour l'exploitation des terres appartenant traditionnellement à la communauté et des ressources naturelles nécessaires à sa survie. Dans certains cas, bien sûr, il peut être difficile voire impossible d'évaluer à combien se chiffrent les violations des droits, notamment en cas d'atteintes à la vie, aux sites sacrés et aux pratiques culturelles. Toute tension qui apparaît à cet égard au sein des communautés autochtones dans le processus d'obtention du consentement préalable, libre et éclairé devrait être réglée par les peuples autochtones eux-mêmes, conformément à leurs propres lois, traditions et coutumes et par l'intermédiaire des institutions qui les représentent.

41. Étant donné que le maintien d'une activité ou d'une mesure qui a des incidences sur les peuples autochtones peut entraîner une violation de leurs droits de l'homme, ces peuples devraient pouvoir former un recours judiciaire ou administratif pour contester une décision⁴¹. Cet examen judiciaire ou administratif devrait être fondé sur les droits des peuples autochtones énoncés dans la Déclaration, notamment leur droit à l'autodétermination et à un recours efficace⁴² ainsi que les droits que leur reconnaissent les instruments relatifs aux droits de l'homme, le droit régional et national, les lois nationales et les coutumes et les protocoles des peuples autochtones.

3. Compilation d'informations, surveillance, examen et mécanismes de recours aux fins de l'application du principe du consentement libre, préalable et éclairé

42. Le consentement préalable, libre et éclairé devrait être consigné par écrit, avec indication des étapes qui ont été suivies pour obtenir ce consentement et des éléments essentiels de l'accord conclu entre les parties concernées conformément aux normes coutumières et aux méthodes traditionnelles de prise de décisions des peuples autochtones, notamment les opinions divergentes et les avis assortis de conditions. Les directives ou modèles concernant le consentement préalable, libre et éclairé élaborés par les États ou des acteurs privés ne devraient pas l'emporter sur les protocoles communautaires ou les pratiques traditionnelles de conclusion ou d'enregistrement des accords des peuples autochtones.

43. L'expression du consentement peut prendre la forme de traités, d'accords et de contrats. Souvent, les conditions sont inscrites dans un protocole d'accord ou d'entente ou dans tout autre document qui convient aux peuples autochtones. Si nécessaire, des services de traduction doivent être fournis. Les peuples autochtones doivent en outre avoir la possibilité de consentir à chaque aspect pertinent d'une proposition ou d'un projet. On considérera qu'une déclaration de consentement générale ou limitée ne répond pas à la norme en matière de consentement si, par exemple, elle ne reconnaît pas expressément les différentes phases de développement du projet ou l'ensemble de sa portée ou de ses effets. Le consentement doit être « continu », les parties devant fixer des possibilités et des règles explicites en matière d'examen et de renouvellement.

44. Les accords sur le consentement devraient comprendre des descriptions détaillées du projet, de sa durée et de ses effets potentiels sur les peuples autochtones, notamment sur leurs terres, leurs moyens de subsistance, leurs ressources, leurs cultures et leur environnement (voir A/HRC/24/41, par. 73) ; des dispositions relatives à l'atténuation, à l'évaluation et au remboursement de tout dommage causé à ces ressources ; des déclarations d'indemnisation des peuples autochtones pour les préjudices causés à autrui sur leurs terres ; les méthodes et les lieux de règlement des différends ; des accords détaillés de partage des avantages (portant notamment sur l'investissement, le partage des revenus,

⁴¹ Voir la déclaration de James Anaya à la conférence « The role of the Ombudsman in Latin America: the right to prior consultation with indigenous peoples », Lima, 25 avril 2013. Disponible à l'adresse suivante : <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional> (en espagnol).

⁴² Voir *Poma Poma c. Pérou*.

l'emploi et l'infrastructure) ; un calendrier des prestations attendues, prévoyant notamment les possibilités de négocier le maintien des conditions et des autorisations. À titre de meilleure pratique, toute forme de consentement devrait comprendre une description détaillée du processus de notification, de consultation et de participation qui a précédé le consentement.

45. En tant que processus dynamique, l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé devrait également faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation réguliers. De tels accords devraient « prévoir des mécanismes de surveillance participative » (ibid.). La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations souligne qu'« une évaluation périodique du fonctionnement des mécanismes de consultation, avec la participation des peuples concernés, devrait être entreprise pour continuer à améliorer leur efficacité »⁴³. La mise en œuvre du principe de consentement préalable, libre et éclairé devrait également s'accompagner de la mise en place de mécanismes de règlement des différends et des griefs qui soient accessibles et conçus avec la participation effective des peuples autochtones, notamment un contrôle juridictionnel.

IV. Examen de l'application du principe du consentement libre, préalable et éclairé

46. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'OIT sont complémentaires, se renforcent mutuellement et sont l'une comme l'autre invoquées par des organes judiciaires et des organes quasi judiciaires. Comme l'a souligné la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, à la suite d'une visite effectuée au Guatemala, le respect des obligations énoncées dans la convention n° 169 de l'OIT ne se limite pas à la réglementation du droit à la consultation, mais exige l'application de l'ensemble des droits consacrés dans cet instrument⁴⁴.

47. La Déclaration, notamment les exigences en matière de consentement préalable, libre et éclairé qui y figurent, est fondée sur le droit à l'autodétermination, qui n'était pas nécessairement au cœur de la convention de l'OIT lorsqu'elle a été rédigée en 1971. Les travaux préparatoires de cette Convention semblent montrer qu'il ne s'agissait pas de faire expressément porter cet instrument sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Par conséquent, l'exigence du consentement préalable, libre et éclairé qui figure dans la Déclaration va au-delà de l'exigence de consultation prévue dans la convention de l'OIT, du moins telle qu'elle a été interprétée par certains États et d'autres parties prenantes, notamment en Amérique latine, où la convention de l'OIT est la plus largement ratifiée⁴⁵. Pourtant, bien que la convention de l'OIT ne contienne pas l'expression exacte « consentement préalable, libre et éclairé », elle comporte des éléments d'exigences en matière de consentement⁴⁶ qui n'excluraient pas une approche de fond fondée sur le consentement préalable, libre et éclairé. Soulignant que « la protection des droits de l'homme évolue »⁴⁷, le Conseil des droits de l'homme a indiqué que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques devait être interprété comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation actuelle. Une approche similaire appliquée à la convention de l'OIT pourrait élargir une interprétation que certains considèrent comme trop restrictive.

48. En ce qui concerne le consentement, la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) ne saurait être interprétée indépendamment de la Déclaration

⁴³ Observation de l'OIT 2010/81, p. 7.

⁴⁴ Voir www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20760&LangID=E.

⁴⁵ Ibid. ; voir aussi « Additional comments on Honduras, 9 June 2017 », disponible à l'adresse suivante : <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf> (en espagnol).

⁴⁶ Voir S. J. Rombouts, « The evolution of indigenous peoples' consultation rights under the ILO and UN regimes », *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, n° 2 (printemps 2017).

⁴⁷ Voir *Judge c. Canada* (CCPR/C/78/D/829/1998), par. 10.7.

et d'autres instruments internationaux. Comme le souligne l'OIT, les différences de statut juridique entre la Déclaration et la convention n° 169 de l'OIT « ne devraient jouer aucun rôle dans le travail pratique de l'OIT et d'autres agences internationales pour promouvoir les droits de l'homme des peuples autochtones [...] Les dispositions de la convention n° 169 et de la Déclaration sont compatibles et complémentaires »⁴⁸. La Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, estime aussi que la Convention de l'OIT n'est pas la seule source d'obligations juridiques en matière de consultation et de consentement préalable, libre et éclairé (voir A/HRC/33/42/Add.1, par. 98 b)). L'obligation qui incombe aux États de consulter les peuples autochtones découle également des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme d'application générale et de la jurisprudence interprétative des mécanismes de contrôle institués en vertu de ces instruments. L'interprétation de la convention de l'OIT pourrait être alignée sur le consensus naissant des organes conventionnels sur le consentement préalable, libre et éclairé, qui impose des exigences de procédure et de fond, notamment le consensus naissant en droit international selon lequel les projets de développement à grande échelle ayant des incidences sur les peuples autochtones entraînent souvent des exigences en matière de consentement préalable, libre et éclairé. Le point de vue du Rapporteur spécial trouve écho dans l'article 35 de la convention de l'OIT, qui dispose que « l'application des dispositions de la présente convention ne doit pas porter atteinte aux droits et aux avantages garantis aux peuples intéressés en vertu d'autres conventions et recommandations, d'instruments internationaux, de traités, ou de lois, sentences, coutumes ou accords nationaux ».

49. Dans le secteur privé, le consentement préalable, libre et éclairé est en train de devenir une norme internationale pour les entreprises opérant sur des terres autochtones. En novembre 2014, l'organisation First Peoples Worldwide a publié un rapport consacré aux risques liés aux droits des peuples autochtones⁴⁹, dans lequel elle concluait que 89 % des projets évalués présentaient un risque élevé ou moyen de se heurter à l'opposition des communautés autochtones ou de porter atteinte aux droits des peuples autochtones et que les gouvernements qui n'avaient pas tenu compte des engagements pris en vertu de la Déclaration, au motif qu'ils faisaient obstacle au développement, favorisaient en fait un environnement économique incertain qui menaçait la viabilité des investissements dans leurs pays. De nombreuses entités telles que les industries extractives connaissent les risques inhérents au fait de ne pas obtenir le consentement préalable, libre et éclairé et se sont efforcées de créer leurs propres protocoles à cet égard.

50. De nombreuses publications exposent les arguments en faveur du consentement préalable, libre et éclairé⁵⁰ et font état d'une augmentation des engagements pris par les entreprises en vertu de ce principe entre 2012 et 2015 : dans un rapport, Oxfam conclut que « les entreprises de l'industrie extractive font de plus en plus souvent le constat de la pertinence du consentement préalable, libre et éclairé dans le cadre de leurs opérations »⁵¹. Dans le guide de référence des entreprises établi par le Pacte mondial des Nations Unies, le consentement est assimilé à un « permis social d'exploitation », et il est noté que « les peuples autochtones ont le droit de donner ou de refuser leur consentement et dans certains cas peuvent révoquer le consentement donné précédemment »⁵². Ainsi, par exemple, entre 1975 et 2015, les Premières Nations ont conclu des accords officiels sur les répercussions et les avantages pour 198 projets miniers au Canada ; toutefois, ces accords ont parfois été conclus dans le cadre d'un projet non souhaité auquel les Premières Nations pensaient ne pas pouvoir s'opposer.

⁴⁸ « Normes de l'OIT et déclaration des droits des peuples autochtones de l'ONU : note d'information à l'intention du personnel de l'OIT et de ses partenaires », disponible à l'adresse suivante : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100793.pdf.

⁴⁹ Disponible à l'adresse suivante : <https://mahb.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/12/Indigenous-Rights-Risk-Report.pdf>.

⁵⁰ Par exemple, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges* (Foley-Hoag LLP, juillet 2010) (en anglais) et Conseil principal de la forêt boréale, *Le consentement libre, préalable et éclairé au Canada* (septembre 2012).

⁵¹ Voir <https://www.oxfam.org/fr/salle-de-presse/communiqués/2015-07-23/politiques-des-industries-extractives-en-matiere-de>.

⁵² Voir www.unglobalcompact.org/library/541, p. 37 et 38.

51. Au moins un tiers des cibles des objectifs de développement durable sont liées aux droits énoncés dans la Déclaration⁵³ et plusieurs d'entre elles ont été rattachées au consentement libre, préalable et éclairé⁵⁴. Dans son rapport au titre de l'examen national volontaire de 2017, la Malaisie a cité, dans le cadre de l'objectif 15 (vie terrestre), l'intention d'intégrer les communautés locales et autochtones dans la gestion des ressources naturelles et la reconnaissance du droit de ces communautés de donner ou de refuser leur consentement à des projets susceptibles d'avoir des incidences sur leurs terres. Les peuples autochtones demandent instamment que le principe du consentement préalable, libre et éclairé soit respecté dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs de développement durable afin que leurs situations particulières soient prises en considération et, partant, que personne ne soit « laissé pour compte ».

52. L'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique, qui énonce que l'accès aux connaissances traditionnelles est subordonné à l'accord et à la participation des dépositaires de ces connaissances, a été systématiquement interprété comme faisant référence au « consentement préalable éclairé » et au « consentement préalable, libre et éclairé », comme le confirment les lignes directrices facultatives Akwé : Kon. Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique dispose que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est soumis « au consentement préalable donné en connaissance de cause » ou « à l'accord et à la participation » et au partage équitable des avantages. Le Fonds vert pour le climat a développé sa propre interprétation du consentement préalable, libre et éclairé sur la base de la Déclaration. L'article 29 de la Déclaration sous-tend également la révision du Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides approuvé par l'International Indian Treaty Council, l'Instance permanente sur les questions autochtones et d'autres organes.

53. La Norme de performance 7 de la Société financière internationale concernant les peuples autochtones (2012) conditionne l'octroi d'un financement au secteur privé à la preuve du consentement dans certaines circonstances. L'obtention du consentement préalable, libre et éclairé est aussi un des neuf principes fondamentaux qui guident la collaboration du Fonds international de développement agricole avec les peuples autochtones. La nouvelle Norme sociale et environnement n° 7, adoptée par la Banque mondiale en août 2016, aborde la question des consultations en mettant davantage l'accent sur les droits de l'homme que la Politique opérationnelle 4.10 à laquelle elle succède et impose aux emprunteurs de consulter les organes et organisations de représentation des peuples autochtones. Ce faisant, elle associe aux consultations les organisations locales des peuples autochtones dont les terres et les ressources risquent d'être touchées négativement⁵⁵. Enfin, les Principes de l'équateur de 2013 – un cadre de gestion des risques adopté par 80 institutions financières – requièrent expressément que le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones soit obtenu pour les projets qui ont des effets néfastes sur ces peuples.

54. Cependant, si les institutions financières et le secteur privé reconnaissent l'importance du consentement préalable, libre et éclairé, les peuples autochtones savent d'expérience que des problèmes restent à surmonter sur le plan de l'application. Dans certains cas, l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé est considérée comme une simple question de procédure, et non comme un processus fondé sur les droits de l'homme. Elle est parfois vue comme un signe de bonne volonté à l'égard des peuples autochtones et peut avoir pour effet de servir les intérêts d'un tiers plutôt que de protéger ceux des titulaires de droits. Le débat sur le premier projet mené par le Fonds vert pour le

⁵³ Voir http://nav.indigenounavigator.com/images/Documents/Tools/Navigator_UNDRIP-SDGs.pdf (en anglais).

⁵⁴ Objectifs 3, 6, 8, 9, 11 et 15.

⁵⁵ Parmi les autres organisations internationales et régionales qui ont intégré le principe du consentement préalable, libre et éclairé dans leurs politiques et programmes relatifs aux peuples autochtones, on peut citer le Programme des Nations Unies pour le développement, le Programme alimentaire mondial, la Banque interaméricaine de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.

climat au Pérou en 2015 (PROFONANPE), par exemple, dénote un manque de compréhension des implications concrètes du consentement préalable, libre et éclairé et des difficultés liées à la participation et à la consultation pleines et effectives des peuples autochtones⁵⁶. Des questions se posent également concernant l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé tel qu'il est maintenant reconnu dans la Norme de performance n° 7 de la Banque mondiale ; cette norme ne doit en aucun cas diminuer la protection accordée aux peuples autochtones⁵⁷.

55. Certaines préoccupations ont été exprimées au sujet des nombreuses lignes directrices relatives au consentement libre, préalable et informé, notamment concernant le fait que leur formulation est souvent imprécise et introduit parfois des ambiguïtés, par exemple s'agissant du moment auquel une étude d'impact doit être réalisée ou des consultations engagées. Dans certains cas, les lignes directrices n'abordent pas la question des peuples autochtones souhaitant établir leur propre processus de consentement et contrôler certains aspects des études d'impact. En outre, il y a parfois des incertitudes concernant la marche à suivre dans les cas où le consentement ne sera pas donné dans un avenir proche.

56. Pour que les institutions financières et le secteur privé fassent mieux concorder leurs politiques avec les droits protégés par la Déclaration, il convient d'élaborer et d'adopter des mesures de protection sociale et environnementale rigoureuses, une politique relative aux peuples autochtones qui soit fondée sur les normes internationales en matière de droits de l'homme et sur la Déclaration et des mécanismes de surveillance et de contrôle de la conformité efficaces. Il est également nécessaire de veiller à ce que les peuples autochtones participent à l'ensemble du processus. Étant donné que c'est aux États qu'incombe l'obligation de faire respecter les droits de l'homme des autochtones, ceux-ci ne peuvent déléguer l'exécution de leurs obligations en matière de droits de l'homme à une entreprise privée ou une autre entité (voir A/HRC/12/34) et restent responsables en cas de lacune dans le processus.

57. Des peuples autochtones ont entrepris d'établir leurs propres protocoles concernant le consentement préalable, libre et éclairé, en particulier en Amérique du Nord et en Amérique latine, notamment au Belize, en Bolivie (État plurinational de), au Brésil, au Canada, en Colombie, aux États-Unis d'Amérique, au Guatemala, au Honduras, au Paraguay et au Suriname. Ces protocoles jouent un rôle important pour ce qui est de préparer les peuples autochtones, les États et les autres parties à participer aux consultations ou au processus de consentement préalable, libre et éclairé, dans la mesure où ils définissent comment, quand, pourquoi et avec qui tenir des consultations. L'élaboration de ces protocoles favorise l'émancipation des peuples autochtones, qui est étroitement liée aux droits de ces peuples à l'autodétermination, à la participation et au développement et à la gestion de leurs propres organes de décision (voir A/HRC/EMRIP/2010/2). Le droit des peuples d'être consultés « par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives », qui est mentionné dans plusieurs articles relatifs au consentement préalable, libre et éclairé, donne une idée de l'importance qui doit être accordée à ces protocoles. Certains ont été reconnus par l'État (par exemple, le Brésil⁵⁸), d'autres par la Banque mondiale (Belize). En janvier 2018, une Cour fédérale de l'État d'Amazonas (Brésil) a exigé que le consentement préalable, libre et éclairé des Waimiri Atroari soit obtenu pour toutes les lois et tous les projets de développement ayant une incidence sur eux et toutes les opérations militaires menées sur leurs terres⁵⁹.

58. De nombreux États ont commencé à adopter des lois, des pratiques et des directives concernant la conduite de consultations et l'obtention du consentement. Aux États-Unis, plusieurs lois fédérales imposent la tenue de consultations, notamment lorsqu'il est question

⁵⁶ Voir <http://www.forestpeoples.org/fr/node/5966> (en anglais).

⁵⁷ Voir <http://indianlaw.org/mdb/world-bank-approves-indigenous-peoples-policy> (en anglais).

⁵⁸ Les autorités au niveau fédéral et au niveau de l'État utilisent le protocole de consentement et de consultation des Wajãpi dans l'affaire concernant l'extension d'une implantation non autochtone attenante aux terres du peuple autochtone Wajãpi, dans l'État d'Amapá.

⁵⁹ Voir www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-acp-waimiri-atroari-ditadura (en portugais).

des sites sacrés et du patrimoine culturel des peuples autochtones et des dépouilles d'autochtones. Dans certains cas, des organismes fédéraux ont adopté la Déclaration⁶⁰ ou ont conclu des accords avec des peuples autochtones concernant ces questions⁶¹. En Amérique latine, des États ont adopté ou envisagent d'adopter des lois sur la consultation des peuples autochtones. Le Costa Rica a récemment mis en place un mécanisme de consultation générale visant à obtenir le consentement préalable, libre et éclairé⁶² et, pour autant que les mesures nécessaires à sa mise en œuvre soient adoptées, ce mécanisme pourrait servir d'exemple de bonne pratique pour les autres États. Des lois, des pratiques et des directives ont également été adoptées par l'Argentine, le Canada, le Chili, l'Équateur, les États-Unis, la Finlande, le Guatemala, le Mexique, le Pérou, les Philippines et le Venezuela (République bolivarienne du), entre autres. Certains États, comme le Chili, le Honduras, le Paraguay, la République démocratique du Congo et le Suriname, ont entrepris d'établir des protocoles relatifs au consentement préalable, libre et éclairé. L'élaboration de certains de ces textes ne s'est pas faite sans critiques (voir E/CN.4/2004/80/Add.2, A/HRC/27/52/Add.3 et A/HRC/33/42/Add.2). Dans une note consultative de 2018, le Mécanisme d'experts a mis en relief certaines prescriptions qui devraient figurer dans de tels instruments législatifs pour garantir le respect du consentement préalable, libre et éclairé, citant notamment l'allocation de ressources suffisantes, l'égalité et un mécanisme de surveillance des accords⁶³. Pendant sa mission de coopération technique à Mexico, le Mécanisme d'experts a salué l'intégration du principe du consentement préalable, libre et éclairé dans la Constitution de la ville, adoptée en janvier 2017.

59. En Colombie, aucune loi ne régit le consentement préalable, libre et éclairé. Cependant, entre 1991 et 2012, quelque 156 consultations ont été organisées⁶⁴ conformément aux obligations énoncées par la Cour constitutionnelle (voir par. 37) ; les peuples autochtones se sont opposés à 3 projets sur 10⁶⁵, et 95 % des projets et activités de développement ont eu une issue favorable⁶⁶. Des consultations tenues récemment en Colombie, qui ont abouti à l'adoption d'un décret sur la protection des peuples isolés, semblent avoir été une bonne pratique, en cela que des discussions ont été tenues avec des organisations autochtones et des communautés proches de groupes isolés⁶⁷. L'Afrique du Sud n'est dotée d'aucun mécanisme à cet effet, mais des procédures de consultation et de consentement ont été menées avec succès dans le cadre du Protocole de Nagoya. En Fédération de Russie, au niveau infranational, les peuples autochtones sont autorisés à entreprendre des « études d'impact ethnologique », à participer à la réalisation de telles études préalablement à la prise de décisions sur des projets économiques et d'autres activités prévues et à consulter les résultats obtenus et les recommandations formulées ; cependant, seules les entreprises internationales respectent cette procédure en raison du manque de réglementation et de dispositions légales précisant clairement qui peut représenter les peuples autochtones pendant les négociations⁶⁸.

60. Certaines des lois et pratiques relatives au consentement préalable, libre et éclairé qui émergent aux quatre coins du globe soulèvent toutefois des préoccupations. Ainsi, certains s'inquiètent de ce que, de façon assez paradoxale et problématique, des lois relatives à la consultation ont été élaborées sans consultation avec les peuples autochtones. Des préoccupations ont également été exprimées concernant les éléments suivants : l'approche restrictive axée uniquement sur les obligations qui découlent de la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) et non sur la Déclaration ou les

⁶⁰ Voir www.achp.gov/UNdeclaration.html (en anglais).

⁶¹ Voir Robert J. Miller, « Consultation or consent: the United States duty to confer with American Indian governments », *North Dakota Law Review*, vol. 91 (2015) (en anglais).

⁶² Voir www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1NRTC&nValor1=1&nValor2=77482&nValor3=97132&strTipM=TC (en espagnol).

⁶³ Disponible à l'adresse suivante : www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Session11.aspx (en anglais).

⁶⁴ Voir la communication de Garavito et Díaz (en anglais).

⁶⁵ Voir la communication de Gerber (en anglais).

⁶⁶ Voir la communication de l'institution nationale des droits de l'homme colombienne (en espagnol).

⁶⁷ Voir <http://opiac.org.co/los-pueblos-indigenas-de-la-amazonia-colombiana-celebramos-la-firma-del-decreto-de-proteccion-para-pueblos-indigenas-aislados/> (en espagnol).

⁶⁸ Voir la communication de Novikova (en russe).

obligations régionales ou internationales en matière de droits de l'homme ; l'accent mis sur les étapes de la procédure de consultation, sans garantie de la participation effective des peuples autochtones touchés et de la protection réelle de leurs droits ; le fait que les problèmes structurels qui portent atteinte aux droits des peuples autochtones ne sont pas abordés. Souvent, le droit à la consultation ne fait pas l'objet d'une loi visant à garantir sa mise en œuvre et les critères constitutifs du consentement ne sont pas énoncés clairement.

61. Les peuples autochtones expriment également des préoccupations concernant les questions de « l'essoufflement des consultations », du consentement « fabriqué », des limites imposées à la consultation, de l'absence d'une conception commune des normes internationales relatives au consentement préalable, libre et éclairé, de l'augmentation des violations commises par les industries extractives et du manque de changement structurel visant à garantir le respect du consentement préalable, libre et éclairé au niveau institutionnel. En plus de causer des préjudices aux peuples autochtones, dont les droits sont souvent négligés dans les plans de développement, ces problèmes donnent naissance à des grèves, des manifestations, des contentieux et d'autres difficultés ayant des répercussions financières et politiques négatives sur les États comme sur les entreprises⁶⁹. Pour toutes ces raisons, il devient urgent de mettre en place des mécanismes efficaces aux fins d'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé. L'absence de mécanismes de réglementation qui soient fondés sur les droits et définissent les modalités de conduite des consultations favorise le développement de conceptions contradictoires concernant la détermination des mesures et des projets pour lesquels des consultations doivent être organisées et de ceux pour lesquels le consentement doit être obtenu au préalable.

62. Les institutions nationales des droits de l'homme jouent un rôle important dans l'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Du fait qu'elles agissent indépendamment des gouvernements et que certaines d'entre elles ont une connaissance approfondie des questions touchant aux peuples autochtones, elles peuvent assurer et assurent de nombreux rôles dans le domaine du consentement. Par exemple, l'institution nationale des droits de l'homme argentine est intervenue dans un projet de ArSat Co. Telecommunications en tant que coordonnatrice générale de l'ensemble du processus, de facilitatrice et de contrôleuse du respect du cadre juridique, entre autres. Elle a notamment participé à des consultations ouvertes qui ont permis de mettre fin à trois années d'impasse. En République bolivarienne du Venezuela, l'institution nationale des droits de l'homme encourage la tenue de consultations préalables, veille à ce que le droit à la consultation soit intégré dans la législation et mène des activités de promotion du droit à la consultation préalable.

⁶⁹ En Amérique du Nord, l'échec de consultations sur des projets de développement touchant aux terres et aux ressources traditionnelles des peuples autochtones peut entraîner des procès, des manifestations et des retards onéreux pendant plusieurs années, même si les projets sont finalement approuvés. Voir par exemple *Standing Rock Sioux Tribe v. United States Army Corps of Engineers*, 255 F.Supp.3d 101 (D.D.C. 2017), et *Ktunaxa Nation v. British Columbia*, 2 S.C.R. 386 (2017). Dans le secteur des industries extractives, certaines sources indiquent que les arrêts de travail peuvent coûter jusqu'à un million de dollars par jour.

Annexe

Avis n° 11 du Mécanisme d'experts concernant les peuples autochtones et le consentement préalable, libre et éclairé

1. L'Organisation des Nations Unies constitue une enceinte importante pour la promotion du consentement préalable, libre et éclairé dans les négociations avec les États. Étant donné qu'ils traitent de questions touchant aux peuples autochtones, les organismes des Nations Unies, notamment le Programme des Nations Unies pour le développement, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, la Banque mondiale, l'Organisation mondiale de la Santé et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), savent que les droits de l'homme énoncés dans la Déclaration s'appliquent largement dans tous leurs domaines de compétence. En particulier, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques de l'OMPI négocie actuellement plusieurs instruments multilatéraux relatifs aux savoirs traditionnels, aux ressources génétiques, aux expressions culturelles traditionnelles et aux autres formes de propriété intellectuelle et culturelle. Dans le cadre de la négociation et de l'élaboration de ces instruments, l'OMPI et les États Membres devraient se référer à la Déclaration, en particulier à la norme relative au consentement préalable, libre et éclairé en ce qui concerne la possession, l'utilisation et la protection des biens de propriété intellectuelle et des autres ressources des peuples autochtones.

2. Les États devraient aborder la question du consentement préalable, libre et éclairé selon une approche fondée sur les droits de l'homme, notamment en s'attachant à promouvoir le renforcement des capacités des autorités publiques et des fonctionnaires, y compris des juges et des parlementaires. Comme les autorités locales et infranationales sont souvent plus proches des peuples autochtones et plus sensibles à leurs problèmes, les fonctionnaires locaux et les employés des entreprises locales devraient recevoir de meilleures instructions concernant le consentement préalable, libre et éclairé.

3. Les États devraient établir un ou plusieurs mécanismes nationaux de réglementation approprié, de préférence au niveau constitutionnel ou législatif, afin de réglementer les consultations dans les cas où l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé est requis ou est l'objectif même de la consultation. Ce mécanisme devrait se référer à la Déclaration. La création d'un tel mécanisme nécessite elle-même la tenue de consultations avec les populations autochtones, dans un esprit de confiance et de bonne foi, et devrait s'accompagner de l'instauration d'institutions de mise en œuvre adéquates, dotées de personnel bien formé et bénéficiant d'un financement suffisant. Les mécanismes de réglementation pourraient aussi avoir une fonction de contrôle.

4. Les États devraient traiter directement avec les peuples autochtones. Lorsque ces peuples demandent eux-mêmes à négocier directement avec des entreprises privées, ces dernières doivent agir avec la diligence voulue pour garantir le caractère approprié des procédures de consultation. Les États restent responsables de toute insuffisance et ils devraient veiller à ce que les mesures nécessaires soient en place pour contrôler et évaluer les procédures suivies par les entreprises ; il peut s'agir de lois ou de directives imposant l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé et sanctionnant les entreprises qui ne se conforment pas à cette exigence.

5. Les États devraient fixer des conditions préalables à l'obtention effective du consentement préalable, libre et éclairé, comme le renforcement de la confiance, la démonstration de bonne foi, l'application de méthodes de négociation culturellement adaptées et la reconnaissance et le respect des droits naturels des peuples autochtones. Le processus devrait être formel et devrait se dérouler dans un esprit de respect mutuel.

6. Les États devraient veiller à ce que l'objectif des consultations soit toujours l'obtention du consentement, en gardant à l'esprit que, dans certains cas, celui-ci sera indispensable. Les consultations devraient commencer dès la phase de planification (c'est-à-dire avant que l'État ou l'entreprise ne s'engage à mener un projet particulier ou à

adopter une mesure particulière, par exemple à délivrer une autorisation pour un projet) afin que les peuples autochtones puissent influencer sur les décisions finales. Les mesures sur lesquelles portent les consultations devraient être clairement définies. Les consultations devraient être organisées tout au long du projet, ce qui suppose que les parties entretiennent une communication permanente¹, et ne devraient pas être confondues avec des audiences publiques sur des questions environnementales et réglementaires.

7. Les États devraient veiller à ce que toutes les informations pertinentes, notamment les informations sur les effets potentiels du projet ou de la mesure, soient communiquées aux peuples autochtones, d'une manière et sous une forme qui soit compréhensible par eux, culturellement adaptée et conforme à leurs traditions, et à ce que ces informations soient indépendantes. Si nécessaire, ces informations devraient également être présentées oralement et dans les langues autochtones.

8. Les États devraient veiller à ce que les organes publics aient la capacité institutionnelle et la volonté politique de comprendre le sens du consentement préalable, libre et éclairé et la procédure à suivre pour le solliciter et l'obtenir, et notamment à ce qu'ils respectent les protocoles autochtones existants.

9. Les États devraient faire en sorte que les peuples autochtones aient les ressources et les capacités nécessaires pour participer effectivement aux processus de consultation, en appuyant le développement de leurs propres institutions, sans pour autant compromettre l'indépendance de ces dernières. Les États et le secteur privé devraient promouvoir et respecter les protocoles des peuples autochtones, qui jouent un rôle essentiel pour ce qui est de préparer l'État, les tiers et les peuples autochtones à participer aux consultations et à coopérer et de garantir la bonne conduite des consultations.

10. Les États devraient assurer l'égalité tout au long du processus et faire en sorte que le problème du déséquilibre des forces entre l'État et les peuples autochtones soit pris en considération et atténué. Pour ce faire, ils pourraient par exemple employer des facilitateurs indépendants pour les consultations et mettre en place des mécanismes de financement qui permettent aux peuples autochtones de recevoir une assistance et des conseils techniques indépendants.

11. Les États devraient s'entretenir largement avec tous les peuples autochtones susceptibles d'être touchés, par l'intermédiaire des organes de décision représentatifs de ces peuples, dans lesquels ceux-ci sont encouragés à inclure des femmes, des enfants, des jeunes et des personnes handicapées. Dans ce contexte, les États devraient garder à l'esprit que les structures de gouvernance de certaines communautés autochtones peuvent être majoritairement masculines. Pendant chaque consultation, des efforts devraient être déployés pour comprendre les conséquences particulières pour les femmes, les enfants, les jeunes et les personnes handicapées des communautés autochtones.

12. Les États devraient veiller à ce que le processus de consentement préalable, libre et éclairé favorise la recherche de consensus au sein des communautés autochtones, et les pratiques susceptibles de causer des dissensions devraient être évitées, en particulier lorsque des peuples autochtones sont dans des situations de vulnérabilité, notamment de contrainte économique. À cet égard, une attention particulière devrait être portée aux peuples autochtones qui représentent des groupes distincts de la population, notamment les communautés dispersées et les peuples qui ne sont plus en possession de leurs terres ou qui se sont déplacés vers des zones urbaines.

13. Les États devraient faire en sorte qu'aucune activité ayant des incidences sur les droits des peuples autochtones ne soit envisagée si ces peuples sont en situation d'isolement volontaire. Lorsque des interventions sont nécessaires pour assurer le bien-être de ces peuples ou sont inévitables, les garanties des Nations Unies et les garanties régionales appropriées devraient être respectées.

14. Les peuples autochtones sont encouragés à établir des mécanismes de représentation solides ainsi que des lois, des coutumes et des protocoles relatifs au consentement préalable, libre et éclairé. Au début du processus de consultation, ils devraient s'accorder sur les

¹ Affaire *Saramaka*, par. 133.

modalités selon lesquelles ils prendront une décision collective et l'indiquer clairement, en précisant le seuil à atteindre pour qu'il y ait consentement (voir A/HRC/21/55).

15. Les États devraient faire en sorte que tous les peuples autochtones aient la possibilité de participer aux études d'impact (environnemental, culturel, social et en matière de droits de l'homme), lesquelles devraient être réalisées avant la formulation de la proposition. Ces études devraient être objectives et impartiales.

16. Les États devraient interdire les mesures et les projets susceptibles de causer des préjudices importants aux peuples autochtones, y compris des préjudices cumulés résultant de formes d'utilisation de la terre concurrentes.

17. Les États devraient conduire des consultations avec les peuples autochtones et coopérer avec eux pour élaborer des procédures de réglementation, de vérification et de suivi du processus de consultation, l'objectif étant de garantir que l'État consulte les peuples autochtones et coopère avec eux pour obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé et, si le consentement est requis, qu'il soit effectivement obtenu.

18. Les États devraient veiller à ce que les traités et les autres accords et arrangements constructifs qui reconnaissent la compétence ou le pouvoir de décision des peuples autochtones soient respectés et appliqués.

19. Les États qui ont ratifié la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) devraient interpréter et appliquer ses dispositions sur la consultation et le consentement préalable, libre et éclairé conformément aux autres normes pertinentes, notamment la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la jurisprudence naissante, y compris les décisions des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme.

20. Les États devraient veiller à ce que, le cas échéant, les peuples autochtones reçoivent une réparation, laquelle peut prendre la forme d'une restitution, et à ce qu'ils puissent décider eux-mêmes de la forme de réparation la plus à même de les rétablir dans leurs droits et de protéger ceux-ci. Cette réparation pourrait être assurée au moyen de mécanismes de réparation culturellement adaptés, en tenant compte du droit coutumier. Les États ne devraient pas limiter la réparation à une indemnisation en espèces ou exclure arbitrairement la possibilité de restitution ou de remise en état des terres. L'indemnisation devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et de territoires².

21. Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones qui ont involontairement perdu la possession de leurs terres ou dont les terres ont été confisquées, saisies, occupées ou endommagées sans leur consentement préalable, libre et éclairé aient droit à la restitution de leurs terres ou à une autre réparation appropriée (Déclaration, art. 28). S'il a été convenu d'octroyer des avantages financiers directs sous la forme d'une indemnisation pour tout effet néfaste engendré par le projet, ces avantages devraient être accordés aux peuples autochtones qu'ils possèdent les terres et les ressources ou non. La législation pourrait devoir être modifiée à cette fin.

22. Les États devraient veiller à ce que tous les accords relatifs au consentement soient établis par écrit et comprennent, entre autres : des dispositions sur l'atténuation des effets, l'indemnisation et la répartition équitable des avantages découlant du projet ; des arrangements de gestion conjointe ; des procédures d'examen des plaintes ; un mécanisme de règlement des contentieux assurant l'égalité des moyens des deux parties. L'accès des peuples autochtones à la justice pour faire valoir leurs griefs devrait être garanti.

23. Les États devraient faciliter et appuyer l'élaboration, en collaboration et en coopération avec les peuples autochtones, des plans de développement à long terme, y compris des plans d'action nationaux, comme ils se sont engagés à le faire dans la Déclaration adoptée à la Conférence mondiale sur les peuples autochtones³.

² Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23.

³ Voir la résolution 69/2 de l'Assemblée générale.