Avis nº11 du Mécanisme d’experts, relatif aux droits des peuples autochtones et au consentement préalable, libre et éclairé

* Les Nations Unies jouent un rôle important pour faciliter le respect du principe de consentement préalable, libre et éclairé dans les négociations avec les États. Dans la mesure où des organisations telles que l’OMPI, l’UNESCO, le PNUD, l’OMS et d’autres traitent des enjeux liés aux peuples autochtones, elles sont informées que les droits fondamentaux exprimés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (UNDRIP) sont largement applicables dans leurs activités. Par exemple, le Comité intergouvernemental de l’OMPI négocie actuellement la mise en place de plusieurs instruments multilatéraux sur les savoirs traditionnels, les ressources génétiques, les expressions culturelles traditionnelles et d’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 faire référence à l’UNDRIP, et en particulier au principe de consentement préalable, libre et éclairé, en ce qui concerne la possession, l’utilisation et la protection de la propriété intellectuelle et des autres ressources des peuples autochtones.
* Les États devraient respecter l’approche fondée sur les droits de l’homme se rapportant au consentement préalable, libre et éclairé, en encourageant notamment le renforcement des capacités auprès des autorités et des fonctionnaires de l’État, y compris les juges et les législateurs.
* Les États devraient mettre en place un ou plusieurs mécanismes réglementaires appropriés au niveau national, de préférence au niveau constitutionnel/législatif, faisant notamment référence à l’UNDRIP, aux côtés des peuples autochtones, afin de tenir des consultations dans les situations où le consentement préalable, libre et éclairé est nécessaire ou lorsqu’il constitue l’objectif même de la consultation[[1]](#footnote-1). La mise en place d’un tel mécanisme requiert elle-même un processus de consultation dans un climat de confiance et de bonne foi, et devrait aller de pair avec la mise en place d’institutions de mise en œuvre adéquates, employant des fonctionnaires bien formés et garantissant un financement adéquat. Un tel mécanisme pourrait également faire office de mécanisme de contrôle[[2]](#footnote-2).
* Les États devraient s’engager directement auprès des peuples autochtones. Dans les cas où il peut s’avérer plus efficace d’entamer des négociations directes entre les peuples autochtones et les entreprises privées concernées, ces entreprises doivent elles-mêmes faire preuve de la diligence voulue pour s’assurer de l’adéquation des procédures de consultation. Les États demeurent responsables de toute inadéquation éventuelle de ces procédures et devraient veiller à ce que des mesures soient mises en place pour superviser et évaluer les procédures adoptées par les entreprises.
* Les États devraient créer les conditions requises pour garantir le respect du principe de consentement préalable, libre et éclairé, en veillant notamment à l’instauration d’un climat de confiance et de bonne foi, ainsi qu’au recours à des méthodes de négociation appropriées sur le plan culturel. Le processus doit se dérouler de manière officielle et dans un contexte de respect mutuel.
* Les États devraient veiller à ce que le consentement soit toujours l’objectif des consultations et encourager le lancement de ces consultations dès la phase de planification (c’est-à-dire avant que l’État/l’entreprise concernée s’engage à entamer un projet donné ou adopte une mesure particulière telle que l’octroi d’une licence pour un projet) afin que les peuples autochtones puissent avoir une influence sur les décisions finales[[3]](#footnote-3). Les activités soumises à consultation doivent être clairement définies afin d’éviter, entre autres, que l’État ne paralyse le processus. Les consultations doivent se dérouler pendant toute la durée de la mise au point du projet, ce qui implique une « communication constante entre les parties »[[4]](#footnote-4) et ne doivent pas être confondues avec des audiences publiques portant sur des thèmes environnementaux et législatifs[[5]](#footnote-5).
* Les États devraient veiller à ce que la totalité des informations, y compris celles ayant trait à l’impact potentiel du projet ou de l’activité en question, soient fournies aux peuples autochtones et présentées de manière à pouvoir être comprise par eux, adaptées sur le plan culturel et conformes à leurs traditions inhérentes, et que ces informations soient indépendantes. Si nécessaire, elles devraient également être présentées oralement et dans les langues autochtones[[6]](#footnote-6).
* Les États devraient s’assurer de disposer d’une capacité institutionnelle et d’une volonté politique suffisantes pour comprendre le sens et le procédé de recherche et d’obtention du consentement préalable, libre et éclairé, en respectant notamment les protocoles autochtones existants[[7]](#footnote-7).
* Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones disposent des ressources et des capacités nécessaires pour participer efficacement aux processus, en appuyant le développement de leurs propres institutions, sans toutefois compromettre l’indépendance de celles-ci (art. 4 et 5, UNDRIP). Les États et le secteur privé devraient promouvoir et respecter les protocoles propres aux peuples autochtones, car ils jouent un rôle essentiel dans la préparation de ces derniers pour participer aux consultations avec l’État, et sont un facteur déterminant pour le bon déroulement de ces consultations.
* Les États devraient garantir le respect du principe d’égalité tout au long du processus et veiller à ce que le problème du déséquilibre de pouvoir entre l’État et les peuples autochtones soit traité et atténué, en recourant par exemple à des médiateurs indépendants pour les consultations, et en établissant des mécanismes de financement qui permettent aux peuples autochtones de bénéficier d’un soutien et de conseils techniques indépendants[[8]](#footnote-8).
* Les États devraient dialoguer activement avec tous les peuples autochtones susceptibles d’être touchés par le projet, en les consultant par l’intermédiaire de leurs propres institutions représentatives de prise de décision, dans lesquelles ils sont encouragés à inclure les femmes, les enfants[[9]](#footnote-9), les jeunes et les personnes handicapées, tout en gardant à l’esprit que les structures de gouvernance de certaines communautés autochtones peuvent être à dominance masculine. Au cours de chaque consultation, des efforts devraient être faits pour comprendre les répercussions spécifiques du projet sur les femmes, les enfants, les jeunes et les personnes handicapées[[10]](#footnote-10).
* Les États devraient veiller à ce que le processus de consentement préalable, libre et éclairé favorise l’établissement d’un consensus au sein de la communauté de peuples autochtones, et éviter les pratiques qui risqueraient de provoquer des divisions dans cette communauté (notamment lorsque des peuples autochtones vulnérables sont en proie à des difficultés économiques). À cet égard, une attention particulière devrait être accordée aux peuples autochtones qui appartiennent à des segments à part au sein de la communauté, tels que les groupes dispersés, les peuples autochtones qui ne possèdent plus de terres et/ou qui se sont déplacés vers les zones urbaines[[11]](#footnote-11) et les groupes qui vivent volontairement dans l’isolement[[12]](#footnote-12).
* Les peuples autochtones sont encouragés à mettre en place des mécanismes de représentation solides, ainsi que des lois, des coutumes et des protocoles en faveur du consentement préalable, libre et éclairé. Au début du processus de consultation, les peuples autochtones devraient indiquer clairement, après s’être mis d’accord, comment ils prendront une décision collective au sujet de l’activité prévue, y compris le seuil qui doit être atteint pour qu’il y ait consentement[[13]](#footnote-13).
* Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones aient la possibilité de participer au processus d’évaluation des impacts (environnementaux, culturels, sociaux et sur le plan des droits de l’homme) de l’activité prévue, qui devrait être lancé avant que la proposition ne soit formulée[[14]](#footnote-14). Ces études d’impact doivent être objectives et impartiales. En procédant à de telles évaluations, les États devraient s’employer à comprendre pleinement l’environnement social, économique et politique des peuples autochtones et évaluer les avantages et les inconvénients qui s’y rapportent[[15]](#footnote-15).
* Les États devraient imposer des limites aux activités et aux projets qui sont susceptibles de causer un « préjudice important » aux peuples autochtones, y compris des préjudices cumulatifs causés par des formes d’utilisation des terres concurrentes, au-delà desquelles aucun projet de développement ne peut être entrepris[[16]](#footnote-16).
* Les États devraient mettre en place les procédures nécessaires pour réglementer, vérifier et contrôler le processus de consultation, en s’assurant que le consentement préalable, libre et éclairé a été sollicité et qu’il a bien été obtenu dans les cas où il était requis.
* Les États devraient s’assurer que, le cas échéant, les peuples autochtones bénéficient d’une réparation (article 11, UNDRIP) « pouvant inclure la restitution », et que les peuples autochtones puissent décider eux-mêmes de la forme de réparation la plus appropriée pour restaurer et défendre leurs droits. Les États ne devraient pas limiter la réparation à une indemnisation pécuniaire ni exclure arbitrairement la possibilité de restitution ou de restauration des terres[[17]](#footnote-17). « Cette indemnisation devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et de territoires »[[18]](#footnote-18).
* Les États devraient s’assurer que les peuples autochtones qui ont involontairement perdu la possession de leurs terres, ou dont les terres, ressources ou territoires ont été « confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » ont effectivement droit à la restitution de ces terres ou à d’autres mesures de réparation appropriées (article 28, UNDRIP). Si des avantages financiers directs sont convenus sous forme d’une indemnisation, celle-ci doit revenir aux peuples autochtones, qu’ils détiennent ou non la possession des terres ou des ressources en question, pour tout impact négatif potentiel du projet[[19]](#footnote-19). Ce point peut exiger certaines modifications de la législation.
* Les États devraient veiller à ce que tout accord de consentement se produise par écrit et comprenne, entre autres, des dispositions relatives à l’atténuation des impacts, à l’indemnisation et à la répartition équitable des avantages découlant du projet en question, ainsi que des modalités de gestion conjointe, des procédures de règlement des griefs et un mécanisme de règlement des différends sur un pied d’égalité pour les deux parties[[20]](#footnote-20).L’accès des peuples autochtones à la justice pour faire valoir leurs revendications devrait être garanti.
* Les États devraient faciliter et soutenir les processus d’élaboration de plans de développement à long terme en collaboration et en coopération avec les peuples autochtones, y compris de plans d’action nationaux, pour honorer les engagements qu’ils ont contractés à travers la Déclaration de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones[[21]](#footnote-21).

1. Amnesty International ; A/HRC/21/55 ; organes de surveillance de l’OIT - CEACR, Observations générales sur la convention nº169, 2009 et 2011 ; RCA [↑](#footnote-ref-1)
2. James Anaya, « State Sovereignty » [↑](#footnote-ref-2)
3. A/HRC/21/55, Gerber à propos de l’affaire Sarayaku [↑](#footnote-ref-3)
4. Affaire Saramaka [↑](#footnote-ref-4)
5. Gerber [↑](#footnote-ref-5)
6. A/HRC/21/55, affaire Sarayaku [↑](#footnote-ref-6)
7. AFN [↑](#footnote-ref-7)
8. James Anaya, « State Sovereignty » [↑](#footnote-ref-8)
9. CRC, commentaire général sur les enfants autochtones. [↑](#footnote-ref-9)
10. A/HRC/18/42, Gunn, Métis, Uni Manitoba, Amnesty International, exposé du Guatemala [↑](#footnote-ref-10)
11. Chili [↑](#footnote-ref-11)
12. Par exemple, la Constitution de l’Équateur prévoit spécifiquement la protection de ce dernier groupe mais n’a pas encore promulgué de loi pour la mettre en œuvre. - NHRI Ecuador [↑](#footnote-ref-12)
13. A/HRC/21/55, Australie [↑](#footnote-ref-13)
14. Gerber, Saramaka, art. 7.3 ILO 169 [↑](#footnote-ref-14)
15. Décision de la cour constitutionnelle colombienne relative aux Uwa, Christian Courtis, James Anaya, « State Sovereignty » et A/HRC/21/55 [↑](#footnote-ref-15)
16. Voir la note consultative du MEDPA, mission d’engagement dans les pays, Finlande, 28 mars 2018. [↑](#footnote-ref-16)
17. Amnesty International [↑](#footnote-ref-17)
18. CERD, Recommandation générale [↑](#footnote-ref-18)
19. James Anaya, « State Sovereignty » [↑](#footnote-ref-19)
20. James Anaya, « State Sovereignty », Honduras [↑](#footnote-ref-20)
21. Résolution 69/2 de l’Assemblée générale, annexe, à la suite de la Conférence mondiale sur les droits des peuples autochtones en 2014. Amnesty International [↑](#footnote-ref-21)