

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA PARTICIPATION PUBLIQUE DES COMMUNAUTÉS LOCALES : UNE RÈGLE
ÉMERGEANTE DE DROIT INTERNATIONAL VECTEUR DE LÉGITIMITÉ DANS LES
DÉCISIONS RELATIVES À L'EXPLOITATION DES RESSOURCES NATURELLES

MÉMOIRE PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
GENEVIÈVE KING-RUEL

OCTOBRE 2011

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

La fin de ce processus ardu de rédaction dans un domaine qui n'était pas *a priori* mon champ d'expertise m'amène à repenser à tous ceux qui m'ont encouragée à apposer ce point final. Je remercie ceux qui m'ont initiée à cette nouvelle discipline qu'est le droit international, particulièrement M. Bruce Broomhall, qui m'a ouvert sur le monde de la recherche universitaire, en plus de m'initier à un sujet d'étude fascinant, l'exploitation des ressources naturelles et le droit international. Je le remercie de la confiance qu'il a mise en moi pendant les nombreux mois passés à l'emploi du CÉDIM, dont il était le directeur.

Merci aussi à la patience, qui a revêtu cent visages pendant les dernières années.

Celui de Charles,
Celui de ma famille,
Celui de mes amis,
Celui de mon directeur.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	9
1 Introduction : la question complexe du public visé par la participation	9
2 Une arène internationale transformée? Émergence de la communauté locale en droit international	12
3 D'un État-acteur à un État-spectateur ?	16
3.1 <i>Transformations de l'État et de ses prérogatives</i>	17
3.2 <i>Crise de la légitimité de l'État</i>	19
3.3 <i>Selective absence of the State: déresponsabilisation de l'État</i>	20
4 Les acteurs traditionnels de la participation : état des lieux	22
4.1 <i>Les ONG : acteurs privilégiés de la participation</i>	22
4.1.1 Critiques relatives à la centralité des ONG dans la participation	23
4.1.2 Les ONG et les communautés locales : acteurs complémentaires, mais pas unitaires	25
4.2 <i>Les peuples autochtones : destinataires classiques du principe de libre consentement préalable et éclairé</i>	26
4.2.1 Analogie entre les peuples autochtones et communautés locales non autochtones	27
5 Les communautés locales : acteurs de la participation	30
5.1 <i>Communautés politiques, humaines, ou imaginées?</i>	31
5.2 <i>Imperfections de l'acteur communautés locales</i>	32
5.3 <i>Portée identitaire des ressources naturelles aux niveaux local et national</i>	33

6 Synthèse	34
CHAPITRE 2	36
1 Introduction : La recherche d'une norme?	36
2 Définition de la participation publique	41
2.1 <i>La participation publique : les trois piliers</i>	42
2.2 <i>La participation publique : le consentement libre, préalable et éclairé</i>	43
2.3 <i>Entre consultation, consentement et participation</i>	45
2.4 <i>L'accès à l'information : composante essentielle de la participation</i>	47
3 Participation publique en droit international	48
3.1 <i>Le droit international des droits de l'homme et la notion de participation publique</i>	48
3.2 <i>Droit de l'environnement et participation publique</i>	51
3.2.1 <i>Les Études d'Impact Environnemental</i>	58
3.2.2 <i>D'impacts environnementaux à impacts sociaux</i>	59
3.2.3 <i>Le principe de précaution et la prévention des dommages environnementaux</i>	60
3.3 <i>Droits des peuples autochtones et participation publique</i>	63
3.4 <i>Intégration de la participation publique dans le soft law et les instruments régionaux</i>	70
3.4.1 <i>Les institutions financières internationales, entre consultation ou consentement : l'exemple de l'Extractive Industries Review</i>	70
3.4.2 <i>Intégration de la participation publique dans le droit régional : l'exemple de la Convention Aarhus</i>	72
4 Synthèse	73
CHAPITRE 3	76
1 Introduction	76
2 La participation publique : un dialogue vecteur de légitimité	79
2.1 <i>Décisions éclairées ou décisions légitimes ?</i>	79
2.2 <i>La participation publique : un processus dialogique ?</i>	82

3 Un cadre habermassien d'analyse de la participation publique en droit international	85
3.1 <i>Communication, modèle procéduraliste et validité des normes</i>	85
3.2 <i>Monde vécu versus système</i>	89
3.3 <i>Complémentarité avec l'État</i>	91
4 Déficiences du cadre habermassien : la question de la conversation idéale	93
5 Synthèse	97
CONCLUSION	98
BIBLIOGRAPHIE	106

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

BM	Banque mondiale
CDB	Convention sur la diversité biologique
CDI	Commission du droit international
CEE-ONU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
CLPI	Consentement libre préalable et informé
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EIE	Étude d'Impact Environnemental
EIR	Extractive Industries Review
ICMM	International Council on Mining and Metals
OIT	Organisation internationale du travail
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PADC	Prospectors and Developers Association of Canada
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
UE	Union Européenne

RÉSUMÉ

L'exploitation des ressources naturelles connaît un important regain d'intérêt depuis plusieurs années. Les impacts sociaux et environnementaux engendrés par les activités privées des entreprises transnationales sur les communautés locales sont à l'origine de contestations sociales et de tensions entre les communautés, les compagnies extractives et l'État. Souvent entendu comme la participation des ONG ou des populations autochtones – dont le droit au consentement libre, préalable et éclairé jouit d'une large reconnaissance en droit international – le principe de participation publique semble désormais vouloir s'appliquer en dehors du contexte du droit des peuples autochtones pour s'appliquer également aux communautés locales. L'objectif de cette recherche est de recomposer le développement du principe de participation publique des communautés locales non autochtones en droit international. Il s'agira d'évaluer comment les communautés locales non autochtones s'imposent comme un acteur incontournable du développement relatif aux ressources naturelles, puis de reconstituer l'espace normatif qui s'ouvre progressivement à ce nouvel acteur, et finalement analyser, à partir d'un cadre théorique habermassien, l'objectif de la participation publique des communautés locales non autochtones.

Mots-clés : Participation publique; droit international; ressources naturelles; industries extractives; consentement libre préalable et éclairé; communautés locales; droits des peuples autochtones; environnement; droits humains; légitimité; Habermas; *due diligence*.

INTRODUCTION

"La liberté n'est pas la possibilité de réaliser tous ses caprices; elle est la possibilité de participer à la définition des contraintes qui s'imposeront à tous"
– Albert Jacquard

Depuis un peu plus d'une décennie, nous avons vu émerger des revendications liées à la prise en compte des impacts sociaux et environnementaux engendrés par les activités d'exploitation des ressources naturelles et ce, de manière plus prononcée dans les pays du Sud. La panoplie de conflits, armés ou sociaux, ayant émergés depuis plusieurs années dans le secteur des ressources naturelles a mené les États et les organisations internationales à se pencher sur les questions de responsabilité des États et des entreprises transnationales à l'égard des populations affectées par les projets d'exploitation de ces ressources.

Entre autres choses, les codes volontaires de conduite ont vu le jour, et insinué une volonté de mitiger les impacts de ces activités économiques. Les codes volontaires portent toutefois un caractère non obligatoire, et leur portée effective apparaît plus souvent qu'autrement discutable. La portée du discours se limite souvent aux hautes sphères économiques et politiques, et les populations affectées n'y trouvent pas toujours le levier nécessaire pour faire défendre leurs intérêts et faire valoir leurs droits.

Progressivement, elles clament leur droit d'être incluses dans le dialogue, et semblent vouloir s'imposer comme protagoniste incontournable de la prise de décision pour les activités susceptibles d'affecter profondément leur environnement et leur mode de vie. Conséquemment, les différents acteurs et protagonistes des projets de développement sont soumis à une pression accrue de prendre en compte des intérêts de la population.

Pourtant, le droit international demeure généralement vague autour de la question de la participation du public. La participation et le rôle des communautés locales dans les processus de décision font l'objet de mentions éparses dans le corpus de normes internationales; or, l'existence formelle et avérée d'un tel droit baigne dans l'incertitude juridique et politique. Cette incertitude est notamment illustrée par l'absence de consensus au niveau international sur l'existence d'une norme attestant le droit à la participation publique, et si norme il y a, sur le contenu éventuel d'une telle norme. La possibilité pour les communautés locales non autochtones de participer significativement aux processus de prise de décision est une question qui demeure elle aussi dans le flou du droit, flou accentué par la forte sensibilité politique à l'égard des questions touchant de près aux ressources naturelles.

Notre question de recherche s'articule autour de ces aspects de la gestion des ressources naturelles, dans un contexte local. La question se pose de savoir si la participation publique constitue une norme émergente de droit international pour les communautés locales, et quelle fonction remplit cette norme en devenir. Une tentative d'apporter une réponse politique mais surtout juridique à cette question impose de définir le statut des communautés locales en droit international, ou plutôt, d'évaluer si elles peuvent être considérées comme acteur de leur propre développement. Nos hypothèses se déclinent sur 3 niveaux. L'hypothèse qui sera initialement développée avance que le contexte international caractérisé entre autres par l'émergence du droit international de l'environnement, le développement des droits des peuples autochtones, et la mondialisation économique ont favorisé l'émergence des communautés locales comme acteurs à part entière. S'en suit le développement d'un espace normatif, qui puise ses normes fondatrices dans le droit international, particulièrement le droit international de l'environnement, où la participation publique semble disposer,

davantage que dans d'autres sphères juridiques, de solides racines. Finalement, la dernière hypothèse pose que la fonction avancée de ce système complexe est l'obtention d'une légitimité accrue sur les décisions prises au regard des ressources naturelles

Le concept de participation publique

L'implication active et efficiente – de manière plus ou moins extensive selon les interprétations – des communautés locales dans les processus de prise de décisions relatives aux projets liés à l'exploitation des ressources naturelles constitue une idée qui s'impose progressivement dans le corpus de normes internationales. Cette approche est stimulée notamment par les discours issus du droit international de l'environnement – spécialement le discours relatif au développement durable –, les débats concernant le droit à l'autodétermination, le droit des peuples autochtones, et les nombreux appels pour la prise en compte des impacts socio-économiques et environnementaux des activités d'exploitation.

Le droit international aborde la question sous divers angles. Le droit au consentement libre, préalable et éclairé, les trois piliers de la participation publique, les Études d'Impact Environnemental et Social, sont autant d'instruments visant l'intégration de l'idée énonçant que les communautés doivent être parties prenantes dans la structure décisionnelle pour les questions qui les touchent directement.

Les discussions relatives à la participation publique mettent en lumière plusieurs débats centraux à l'étude du droit international, parmi lesquels le débat concernant la centralité – voire l'exclusivité – de l'État dans l'énonciation de ces normes ou décisions à titre de représentant des intérêts des populations; celui du rôle des acteurs non-étatiques et les espaces normatifs qui leur sont réservés en droit international; et la question fondamentale de la légitimité en droit international. Successivement, ces questions contribueront à structurer la recherche et à articuler les trois hypothèses explorées dans les trois chapitres qui composent ce mémoire.

Cadre d'analyse

L'industrie minière et extractive, et de manière plus générale les projets de développement liés à l'exploitation des ressources naturelles, se retrouve couramment sous les éclairages médiatiques, d'ONG ou de cours de justice. Associée à une panoplie de problèmes sociaux et environnementaux aux quatre coins de la planète, cette industrie est décrite par John Ruggie¹ comme étant « un cas particulier, car nul autre secteur n'a une influence aussi grande et aussi envahissante sur le plan social et environnemental² ». Les données avançant que près du deux tiers des abus imputés aux compagnies transnationales soit le fait d'entreprises issues du secteur extractif³ confirme le piètre bilan de ce secteur et l'impact colossal qu'il a sur les communautés et leur environnement.

Les projets de développement liés aux ressources naturelles ont un impact particulier sur les populations locales et leur environnement immédiat; impacts environnementaux, certes, mais également impacts socio-économiques divers. Une étude portant sur la responsabilité sociale des entreprises minières canadiennes commandée par la Prospectors and Developers Association of Canada (PDAC) et rendue publique par MiningWatch Canada en octobre 2010 révèle que sur 171 incidents répertoriés entre 1999 et 2009, 33% sont attribuées à des compagnies minières canadiennes⁴. Mais ce qui retient davantage notre attention dans le cadre de la recherche que nous initions est le fait que 62% de ces incidents sont des conflits avec les communautés locales⁵.

¹ John Ruggie est le Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises depuis 2005.

² Commission des droits de l'Homme, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. Off. CES NU, 62^e session, Doc. NU E/CN.4/2006/97 (2006).

³ *Ibid.*

⁴ The Canadian Centre for the Study of Resource Conflict, *Corporate Social Responsibility : Movements and Footprints of Canadian Mining and Exploration Firms in the Developing World*, (Octobre 2009), en ligne : [MiningWatch.ca <http://www.miningwatch.ca/sites/miningwatch.ca/files/CSR_Movements_and_Footprints.pdf>](http://www.miningwatch.ca/sites/miningwatch.ca/files/CSR_Movements_and_Footprints.pdf) à la page 7.

⁵ *Ibid.*, à la page 6.

À titre complémentaire, un rapport rédigé par le International Council on Mining and Metals (ICMM) sur 38 allégations de violations des droits humains par des compagnies minières peut contribuer à jeter un certain éclairage sur les chiffres issus de l'étude du PDAC. Le rapport, qui fait l'objet d'une analyse par Laplante et Spears, révèle que « *[a]lleged failure by company[ies] to consult meaningfully or secure consent* » ainsi que « *[p]erceived negative economic impacts, or perceived insufficient local economic benefits, including negative impact on livelihoods*⁶ » figurent parmi les plaintes les plus fréquemment formulées à l'égard des compagnies minières.

Le choix d'étudier la participation publique précisément dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles est motivé par l'ensemble de ces constats, de même que par l'affirmation de Pring et Noé à l'effet que « *few sectors will be more impacted on by [public participation] than the mining, energy and resources-development industries*⁷ », notamment parce que la participation publique émerge en réponse aux activités et aux impacts engendrés par ce secteur⁸. Dans le même ordre d'idées, Sara Seck évoque quant à elle la participation comme « *the most significant trend in sustainable mineral development*⁹ ».

La participation publique est, dans la conception que nous en faisons, un processus localisé, susceptible de différer de manière plus ou moins significative d'un espace géographique et politique à un autre. Roda Mushkat note à cet effet que la participation publique dépend de la

⁶ ICMM, « Second Submission to the UN Secretary General's Representative on Human Rights and Business » (October 2006), en ligne : ICMM <<http://www.icmm.com/document/216>> aux pages 22 et 23.

⁷ George Pring et Susan Y. Noé, « The Emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy, and Natural Resource Development » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development : Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 11 à la page 12.

⁸ Pring et Noé, *supra*, note 7, à la page 22. Les auteurs expliquent notamment que « a considerable amount of the public participation law arises in response to and therefore specifically applies to the mining, energy, and natural resources industries ».

⁹ Sara L. Seck, « Home State Responsibility and Local Communities : The Case of Global Mining » (2008) 11 Yale Human Rights & Development Law Journal 177 aux pages 197-198.

perception du public et de son attitude à l'égard des différents enjeux environnementaux¹⁰. Dans le même ordre d'idées, Barry Barton souligne que : « *public participation is particular to the political traditions of different countries*¹¹ ».

Le mémoire s'intéressera spécifiquement à la participation publique des communautés locales au niveau local; l'analyse concernera leur participation aux processus dans le cadre de projets qui affectent directement l'environnement dans lequel ces communautés évoluent et duquel – souvent – elles dépendent. Les questions de participation des communautés locales à la définition des normes internationales, ou encore les questions de solidarités émergentes entre les communautés provenant de différents espaces géopolitiques, quoique de grand intérêt, ne feront pas l'objet d'une analyse dans le cadre de ce projet de recherche.

Structure

Nos chapitres sont organisés de façon à mettre en évidence trois *émergences* mutuellement complémentaires : l'émergence de la communauté locale comme acteur à part entière dans les processus de prise de décision liés à des projets de développement relatifs aux ressources naturelles; l'émergence d'un espace normatif – ou d'une norme de participation publique – voué à permettre à ce nouvel acteur de faire valoir son droit à participer pleinement et de manière effective aux processus décisionnels pour des questions qui ont un impact aussi particulier sur son environnement immédiat; et finalement, l'émergence d'une nouvelle légitimité, qui mise sur la légitimité des décisions prises plutôt que la légitimité des structures étatiques.

¹⁰ Roda Mushkat. «Public Participation in Environmental Law Making: A Comment on the International Framework and the Asia-Pacific Perspective» (2002) 1 Chinese J.Int'l L. 185, à la page 201.

¹¹ Barry Barton, « Underlying Concepts and Theoretical Issues in Public Participation in Resources Development » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring (Ed.) *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 77 à la page 84.

Le concept de participation publique ne peut échapper à la tâche essentielle et première de définir ce qui est entendu par public – question qui demeure floue en droit international. Dans un premier chapitre, la recherche procédera à la démonstration que les communautés affectées par les décisions constituent, dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles, un acteur en émergence. À travers l'analyse des acteurs traditionnels de la participation et l'étude du contexte particulier de la mondialisation économique, nous tâcherons de discerner les éléments ayant stimulé l'émergence des communautés locales, acteurs à part entière qui se différencient d'autres acteurs classiques de la participation tels que les ONG ou les peuples autochtones. Le chapitre démontrera que les communautés locales s'inscrivent graduellement dans une relation transformée avec l'État, dont le rôle exclusif de représentant des intérêts tend à être remis en question au profit de conceptions novatrices de la représentation et de la participation. Il semble important de déjà souligner que le mémoire ne cherche pas à s'engager dans une contestation ferme du rôle de l'État dans la gouvernance et la gestion relatives aux ressources naturelles, mais plutôt de démontrer que le droit international ouvre progressivement un espace normatif aux communautés visant à les intégrer aux décisions relatives à des projets de développement les affectant directement. L'émergence de cet acteur, dans l'approche que nous prônons, ne se fait pas au détriment de l'État, mais plutôt s'inscrit dans une relation multipartite, en collaboration avec l'État.

Le deuxième chapitre vise à procéder à une analyse juridique de la participation publique en droit international. À travers l'étude d'un éventail d'instruments juridiques et de décisions de justice, notre analyse cherchera à vérifier si le droit international ouvre progressivement un espace normatif aux populations locales. En d'autres termes, nous chercherons à évaluer si participation publique constitue une norme en émergence pour les populations locales non autochtones, et analyser quels sont les fondements juridiques, au niveau international, de ce droit en devenir. La sphère du droit international de l'environnement fera l'objet d'une analyse extensive, notamment dû à l'abondance de normes référant de près ou de loin au rôle des communautés dans les processus de prise de décisions environnementales. Ce chapitre constituera en quelque sorte le pilier technique et juridique du mémoire. Nous tenterons de démontrer que le langage utilisé met en évidence une tendance à vouloir reconnaître le rôle explicite des populations locales non autochtones dans la gestion et dans la prise de décisions

relatives à l'exploitation des ressources naturelles. Il n'est pas question ici de la participation politique : au contraire, c'est de cette forme de participation que nous cherchons, l'espace de ce mémoire, à nous éloigner pour réfléchir sur les bases conceptuelles et théoriques possible d'une participation citoyenne directe et active à la prise de décision dans le secteur des ressources naturelles.

Le troisième chapitre constitue en quelque sorte l'édifice théorique du mémoire. Dans la littérature, l'analyse de la participation publique s'accompagne souvent de réflexions relatives aux questions de légitimité. La participation est perçue comme garante de meilleures décisions, mais surtout de décisions légitimes. Nous nous intéresserons à l'émergence d'une nouvelle forme de légitimité à titre de fonction de la participation publique en droit international. La notion de légitimité tel que développée dans le chapitre réfère non pas à la légitimité des structures étatiques ou des institutions qui sous-tendent l'énonciation, la diffusion et l'application des normes; la légitimité sur laquelle nous nous pencherons est celle des décisions – plus précisément les décisions prises en lien avec l'exploitation des ressources naturelles dans un contexte particulier. Cette question sera abordée à partir d'une approche habermassienne, approche axée autour de la communication, du dialogue et, sur un plan plus juridique, de la légitimité normative. Les éléments constitutifs de l'approche de Jürgen Habermas permettront de lier la participation publique et sa fonction de légitimité, dans une perspective communautaire plutôt que étatique.

CHAPITRE I

ÉMERGENCE DES COMMUNAUTÉS LOCALES COMME ACTEURS DANS LE DROIT INTERNATIONAL RELATIF AUX RESSOURCES NATURELLES

"La politique est l'art d'empêcher les gens de se mêler de ce qui les regarde."

– Paul Valéry

1 Introduction : la question complexe du public visé par la participation

Les tenants de plusieurs écoles de pensée convergent vers la croyance qu'avec la globalisation a émergé une panoplie de nouveaux acteurs transnationaux¹², dont la présence sur la grande scène internationale apparaît être tantôt un considérable atout pour répondre aux nouveaux impératifs d'un monde rendu interdépendant économiquement, tantôt une remise

¹² Voir par exemple le cosmopolitisme de David Held (David Held, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty » (2002) 8:1 Legal Theory 1; David Held and Anthony McGrew, dir., *Globalization Theory : Approaches and Controversies*, Cambridge, Polity, 2007); le constructivisme social de Thomas Risse-Kappen: (Thomas Risse-Kappen, dir., *Bringing Transnational Relations Back In : Non-State Actors, Domestic Standards and International Institutions*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, 1995); le constructivisme de Susan Strange (Susan Strange, *The Retreat of the State : The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, 1996). En droit international, les approches mettant de l'avant l'émergence et l'importance du droit transnational admettent généralement la participation d'un éventail d'acteurs à l'énonciation des normes. Voir notamment David Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2007.

en question profonde de la vision traditionnelle du rôle de l'État dans les affaires internationales – et de sa place toute particulière dans la conduite des relations internationales.

La nature à la fois locale, transnationale et internationale des activités économiques relatives à l'exploitation des ressources naturelles appelle à une gestion complexe de ces activités, qui se traduit par une gouvernance à plusieurs niveaux – une gouvernance qui n'est pas toujours concertée, cohérente ou raisonnée; une gouvernance fragmentée, instigatrice de conflits sociaux et de confusion entre les autorités relatives exercées par différents éléments de la structure à la fois étatique, politique et sociale. De nouvelles formes de contrôle et de gouvernance semblent vouloir émerger et prendre la place laissée vacante par l'État, dont la primauté comme maître de discussion tend à diminuer au profit d'autres acteurs. Et parmi eux, les communautés locales affectées par les projets en question, qui tentent de pénétrer la sphère décisionnelle politico-économique, en exprimant leurs points de vue, en faisant valoir leurs intérêts et en s'imposant dans un dialogue où elles ont été historiquement mises de côté¹³.

L'étude de la montée en force des acteurs transnationaux parallèlement au phénomène de la globalisation a souvent mis l'accent sur l'acteur *société civile*, dont la composition et la structure varient significativement d'un auteur à un autre. Le concept de société civile est encore à ce jour un tout inclusif complexe, référant à plusieurs entités dont l'action n'est pas nécessairement commune ou concertée, et dont les intérêts sont souvent divergents. Un concept, donc, qui demeure dans le flou, et qui est généralement conçu comme référant indistinctement aux nombreuses organisations non gouvernementales, mouvements sociaux, syndicats et autres formes de regroupements plus ou moins formels¹⁴ dont le dénominateur

¹³ Lisa J. Laplante et Suzanne A. Spears, « Out of the Conflict Zone: The Case for Community Consent Processes in the Extractive Sector » (2008) 11 Yale Human Rights and Development Law Journal 69 à la page 95.

¹⁴ Voir par ex. Dianne Otto, « Non Governmental Organizations in the United Nations System : The Emerging Role of International Civil Society » (1996) 18 Human Rights Quarterly 107 à la page 108.

commun est leur caractère non étatique¹⁵ et une volonté partagée de vouloir défendre les intérêts particuliers des citoyens – à un niveau local, national ou international.

Progressivement, les populations locales affectées directement par des projets de développement liés à l'exploitation des ressources naturelles semblent vouloir s'imposer comme acteur décisionnel à part entière, et ce en complémentarité avec les acteurs traditionnels de la participation et de la décision.

En 1992, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (ci-après Déclaration de Rio) nommait expressément la participation du *public* comme un incontournable de la réalisation du développement et de la protection de l'environnement. Pour plusieurs, la participation publique trouve son point d'ancrage dans le principe 10 de cette Déclaration, qui énonce que « [...] Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public ¹⁶ ». La Déclaration de Rio n'indique toutefois pas l'entité – ou les entités – entendues par « public ».

Une analyse de la notion de participation publique ne peut négliger de définir d'abord quel public est visé par cette norme de participation, ou en d'autres mots, indiquer à quel acteur s'ouvre cet espace de discussion dans la sphère des activités économiques transnationales pour subséquemment connaître les caractéristiques de l'acteur à qui cet espace est destiné. En outre, ce premier chapitre vise à établir formellement que les communautés locales constituent un acteur en émergence dans le système national et international, spécifiquement dans le secteur du développement des ressources naturelles.

¹⁵ Cullen et Morrow définissent la société civile comme « an area of the public realm which is not the State ». Holly Cullen et Karen Morrow, « International Civil Society in International Law: The Growth of NGO Participation » (2001) 1:1 Non-St. Actors & Int'l L. 7 à la page 8.

¹⁶ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 Juin, 1992, Doc. Off. AG NU, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement [Déclaration de Rio], Doc. Off. AG NU, A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992), principe 10.

La première section de ce chapitre cherchera à analyser les transformations de l'arène internationale ayant favorisé l'émergence des communautés locales comme acteurs incontournables de leur propre développement. La seconde section vise à évaluer précisément qui compose ce public, et à examiner en quoi il se distingue d'autres acteurs classiques ou instinctifs de la participation. Cette question revêt une complexité certaine; les notions de participation et de public étant des notions imparfaites qui recourent souvent plusieurs entités. Aussi les questions de la représentativité de ce public et de la capacité de celui-ci à participer de manière significative au processus décisionnel représentent-elles des questions que nous garderons en tête tout au long de la recherche.

2 Une arène internationale transformée? Émergence de la communauté locale en droit international

La littérature universitaire en politique et en économie internationale adhère largement à l'idée que la mondialisation a favorisé l'émergence d'un éventail d'acteurs non-étatiques – impliqués de manière plus ou moins extensive – dans le système international. Le contexte de l'émergence des communautés locales comme sujets de droit et comme acteurs de leur développement mérite une attention particulière dans l'analyse de la norme émergente de participation publique, spécifiquement dans le cadre de processus décisionnels liés aux projets d'exploitation des ressources naturelles.

Parmi les transformations de l'arène internationale, certains auteurs soulignent le phénomène de localisation, qui paradoxalement, prend une signification toute particulière dans le contexte de mondialisation. Lorsque Yishai Blank décrit « *the localist turn in international law and global governance* ¹⁷», il étudie spécifiquement le processus par lequel la mondialisation a favorisé une intensification des activités de gouvernance à l'échelle locale. L'analyse porte spécifiquement sur les *gouvernements* locaux, et constitue un atout pour saisir la prédominance de l'échelle locale comme niveau pertinent de gouvernance dans un

¹⁷ Yishai Blank, « Localism in the New Global Order » (2006) 47 :1 Harvard International Law Journal 263 à la page 281.

contexte mondialisé. Saskia Sassen, dans une analyse analogue à celle de Yishai Blank, élabore l'idée sous l'angle d'une « *localization of the global*¹⁸ ». Son analyse met l'emphase sur les fonctions de régulation qui sont prises en charge par les entités privées – ou extra étatiques.

Le contexte de l'exploitation des ressources naturelles rend ce rapprochement d'autant plus pertinent : l'exploitation des ressources naturelles est reconnue pour avoir des impacts très localisés sur l'environnement et le mode de vie à une échelle locale, alors que les impacts nationaux sont plus souvent qu'autrement limités aux bénéfices économiques tirés de ces activités par le gouvernement central. Au-delà des impacts locaux, les décisions environnementales prises aux échelles locales et globales dépendent largement des connaissances sur les spécificités de cet environnement et de comment celui-ci est susceptible d'être affecté par des activités économiques d'exploitation.

Plusieurs facteurs ont contribué à l'expansion de la participation publique dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles¹⁹, et de manière plus significative, le développement du droit international de l'environnement. Le rôle considérable que celui-ci a joué dans l'instauration progressive d'une participation plus ou moins extensive du public au processus de décisions environnementales est attesté de part et d'autre dans la littérature²⁰. Le droit international de l'environnement révèle bien comment les questions globales et locales s'imbriquent dans un contexte mondialisé. Il importe donc de survoler comment cette sphère

¹⁸ Saskia Sassen, « The Places and Spaces of the Global: An Expanded Analytic Terrain » dans David Held et Anthony McGrew, dir., *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Cambridge, Polity Press, 2007, 79 à la page 79.

¹⁹ Pring et Noé suggèrent par exemple que 7 facteurs ont conjointement favorisé l'émergence de la participation publique : 1) la tendance vers la démocratisation post-Union soviétique; 2) l'adoption du paradigme du développement durable; 3) le développement du droit international de l'environnement; 4) l'inclusion de la participation publique comme condition préalable à l'obtention d'un prêt de la part des organisations financières internationales; 5) l'expansion du régime des droits de l'homme; 6) la reconnaissance croissante des droits de peuples autochtones sur la scène internationale; et 7) la dissémination accrue de l'information par le biais de médias de masse, internet en tête. Pring et Noé, *supra* note 7 à la 13.

²⁰ Voir par ex. Donald N. Zillman, « Introduction to Public Participation in the Twenty-First Century » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 1.

légale et les paradigmes novateurs qui y sont rattachés ont su stimuler l'émergence des communautés locales comme acteurs.

L'intérêt envers la question de la participation publique remonte au développement de cette notion à travers la mise sur pied progressive, depuis la conférence de Stockholm en 1972, du régime international du droit de l'environnement, caractérisé comme étant le « *major proving ground*²¹ » pour la participation publique. La conférence de Stockholm a placé les problèmes environnementaux au centre des préoccupations gouvernementales. Avec cette conférence a émergé une panoplie de concepts nouveaux dont ceux de justice environnementale²² et de développement durable, qui situent l'individu au cœur des questions d'environnement. Le Rapport Brundtland a mis en évidence l'imbrication des problèmes environnementaux et des questions liées à la pauvreté et au développement²³. Du coup, les questions environnementales ne sont plus évaluées en isolation avec le contexte humain où se font sentir les impacts environnementaux de différentes activités économiques.

Suivant la Déclaration de Stockholm, la Déclaration de Rio (1992) a mis de l'avant, mais de manière beaucoup plus élaborée, la notion de participation publique en développant les 3 piliers fondateurs de la participation publique²⁴ que sont l'accès à l'information environnementale, la participation au processus de décision et l'accès à des recours judiciaires. Ainsi, « *[b]y the 1990s, consultation and participation became the buzzwords of*

²¹ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 13.

²² Le concept de justice environnementale lie explicitement la vulnérabilité des populations et le danger d'être exposé à des impacts environnementaux. Pour une discussion sur le concept de justice environnementale et les principes qui y sont sous-jacents, voir Karen Mickelson, « Critical Approaches » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 262 à la page 285.

²³ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

²⁴ L'article 10 de la Déclaration de Rio se lit comme suit : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. [...] Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. ». Déclaration de Rio, *supra* note 16.

*successful environmental decision-making, feeding into broader discourses on 'good governance', 'environmental justice' and 'environmental citizenship'*²⁵».

Les liens intimes qui existent entre la participation publique et le droit de l'environnement seront explicités dans le cadre du chapitre 2, qui procèdera à une analyse des Conventions et Déclarations issues du droit international de l'environnement, afin de démontrer l'attachement bien particulier de cette sphère légale au principe de participation publique. Il convient toutefois d'élaborer ici sur le développement du paradigme de développement durable, un paradigme orienté vers les communautés. Les fondements de ce paradigme nouveau semblent avoir contribué à édifier le développement durable comme l'un des facteurs ayant contribué à l'expansion du concept de participation publique²⁶.

La discussion relative au paradigme de développement durable fut entamée lors de la conférence de Stockholm (1972), puis raffinée dans le Rapport Brundtland (1987), qui a élaboré une définition formelle de ce concept²⁷. Les principes développés dans la Déclaration de Rio font successivement référence au développement durable, qui s'impose de plus en plus à cette période comme concept fondamental du régime du droit environnemental international. La Déclaration de Rio élabore entre autres que :

- Principe 1 « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. ²⁸ »;
- Principe 3 : « Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures. ²⁹ »;

²⁵ Benjamin Richardson et Jona Razzaque, « Public Participation in Environmental Decision-Making » dans Benjamin J. Richardson et Stepan Woods, dir., *Environmental Law for Sustainability : A Reader*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publisher, 2006, 165 à la page 168.

²⁶ Pring et Noé, *supra* note 7.

²⁷ La définition du rapport Brundtland fait spécifiquement référence à un développement « *which meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs* ». *Supra* note 23 à la page 8.

²⁸ Déclaration de Rio, *supra* note 16, principe 1.

²⁹ *Ibid.*, principe 3

- Principe 4 : « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément. ³⁰»

En plaçant les individus au centre des préoccupations environnementales³¹, et en les élevant collectivement comme acteur de leur propre développement, le paradigme du développement durable constituait un terrain fertile pour la mise sur pied de processus prônant une participation accrue des citoyens dans les décisions environnementales. Sara Seck argumente d'ailleurs que le secteur minier a aussi été influencé par la diffusion de l'idéal du développement durable : « *[i]n recent years, sustainable development has become the mantra of the global mining industry* ³²».

3 D'un État-acteur à un État-spectateur ?

La mondialisation économique a eu son lot d'impacts sur le rôle de l'État et les prérogatives du gouvernement national. Les lectures effectuées dans le cadre de la recherche aident à constater la convergence de plusieurs écoles de pensée et approches en relations internationales vers l'idée que le phénomène de la mondialisation a apporté un cortège de transformations : sur la scène internationale, l'exclusivité du rôle de l'État dans la définition des normes internationales est remise en question par plusieurs approches théoriques, et certains notent un glissement progressif vers une légalité et une régulation transnationale s'imposant au gré de l'intégration d'acteurs non-étatiques aux processus locaux et globaux.

Les deux dernières décennies ont observé l'intégration – progressive ou subite selon les interprétations – d'une diversité d'acteurs non-étatiques dans les instruments légaux et les structures internationales. Saskia Sassen soutient que la mondialisation a favorisé l'émergence d'acteurs qui se voient octroyer un accès privilégié à des domaines jadis réservés

³⁰ *Ibid.*, principe 4

³¹ Déclaration de Rio, *supra* note 16.

³² Seck, *supra* note 9 à la page 196.

à l'État³³. L'argumentaire de Yishai Blank dépasse le simple accès à l'arène politique et expose les dimensions juridiques de cette transformation : « *[s]tates are no longer the sole bearers of rights and duties in the international sphere, nor are they the sole actors in the international arena* ³⁴ ». Jonas Ebbesson abonde dans le même sens en affirmant qu'avec la reconnaissance formelle des acteurs non-étatiques dans la sphère internationale, « *[...] states are neither exclusively representing public concerns in environmental decision-making, nor solely responsible* ³⁵ ».

De manière accrue, ces nouveaux acteurs agissent dans une relation horizontale avec l'État, et non uniquement comme subsidiaire de celui-ci. Ainsi, « *[...] governance increasingly occurs in a decentralized manner, through a loosely tied network of multiple actors, states agencies, and non-state actors who interact frequently* ³⁶ ».

3.1 Transformations de l'État et de ses prérogatives

Donald Zillman évoque le développement récent de la participation publique en spécifiant que « *[d]ecades ago, public participation meant this assertion of public values by government [...]. Today, public participation has a more extensive meaning* ³⁷ ». La représentation politique, au sens traditionnel, se conceptualise en termes d'adéquation entre les intérêts flexibles de la population et ceux de l'État. Dans une telle vision, une population est perçue comme ayant ses intérêts défendus et représentés par l'appareil gouvernemental de son État; la participation des citoyens, par extension, a souvent été envisagée comme référant à une participation politique, incarnée dans l'arène politique traditionnelle occupée par les exercices électoraux et les activités de lobbying auprès du gouvernement. Dans une telle conception, le citoyen est une partie intégrante d'un système hiérarchisé.

³³ Saskia Sassen, *La Globalisation : Une Sociologie*, Paris, nrf essais, Gallimard, 2009, à la page 199.

³⁴ Blank, *supra* note 17 à la page 265.

³⁵ Jonas Ebbesson, « Public Participation » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 681 à la page 684.

³⁶ Peter M. Haas, « UN Conferences and Constructivist Governance of the Environment » (2002) 8 *Global Governance* 73 à la page 74

³⁷ Zillman, *supra* note 20 à la page 2.

L'analyse proposée soutient l'idée qu'une transformation importante dans la représentation s'est opérée : le citoyen est perçu comme une entité ayant un agenda et des intérêts propres, lesquels peuvent s'opposer – mais pas nécessairement – aux intérêts de l'État, ou à l'intérêt économique de la nation dans son entièreté. La conception traditionnelle de la représentation politique, où le bien commun et l'intérêt de la nation et de ses citoyens est pris en charge par l'État, et où une adéquation évidente s'opère entre les intérêts de l'État et ceux de la nation, semble souffrir d'une remise en question grandissante.

Donald Zillman soutient que dans la conception moderne de la participation publique, l'État est perçu « *as part of the problem, not necessarily the solution* »³⁸. Sont ainsi exhibés les importants clivages entre les intérêts de l'État et les intérêts des communautés, bien que la conception traditionnelle de la représentation voudrait que l'État soit tributaire des droits et des intérêts de ses citoyens.

Il sera démontré que, dans le cadre des décisions prises en lien avec l'exploitation de ressources naturelles, la participation publique succède progressivement à la participation politique. Si les chevauchements demeurent possibles avec l'arène étatique, qui manifeste encore son autorité sous différentes formes dans le processus décisionnel – ne serait-ce qu'en émettant les permis nécessaires à l'exploitation et par son autorité immanente sur le territoire – la participation publique introduit une gamme de nouvelles normes et d'approches relatives aux décisions.

Il convient de tenter de définir les contours de l'action de l'État à une époque où les politiques néo-libérales appellent l'État à se retirer de la régulation de certains secteurs de l'activité économique. Il semble important ici de souligner le fait que le présent mémoire ne cherche pas à remettre en question le concept même d'État ou de s'inscrire en opposition avec le système de représentation politique. L'État, quoique quelque peu en retrait dans les questions relatives à la gestion des ressources naturelles dans sa dimension très locale, demeure un acteur indispensable autour de la table de négociation. L'approche

³⁸ *Ibid.*

habermassienne qui fera l'objet de la deuxième section du chapitre 3 du présent mémoire élaborera plus en détail la question de la légitimité, et insistera sur la nécessité de se tourner vers une légitimité des décisions plutôt que de focaliser sur la seule légitimité des institutions de l'État. Dans une telle approche, le rôle de l'État revêt encore une importance certaine.

3.2 Crise de la légitimité de l'État

La participation publique est généralement conçue comme étant un facteur de légitimation des projets de développement et comme garante de meilleures décisions. Cet aspect de la participation fera l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 3 du mémoire. Il importe toutefois d'évoquer ici le fait que plusieurs auteurs s'accordent pour établir que la légitimité des États connaît un effritement certain en droit international, et soulignent leur inefficacité croissante à gérer les conflits sociaux liés aux activités d'exploitation des ressources naturelles³⁹. Alors qu'Oren Perez évoque l'érosion de l'État comme source exclusive de légitimité⁴⁰, Richardson et Razzaque avancent que « [...] *weaknesses in the legitimacy of the state and lack of trust in governments have fuelled popular demands for more grass-root, direct involvement in decisions*⁴¹ ».

Dans un même ordre d'idées, Jonas Ebbesson souligne que les États « *have lost the exclusive mandate, if they ever had it, to represent the public and to speak and act on behalf of public interest*⁴² ». Finalement, Bas Arts évoque la délégitimation de l'État comme un phénomène complexe se déployant en termes de « *crisis of the welfare state, state failures, lack of performance*⁴³ ». Le dénominateur commun de ces analyses est que cet affaiblissement

³⁹ Voir par exemple David Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles: Mining, Communities, and the World Bank*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2007 à la page 3. Voir aussi Oren Perez, « Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law » (2003) 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 25 à la page 42.

⁴⁰ *Ibid.* Sur un plan théorique, Perez soutient que « *The capacity of the state to act as an exclusive source and arbiter of legitimacy has been substantially eroded* ».

⁴¹ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 166.

⁴² Ebbesson, *supra* note 35 à la page 683.

⁴³ Bas Arts, « Non-State Actors in Global Environmental Governance: New Arrangements Beyond the State » dans Mathias Koenig-Archibugi and Michael Zürn, dir., *New Modes of Governance in the*

progressif de la légitimité de l'appareil étatique a ouvert la porte à la participation d'acteurs nouveaux, distincts de l'État.

3.3 *Selective absence of the State*: déresponsabilisation de l'État

Dans son ouvrage *Transnational Law and Local Struggles*⁴⁴, David Szablowski développe l'hypothèse que l'État se trouve confronté à une contradiction majeure sur le plan de sa propre participation aux projets de développement liés aux ressources naturelles. L'analyse de Szablowski renchérit la perception selon laquelle la confiance envers la capacité de l'appareil étatique de représenter les intérêts particuliers périclité. L'auteur met en lumière l'incapacité ou le manque de volonté de gouvernements dépendants de leurs ressources de réguler ou d'encadrer les activités minières, dans le contexte d'une mondialisation des activités minières qui le soumet aux impératifs d'un système international faisant la promotion du développement économique et prônant la dérégulation:

*Governments, particularly in the Global South, have often been ineffective regulators of these [mining and community] conflicts. Bound by ties of economic dependency on large mining projects, by the need to maintain an investor-friendly environment, and often by constraints on regulatory capacity, many states have been reluctant or ineffective providers of solutions to these conflicts*⁴⁵.

Au-delà des transformations structurelles de l'État sur la scène politique et économique internationale, qui imposent à l'appareil politique une transition plus ou moins agressive vers des processus de déréglementation, l'État semble agir délibérément de façon à éviter une implication extensive dans les processus de négociation impliquant les communautés et ainsi éviter d'encadrer de manière stricte les activités économiques qui s'y déroulent tout en évacuant sa propre responsabilité⁴⁶. Szablowski explique que de manière progressive, l'État tend à s'effacer du processus de négociation entre les communautés locales et les compagnies

Global System: Exploring Publicness, Delegation and Inclusiveness, London, Palgrave Macmillan, 2006, 177. <<http://www.unpop.nl/inhoud/artikelen/non-state%20actors%20in%20GG.pdf>>

⁴⁴ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles: Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39.

⁴⁵ *Ibid.*, à la page 3.

⁴⁶ *Ibid.*, à la page 58

transnationales. Ainsi, « *[t]he state is absent from this sphere of local negotiation, neither providing compulsory standards for it, nor enforcing obligation taken with it* »⁴⁷.

Alors que certains évoquent le transfert d'autorité – volontaire ou non – de l'État vers les acteurs non-étatiques⁴⁸, la prise en charge des processus décisionnels par des acteurs extérieurs à l'appareil étatique fait toujours l'objet de débats importants dans la littérature, surtout en ce qui concerne le degré d'autorité accordé à ces nouveaux joueurs de l'arène décisionnelle⁴⁹. Mais les textes nous permettent d'établir un constat important : l'image d'un État jadis garant de l'intérêt public ou de l'intérêt de la nation cède lentement sa place à un schéma « *three-corner ventures* »⁵⁰, triangle aux extrémités duquel se trouvent les promoteurs des projets de développement – souvent les entreprises transnationales – le gouvernement et les communautés affectées⁵¹. Cette façon de concevoir l'organisation décisionnelle met déjà de l'avant l'idée que les communautés siègent, dans une relation qui s'horizontalise, à côté d'un gouvernement dont le rôle de mandataire absolu a été abrogé. Dans les mots de Zillman, ces nouveaux joueurs « *have now become players in their own right – not just as one more lobbying agency before the government.* »⁵².

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Ann M. Florini, «Who Does What? Collective action and the changing nature of authority », dans Richard A Higgott, Geoffrey R.D. Underhill et Andreas Bieler, dir., *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London, Routledge, 2000, 15 à la page 19.

⁴⁹ Véronique Lebuis, *Le consentement libre préalable et éclairé : Contribution synthèse sur une pratique en développement*, Chaire C.-A.Poissant sur la gouvernance et l'aide au développement, 11 juin 2009 à la page 3.

⁵⁰ L'expression *three-corner ventures* est utilisée par Donald N. Zillman (*supra* note 20 à la page 2) pour conceptualiser les exercices multipartites que sont les projets de développement liés aux ressources naturelles. D'autres expressions sont utilisées dans la littérature pour désigner la relation entre ces trois acteurs. Laplante et Spears évoquent « *[a] three-legged or triad stakeholder model of engagement* » (Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 78). Barry Barton évoque quant-à lui les « *tripartite arrangement* » (Barton, *supra* note 11 à la page 110).

⁵¹ Zillman, *supra* note 20.

⁵² *Ibid.*

4 Les acteurs traditionnels de la participation : état des lieux

L'ambiguïté de ce que révèle la notion de *public* se manifeste à travers la diversité des acteurs estimés constituer ce public. La section qui suit a pour objectif de distinguer les différentes entités à qui la participation publique en droit international apparaît destinée, et de donner une identité propre aux communautés locales non autochtones à titre d'acteur.

4.1 Les ONG : acteurs privilégiés de la participation

Lorsque Kal Raustiala a évoqué, dans un article publié dans la *Harvard Environmental Law Review* en 1997, la « *révolution participative* »⁵³ dans la sphère du droit environnemental, il désignait principalement la participation des organisations non gouvernementales dans l'énonciation des normes de droit international. Son approche comporte certaines similitudes avec la conception de la participation publique telle que mise de l'avant par le Rapport Brundtland, publié suite à la Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement (1987), et qui énonce que : « *[g]overnments should establish or strengthen procedures for official consultation and more meaningful participation by NGOs in all relevant organizations.* »⁵⁴

À l'instar de Kal Raustiala⁵⁵ et du Rapport Brundtland⁵⁶, certains auteurs⁵⁷ considèrent encore les ONG comme acteurs privilégiés de la participation publique, à la défaveur d'autres composantes moins institutionnalisées de la société⁵⁸. À cet effet, Bodansky qualifie l'expression participation publique « d'euphémisme », expliquant que généralement la participation publique « *refers to participation not by the « public » - whatever that might*

⁵³ Kal Raustiala, « The "Participatory Revolution" in International Environmental Law », (1997) 21 *Harvard Environmental Law Review* 537.

⁵⁴ World Commission on Environment and Development, *supra* note 23.

⁵⁵ Raustiala, *supra* note 53.

⁵⁶ World Commission on Environment and Development, *supra* note 23.

⁵⁷ Voir entre autre Ebbesson, *supra* note 35, qui évoque le rôle grandissant des ONG sur la scène internationale.

⁵⁸ *Ibid.*, à la page 685.

*mean – but by non-governmental groups*⁵⁹». L'insistance sur la participation publique des ONG semble être issue entre autres de leur participation accrue dans le cadre d'institutions internationales telles que les Nations Unies, et de leur apport grandissant dans l'élaboration des normes internationales dans le cadre de ces institutions. La '*Conference diplomacy*⁶⁰', a avancé au premier plan les ONG et ce, particulièrement dans les conférences internationales portant sur des questions environnementales.

La participation des ONG suscite néanmoins un lot de critiques, notamment sur le plan de la représentativité de ces acteurs. Kal Raustiala juge que cette représentativité n'a pas été prouvée empiriquement, et que la société civile internationale n'est pas à l'abri d'asymétries de pouvoir en son sein. Il explique qu'au niveau international, « [...] *many powerful NGOs come from a small minority of advanced industrial states, and NGO views are often far from reflective of the public at large.*⁶¹ » L'idée d'appliquer cette analyse au niveau national et local est attrayante et trouve un certain écho dans la littérature. Oren Perez renforce cette interprétation et souligne que « la question de légitimité sociale des ONG demeure irrésolue » [notre traduction]⁶², tout autant que les raisons pour lesquelles les ONG devraient être présumées d'authentiques représentants du public⁶³.

4.1.1 Critiques relatives à la centralité des ONG dans la participation

La prépondérance – voire l'exclusivité – de l'acteur ONG dans le concept de société civile, qui théoriquement représente un tout complexe englobant un éventail d'acteurs s'étendant au-delà des ONG, est critiquée de part et d'autre dans la littérature. La conception réductiviste de la société civile, qui la restreint aux seules ONG explique que « *[a] common feature of the*

⁵⁹ Daniel Bodansky, « Legitimacy » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 682 à la page 718.

⁶⁰ Haas, *supra* note 36 à la page 86.

⁶¹ Raustiala, *supra* note 53 à la page 567. Voir aussi Haas, *supra* note 36. Sur la question de la participation des ONG aux conférences internationales environnementales, Haas explique que « *The participation is still heavily tilted toward the North, where NGOs have greater financial support and are better able to find resources to attend conferences* ».

⁶² Perez, *supra* note 39 à la page 43

⁶³ *Ibid.*

*public participation arrangements in international environmental regimes is that NGOs [...] are given an almost exclusive mandate to represent civil society*⁶⁴» alors que « *[o]ther less institutionalized segments of society, such as individual actors, networks, and social movements, are generally disregarded*⁶⁵». De la même façon, les communautés locales semblent avoir été négligées comme acteur de leur propre développement au profit d'autres acteurs, particulièrement les ONG et l'État.

L'analyse de Philippe Le Prestre complète bien les propos ci-dessus :

Les ONG internationales proprement dites sont de plus en plus dépassées par des organisations locales qui leur dénie ce rôle d'intermédiaire ou de patron et le droit de s'exprimer au nom des communautés. On assiste de plus en plus à une tentative de se prendre soi-même en main. Le rôle des ONG dans ce contexte, n'est plus celui de courtier (*broker*) mais une rôle 'habilitant' (*empowering*) [...] ⁶⁶

Si l'analyse de Le Prestre fait toujours référence au rôle des ONG, ces propos illustrent une volonté de vouloir rapprocher les enjeux des acteurs directement affectés et de leurs préoccupations propres, et autant que possible échapper à une mainmise robuste sur le processus par des acteurs extérieurs, éloignés physiquement, moralement et/ou politiquement des intérêts particuliers des communautés locales.

Dans un rapport intitulé *Prior Informed Consent and Mining*, l'Environmental Law Institute met en garde contre le risque que les tierces parties représentent davantage les intérêts mettant en valeur leur propre agenda que ceux des communautés affectées⁶⁷. Cela complète les propos de Pring et Noé, qui soutiennent que les ONG sont susceptibles de souffrir d'une

⁶⁴ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 689.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Philippe Le Prestre, « Les ONG et l'efficacité du système de gouvernance de la Convention sur la diversité biologique » dans Catherine Aubertin, dir., *Représenter la Nature? ONG et biodiversité*, IRD Éditions, 2005 à la page 170.

⁶⁷ Environmental Law Institute (EIL), *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C., 2004, à la page 37.

« intransigeance idéologique » les éloignant des préoccupations immédiates des communautés concernées⁶⁸.

Incontestablement, les ONG sont souvent reconnues comme des détentrices privilégiées d'une certaine expertise et d'informations techniques et, de ce fait, sont perçues comme ayant un rôle à jouer dans l'élaboration du processus de participation publique⁶⁹. L'expertise ne devrait toutefois pas constituer une carte blanche pour se juxtaposer à la volonté des citoyens affectés.

4.1.2 Les ONG et les communautés locales : acteurs complémentaires, mais pas unitaires

Si l'émergence et l'apport grandissant des ONG dans la conduite des affaires internationales et dans l'élaboration des normes revêt une certaine importance pour l'analyse théorique de notre sujet, il demeure que les ONG ne constituent pas le public tel que nous le concevons dans le cadre de ce travail. Fort certainement, les ONG sont aussi susceptibles d'être impliquées dans ce processus localisé, que cela soit à titre d'expert ou à titre de représentantes désignées par lesdites communautés, par exemple. Ultimement, toutefois, c'est la participation active de la communauté et des individus qui la constituent, et ce par l'entremise ou non de représentants, qui est visée par l'analyse. Cette approche va dans le sens des idées de David Szablowski de même que Sara Seck qui réfèrent tout deux à un *public* qui s'incarne en les *communautés locales*. Le langage utilisé dans différents outils juridiques relatifs à l'environnement opère et souligne graduellement une distinction entre les ONG et les communautés locales.

⁶⁸ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 72. Pour une critique du rôle des ONG dans la sphère de l'écopolitique, voir aussi Jennifer L. Johnson, « New Social Actors in Environment and Development in Latin America », *Regional Worlds : Cultural Environments and Development Debates – Latin America, The Globalization Project, University of Chicago, 1998* <http://globalizationproject.uchicago.edu/Lat_Am_Paper.html>

⁶⁹ *Ibid.*, à la page 25. Les auteurs soulignent que les populations affectées sont souvent « *ill-equipped to deal with technical matters.* » Voir aussi Raustiala, *supra* note 53 à la page 538 et 583. Il explique que l'information technique développée et transmise par les ONG peut s'avérer utile et bénéfique tant aux communautés affectées qu'à l'État. Les États peuvent y puiser la possibilité de réguler les activités économiques privées de manière plus efficace et plus légitime.

4.2 Les peuples autochtones : destinataires classiques du principe de libre consentement préalable et éclairé

Pring et Noé considèrent les avancées soutenues dans la sphère des droits des peuples autochtones au cours de la dernière décennie comme l'un des facteurs ayant favorisé l'essor du droit de la participation publique⁷⁰.

La reconnaissance grandissante des droits des peuples autochtones se manifeste entre autres par l'adoption de déclarations et de conventions les concernant directement⁷¹. À la différence des peuples autochtones, les communautés locales ne jouissent pas clairement d'un statut juridique en droit international, en dépit de mentions éparses dans de nombreux textes légaux internationaux. Dans les mots d'Armelle Guignier, « les peuples autochtones et communautés locales doivent faire face aux mêmes difficultés de survie sans pour autant bénéficier d'une protection identique ⁷²».

Les peuples autochtones demeurent un important point de départ pour saisir comment les communautés locales non autochtones s'imposent dans l'arène et revendiquent une voix dans le processus décisionnel entourant les projets de développement liés aux ressources naturelles. Les droits et responsabilités des populations autochtones dans les processus de prise de décisions relatives à l'exploitation des ressources naturelles, ou du moins dans la gestion des ressources, fera l'objet d'une section dans le chapitre 2 et nous aidera à comprendre l'évolution du droit international dans le sens d'une participation publique élargie aux communautés locales non autochtones.

⁷⁰ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 13.

⁷¹ Soulignons entre autres la *Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, Organisation Internationale du Travail (OIT), 76^e session, (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

⁷² Armelle Guignier, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs?*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2003 à la p.16

4.2.1 Analogie entre les peuples autochtones et communautés locales non autochtones

Sara Seck évoque la reconnaissance croissante du droit de participation pour les communautés locales « *especially but not exclusively indigenous peoples*⁷³ ». Une telle approche constitue une invitation pour l'étude la participation publique à dépasser le cadre d'analyse du droit des peuples autochtones afin de permettre une pénétration du dialogue par les communautés locales non autochtones, dont le statut, à l'inverse des premiers, n'est pas clairement reconnu en droit international.

L'auteure Armelle Guignier suggère une analogie entre les peuples autochtones et les autres populations locales. Son analyse met en évidence la dépendance de ces deux entités sur les ressources naturelles⁷⁴, leur marginalisation sociale et économique⁷⁵, de même que l'isolation géographique⁷⁶, facteurs qui fondent la vulnérabilité – partagée – de ces acteurs. D'autres auteurs observent le rapprochement entre les réalités respectives des deux groupes. Parmi eux, Robert Goodland défend l'idée que le principe de consentement libre préalable et éclairé doit pouvoir s'appliquer « *to all communities, certainly for indigenous peoples, but also to the poor in general*⁷⁷ ». Son analyse se base sur l'idée d'un « *continuum of dependence on customary resources, with indigenous peoples clustered at one end, peasant and rural poor*

⁷³ Seck, *supra* note 9 à la page 196-97.

⁷⁴ Guignier, *supra* note 72 à la page 15. Voir aussi Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 77. Laplante et Spears font une description détaillée des facteurs fondant la vulnérabilité des communautés les plus affectées par les activités des industries extractives : « *[They] tend to have less access to justice, formal political processes, decision-making structures, social services, economic systems and land tenure systems, and they experience higher rates of poverty, discrimination and justice.* » Ce type d'analyse vient à la fois souligner le rôle du droit international relatif à la non-discrimination dans l'élaboration et la mise en œuvre de la participation publique, tout en soulignant fortement les asymétries inhérentes à l'acteur que constitue les communautés locales. Ces asymétries auront une incidence sur le degré d'autorité susceptible de se retrouver effectivement entre les mains des différentes parties prenantes à un processus décisionnel. Ce point sera d'ailleurs élaboré dans le chapitre 3.

⁷⁵ *Ibid.* à la page 17. Pour une discussion sur les différentes dimensions de la vulnérabilité des peuples autochtones, voir Alex Page, « Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System » (2004) 4 Sustainable Dev. L. & Pol'y 16 à la page 19.

⁷⁶ *Ibid.* à la page 18.

⁷⁷ Robert Goodland, « Free, Prior and Informed Consent and the World Bank Group » (2004) 4 Sustainable Development Law and Policy 66 à la page 69.

*in between, and the urban poor less connected*⁷⁸». Dans un même ordre d'idées, Gregory F. Maggio, dans une analyse de la participation publique dans le cadre des instruments légaux internationaux relatifs à la conservation de la biodiversité, fait usage du terme « *long term-occupant communities*⁷⁹ » afin d'élargir le spectre des acteurs. Il explique que cette appellation, en plus d'inclure les populations autochtones, permet de « *[embrace] socio-cultural groups that may not fall easily under existing definitions of « indigenous » or « tribal » peoples, but which nonetheless have lived for long-periods of time in particular areas and often depend on natural resources of those locales for their livelihood and sustenance*⁸⁰ ».

Les similitudes existant entre les populations autochtones et les communautés locales non autochtones ouvrent la porte à une certaine fusion des discours, ou du moins, constituent une fenêtre d'opportunité pour les communautés locales, qui peuvent s'inspirer de l'expérience autochtone pour stimuler le développement de normes qui les concernent.

À cet effet, Szablowski explique comment le discours sur les droits des peuples autochtones se transpose peu à peu aux communautés locales : « *[t]he indigenous movement and its support of local claims for self-determination in the face of government attempts to appropriate land and resources [...] has exported a powerful globalising discourse and strategic rhetorical resources that have been taken up and adapted in local struggles*⁸¹ ». Ainsi, le débat sur l'utilisation des ressources et des terres, et la participation des communautés, quitte la sphère du droit international des peuples autochtones et les populations locales s'approprient un discours jadis réservé aux peuples autochtones.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Gregory F. Maggio « Recognizing the Vital Role of Local Communities in International Legal Instruments for Conserving Biodiversity » (1997-1998) 16 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 180 aux pages 181-182.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 38.

L'identité politique des populations autochtones est un élément essentiel à l'analyse de leur participation au processus décisionnel. Les revendications autochtones en matière d'autonomie politique⁸² et de souveraineté, de même que celles liées à leur statut et leur identité, se juxtaposent aux revendications sociales et environnementales, ce qui peut complexifier l'analyse de leur participation, notamment sur les questions d'autorité et de légitimité⁸³.

Quoiqu'aussi susceptibles de constituer des revendications de la part des communautés locales, les questions d'autonomie politique, de souveraineté et de statut politique ne sont pas considérées dans notre cadre d'analyse comme centrales à leur action ou à leur appel pour une intégration accrue et obligatoire de leur participation dans les processus décisionnels. L'analyse mise sur les impacts immédiats des activités économiques – impacts sociaux, environnementaux, ou économiques – et non sur des visées politiques élaborées en parallèle. Une telle approche permet en quelque sorte de dépolitiser le discours, de le « communautariser ».

À la lumière de ces éléments d'analyse qui permettent d'établir un rapprochement entre les conditions des populations locales autochtones et non autochtones, la perspective préconisée est la recherche d'une règle de participation publique qui saurait s'imposer en dehors du contexte particulier du droit des peuples autochtones pour s'appliquer aux populations locales susceptibles d'être affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles. Ainsi, l'analyse conceptualise le public en termes de communautés locales *non autochtones*.

⁸² Voir notamment Guignier, *supra* note 72 à la page 16. Guignier soutient que les communautés locales, à la différence des populations autochtones, « ne revendiquent pas des droits comme l'autonomie politique, ou des droits territoriaux ».

⁸³ Voir notamment Maggio, *supra* note 79 à la page 200. Maggio soutient notamment que « *Many governments are suspicious of devolution of resource management authority schemes, particularly where they involve indigenous communities that might also be seeking greater autonomy over their internal affairs* ».

5 Les communautés locales : acteurs de la participation

Le droit international opère maintenant une distinction entre les communautés locales et les peuples autochtones lorsqu'il est question de la participation. L'inclusion des communautés locales non autochtones dans le discours concernant le CLPI se généralise:

[D]'abord reconnu comme essentiel à la reconnaissance et à la mise en œuvre de certains droits fondamentaux des peuples autochtones protégés par divers instruments de droit international, tel que le droit à l'autodétermination et au contrôle sur leur terres, territoires et ressources, ce principe [de CLPI] est devenu plus largement accepté comme partie intégrante d'un traitement juste et équitable pour toutes les communautés.⁸⁴

Un lexique diversifié est cultivé pour désigner les communautés locales; indistinctement, les textes légaux et articles académiques évoquent le public, les communautés concernées⁸⁵, les populations affectées, les communautés locales. De manière accrue, donc, les communautés locales sont évoquées aux côtés des populations autochtones; le droit perd de son hermétisme au profit d'une perméabilité au regard des différents acteurs pouvant prendre part à des processus décisionnels.

Ce constat nous pousse à vouloir nous intéresser particulièrement aux communautés locales et au rôle qu'elles sont appelées à jouer dans leur propre développement, tenant compte en particulier de l'impact significatif qu'ont les projets liés aux ressources naturelles sur leur mode de vie. Nous nous intéressons aux communautés locales de la même façon que le droit international s'est intéressé aux communautés autochtones, et du droit qu'ont ces acteurs d'être consultés et de participer activement aux décisions prises concernant des projets de développement liés aux ressources naturelles.

⁸⁴ Lebuis, *supra* note 49 à la page 4.

⁸⁵ *Ibid.* à la page 7.

5.1 Communautés politiques, humaines, ou imaginées?

Un des problèmes auquel tout chercheur qui s'intéresse à ces problématiques est confronté est de déterminer qui appartient à une communauté. Quelles sont les limites de la communauté, sont-elles d'ordre politique, culturelle, voire humaine ? S'intéressant à cette question, Barry Barton considère qu'il est nécessaire de distinguer la participation publique de la participation citoyenne et politique⁸⁶. Appliqué au concept de communauté, il s'agit donc de savoir quelle communauté est spécifiquement visée par la participation. Référencer à la communauté politique revient en quelque sorte à adopter le point de vue de Yishai Blank, et insister sur le niveau local de gouvernance. Si cette approche comporte des avantages certains sur le plan de l'opérationnalisation de la participation et l'application des normes de participation, elle ne fait que transposer la fonction de représentation sur une échelle de gouvernance inférieure.

La question a également interpellé le droit international, notamment le droit international relatif aux peuples autochtones. La Convention no. 169 de l'OIT pose l'auto identification « comme un critère fondamental pour l'identification des peuples indigènes et tribaux⁸⁷ » et par là, la conscience de son appartenance à cette communauté. La question pourrait se poser de savoir si les membres des communautés affectées ont besoin de se reconnaître comme faisant partie d'une communauté spécifique. Conceptualiser la communauté en termes de communautés imaginées⁸⁸ constitue une torsion utile du concept qui permet d'éviter de tomber dans une analyse limitée soit à une communauté politique ou à un agrégat d'individus, approche susceptible de sacrifier certains groupes ou individus se situant en dehors de la définition formelle, mais subissant de manière égale les effets négatifs d'un projet de développement.

⁸⁶ Barton, *supra* note 11 à la page.78.

⁸⁷ Soulignons entre autres la *Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux supra* note 70.

⁸⁸ L'expression est empruntée à Benedict Anderson, *L'imaginaire national : réflexion sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte, 2002. Benedict Anderson s'interroge sur les fondements de la Nation, ou plus précisément, sur les fondements de la conscience nationale. Dans le cadre de notre étude, le concept n'est pas repris intégralement. Nous retenons l'aspect « imaginé » de la communauté pour expliquer le fait que la communauté est en quelque sorte un construit basé sur un sentiment de fraternité et d'appartenance à une groupe.

La systématisation du concept de communauté implique la reconnaissance ponctuelle des individus comme constituant une communauté dite affectée; un ensemble d'individus, donc, faisant face à un risque immédiat commun et se reconnaissant un intérêt partagé à répondre collectivement à ce risque. Il n'apparaît dès lors pas nécessaire de disposer de critères objectifs pour délimiter la communauté affectée.

5.2 Imperfections de l'acteur communautés locales

Centrale à l'idée des communautés comme acteurs est la connaissance particulière qu'ont ces communautés de l'environnement dans lequel elles évoluent⁸⁹. L'importance de ce savoir pour la prise de décisions légitimes est soulignée dans un éventail de textes légaux, dont l'analyse sera développée dans le chapitre subséquent.

Barry Barton étaye les problématiques soulevées par la participation du public, analysées dans une perspective élitiste : « *[p]ublic participation can be criticized if it simply holds a mirror up to the pattern of power in the community; if the rich and well-organized are heard, while the poor and minorities are weakly represented. It may not eliminate power imbalances, and indeed it may exacerbate them*⁹⁰ ».

Une analyse élitiste du processus de participation publique pose la question de comment organiser la participation de telle façon que cela ne devienne pas un exercice limité, conduit exclusivement par les élites informées et ou influentes des communautés consultées. En d'autres mots, l'opérationnalisation du consentement libre préalable et informé doit porter une attention particulière aux groupes marginalisés, et s'assurer d'intégrer « *individuals or*

⁸⁹ Voir par ex. Jeffrey L. Dunoff, qui soutient que l'implantation des politiques dépend largement d'une information locale. Jeffrey L. Dunoff, « Levels of Environmental Governance » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 85 à la page 103.

⁹⁰ Barton, *supra* note 11 à la p.109

*groups that may traditionally be denied social power due to gender, ethnicity, religion, class or caste*⁹¹».

L'élitisme qui caractérise souvent les processus de participation publique sont plus souvent qu'autrement la résultante directe d'un problème plus fondamental et structurel inhérent à une portion significative des communautés locales. En effet, de nombreux auteurs soulignent la vulnérabilité des populations locales affectées par les projets de développement des ressources naturelles, ainsi que la marginalisation qui les caractérisent généralement dans le contexte national. Cette marginalisation a potentiellement plusieurs effets négatifs, notamment celui de court-circuiter le processus de consentement du fait de pression économique exercée indirectement sur des populations avides d'opportunités – notamment d'opportunités économiques. Dans les mots de Robert Goodland, « *[t]he poor tend to accept riskier jobs and less safe labor conditions, and may provide consent more readily than the rich because of need*⁹² ». La marginalisation est également susceptible d'accentuer les asymétries de pouvoir au sein de la communauté de même qu'à l'extérieur des limites de celle-ci. Le troisième chapitre proposera une discussion sur la question de la réciprocité. Le consentement libre préalable et informé se présente, pour plusieurs, comme une opportunité de rétablir un certain équilibre entre les acteurs. Évidemment, la matérialisation de cette alternative dépend de la mise en œuvre efficiente de chacune des composantes du CLPI pour tous les individus formant la communauté.

5.3 Portée identitaire des ressources naturelles aux niveaux local et national

Les ressources naturelles sont captivantes en ce qu'elles revêtent une importance toute particulière à plusieurs niveaux. Au niveau local, les communautés entretiennent une relation étroite avec les ressources naturelles. Au niveau étatique, au-delà du calcul économique qui s'opère en lien avec l'exploitation de ces ressources, accent mis sur les bénéfices pécuniaires que les États peuvent tirer des activités économiques qu'elles engendrent, les ressources

⁹¹ Oxfam Australia, *Free Prior and Informed Consent : The Role of Mining Companies*, (2007), en ligne : Oxfam Australia <<http://www.oxfam.org.au/resources/filestore/originals/OAus-FreePriorInformedConsentMining-1007.pdf>> à la page 9 du document.

⁹² Goodland, *supra* note 77 à la page 66.

naturelles arborent une dimension identitaire incontestable pour l'État en tant que concept politique. Au cœur du concept d'État se trouve entre autres la notion de souveraineté, qui englobe notamment la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, une composante fondamentale à la fois de la souveraineté étatique, territoriale et économique des États.

La réconciliation de ces deux identités demeure une entreprise laborieuse, d'autant plus que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles fait l'objet de revendications de la part des populations autochtones de part et d'autres sur la scène internationale. Un rapport de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies souligne que « la réconciliation des intérêts légitimes des États et des droits préalables des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles a [...] été reconnue par un grand nombre comme une mesure essentielle pour la promotion des droits de ces peuples⁹³ ». Certes, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est souvent décrite comme une revendication spécifique aux peuples autochtones. La possibilité qu'une telle revendication puisse être élargie à l'ensemble des communautés sera examinée en profondeur dans le chapitre 2. La réflexion présentée ici vise, pour le moment, à souligner que la réconciliation des identités respectives des États et des communautés vis à vis les ressources naturelles ou, à l'opposé, l'adoption d'une attitude conservatrice de la part des États sur cette question influera d'une manière ou d'une autre sur le processus de participation, et le degré de contrôle, d'autonomie et de pouvoir qui pourra être exercé par les communautés locales.

6 Synthèse

Souvent conçus comme les objets du droit plutôt que les sujets, les individus, et les groupes d'individus qu'ils constituent, ont traditionnellement été perçus comme ayant leurs intérêts représentés par les gouvernements et subsidiairement par la société civile. Notre approche consiste à étudier le droit de la participation publique des communautés locales non autochtones, convaincu toutefois que le droit international des peuples autochtones se

⁹³ *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes*, Doc. Off. CES NU, 2004, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2004/30 (2004) 1 à la page 5, par. 5.

présente comme une base juridique indispensable à l'analyse de la participation publique en droit international. L'objectif ici n'est pas de déterminer si une population nationale doit pouvoir participer intégralement à la définition des normes et des conditions selon lesquelles un projet de développement pourra s'exécuter. Il s'agit de mettre l'emphase sur les populations affectées directement par un projet de développement lié à l'exploitation de ressources naturelles, dans l'environnement physique qu'elles occupent.

CHAPITRE 2

PARTICIPATION PUBLIQUE : ÉMERGENCE D'UNE NORME DE DROIT INTERNATIONAL?

"C'est le consentement de la multitude qui est le seul juge."
- Thomas d'Aquin

1 Introduction : La recherche d'une norme?

Légalement, le flou demeure entier autour de la notion de participation publique. Bien que présente de manière croissante dans différents traités et conventions, il n'existe pas de définition universelle, ni de consensus à l'égard de sa nature juridique et de son contenu normatif. La participation publique se dessine dans des sphères diversifiées du droit international et s'exprime de manière différente sur les plans local, national et international. Ce qu'englobe exactement la notion de participation se révèle au gré des interprétations et des expériences diverses.

D'une tribune à une autre, le contenu et la forme que prend la participation publique varie énormément : entre obligation étatique, obligation des acteurs économiques privés du

développement, *soft law*, ou droit fondamental des peuples autochtones et locales⁹⁴, les interprétations sont variées concernant le statut de la participation publique en droit international. Et nonobstant la prolifération de la notion dans les traités, conventions et autres instruments légaux, il n'est pas clair ce qui est entendu par le terme participation, ni ce que la participation cherche à encadrer⁹⁵.

Initialement, notre projet de recherche visait à démontrer l'existence d'une obligation indirecte découlant d'autres obligations reconnues de droit coutumier. Cette approche s'inspirait notamment de Sara Seck qui, dans un article élaborant sur les responsabilités transfrontières dans le secteur minier, pose *a priori* l'existence d'une obligation d'implanter les trois piliers de la participation publique, et cherche à en démontrer l'application extraterritoriale⁹⁶.

Dans une analyse similaire, Jonas Ebbesson exprime également la conviction que la participation publique constitue une obligation: « *[i]ncreasingly [...] international law is also imposing a duty on states to develop participatory processes at the national level* »⁹⁷. L'auteur ne manque toutefois pas de relever l'indétermination de la norme ou du principe, ou du moins le degré de latitude qui subsiste sur le plan de sa mise en œuvre: « *although in most cases, [international law] does not determine the precise manner in which states are to organize such participation* »⁹⁸.

Quoiqu'il soit possible de repérer certains auteurs convaincus de la nature obligatoire de la participation publique en droit international, ce débat suscite maintes hésitations académiques et juridiques, exacerbées en plus par la fragmentation du droit international susceptible

⁹⁴ Bruch et Filbey soutiennent que « *public involvement is increasingly being considered a basic human right* ». Carl Bruch et Meg Filbey, « Emerging Global Norms of Public Involvement » dans Carl Bruch, dir., *The New Public: The Globalization of Public Participation*, Washington, Environmental Law Institute, 2002, 1 à la page 6.

⁹⁵ Véronique Lebus souligne au début de son article que « les questions liées aux formes et à la nature de [la] participation, cependant, demeurent ambiguës. », *supra* note 49 à la page 6.

⁹⁶ Seck, *supra* note 9.

⁹⁷ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 684.

⁹⁸ *Ibid.*, à la page 684.

d'avoir pour effet de limiter le caractère obligatoire à certains régimes⁹⁹. La question du destinataire de l'obligation de droit pose entre autres la question plus large de la responsabilité effective des entreprises transnationales, de même que celle cherchant à savoir si ces acteurs constituent des sujets de droit international. Quoique d'une importance capitale, ces questions sont complexes au point qu'elles pourraient en elles-mêmes faire l'objet d'un mémoire de recherche, notamment étant donné leur rapprochement intime avec les questions d'application extraterritoriale de normes internationales ou du statut des acteurs transnationaux en droit international.

Le caractère trop extensif de ces débats nous amène à écarter une étude approfondie de la question spécifique du caractère obligatoire de la norme de participation, ou de sa nature juridique spécifique; les thèmes susmentionnés ne manqueront toutefois pas de stimuler notre réflexion tout au long de ce chapitre. Le présent chapitre propose en quelque sorte de faire la genèse du concept de participation publique, d'explorer cette notion dans une perspective indéterministe, d'identifier ses fondements juridiques, et d'évaluer ce qui se dégage sur le plan de son contenu et de sa nature. En outre, le chapitre procédera à un examen de la notion de participation publique. Étant donnée l'influence particulière qu'a eu le droit international de l'environnement dans l'articulation de la participation publique, une attention particulière sera portée à ce champ juridique. La place de la participation dans les droits humains, le droit des peuples autochtones et dans les instruments régionaux et ceux de la Banque mondiale enrichiront l'analyse.

1.1. Une norme émergente ?

Parshuram Tamang suggère que le consentement libre, préalable et informé jouit d'une reconnaissance à des *degrés variables* en droit international, sans spécifier la teneur ou la

⁹⁹ Pour un survol du débat de la fragmentation et la spécialisation du droit en droit international de l'environnement, voir Bodansky, Brunnée et Hey, « International Environmental Law : Mapping the Field » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 1 aux pages 3 et 4.

nature de la norme¹⁰⁰. Carl Bruch et Meg Filbey évoquent les normes émergentes: « *global norms and mechanisms to ensure public involvement are emerging and crystallizing*¹⁰¹ » tandis que Pring et Noé qualifient la participation comme étant « *This new law of 'Public rights to control private development'*¹⁰² ». Il est intéressant de noter le pluriel employé par les auteurs pour qualifier les normes relatives à la participation publique. Une telle formulation met en évidence à la fois la nature hybride de la participation, située à la jonction d'une panoplie d'autres droits, en plus des formes diversifiées que revêt la participation d'un régime à un autre, ou d'un pays à un autre.

Barry Barton échappe au débat sur le caractère obligatoire de la participation, en se limitant à souligner le caractère incontournable de ce processus légal : « *[l]egally speaking, the views of the public cannot be disregarded; the public participation must be taken into account in making the decision*¹⁰³ ».

Les éléments de la définition de David Szablowski se prêtent adéquatement à la perspective préconisée dans ce mémoire. D'abord, Szablowski considère deux branches de la participation au processus décisionnel; l'une se juxtapose parfaitement à l'objet de notre étude et réfère au « *right of an individual or group whose entitlements stand to be significantly affected by a decision somehow to participate in the making of that decision*¹⁰⁴ ». Dans un article antérieur à son livre *Transnational Law and Local Struggles*, Szablowski adopte une approche généraliste de la participation en stipulant que « *« participation »*

¹⁰⁰ Parshuram Tamang, *An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, Présenté lors de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones, Instance permanente sur les questions autochtones, CES NU, New York, 17-19 janvier 2005, à la page 3.

¹⁰¹ Bruch et Filbey, *supra* note 94 à la page 1.

¹⁰² Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 14

¹⁰³ Barton, *supra* note 11 à la page 78. Sur un plan plus théorique, Oren Perez partage cette idée en expliquant qu'il existe une « *widely shared expectation that the people affected by a certain normative structure should be involved in its design and implementation* ». Voir Perez, *supra* note 39 à la page 29.

¹⁰⁴ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 21.

*denotes an unspecified or general form of procedural involvement*¹⁰⁵», et en mettant en évidence le caractère « *flexible rather than formalistic*¹⁰⁶ » de ce type d'approche de la participation. En même temps, et Szablowski le souligne clairement, la participation doit impérativement être orientée vers les groupes d'individus susceptibles d'être affectés par un projet donné, en les mettant au centre du processus à la fois à titre de sujets et d'objets de la participation¹⁰⁷.

Les interprétations généralistes de la participation – et particulièrement l'approche de David Szablowski du concept – guideront notre analyse juridique de la participation. Une conception vague et indéterminée de la participation publique permet de contourner le débat à savoir si la participation publique constitue une norme, une obligation. L'indétermination supporte une définition localisée des problèmes et des moyens de les régler, et permet du même souffle une adaptabilité aux contextes locaux particuliers – contextes politique, social ou environnemental – dans lesquels s'inscrit la participation des communautés affectées¹⁰⁸. Cette indétermination, toutefois, pose la question importante de savoir quel acteur, dans la pratique, est responsable de l'identification des modes de participation sur le terrain, et de leur opérationnalisation.

La visée théorique de notre étude, qui ambitionne de mettre l'accent sur les motivations extrajuridiques et contextuelles de l'apparition et la prolifération de normes relatives à la participation publique dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles, nous amène à adopter une conception de la participation comme processus légal ou comme composante essentielle du processus décisionnel. Une étude approfondie de la participation en tant que dialogue se tenant entre les acteurs impliqués, de même que l'analyse de la valeur et de la

¹⁰⁵ Szablowski, « Mining, Displacement and the World Bank: A Case Analysis of Compañía Minea Antamina's Operations in Peru » (2002) 39 *Journal of Business Ethics* 247 à la page 252.

¹⁰⁶ *Ibid.*, à la page 252.

¹⁰⁷ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 aux pages 21 et 22.

¹⁰⁸ Pour un survol de la question de la relation entre la participation publique et le contexte politique particulier dans lequel elle s'inscrit, voir entre autres le texte de Barry Barton, *supra* note 11.

fonction de ce dialogue, constituent autant d'éléments et de questions qui seront approfondis dans le chapitre subséquent.

2 Définition de la participation publique

D'entrée de jeu, la participation publique affiche une difficulté définitionnelle : plusieurs conceptions se côtoient en droit international; les nombreuses sphères du droit et textes internationaux qui intègrent le principe de participation publique ne le font pas toujours de manière cohérente. Le juriste est souvent placé devant des définitions dont le champ d'application et le degré d'implication des populations affectées peuvent varier énormément.

De manière plus ou moins instinctive, la notion de participation est parfois associée aux notions de consultation et de négociation. Quoique faisant également appel à une forme de dialogue entre les différentes parties prenantes, ces notions semblent à première vue différer de la participation publique active sur le plan du degré de contrôle octroyé aux participants et les variables susceptibles d'être ultimement prises en compte dans le cadre de ces processus.

Dans cette optique, un effort de conceptualisation s'impose, avec pour objectif de discerner les différentes composantes de la participation publique, et tenter de voir en quoi l'une des interprétations juridiques dominantes prévaut sur l'autre, ou en quoi elles se complètent. Distinguer entre les concepts de consultation et de consentement s'avère une entreprise aussi complexe que nécessaire; la nature de la participation des populations affectées dépend largement du levier octroyé à ces populations et du niveau d'autorité qui leur est conféré¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Lebuis, *supra* note 49 à la page 10. Lebuis souligne que « le débat entre l'attribution d'un droit de *consultation* ou un droit au *consentement* laisse place à un éventail d'approches et de normes plus ou moins contraignantes. »

2.1 La participation publique : les trois piliers

Une part importante de la littérature réfère à la participation publique comme un processus soutenu par trois éléments qualifiés de piliers centraux. Ces piliers sont (1) l'accès à l'information; (2) l'accès au processus décisionnel; et (3) l'accès à la justice/aux tribunaux. Ces piliers ont été au fil des années incorporés dans de nombreux textes de droit international, pour se manifester de la manière la plus exhaustive dans le principe 10 de la Déclaration de Rio (1992)¹¹⁰. Ce principe se retrouvera sous une forme élaborée et portera une nature d'autant plus contraignante dans la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention Aarhus, 1998)¹¹¹, tout en se retrouvant dans un nombre accru d'instruments internationaux¹¹². Les trois piliers, tout en soutenant des droits distincts, sont interdépendants, et tel que le note Pring et Noé « *no one of the three can succeed without the other two*¹¹³ ».

Il est intéressant de noter ici que les piliers de la participation publique reposent grandement sur la présence et la mise en œuvre de droits fondamentaux souvent associés aux systèmes démocratiques, tel que la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit d'accès à la justice, et le droit d'accès à l'information¹¹⁴, pour n'en nommer que quelques-uns, droits qui puisent leur contenu notamment dans le droit international des droits de l'homme. Pring et Noé font d'ailleurs remarquer que la participation publique est étroitement liée et a été

¹¹⁰ Déclaration de Rio, *supra* note 16.

¹¹¹ *Convention sur l'accès à l'information, l'accès du public au processus décisionnel, et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998, 2161 R.T.N.U 447 (entrée en vigueur: 30 octobre 2001) [Convention Aarhus]. Roda Mushkat explique bien l'importance de la Convention Aarhus sur la question de la participation publique vis à vis les conventions et autres textes internationaux l'ayant précédé, *supra* note 10 aux pages 188-192.

¹¹² Voir par ex. la Stratégie interaméricaine pour la promotion de la participation du public au processus de prise de décision sur le développement durable, adoptée par l'Organisation des États Américains (OÉA) en 1999.

¹¹³ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 28. Voir aussi Marcos A. Orellana, « Unearthing Governance : Obstacles and Opportunities for Public Participation in Mineral Policy » dans Carl Bruch, dir., *The New Public : The Globalization of Public Participation*, Washington D.C., Environmental Law Institute, 2002, 235 à la page 236. Orellana explique notamment que « [...] *without information and participation, there can be no informed consent. A necessary implication of the right to prior informed consent is the need to secure access to justice when this right is denied.* »

¹¹⁴ *Ibid.*, à la page 50.

accélérée par la tendance à la démocratisation, ce qui démontre les liens étroits existant entre les deux¹¹⁵. Ce rapprochement contribue à mettre en lumière le problème délicat de la participation publique dans les pays dits à faible gouvernance ou les États en situation de conflit ou post conflit, et renforce le complexe débat concernant le rôle joué par les entités transnationales dans l'élaboration et la mise en œuvre des processus de participation au niveau local dans de tels contextes.

Les trois piliers constituent une contribution significative à la structure de la notion de participation publique en droit international, et mettent en lumière certaines des conditions essentielles à sa réalisation, sans toutefois constituer une véritable définition du concept. En particulier, le second pilier, qui réfère directement à la participation aux processus décisionnels, n'est pas complété par des précisions sur le plan de la nature de l'exercice. L'analyse du concept de consentement libre, préalable et informé offre des indices additionnels pour circonscrire la nature et le contenu de la participation publique, en particulier le caractère *préalable* de l'exercice, et le critère *consentement*.

2.2 La participation publique : le consentement libre, préalable et éclairé

Une autre approche tend à conceptualiser le droit de la participation publique comme « *a right of indigenous and local communities to free prior and informed consent* ¹¹⁶ ». Cette notion de consentement libre, préalable et informé (CLPI) a été élaborée essentiellement dans le cadre du droit international des peuples autochtones, et graduellement élargie à d'autres sphères du droit.

La discussion sur le caractère obligatoire du CLPI pour les peuples autochtones est antérieure à celle sur la participation des communautés locales. Toutefois, tel que le démontre le chapitre précédant, les rapprochements qu'il est possible d'établir entre les communautés locales autochtones et non autochtones sur le plan de la dépendance à l'égard de l'environnement et des ressources, de même que leur vulnérabilité socio-économique

¹¹⁵ *Ibid.*, à la page 14.

¹¹⁶ Seck, *supra* note 9 à la page 178.

partagée poussent à vouloir élargir l'analyse du CLPI aux communautés locales non autochtones.

Le flou juridique entourant cette notion est palpable, et aucune définition universelle ne semble vouloir émerger de ce concept¹¹⁷. Véronique Lebuis souligne toutefois que : « la signification du [CLPI] se définit progressivement dans des arènes où se jouent des intérêts variés ¹¹⁸».

Dans leur analyse de l'évolution des normes de participation, Laplante et Spears évoquent l'apparition nécessaire d'une nouvelle génération de normes ayant pour objectif de passer d'un paradigme de la *consultation* publique – que l'on pourrait aussi qualifier de participation passive – vers un paradigme de participation active, lequel vise à obtenir des communautés leur *consentement* libre, préalable et informé. Ce paradigme – dans les mots des auteurs « *the obvious next step in the evolution of the relationship between extractive industry companies and communities*¹¹⁹ – schématise une participation s'insérant à toutes les phases du projet.

Des inquiétudes escortent étroitement le principe de CLPI, notamment sur le plan de son statut juridique¹²⁰, particulièrement l'absence de consensus sur ce principe de la part des entreprises multinationales, des institutions financières internationales et des États – bien que le CLPI soit partie intégrante de nombreux textes juridiques internationaux¹²¹. L'opérationnalisation du CLPI figure également parmi les inquiétudes relevées par Laplante et Spears. Centrale à la problématique de l'opérationnalisation se trouve la question primordiale qu'est celle de définir ce qu'est, en pratique, le *consentement*.

¹¹⁷ Voir par ex. Tamang, *supra* note 100 à la page 3. Voir aussi Lebuis, *supra* note 49 à la page 14.

¹¹⁸ Lebuis, *supra* note 49 à la page 14

¹¹⁹ Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 71

¹²⁰ *Ibid.*, à la page 93

¹²¹ *Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, *supra* note 71.

2.3 Entre consultation, consentement et participation

L'impression laissée par le CLPI, par opposition à des processus de consultation ou de négociation¹²², est que ce processus permet une meilleure intégration de toutes les dimensions sociales, et une tendance à rééquilibrer les asymétries de pouvoir existants entre les différentes parties. Une implication étriquée – limitée dans le temps ou étroite sur le plan du degré d'autorité – des communautés concernées apparaît davantage susceptible d'engendrer ou de refléter un déséquilibre de pouvoir entre les communautés et les exploitants. Dans les mots de Véronique Lebuis,

Les mécanismes de consultation [...] constituent rarement une forme d'engagement du public visant à lui donner du pouvoir. À l'inverse, le principe de [CLPI] permettrait aux communautés concernées de participer significativement au processus de prise de décision, de négocier des avantages justes et propres à lier leurs vis-à-vis aux négociations, ainsi que de refuser leur consentement si leurs besoins, priorités et préoccupations ne sont pas adéquatement discutés.¹²³

Pour Laplante et Spears, le principe de CLPI est un modèle qui devrait garantir une participation effective dans le processus de décision lié aux projets de développement. Au-delà de la consultation, c'est le consentement de la communauté qui est recherché dans ce nouveau processus de participation publique :

“ Free, Prior and Informed Consent differs importantly from consultation in the way decision-making authority is exercised¹²⁴. Whereas consultation processes require only that extractive industries hear the views of those potentially affected by a project and take them into account when engaging in decision-making processes, consent processes require that host communities actually participate in decision-making processes¹²⁵”

Les auteurs complètent cette interprétation en avançant trois autres critères essentiels à la réalisation du CLPI, tenant compte de l'évolution possible des préférences et des préoccupations des communautés dans le temps, à savoir son caractère « *informative*,

¹²² Les ententes sur les répercussions et les avantages (*Impacts and Benefits Agreements* (IBA)) constituent un exemple commun de processus de négociation avec les communautés.

¹²³ Lebuis, *supra* note 49 à la page 11.

¹²⁴ Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 87.

¹²⁵ *Ibid.*

*ongoing and responsive*¹²⁶ ». La participation publique active ainsi conçue s'inscrit en opposition à une participation se mettant en œuvre exclusivement lors des étapes préliminaires d'un projet – pratique qui caractérise souvent les processus d'évaluation des impacts environnementaux.

Face à l'échec des normes de responsabilité sociale des entreprises¹²⁷ – notamment expliqué par les importantes lacunes et insuffisances des mesures de consultation¹²⁸ – l'idée de la participation publique comme processus *actif* et *continu* fait son chemin et induit une propension à associer les communautés à la réalisation des projets, et envisager ces dernières comme des partenaires, par opposition à de simples bénéficiaires d'avantages pécuniaires d'un projet de développement.

Concevoir les populations concernées comme des bénéficiaires d'avantages économiques les enferme effectivement dans un rôle passif, minimisant ainsi leur pouvoir décisionnel global. À l'inverse, la mise en valeur des préoccupations et des revendications spécifiques des populations concernées, tant sur le plan des bénéfices économiques que du respect de leurs droits et de l'intégration de leurs valeurs dans le développement d'un projet donné, les incite à une participation accrue au processus décisionnel et permet l'évaluation de l'ensemble des enjeux recoupant la mise en œuvre et la conduite d'un projet donné, particulièrement ceux relatifs à l'exploitation des ressources se trouvant sur leur territoire. Laplante et Spears

¹²⁶ *Ibid.*, à la page 115. En introduction de leur texte, les auteurs expliquent que les processus doivent être « *enduring, enforceable and meaningful* », confirmant l'importance, pour Laplante et Spears, de faire perdurer le processus à toutes les étapes du projet.

¹²⁷ *Ibid.*, à la page 70. Les auteurs font état de la contestation sociale grandissante à l'égard des projets d'extraction des ressources minières malgré l'adoption par un nombre croissant d'entreprises du secteur extractif d'initiatives volontaires faisant la promotion de la responsabilité sociale des entreprises. Les auteurs constatent ainsi l'inadéquation des stratégies actuelles pour la conduite de saines relations entre les communautés et les entreprises, et appellent au développement d'une nouvelle génération de normes sociales conférant un rôle grand pour les communautés, en leur conférant notamment un contrôle accru sur la gestion des ressources, et faisant la promotion du développement durable.

¹²⁸ Voir notamment The Canadian Centre for the Study of Resource Conflict, *supra* note 4; ICMM, *supra* note 5.

évoquent cette intégration des valeurs en expliquant que le CLPI présente « *the potential to address the complex and dynamic root cause of community concern* ¹²⁹ ».

Dans un document de référence publié en 1996 portant sur la participation,¹³⁰ la Banque mondiale échaafaude l'idée d'un continuum d'appropriation des projets de développement par les différentes parties prenantes – accent mis sur les communautés pauvres – le long duquel le rôle desdites parties affectées passe de celui de « *recipients of services, resources, and development interventions* », à celui de client, pour finalement atteindre, à l'autre extrémité du continuum le moment où « *these clients ultimately become the owners and managers of their assets and activities* »¹³¹. La Banque présente cette évolution – cette appropriation – comme une maximisation du potentiel des activités à être menées de manière durable et à contribuer à l'autonomisation des communautés¹³². Cette manière de voir fait écho aux appels pour une gestion des ressources naturelles par les communautés locales se trouvant dans un nombre grandissant de déclarations et de textes juridiques, notamment ceux relatifs au droit des peuples autochtones, tel qu'il le sera démontré plus loin dans ce chapitre.

2.4 L'accès à l'information : composante essentielle de la participation

Force est de constater que l'accès et la diffusion de l'information occupe une place prépondérante dans le concept de participation du public aux processus décisionnels et constitue un critère fondamental de cette notion. L'exploration des différents textes internationaux référant de près ou de loin à la participation publique permettra de constater l'omniprésence de ce critère d'accès à l'information lorsqu'il s'agit d'impliquer de manière plus ou moins active les populations affectées dans les processus décisionnels.

Notons ici que seule une circulation proactive et multidirectionnelle de l'information, à tous les sommets du *three corner venture*, est à même de pouvoir assurer une véritable

¹²⁹ Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 71.

¹³⁰ Banque Mondiale, *The World Bank Participation Sourcebook*, Washington DC, World Bank, 1996.

¹³¹ *Ibid.*, à la page 8.

¹³² *Ibid.*

participation, et ainsi conférer un sens aux autres étapes de ce processus. Les commentaires relatifs à l'article 13 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses interprètent d'ailleurs le devoir de l'État relatif à l'information du public comme comportant deux volets indissociables : « a) qu'ils [les États] informent le public de l'activité considérée, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et b) qu'ils s'informent eux-mêmes de l'opinion du public ¹³³».

3 Participation publique en droit international

Une étude juridique de la participation publique impose de discerner comment ce processus légal se dessine dans différentes sphères du droit international.

3.1 Le droit international des droits de l'homme et la notion de participation publique

Le droit international des droits de l'homme ne comprend pas de mention explicite du droit de la participation, sinon en référant plus largement à un éventail de droits rattachés – directement ou indirectement – au concept de participation publique. La participation publique peut être analysée comme une extension des droits humains reconnus dans différents instruments légaux internationaux, et peut être considéré comme ayant une relation dualiste avec le droit international des droits de l'homme. Dans cette relation dualiste, le droit à la participation publique dépend d'une panoplie de droits fondamentaux pour sa mise en œuvre, tout en étant garant lui-même de la réalisation d'une palette de droits humains connexes.

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après DUDH) de même que le Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte International relatif aux

¹³³ « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs* (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001 à la page 455.

droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) énoncent des droits fondamentaux qui, sans être la participation publique *per se*, sont liés intimement à la participation publique. Dans certains cas, ces droits constituent des prérequis à la mise en œuvre de la participation. Carl Bruch et Meg Filbey soulignent entre autres la centralité des principes de liberté d'expression et de liberté d'association au processus de participation : « *[i]n order to be more effective, in their participation, people must have the rights to establish groups to peacefully advocate their cause. [...] Similarly, the right to free speech is central to ensuring that people have a voice in decisions that affect them.* »¹³⁴ Et au-delà des droits civils et politiques, c'est toute la catégorie des droits de deuxième et troisième génération qui sous-tendent le droit de participation.

De manière accrue, les textes légaux et analyses académiques mettent en conjonction les droits humains et le droit à la protection environnementale. Ceci s'inscrit dans l'esprit du Rapport Brundtland, qui a le premier souligné l'interdépendance et l'imbrication des questions environnementales et des questions liées aux droits humains. Cette idée s'aligne sur le concept de développement durable – qui situe les êtres humains au centre des préoccupations environnementales. Un environnement sain est perçu comme un facteur primordial du développement des populations¹³⁵ et par extension, garant de droits humains liés directement ou indirectement à l'environnement immédiat des populations. Ainsi :

*The human interest in environmental protection has also found, more recently direct expression through human rights law. While a specific right to a clean environment has not yet emerged in international law there is ample evidence that established human rights to life, health, property, or privacy can be interpreted to encompass environmental concerns.*¹³⁶

La Déclaration sur le droit au développement (1986) reconnaissait, dans son préambule, le fait que le développement est un processus continu « *which aims at the constant improvement*

¹³⁴ Bruch et Filbey, *supra* note 94 à la page 3.

¹³⁵ Alan Boyle, « Relationship Between International Environmental Law and Other Branches of International Law » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 125 à la page 141. Boyle souligne entre autres les violations des droits humains qui peuvent découler de l'exploitation des ressources naturelles, notamment les questions liées au droit de propriété.

¹³⁶ Bodansky, Brunnée et Hey, *supra* note 99 à la page 14.

*of the well-being of the entire population and of all individuals on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom*¹³⁷ ». Sont ainsi récupérés certains termes centraux au concept de CLPI, tout en ne les présentant pas comme une prémisse dédiée exclusivement aux peuples autochtones. À l'inverse, *tous* les individus sont considérés à la fois comme les objets et les acteurs de leur développement.

La DUDH a très tôt énoncé des droits qui sont à la base de la participation publique en droit international. L'article 19 exprime le droit à la liberté d'opinion et d'expression. Le PIDCP élabore davantage sur la liberté d'expression et joint à cette liberté le droit à l'information en affirmant que « [...] ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce¹³⁸ ».

L'égalité devant la loi, le « droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes » ainsi que le droit de chaque individu à faire entendre sa cause sont garantis par les articles 7, 8 et 10 de la DUDH ainsi que par le PIDCP¹³⁹.

De manière plus évidente par rapport à la notion de participation publique, l'article 21 de la DUDH met de l'avant le droit de tout individu « de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis¹⁴⁰ », article repris textuellement dans le PIDCP dans l'article 25a). Si l'article ainsi rédigé semble vouloir renvoyer aux systèmes démocratiques électoraux, il souligne aussi, dans une certaine mesure, le rôle du citoyen dans la définition des modalités de gestion de l'État.

¹³⁷ *Déclaration sur le Droit au Développement*, Rés. AG 41/128, Doc. Off. AG NU, 41^e sess., supp. no. 53, Doc. NU A/41/128 (1986) (4 décembre 1986).

¹³⁸ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PIDCP]*, art. 19(2), 19 décembre 1966, 99 R.T.N.U. 171, art. 14, R.T. Can. 1976 no.47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

¹³⁹ Voir art. 14 du PIDCP, qui énonce que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent ». *PIDCP*, *supra* note 138.

¹⁴⁰ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG. 217 (III), Doc. Off. AGNU, 3^e sess., supp. no. 13, Doc NU A/810 (1948), 71, article 21.

Le PIDCP et le PIDESC disposent d'un article de grand intérêt pour notre recherche. L'article premier de ces deux instruments, particulièrement les deux premières sections, élabore sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Bien que développé dans un contexte de décolonisation, dans une vision étatique et avec pour vision l'émancipation des peuples colonisés, certaines interprétations actualisées de ce droit cherchent à revisiter la notion de peuples, et la détacher progressivement de l'État, auquel elle était parfaitement juxtaposée au moment de l'élaboration de ce texte légal international. Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones constitue un précédent à cet égard¹⁴¹. Ce point sera d'ailleurs abordé dans la section sur le droit des peuples autochtones.

3.2 Droit de l'environnement et participation publique

Au fil du temps, et accéléré entre autres par l'émergence d'une mouvance environnementale dynamique, le phénomène de la globalisation et les revendications croissantes à l'égard des entreprises transnationales¹⁴², la notion de participation publique s'est imposée dans un grand nombre de déclarations et conventions internationales, plus particulièrement celles relatives à l'environnement¹⁴³. La participation publique se conceptualise par ailleurs souvent comme étant la participation à une décision *environnementale*. D'apparence étroite, notons que sous-jacente à cette définition se trouve une conception extensive de l'environnement, qui dépasse l'environnement physique et qui tend à embrasser un éventail raffiné d'enjeux et de variables extérieurs à la nature *per se*. L'accent mis sur cette sphère du droit international prend tout son sens dans le cadre des projets liés à l'exploitation des ressources naturelles, reconnus pour laisser une empreinte environnementale – et on pourrait aussi présumer une empreinte

¹⁴¹ Notons que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones fait directement référence au PIDESC dans son préambule, citant le droit à l'autodétermination des peuples et soulignant « l'importance fondamentale » de ce principe. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. Off. Ag NU, 61^e session, Annexe, point 68, Doc. NU A/RES/61/295 (2007).

¹⁴² Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 13.

¹⁴³ Voir par ex. la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement (1992) *supra* note 16; *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement* [Déclaration de Stockholm], *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement* Doc. NU A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

sociale – plus profonde que d’autres secteurs de développement économique¹⁴⁴. À cet effet, le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, attestait dans son Rapport intérimaire de 2006 que « nul autre secteur n’a une influence aussi grande et aussi envahissante sur le plan social et environnemental » que celui des industries extractives¹⁴⁵.

Ainsi, au cours des deux dernières décennies, la participation publique s’est vue octroyer une place de choix dans le domaine du droit environnemental, tout en s’imposant peu à peu à l’extérieur de cette sphère. Le chapitre précédant a souligné l’importance du développement du droit de l’environnement dans l’apparition de la notion de participation publique. Le concept de développement durable est particulièrement pertinent dans le contexte d’une analyse juridique de la participation publique dans la sphère du droit environnemental. À cet effet, Richardson et Razzaque expliquent que « *[p]ublic participation is particularly significant in the context of sustainable development. Sustainability depends largely on the way economic, social and environmental considerations have been integrated in decision-making*¹⁴⁶ ».

Dès 1972, la Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies pour l’Environnement (Déclaration de Stockholm) mettait au premier plan les questions environnementales sur la scène internationale, et amorçait l’élaboration du concept nouveau de développement durable en termes juridiques – et avec lui, le concept de participation publique émergeait sur la scène internationale. La Déclaration ne réfère que vaguement à la participation en abordant le rôle des individus – et la prise en compte de leurs besoins¹⁴⁷ – dans la protection de l’environnement, et donc leur participation, passive ou active, à la réalisation du développement durable.

¹⁴⁴ Laplante et Spears, *supra* note 13 aux pages 72, 74 et 75.

¹⁴⁵ Commission des Droits de l’Homme, *supra* note 2 à la page 9.

¹⁴⁶ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 166.

¹⁴⁷ Barton, *supra* note 11 à la page 82.

Le principe premier de la Déclaration de Stockholm pose le droit fondamental de tout être humain « à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être¹⁴⁸ ». Parallèlement au droit à un environnement sain, l'article premier met également de l'avant « le devoir solennel [de l'homme] de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures¹⁴⁹ ». Bien que la notion de participation publique ne soit pas explicitement nommée, elle se profile déjà sous la forme d'une responsabilité pour les individus de participer à la protection de leur environnement. Bien plus que de conférer des droits vis-à-vis l'environnement, ce principe énonce les responsabilités individuelles et collectives qui découlent de ces droits. Déjà, on sent se développer l'idée que les individus et les populations se voient conférer un rôle certain dans la gestion des questions environnementales, et sont invités à participer à la réalisation du développement durable, ne serait-ce que pour les questions liées à leur environnement immédiat.

Dans une formulation quasi identique au principe 1, la Déclaration met également de l'avant la *nécessité* pour les États de « protéger et d'améliorer l'environnement dans l'intérêt de leur population.¹⁵⁰ » en même temps qu'ils se doivent de « développer les bases nécessaires pour éclairer l'opinion publique¹⁵¹ » sur les questions environnementales qui les touchent de près. Sont ainsi simultanément mis de l'avant le droit du public à participer au processus de prise de décision dans la sphère de la politique environnementale ainsi qu'une éventuelle responsabilité des États de mettre en œuvre la participation publique au niveau national. En même temps, il se dégage de cette Déclaration l'idée d'une forme de partenariat impératif entre l'État et sa population, témoignant du coup de la nature nouvelle des liens entre l'appareil étatique et la population qu'il est censé représenter. Les approches des parties prenantes, ou encore les initiatives multi-acteurs sont révélatrices, dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles, de ces partenariats nouveau genre.

¹⁴⁸ *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement* [Déclaration de Stockholm], *supra* note 143, principe 1.

¹⁴⁹ *Ibid.*, principe 1.

¹⁵⁰ *Ibid.*, principe 13.

¹⁵¹ *Ibid.*, principe 19.

En 1982, la Charte mondiale pour la nature nomme expressément l'exploitation excessive des habitats naturels comme étant une menace majeure pour les écosystèmes. À l'inverse de la Déclaration de Stockholm – qui présente une approche anthropocentrique de l'environnement, la Charte mondiale pour la nature est foncièrement écocentrique¹⁵², et insiste sur l'impérative protection de la Nature¹⁵³. Elle met l'accent sur les risques des activités d'exploitation sur le milieu naturel sans faire intervenir les impacts subis par les communautés du fait de ces mêmes activités économiques. La Charte de la nature souligne l'importance des Études d'Impact Environnemental pour les activités susceptibles de perturber la nature en tant que telle¹⁵⁴. Les clauses relatives à la participation interviennent exclusivement dans les deux derniers articles de la Charte :

Art. 23 - Toute personne aura la possibilité, en conformité avec la législation de son pays, de participer, individuellement ou avec d'autres personnes, à l'élaboration des décisions qui concernent directement son environnement et, au cas où celui-ci subirait des dommages ou des dégradations, elle aura accès à des recours pour en obtenir réparation;

Art. 24 - Il incombe à chacun d'intervenir en conformité avec les dispositions de la présente Charte; chaque personne, agissant individuellement, en association avec d'autres personnes ou au titre de sa participation à la vie politique s'efforcera d'assurer la réalisation des objectifs et dispositions de la présente Charte.

L'article 24 est particulièrement intéressant : il établit un devoir individuel et collectif de participer à la gestion de son environnement immédiat. En ce sens, il fait écho aux principes contenus dans la Déclaration de Stockholm, adoptée une décennie plus tôt.

En 1992, la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement (Déclaration de Rio) élaborait un principe reconnaissant explicitement le droit à la participation publique dans la sphère du droit international de l'environnement. Si la Déclaration de Stockholm

¹⁵² Bodansky, Brunnée et Hey, *supra* note 99 à la page 15.

¹⁵³ L'article premier de la Charte établit bien la valeur intrinsèque de la nature et des écosystèmes : « La nature sera respectée et ses processus essentiels ne seront pas altérés. ». La première section de la Charte, établissant les principes généraux, affirme dans la valeur particulière de la nature et de ses composantes, en ne les mettant peu ou pas en lien avec les besoins environnementaux des individus et des communautés. *Charte mondiale de la nature*, Rés. AG 37/7, Doc. Off. AG NU, 37^e session, Annexe, Doc. NU A/RES/37/7 (28 octobre 1982).

¹⁵⁴ *Ibid.*, article 11 c).

(1972) et la Charte mondiale pour la nature (1982) faisaient déjà mention du rôle que jouent les individus à l'égard de leur environnement immédiat, le principe 10 de la Déclaration de Rio apportait ceci de nouveau qu'il mettait de l'avant la définition la plus élaborée à l'époque de la participation publique et de toutes ses composantes. Cette définition met en lumière ce que l'on considère encore aujourd'hui les trois piliers de la participation publique, soit, dans les mots de la Déclaration :

La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment *accès aux informations* relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent *faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public* en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un *accès effectif à des actions judiciaires et administratives*, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.¹⁵⁵

La Déclaration de Rio semble confinée au domaine de la *soft law*¹⁵⁶, et représente pour certains « *the current consensus of values and priorities in environment and development* ¹⁵⁷ ». Nonobstant le caractère non contraignant de la Déclaration de Rio, le principe 10 relatif à la participation des populations affectées est perçu comme revêtant un statut distinct¹⁵⁸. Bruch et Filbey soulignent la particularité du principe 10, en mettant en évidence la diffusion de ce principe au-delà du régime international du droit de l'environnement, de même que son intégration au niveau national, et dans diverses initiatives régionales ou institutions internationales¹⁵⁹.

Dans une analyse analogue, Roda Mushkat perçoit dans la diffusion du principe un consentement généralisé à l'égard de son caractère obligatoire: « *[n]otwithstanding the*

¹⁵⁵ Déclaration de Rio, principe 10, *supra* note 16 (nous soulignons).

¹⁵⁶ Voir par ex. Catherine Redgwell, « International Soft Law and Globalization », dans Barry Barton *et al.*, dir., *Regulating Energy and Natural Resources*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 89.

¹⁵⁷ Ileana Porras, « The Rio Declaration: A New Basis for International Cooperation » dans Philippe Sands, dir., *Greening International Law*, Londres, Earthscan Publications, 1993, 20 à la page 21, tel que cité dans Mushkat, *supra* note 10 à la page 187.

¹⁵⁸ Voir notamment Bruch et Filbey, *supra* note 94, à la page 3.

¹⁵⁹ *Ibid.*

soft/non-binding nature of the Rio Declaration, Principle 10 itself might be regarded as having a fairly « hard » normative content. Such an assertion is furthermore supported by its incorporation in subsequent treaties¹⁶⁰ ».

Également adoptée lors du Sommet de Rio, la Convention sur la diversité biologique (CDB) revêt un caractère explicitement obligatoire¹⁶¹, et relève du domaine du *hard law*, au moins pour les États parties. Les traités de ce type posent la question de savoir si, pour les États non parties, le contenu de la CDB constitue du « vrai droit » et relève conséquemment du droit international coutumier. La réponse à cette question est partielle, et se dévoile probablement par les références aux notions similaires dans le droit régional et national.

Quoiqu'une part considérable de la Convention soit dédiée à la protection des savoirs locaux – particulièrement autochtones – le texte de la CDB ne manque pas de souligner dans son préambule la dépendance traditionnelle des communautés locales et autochtones envers les ressources biologiques. L'accent mis sur l'apport essentiel du savoir local dans la préservation des écosystèmes et de la biodiversité dans la CDB vient supporter indirectement l'idée de la participation publique dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles en confirmant que les populations locales sont détentrices d'une information indispensable à la préservation et la protection de l'environnement et de la biodiversité. Si la Convention développe en particulier la question du rôle primordial tenu par les femmes dans la « conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique » et expose la « nécessité d'assurer leur pleine participation à tous les niveaux aux décisions politiques¹⁶² », une part importante de la littérature universitaire consultée avance que la CDB met de l'avant une

¹⁶⁰ Roda Mushkat, *supra* note 10 à la page 187. Mushkat développe davantage ce point ultérieurement dans son article et soutient que le principe 10 de la Déclaration de Rio constitue désormais un principe de droit international coutumier (voir à la page 223). Voir toutefois Ebbesson, *supra* note 35 à la page 685. Ebbesson soutient que « *Principle 10 of the Rio Declaration does not reflect a general principle of international law, but by suggesting a level of consensus regarding the desirable direction of policy formation, it has framed legal discourse and induced legal development, in particular at the regional level.* »

¹⁶¹ Voir notamment Catherine Redgwell, *supra* note 156 à la page 98.

¹⁶² *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 7 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993), préambule.

participation débordant du groupe particulier des femmes et s'étendant aux communautés locales particulièrement autochtones¹⁶³.

En 1994, le Projet de déclaration de principes sur les droits de l'homme et l'environnement¹⁶⁴ dresse une synthèse intéressante des principes contenus dans les Conventions et Déclarations environnementales l'ayant précédé, couplés aux principes issus des différents instruments relatifs aux droits humains. Bien plus qu'une synthèse, en fait, les principes élaborés réaffirment les idées du Rapport Brundtland concernant l'interdépendance entre les droits humains et un environnement sain, cette fois en élaborant dans le détail les droits fondamentaux concernés et leur lien précis avec la protection de l'environnement. En termes de participation publique, le principe 18 suggère que :

Toutes les personnes ont le droit de participer activement, librement et effectivement aux activités et processus de planification et de prise de décisions susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement et le développement. Ce droit comprend le droit à une évaluation préalable des conséquences des initiatives proposées sur l'environnement, le développement et les droits de l'homme.

Le Projet de déclaration de principes, au-delà de réaffirmer le CLPI, échafaude une double responsabilité vis-à-vis la protection et la préservation d'un environnement sain : la responsabilité de tous les individus¹⁶⁵ et celle de l'État¹⁶⁶. Et parmi les mesures suggérées à l'État pour se conformer à son obligation, le Projet de déclaration de principes énumère distinctement chacun des piliers de la participation publique.

¹⁶³ Voir entre autres Lebuis, *supra* note 49 à la page 9.

¹⁶⁴ Ces principes ont été inclus en annexe du rapport, déposé en 1994, du Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités chargé d'examiner les droits de l'homme et l'environnement. *Projet de déclaration de principes sur les droits de l'homme et l'environnement*, Doc. Off. CES NU, 46^e sess., Annexe 1, point 4, E/CN.4/Sub.2/1994/9 (1994) 79.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 82 au para. 21.

¹⁶⁶ *Ibid.*, au para. 22.

3.2.1 Les Études d'Impact Environnemental

Le développement du concept de participation publique est considéré par de nombreux auteurs comme ayant été initié dans la sphère du droit environnemental international notamment par l'entremise des Études d'Impact Environnemental (ci-après EIE). En outre, l'obligation de procéder à de telles études est perçue comme étant en train de s'imposer comme partie intégrante du droit coutumier en droit international de l'environnement¹⁶⁷. Ces EIE sont reconnues comme un outil clé pour stimuler la participation publique, notamment dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles¹⁶⁸. Ce type d'étude est déjà partie intégrante du droit national de plusieurs pays; l'étendue de la participation citoyenne dans ce processus d'évaluation, ainsi que les conditions relatives à cette participation, diffèrent toutefois d'un endroit à un autre.

Pour certains, ces EIE *sont* la participation – ou du moins son terrain privilégié –¹⁶⁹; pour d'autres, ces études ne constituent qu'un instrument de la participation¹⁷⁰, et l'implication des communautés peut déborder du cadre de cet outil particulier. Si les Études d'Impact Environnemental sont un terreau favorable à la participation publique, et l'une de ses expressions les plus généralisée, « *requirements for public participation are now expanding to decision-making outside the EIA process*¹⁷¹ ».

Inscrire la participation dans le cadre stricte des EIE revient en quelque sorte à limiter l'exercice aux étapes préliminaires d'un projet d'exploration ou d'exploitation des ressources naturelles. Cette façon de voir se rapproche de l'étude que fait Barry Barton de la participation publique, qui perçoit celle-ci comme une composante du processus d'émission des permis : « *public participation is the legal or regulatory requirement that a company*

¹⁶⁷ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 38. La Déclaration de Rio comprenait un principe référant directement aux Études d'Impact Environnemental, soit le principe 17.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ La législation de nombreux États prévoit le déclenchement des processus participatifs à l'étape des Études d'Impact Environnemental.

¹⁷⁰ Par exemple, Barry Barton explique que les Études d'Impact Environnemental constituent *parfois* le cadre où prend forme la participation. Barton, *supra* note 11 à la page 78.

¹⁷¹ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 38.

*must comply with in order to obtain permits from an agency for a project in the energy, mining, or natural resource sector*¹⁷². Cette approche introduit l'idée que la participation publique constitue un prérequis pour les décisions menant à l'acquisition par les acteurs privés du développement de droits subsidiaires tels que l'obtention de permis d'exploration ou d'exploitation.

Notons que les impacts dits environnementaux embrassent désormais un cortège amélioré d'impacts englobant à la fois les impacts sur l'environnement physique et humain. L'évolution des variables prises en compte a encouragé l'usage de l'appellation nouvelle d'Études d'Impact Environnemental et Social.

3.2.2 D'impacts environnementaux à impacts sociaux

Tel qu'expliqué précédemment, le concept de développement durable place les êtres humains au centre des préoccupations environnementales¹⁷³. Les dimensions sociales ne sauraient, dans une définition anthropocentrique de l'environnement, être écartées. David Szablowski trace les contours de ce qu'il qualifie d'Études d'Impact Environnemental progressistes, et souligne que l'inclusion des dimensions sociales des impacts et de mécanismes favorisant la mise sur pied de la participation publique en sont deux éléments essentiels¹⁷⁴. Szablowski explique que:

*The evaluation of social impacts in EIA has arisen from the expansion of the definition of the environment to include a social component. By no means universal, this perspective has been reinforced by the widely accepted definition of sustainable development provided by the Brundtland Report as including economic, social and environmental concerns.*¹⁷⁵

Dès 1991, la Convention Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention Espoo) disposait d'une définition extensive du terme

¹⁷² Barton, *supra* note 11 à la page 78.

¹⁷³ Voir Déclaration de Stockholm, *supra* note 143, principe 1.

¹⁷⁴ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles: Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 49.

¹⁷⁵ *Ibid.*, aux pages 49-50.

impact et embrassait, au-delà des impacts sur l'environnement, « les effets sur le patrimoine culturel ou les conditions socio-économiques qui résultent de modifications de ces facteurs [environnementaux] »¹⁷⁶. Si dans cette interprétation les conditions socio-économiques prises en compte sont uniquement celles affectées par les modifications de l'environnement, cette conception montre un certain degré d'ouverture à l'égard d'une approche de l'environnement au centre duquel se trouvent les individus – approche s'apparentant, en ce sens, au paradigme du développement durable.

3.2.3 Le principe de précaution et la prévention des dommages environnementaux

Bodansky et Brunnée estiment que « *the obligation not to cause significant transboundary harm [...] represents a 'cornerstone' of environmental law* »¹⁷⁷. Cette idée met en évidence le caractère central de la prévention des dommages, de la *due diligence* et du principe de précaution dans le régime du droit international de l'environnement¹⁷⁸. Une telle démarche se rapproche sensiblement de celle adoptée par Sara Seck qui, dans son article *Home State Responsibility and Local Communities*¹⁷⁹, soutient entre autres que « *obligations to prevent and redress harm can only be implemented in the mineral development context if the three pillars of public participation have also been implemented* »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ *Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière*, 25 février 1991, 1989 R.T.N.U. 309 (entrée en vigueur: 10 septembre 1997) [Convention Espoo], art. I vii.

¹⁷⁷ Bodansky, Brunnée et Hey, *supra* note 99 à la page 9.

¹⁷⁸ Voir les commentaires relatifs au projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières de la CDI, qui énoncent que le devoir de diligence constitue la norme de base de la protection de l'environnement contre les dommages. « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, *supra* note 133.

¹⁷⁹ Seck, *supra* note 9. Il apparaît important de souligner ici que dans la perspective de Sara Seck, la notion de dommages causés aux communautés englobe à la fois les dommages environnementaux transfrontières, mais également les violations du droit pénal international et les violations graves aux droits humains. Pour le besoin de la présente section du mémoire, nous nous attarderons sur la dimension *environnementale* et *transfrontière* des dommages, puisqu'il s'agit là de l'obligation la plus claire en droit international au regard de la prévention des dommages.

¹⁸⁰ *Ibid.*, à la page 201.

Dans un même ordre d'idées, Richardson et Razzaque soutiennent que « *[the] implementation of the precautionary principle [...] depends on public input into the assessment of acceptable risks*¹⁸¹ ». L'identification des risques et leur appréciation, notamment par rapport aux bénéfices susceptibles de découler d'une activité d'exploitation, dépendent de la participation du public¹⁸².

Les perspectives de ces deux auteurs convergent vers l'idée qu'il existe un lien intrinsèque unissant la notion de participation publique aux devoirs de *due diligence*, de prévention et de précaution. Le droit international de l'environnement aborde habituellement la question de la prévention des dommages comme étant une obligation étatique à l'égard des dommages débordant des frontières nationales. L'étude de cette thématique permet néanmoins de lever le voile sur les liens existant entre les notions de prévention et de participation.

Les notions de prévention, de précaution et de *due diligence* se retrouvent particulièrement dans les instruments internationaux relatifs au droit international de l'environnement¹⁸³. Entre autres, ces principes de droit international sont notamment l'objet du principe 19 de la Déclaration de Rio, qui porte sur le devoir de prévention des dommages *transfrontières* dans un contexte international. Le principe d'accès à l'information apparaît jouer, dans les notions de précaution, prévention et *due diligence*, un rôle d'élément intégrateur. Cela s'illustre notamment par le principe 19, qui développe les notions de circulation de l'information et de consultations entre les États, qui doivent être menées « rapidement et de bonne foi¹⁸⁴ ». Notons que ce principe concerne uniquement la consultation entre les États, sans que ne soient spécifiées les composantes étatiques ou extra étatiques susceptibles de pouvoir prendre part à ce processus.

¹⁸¹ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 166.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Pour un résumé intéressant des instruments intégrant la notion de principe de précaution, de due diligence, et de prévention, voir les commentaires relatifs au projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières, commentaires relatifs à l'article 13, alinéa 5. « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, *supra* note 133.

¹⁸⁴ Déclaration de Rio, *supra* note 16, principe 19.

Le projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) contient une clause spécifique à la participation des communautés par le biais d'un article visant l'information du public. Bien que ces principes soient voués à une application dans un contexte transfrontière, ils marquent une volonté d'encadrer les activités de développement, et de prévoir et mitiger les impacts potentiels engendrés par ces activités économiques. Sur le plan de l'étude de la participation publique, le projet d'articles est intéressant en ce qu'il atteste le rapport étroit entre l'accès et la diffusion de l'information et les notions de prévention, de *due diligence* et de précaution.

Art. 13 - Les États intéressés fournissent par les moyens appropriés au public susceptible d'être affecté par une activité relevant des présents articles des informations pertinentes sur l'activité, le risque qu'elle comporte et le dommage qui peut en résulter, et ils s'informent de son opinion.

Les commentaires relatifs à ce bref article sont extensifs et permettent de cerner l'intention visée par cet article, et d'y discerner une volonté de se conformer à, ou du moins à encourager, les normes émergentes relatives au droit de la participation publique dans le processus décisionnel :

L'article 13 s'inspire des nouvelles tendances qui se font jour en droit international en général et dans le droit de l'environnement en particulier, visant à associer aux processus de prise de décisions les individus dont la vie, la santé, les biens et l'environnement sont susceptibles d'être affectés, en leur donnant la possibilité de faire connaître leur point de vue et de se faire entendre de ceux qui statuent en dernier ressort¹⁸⁵.

Le commentaire fait nommément référence au principe 10 de la Déclaration de Rio, et fait un survol des instruments légaux internationaux dans lesquels apparaît le droit émergent de la participation publique.

¹⁸⁵ « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, *supra* note 133 à alinéa 12.

La formulation « ils s'informent de son opinion » se rapproche davantage de la notion de consultation, et conférer un rôle passif aux communautés locales, plutôt que de requérir que le public soit un participant à part entière. Le commentaire relatif semble confirmer cette interprétation, en référant à « ceux qui statuent en dernier ressort ¹⁸⁶» et en soulignant au conditionnel, à l'alinéa 9, que « [l]a participation [du public] à l'évaluation de l'impact sur l'environnement ou à l'examen d'un projet de document *serait* utile pour s'informer des préoccupations que suscitent les activités envisagées, des solutions de rechange possibles et des incidences éventuelles sur l'environnement ¹⁸⁷».

Fait intéressant à noter, les commentaires sur l'article 12 du projet d'articles avancent l'idée d'une certaine permanence dans l'échange d'informations, c'est-à-dire que l'échange doit s'opérer sur toute la durée d'un projet. Spécifiquement, les commentaires soulignent les « efforts continus ¹⁸⁸» exigés pour une remplir l'obligation de *due diligence*. Il est spécifié que « le devoir de diligence ne prend pas fin après l'octroi de l'autorisation pour l'activité considérée et la mise en route de celle-ci; elle continue d'exister au niveau du contrôle de la mise en œuvre de l'activité aussi longtemps que celle-ci se poursuit. ¹⁸⁹» Si le commentaire identifie les États comme destinataires de ce devoir continu de *due diligence*, il permet de jeter un éclairage sur la notion de participation publique active, entendue comme une participation se déployant à toutes les étapes du projet.

3.3 Droits des peuples autochtones et participation publique

Tel que souligné antérieurement, le discours prônant la participation publique et le droit au consentement libre, préalable et informé a de solides racines dans la sphère du droit des peuples autochtones¹⁹⁰. Globalement, le CLPI est souvent perçu comme « un moyen de mise

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, à la page 458, alinéa 9.

¹⁸⁸ *Ibid.*, à la page 453, alinéa 2.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Voir par exemple James Anaya, « Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction : The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 7 à la page 7.

en œuvre des droits des peuples autochtones et des communautés locales¹⁹¹» et une sorte d'extension logique du concept de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et du droit à l'auto-détermination que l'on leur reconnaît peu à peu sur la scène internationale¹⁹².

Adoptée en 1989, la Convention no. 169 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) est un traité portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones. La Convention pose dans son article 15.1 que « les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles [...] comprennent celui, pour les peuples, de *participer* à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources¹⁹³». Il est important de souligner ici la référence à l'aspect *gestion* des ressources, formulation dénotant le caractère dynamique du type d'implication attendu des peuples autochtones, et donc un rapprochement avec l'idée que la participation publique doit être active – par opposition au caractère plutôt passif de la consultation. L'article 15.2 poursuit en développant :

[...] les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités.

Notons que la Convention no.169 traite également de la question des impacts diversifiés que peuvent avoir les activités de développement sur les populations autochtones. À cet effet, l'article 7.3 stipule que les gouvernements, en collaboration avec les populations concernées,

¹⁹¹ Lebuis, *supra* note 49 à la page 3. Voir aussi Orellana, *supra* note 113 à la page 236. Orellana soutient que « *The right to prior informed consent [is] an expression of the right to self-determination* ».

¹⁹² Dans son rapport final de 2004, la rapporteuse spéciale sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles, Erica-Irene A. Daes, soutient « bien que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'ait pas été expressément reconnue dans les instruments juridiques internationaux, on peut désormais dire que ce droit existe ». Elle invoque la « reconnaissance expresse d'un large éventail de droits de l'homme des peuples autochtones » pour justifier cette affirmation. *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, supra* note 93 à la page 18, par. 55.

¹⁹³ *Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, supra* note 71, art. 15.1.

doivent procéder à des études visant à « évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement » des activités de développement sur les populations, ce qui fait écho aux appels contemporains pour la prise en compte des impacts socio-économiques des activités de développement, en complément des impacts environnementaux.

La Déclaration de Rio renferme une disposition dévouée à la participation spécifique des peuples autochtones et autres collectivités locales. Le principe 22 de la Déclaration de Rio souligne : « le rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ¹⁹⁴ ». Ici, les notions d'identité, de participation et de développement durable convergent afin de procurer un rôle central aux populations locales autochtones et non autochtones pour les décisions qui les concernent directement. Anaya explique que l'environnement et les ressources sont un élément fondamental à la survie des populations autochtones – survie dans sa dimension stricte et culturelle¹⁹⁵.

Gregory F. Maggio se montre cependant critique à l'égard de la formulation de ce principe, soulignant que l'utilisation du conditionnel en affaiblit le contenu, en se limitant à formuler une recommandation aux États plutôt que d'attester le caractère impératif de ces mesures participatives¹⁹⁶.

Plus récemment, en septembre 2007, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté avec une forte majorité la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, suivant une recommandation prononcée par le Conseil des droits de l'homme en juin 2006. Seuls quatre pays – parmi lesquels figuraient le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Australie et les États-Unis

¹⁹⁴ Lila Barrera-Hernandez, « Sovereignty Over Natural Resources Under Examination : The Inter-American System for Human Rights and Natural Resource Allocation » (2006) 12 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 43 à la page 45.

¹⁹⁵ Anaya, *supra* note 190 à la page 8.

¹⁹⁶ Maggio, *supra* note 79 à la page 208.

– se sont opposés au texte. La Déclaration reconnaît dans son article 3 le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, droit en vertu duquel « ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique et social ¹⁹⁷» - une formulation qui ne manque pas de rappeler en tous mots l'article premier commun au PICCP et au PIDESC. En vertu de l'article 19 de la Déclaration, il revient aux États de se concerter avec les peuples autochtones et de coopérer avec eux « avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de [les] concerner [...] afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ¹⁹⁸». L'article 26 confirme que les mesures relatives aux ressources naturelles sont vraisemblablement visées par l'article 19, les autochtones disposant du « droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent ¹⁹⁹» et du « droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation ²⁰⁰» de leurs territoires et ressources.

Le texte de la Déclaration fait un usage répété de la notion de « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », une répétition révélatrice de la diffusion de cette notion en droit international. Quoique le texte de la Déclaration revête un caractère non contraignant, l'appui quasi unanime à l'adoption de ce texte, de même que la large adhésion à ses principes, permet de penser que la Déclaration « bien qu'[elle] n'ait pas force de loi, elle n'en exprime pas moins un large consensus international, qui se reflète également dans les standards et dans les lignes directrices produits par des groupes du secteur de l'industrie, s'appliquant également aux peuples locaux non autochtones ²⁰¹». En outre, les références

¹⁹⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *supra* note 141, art. 3.

¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 19.

¹⁹⁹ *Ibid.*, art. 26.

²⁰⁰ *Ibid.*, art. 32.

²⁰¹ Lebuis, *supra* note 49 à la page 14. En 2007, au moment de l'adoption de la Déclaration, le Canada figurait parmi les 4 seuls pays opposés au texte. Le Canada a justifié sa position en invoquant le caractère flou de certaines dispositions de la Déclaration. En 2009, l'Australie a finalement apporté son support à la Déclaration, suivi en 2010 par la Nouvelle-Zélande. À son tour, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) du Canada a annoncé en novembre 2010 son appui à la Déclaration. Le communiqué diffusé par le MAECI insiste toutefois sur le caractère non contraignant de cet instrument (Voir CANADA, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Le Canada appuie la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », communiqué no. 361, le 12 novembre 2010.

possibles aux principes contenus dans la Déclaration dans le cadre d'éventuels jugements prononcés par différentes cours régionales ou internationales ouvrent la porte à une intégration progressive de ces principes dans le droit international coutumier²⁰².

La Déclaration souligne dans son préambule le droit à l'auto-détermination des peuples autochtones, droit associé au principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. La Rapporteuse spéciale sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles, Erica-Irene A. Daes, soutient dans son rapport déposé en 2004 devant la Commission des droits de l'homme de l'ONU que « ce principe a été et reste un préalable indispensable à la réalisation par un peuple de son droit à l'autodétermination et de son droit au développement²⁰³ ».

Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a pris forme en dehors du droit des peuples autochtones, dans le contexte global de décolonisation des années soixante. Adoptée en 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies, la Résolution 1803 a caractérisé la souveraineté permanente sur les ressources naturelles « [d'] élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes²⁰⁴ ». Dans ses premiers articles, la Résolution stipule que :

1. Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles *doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population* de l'Etat intéressé.
2. La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être *conformes*

<<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2010/361.aspx?lang=fra>> (consulté le 2 décembre 2010). Un mois suivant l'annonce du MAECI, le 16 décembre 2010, les États-Unis ont à leur tour signifié leur appui à la Déclaration.

²⁰² Anaya estime que le droit de *consultation* est déjà partie intégrante du droit international coutumier, étant donné son acceptation généralisée, révélée dans les contributions des États au projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones. Il souligne toutefois l'ambiguïté qui entoure la question du consentement, Anaya, *supra* note 190 à la page 7.

²⁰³ *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, supra* note 93 à la page 5, para. 6.

²⁰⁴ *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG NU 1803 (XVII), Doc. off. AG NU, 17^e sess., supp. no. 17, Doc. NU A/5217 (1962), préambule.

*aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités*²⁰⁵. [nous soulignons]

Quatre ans plus tard, le contenu de la Résolution 1803 se transmute en principe général de droit international dans le cadre des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme²⁰⁶. L'article premier commun au PIDCP et au PIDESC proclame le droit des peuples « de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. ²⁰⁷» Dès l'article 1.2, les ressources naturelles se présentent comme un prérequis indispensable de la pleine réalisation de ce droit :

Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance²⁰⁸.

Actualisé, le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes et le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ont tendance à vouloir élargir leur champ d'application, et s'appliquer, « aux peuples et aux groupes au sein des États ²⁰⁹», sortant du coup le concept du cadre étatique dans lequel originalement il avait pris forme. Selon la Rapporteuse spéciale Daes, « le droit à l'autodétermination englobe désormais toute une gamme de possibilités, qu'il s'agisse du droit de participer à la conduite de l'État aussi bien que le droit à diverses formes d'autonomie ou d'auto-gouvernement ²¹⁰». Il apparaît intéressant de souligner ici le fait que la Rapporteuse spéciale, quoique responsable de

²⁰⁵ *Ibid.*, art. 1 et 2.

²⁰⁶ *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, supra note 93 à la page 6, para.10.*

²⁰⁷ *PIDCP, supra note 138, article 1.1; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.1, R.T. Can. 1976 n° 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

²⁰⁸ *Ibid.*, article 1.2.

²⁰⁹ *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, supra note 93 à la page 8, para. 17.*

²¹⁰ *Ibid.*

formuler des recommandations relatives aux peuples autochtones, étend son analyse aux *groupes et peuples*²¹¹.

Lila Barrera-Hernandez explique que « *as understood today, permanent sovereignty over natural resources is as much an issue of state duties as it is one of state rights* ²¹² ». Son analyse développe l'idée que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles « *is gradually expanding to include a state's duties to its own nationals in connection with natural resources management* ²¹³ ». Le vocabulaire de la résolution 1803 élaborait déjà l'idée selon laquelle le développement doit se faire « dans l'intérêt du bien-être de la *population* ²¹⁴ ».

Dans ses observations finales, Lila Barrera-Hernandez souligne que le droit *collectif* à l'auto-détermination – destiné aux États nouvellement indépendants – intègre maintenant le discours relatif aux droits humains. Barrera-Hernandez lie cette transformation à l'émergence de la participation publique en droit international et soutient que « *[p]ast decisions on resource use and allocation, including the distribution of risks and benefits, were the exclusive domain of government bureaucrats. [...] Largely as a result of international developments, stakeholder participation is increasingly a feature of resource decision-making process* ».

Ces remarques s'accordent bien avec le propos de ce mémoire, et appuient le discours sur la participation des communautés locales, en vertu à la fois de leur dépendance et vulnérabilité à l'égard de l'environnement et des ressources, mais également conformément au devoir de l'État de procéder à une exploitation dans l'intérêt de sa propre population. Et cet intérêt, comme cherchera à le démontrer le troisième chapitre, se définit à travers un dialogue entre les différentes parties impliquées dans un projet d'exploitation, incluant les communautés concernées.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Barrera-Hernandez, *supra* note 194 à la page 44.

²¹³ *Ibid.*, à la page 45.

²¹⁴ *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, supra* note 204, art. 2.

3.4 Intégration de la participation publique dans le *soft law* et les instruments régionaux

À côté du droit international, élaboré dans différentes arènes institutionnelles, la participation publique est progressivement intégrée dans le droit régional et dans la pratique et les principes guidant les politiques des institutions financières internationales. Les sections qui suivent procèdent à un bref survol de certains instruments et initiatives de la Banque mondiale et d'organes régionaux.

3.4.1 Les institutions financières internationales, entre consultation ou consentement : l'exemple de l'*Extractive Industries Review*

Dans le contexte de globalisation des marchés et de l'économie internationale, étroitement escorté par une société civile internationale en évolution, les notions de développement durable et de participation publique ont atteint les sphères de la finance internationale. En 2001, James Wolfensohn, alors Président de la Banque mondiale, a lancé la Revue des Industries Extractives – *Extractive Industries Review* (EIR) avec pour objectif d'étudier le rôle de la Banque mondiale dans le secteur extractif. L'EIR a principalement axé son travail autour de la question essentielle visant à savoir si « les projets liés aux industries extractives peuvent-ils être compatibles avec les objectifs du GBM de développement durable et de lutte contre la pauvreté ? ²¹⁵ ».

En 2003, l'EIR publiait son rapport de recommandations. Le rapport souligne que : « le Groupe de la Banque mondiale a encore un rôle à jouer dans les secteurs pétrolier, gazier et minier, mais à condition que ses interventions permettent aux industries extractives de contribuer à lutter contre la pauvreté via le développement durable. Cela n'est possible que si

²¹⁵ *Vers un nouvel équilibre – Volume I - Le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : Rapport final de la Revue des industries extractives*, Extractives Industries Review, Washington D.C., Décembre 2003, à la page iv. Fergus McKay explique cette question a été articulée en fonction du rôle professé de la Banque mondiale au niveau international, à savoir contribuer à la réduction de la pauvreté par le biais du développement durable. Fergus MacKay, « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review », (2004) 4 Sustainable Dev. L. & Pol'y 43 à la page 43.

les conditions adéquates sont en place²¹⁶». Parmi les conditions avancées se trouve notamment la possibilité pour les communautés locales – autochtones et non autochtones – de pouvoir prendre part au processus de prise de décision pour les questions qui les concernent directement. La EIR a entériné le concept de libre *consentement* préalable éclairé pour les communautés autochtones et non autochtones et ce, à toutes les phases d'un projet.

Les recommandations telles qu'édictées dans le rapport final de l'EIR n'ont pas intégralement été suivies par les dirigeants de la Banque Mondiale. Dans sa réponse à l'EIR, la direction du Groupe de la Banque mondiale préfère requérir une participation *significative*, et adopter à cet effet le principe de libre *consultation* préalable et informée – par distinction à consentement²¹⁷. La consultation telle que conçue par la Direction doit conduire à un « large soutien » de la part de la communauté, large soutien qui ne doit pas obligatoirement se traduire en consentement. L'ambiguïté de cette expression complexifie l'opérationnalisation éventuelle, et la soumet à une interprétation différenciée selon les acteurs privés impliqués.

Bien que le terme *consultation* diffère de la notion de *participation* notamment étant donné son caractère plus passif, l'idée que les entités susceptibles d'être affectées par des décisions environnementales doivent être minimalement impliquées dans le processus décisionnel s'implante dans un nombre grandissant de sphères d'activités. Il demeure toutefois qu'une approche participative passive, par le moyen d'une consultation, présente le risque d'accentuer les asymétries de pouvoir, en ne donnant théoriquement pas la possibilité aux communautés de s'opposer à un projet.

²¹⁶ *Vers un nouvel équilibre – Volume I - Le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : Rapport final de la Revue des industries extractives, supra note 215 à la page vi.* Il apparaît important de souligner le commentaire de Fergus MacKay à l'effet que le Rapport final de l'EIR « *defines poverty from a human rights perspective, adopting the views of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and centres sustainable development on human beings, communities, and societies rather than on purely economic grounds. (various forms of capital).* » MacKay, *supra* note 215.

²¹⁷ *Vers un meilleur équilibre – le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : le rapport final de la Revue des industries extractives – Réponse de la Direction du Groupe de la Banque mondiale, 17 septembre 2004.*

3.4.2 Intégration de la participation publique dans le droit régional : l'exemple de la Convention Aarhus

Un travail important a été réalisé notamment aux niveaux européen et interaméricain pour intégrer les piliers de la participation publique et la notion de CLPI. Dans leur étude sur l'émergence des normes de participation, Bruch et Filbey soutiennent que le principe 10 de la Déclaration de Rio sert de point d'ancrage (*anchor*) pour les initiatives régionales²¹⁸.

En Europe, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement [Convention Aarhus] est très évocatrice à cet égard, intégrant à même son titre chacun des trois piliers de la participation publique²¹⁹. Ebbesson juge que la Convention est « *by far the most advanced legal instrument providing for public participation* »²²⁰. Dans un même ordre d'idée, Barry Barton estime que la Convention Aarhus (1998) représente le développement le plus important en matière de participation publique, notamment parce qu'elle prévoit des normes contraignantes pour les parties signataires²²¹.

Ces normes incluent entre autres l'obligation pour les États de procéder à une dissémination active de l'information environnementale auprès des citoyens²²². Il est intéressant de noter ici la définition de *public concerné* adoptée dans le cadre de la Convention en est une extensive, comprenant « le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus

²¹⁸ Bruch et Filbey, *supra* note 94 à la page 3. Voir aussi le commentaire de Jonas Ebbesson à ce sujet, *supra* note 160.

²¹⁹ Pour une analyse plus extensive des composantes de la Convention Aarhus, voir notamment Peter Davies, « Public Participation, the Aarhus Convention, and the European Community » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development : Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 155.

²²⁰ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 698. Voir aussi Mushkat, *supra* note 10 à la page 188. Mushkat soutient que la Convention Aarhus représente « *the most comprehensive transmutation of Rio principle 10* ».

²²¹ Barton, *supra* note 11 à la page 83.

²²² Voir notamment Davies, *supra* note 218 à la page 165.

décisionnel ²²³». Cette définition s'éloigne de la conception généralisée du public comme étant le public *affecté*²²⁴.

Selon Richardson et Razzaque, l'enthousiasme des États parties à adhérer à la Convention Aarhus « *reflects the fact that many governments already provide for similar kinds of public involvement in environmental decision-making*²²⁵». Bien qu'adoptée par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU), commission comptant 56 États membres, la Convention demeure ouverte à l'adhésion de membres extérieurs à la CEE-ONU ce qui fait dire à Jonas Ebbesson que « *theoretically, it could expand into a treaty with global application, although it is quite unlikely*²²⁶».

4 Synthèse

Le droit international de la participation publique prend forme – quoique de manière éparse – au sein de champs diversifiés du droit international. La sphère du droit international de l'environnement, en particulier, a développé un éventail de normes abordant implicitement ou explicitement le rôle des communautés dans la gestion des ressources naturelles, et leur participation au processus décisionnel. Jonas Ebbesson estime que « *[d]espite the patchy development of international rules for public participation in environmental decision-making and despite the rather fragmented normative pattern established so far, this process has changed the image of international environmental law*²²⁷». Ce nouveau visage du droit international de l'environnement se révèle en extirpant cette sphère juridique de son carcan technique et techniciste et en intégrant de nouvelles dimensions à l'analyse et la gestion des problèmes environnementaux, notamment à travers le concept de développement durable.

²²³ *Convention sur l'accès à l'information, l'accès du public au processus décisionnel, et l'accès à la justice en matière d'environnement, supra note 111, art. 2.5.*

²²⁴ *Ibid.*, aux pages 171 et 172.

²²⁵ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 176.

²²⁶ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 698.

²²⁷ *Ibid.*, à la page 708.

En outre, une myriade de normes issues du droit international – notamment les droits humains et les normes relatives à la prévention et au *due diligence* – contribue à affiner le contenu de la participation publique dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles. Nonobstant cet amalgame de normes, le droit demeure – probablement volontairement – flou sur le contenu spécifique de la participation et sur les moyens de mise en œuvre. Commentant le principe 22 de la Déclaration de Rio, Gregory Maggio estime que les États ne disposent pas de balises pour assurer une opérationnalisation et une mise en œuvre effective de la participation publique²²⁸, constat que l'on peut aisément faire déborder du contenu du principe 22.

Parmi les instruments juridiques internationaux analysés, nombreux sont muets sur la question de la mise en œuvre du processus de participation. Les trois piliers de la participation publique et les composantes du consentement libre préalable et éclairé offrent certaines balises, notamment l'accès à l'information, qui constitue une composante fondamentale de la participation publique.

Certes, une approche unique de la participation entraîne certaines difficultés, le processus participatif, tel qu'énoncé dans la première section de ce chapitre, devant pouvoir s'adapter au contexte particulier où il se déploiera. Aussi, l'analyse des impacts ou des risques comporte une dimension subjective, tel que décrit par Jonas Ebbesson : « [*environment problems*] involve subjective perceptions of whether the effects on humans and the environment is a 'problem'²²⁹ ». L'intégration des préférences environnementales, économiques et sociales relatives à un projet de développement nécessite l'initiation d'un dialogue entre les différentes parties impliquées – y compris les communautés locales.

²²⁸ Maggio, *supra* note 79 à la page 208.

²²⁹ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 688.

Avec la question des modalités de la mise en œuvre de la participation publique émerge nécessairement la question de savoir ce que constitue une *participation significative*²³⁰. Ces questions sont complexifiées par la diversité des objectifs poursuivis par les processus de participation d'un acteur à un autre²³¹ et par les formes variées que peut prendre la participation²³².

²³⁰ À cet effet, Richardson et Razzaque soutiennent que le seul fait d'avoir des normes requérant la participation du public aux processus décisionnels est insuffisant : « *The legal provision of opportunity for participation in environmental decision-making does not itself ensure that participation will occur or be meaningful. There are numerous barriers to effective public participation* ». Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 191.

²³¹ Voir Nancy Perkin Spyke, « Public Participation in Environmental Decisionmaking at the New Millenium : Structuring New Spheres of Public Influence » (1999) 26 (2) Boston College Environmental Affairs Law Review 263 à la page 267. Nancy Perkin Spyke soutient que « *Participation also struggles because of the vague and conflicting goals of participation* »

²³² *Ibid.*, à la page 264.

CHAPITRE 3

PARTICIPATION PUBLIQUE : UN DIALOGUE FONDATEUR DE LÉGITIMITÉ

*« Nous ne croyons pas que la parole nuise à l'action ; ce qui nous paraît nuisible, c'est de ne pas s'éclairer par la discussion. »
- Thucydide*

1 Introduction

Dans une tentative d'élucider les causes de l'émergence de la participation publique en droit international relatif à l'exploitation des ressources naturelles, Richardson et Razzaque estiment que *« weaknesses in the legitimacy of the state and lack of trust in the governments have fuelled popular demands for more grass-root, direct involvement in decisions »*²³³. Selon les approches, une telle implication peut se faire en complémentarité ou au détriment de l'État et de son appareil bureaucratique.

L'omniprésence du concept de légitimité dans les écrits académiques sur la participation publique incite à une analyse approfondie de cette notion en tant que fonction de la participation publique. La question de la légitimité se présente comme une composante essentielle de la charpente théorique et épistémologique de notre objet d'étude. Central à la

²³³ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 166.

question de la participation est l'enjeu – ou la quête – de la légitimité. Selon un rapport rédigé en 2002 par le *Environmental Law Institute*, « *it is mainly the concept of legitimization that serves as a theoretical foundation for public participation in the ISP*²³⁴ *document. Public participation promotes legitimacy and, as a consequence, acceptance of decisions related to the environment*²³⁵ ». Notre approche privilégiera une telle interprétation.

Ce troisième et dernier chapitre suggère d'explorer la question fondamentale de la fonction de la participation publique des communautés locales dans un contexte d'exploitation des ressources naturelles. Après avoir souligné l'émergence des communautés locales comme acteurs de leur propre développement, et suite à une démonstration du développement progressif d'une normativité diffuse et composite relative à la participation de ces nouveaux acteurs aux processus décisionnels, il apparaît essentiel de se pencher sur la question de la fonction de la participation publique des communautés locales aux processus de prise de décision pour des questions qui les concernent – ainsi que leur environnement immédiat – directement²³⁶.

L'érosion de la légitimité de l'État décrite dans le premier chapitre générerait-elle une réponse qui se dessine en la participation publique – ou processus participatifs ? La participation semble devenir un terrain fertile pour l'échafaudage d'une légitimité réinventée : une légitimité des *décisions* prises – dans un contexte particulier et localement construit – en lien avec l'exploitation des ressources naturelles, et des normes qui fondent cette décision. La légitimité émergeant de ces processus contraste avec la légitimation de l'État ou de ses structures et composantes, bien que l'effet de légitimation soit susceptible d'avoir une résonance ou d'influencer positivement la perception à l'égard de la légitimité du système étatique et administratif.

²³⁴ IPS est l'acronyme anglais de la *Stratégie interaméricaine pour la promotion de la participation du public à la prise de décision sur le développement durable*, *supra* note 112.

²³⁵ Jorge Caillaux, Manuel Ruiz et Isabel Lapena, « Environmental Public Participation in the Americas » dans Carl Bruch, dir., *The New Public : Globalization of Public Participation*, Washington DC, Environmental Law Institute, 2002, 105 à la page 108.

²³⁶ Dans son survol des bases conceptuelles et théoriques de la participation publique, Barry Barton pose la question en termes de validité de la participation, et se demande si la participation publique est à l'origine de la production de bonnes décisions. Barton, *supra* note 11 aux pages 77 et 107.

La légitimité se fonde à travers un dialogue permettant de saisir adéquatement la complexité des multiples dimensions d'un projet, des impacts potentiels, et des effets sur les populations, l'environnement qu'elles occupent et dont elles dépendent. La question est moins de savoir si l'appareil étatique et toutes les composantes de sa structure sont légitimes; il s'agit plutôt de vérifier la validité de l'application d'une décision dans un contexte – politique, social et environnemental – particulier. La dégradation de la légitimité des institutions a certes favorisé, tel que démontré dans notre premier chapitre, l'émergence de l'acteur communauté. Ce fait ne constitue pas pour autant une contestation de l'État. La nouvelle légitimité ne se substitue pas à la légalité préexistante des normes dans le système de droit national ou international, mais plutôt la complémente de manière à assurer que ces normes et décisions soient révélatrices du vécu, de l'expérience et des ambitions des citoyens.

Ici, un cadre théorique habermassien peut s'avérer utile pour échafauder ce troisième et dernier chapitre dans son angle résolument théorique. Conçue comme un exercice dialogique visant la (re)légitimation, la participation publique présente un certain nombre de familiarités avec la pensée habermassienne, plus particulièrement les idées du philosophe relatives à la communication, au modèle délibératif, à la démocratie, et à la légitimation par la discussion.

La première section de ce chapitre servira à souligner la place qu'occupe la légitimité dans les écrits sur la participation, à dessiner les contours de la notion de légitimité, et à démontrer en quoi la participation publique est un exercice communicationnel et dialogique, qui se construit comme un véritable processus – et donc comme un moyen davantage qu'une fin. La deuxième section de ce chapitre servira à jeter un regard habermassien sur la participation publique en droit international avec pour objectif de faire émerger, à travers cette approche théorique complexe, la fonction de légitimation de la participation des communautés locales dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles.

2 La participation publique : un dialogue vecteur de légitimité

Au-delà du constat de légitimité amoindrie de l'État, analysée dans le cadre du premier chapitre comme l'un des facteurs ayant favorisé l'émergence de la participation publique en droit international, la légitimité des *décisions* prises dans la sphère du droit environnemental et spécifiquement celles relatives à l'exploitation des ressources naturelles semble être au cœur de l'analyse de la fonction de la participation. Dans les mots de Jonas Ebbesson, la participation permet « *[the enhancement of] the legitimacy and, thus, the acceptance level of decisions taken*²³⁷ ». Il émerge de la littérature l'idée que la légitimité doit caractériser à la fois la décision en tant que telle, mais également le processus ayant conduit à ce résultat. Ce processus se confond avec la participation publique et relève notamment d'un exercice communicationnel entre les différents protagonistes d'un projet de développement.

2.1 Décisions éclairées ou décisions légitimes ?

Les raisons invoquées pour justifier la mise en place de processus visant à assurer la participation des communautés affectées convergent souvent vers l'idée que la participation publique est source de meilleures décisions et contribue à atténuer la contestation sociale de même que les critiques dont font l'objet de nombreux projets de développement liés à l'exploitation des ressources naturelles²³⁸. En introduction du rapport de l'*Environmental Law Institute* intitulé *The New Public*, Bruch and Filbey annoncent que « *[t]he practical benefits to government decision-making, including producing better decisions and better public support for the decisions, are highlighted in many of the other chapters*²³⁹ », soulignant eux-mêmes que « *public involvement improves the outcome of government processes*²⁴⁰ ». Le lexique utilisé pour qualifier les bonnes décisions englobe notamment l'acceptabilité sociale

²³⁷ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 688.

²³⁸ Voir notamment Raustiala, *supra* note 53 à la page 583. L'auteur soutient que la participation publique permet à l'État de réguler « *more effectively and with less political friction* » ; voir aussi Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 78. Ces auteurs affirment que la perte de contrôle sur les ressources naturelles – à laquelle le CLPI des communautés cherche à remédier – est susceptible de donner lieu à différentes formes de contestations « *detrimental to all stakeholders* » ; Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 25. Les auteurs soutiennent que des lacunes sur le plan participatif peuvent être à l'origine de l'échec d'un projet de développement lié à l'exploitation des ressources naturelles.

²³⁹ Bruch and Filbey, *supra* note 94 à la page 2.

²⁴⁰ *Ibid.*, à la page 5.

des décisions²⁴¹, leur efficacité²⁴² – efficacité sociale, notamment – la transparence et la responsabilité²⁴³.

Quoique hétérogène, le lexique entourant la notion de « meilleures décisions » semble fléchir en direction d'une interprétation des décisions en termes de légitimité. Ces interprétations se retrouvent notamment chez Raustiala, qui compte parmi les bénéficiaires de la participation publique la possibilité de réguler avec une meilleure efficacité, efficacité et légitimité²⁴⁴. Dans le même ordre d'idée, Ebbesson soutient que « *increased involvement of non-state actors at least in part serves to legitimize the policies and law adopted by states and merely support the regulatory activities of states*²⁴⁵ ».

Une interprétation, donc, qui déborde des aspects techniques et objectifs fondant une « bonne décision », bien que ces aspects demeurent essentiels pour développer un type d'information qui servira de point de départ pour la formation des préférences²⁴⁶. Les aspects objectifs et techniques demeurent néanmoins insuffisants pour fonder la légitimité d'une décision²⁴⁷. Dans une analyse portant sur la légitimité en droit international de l'environnement, Daniel Bodansky argumente que « *expertise can play an important role in legitimizing international*

²⁴¹ Voir notamment Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 165; Lynn A. Maguire et E. Allan Lind, « Public Participation in Environmental Decisions : Stakeholders, Authorities, and Procedural Justice » (2003) 3(2) Int. J. of Global Environmental Issues 133.

²⁴² Ebbesson, *supra* note 35 à la page 688.

²⁴³ Pring et Noé, *supra* note 7 à la page 23. Les auteurs énumèrent les objectifs poursuivis par la participation publique. En plus de la responsabilité et de la transparence, Pring et Noé évoque le renforcement du soutien du public à l'égard des projets, et l'encouragement au consensus.

²⁴⁴ Raustiala, *supra* note 53 à la page 539.

²⁴⁵ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 684. Ebbesson soutient aussi plus loin que la participation est nécessaire pour assurer l'efficacité, l'efficacité et la légitimité du processus décisionnel. Ainsi, c'est à la fois le processus et ses résultats – lois, décisions, et politiques – qui sont visés globalement par la participation publique.

²⁴⁶ Renn et *al.* soutiennent que l'information scientifique et technique constitue un élément essentiel pour parvenir à faire émerger les préférences sociales. Les préférences dites publiques refléteront idéalement « *a holistic weighting of this [scientific] information with social preferences* », et seront l'objet des décisions prises par les citoyens. Renn Ortwin et *al.*, « Public Participation in Decision Making : A Three-Step Procedure », (1993) 26(3) Policy Sciences 189 à la page 210.

²⁴⁷ Pour une discussion sur l'expertise et son potentiel comme facteur contribuant à la légitimité à l'international, voir Daniel Bodansky, « The Legitimacy of International Governance : A Coming Challenge for International Environmental Law? » (1999) 93 American Journal of International Law 596 aux pages 619-623.

*environmental decision making, but ultimately many of the most important questions will require value judgments, not simply technical questions*²⁴⁸». Richardson et Razzaque procèdent au même type de critique et soutiennent que « *this approach, which pretends that science is 'objective' and 'apolitical' obfuscates the fundamental way in which social values influence decision making*²⁴⁹ ».

Ramenée au contexte local et à l'étude micro des décisions prises en lien avec des projets d'exploitation des ressources naturelles, cette analyse invite à ne pas négliger les préférences des acteurs affectés au profit des dimensions scientifiques d'un projet de développement et, en conséquence, à ne pas négliger l'exercice visant à fonder, connaître et diffuser ces préférences locales²⁵⁰.

La question qui se situe obligatoirement en filigrane de ces constats consiste à identifier ce que constitue, dans les faits et dans la perception qu'en ont les participants, une décision légitime. Une réponse très élaborée à cette question entrainerait l'analyse sur un terrain trop vaste, éloignant le processus de légitimation de son contexte particulier et du lieu de sa création. Les éléments fondant la légitimité étant appelés à varier d'un contexte à un autre, seule une approche souple est à même de permettre l'intégration de valeurs et de préférences correspondant à l'identité de la communauté locale affectée, approche qui combine information technique et connaissance particulière du lieu d'implantation de la décision. En clair, il s'agit de cerner les dimensions à la fois objectives et subjectives des décisions. À cet effet, Richardson et Razzaque soulignent que « *[p]ublic participation may assist decision makers to understand and identify public interest concerns. Greater citizen input [...] help[s] integrate [...] social consideration in governmental decision*²⁵¹ ».

²⁴⁸ *Ibid.* à la page 600.

²⁴⁹ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 171. Les auteurs ajoutent également qu'aucune institution ne peut posséder toute l'expertise ou tout le savoir nécessaire à la prise d'une bonne décision.

²⁵⁰ *Ibid.*, à la page 166. Richardson et Razzaque expliquent que la participation publique sert à discerner les incertitudes scientifiques et techniques, de même que les risques liés à un projet liés aux ressources naturelles, « *and weight them against perceived benefits* ».

²⁵¹ *Ibid.*, à la page 165.

Pour l'heure, il importe d'explorer plus en profondeur la notion même de légitimité. Dans un article étudiant la légitimité en droit international de l'environnement, Daniel Bodansky définit la légitimité comme « *a quality that leads people (or states) to accept authority – independent of coercion, self-interest or rational persuasion – because of a general sense that the authority is justified*²⁵² ». Dans le cas qui nous intéresse, il est intéressant de traiter l'autorité décrite par Bodansky en terme d'autorité des décisions.

Szablowski aborde le concept de légitimité de manière analogue à celle de Bodansky²⁵³, et complète son analyse par l'énonciation de trois facteurs agissants comme fondements potentiels des perceptions de légitimité :

1. Désirabilité du résultat : « whether a legal decision favours an observer's interests » ;
2. Justesse substantive : « whether the decision is perceived to produce a fair result according to the observer's values » ;
3. Justesse procédurale : « whether the decision was arrived at through a procedure that considered by the observer to be proper in circumstances. »²⁵⁴

Notons ici une insistance de la part de Szablowski sur l'analyse des décisions, et la centralité du rôle conféré à l'observateur – ou le récepteur de ces normes – et donc, implicitement, sa participation au processus décisionnel et à la production du résultat final – ne serait-ce que par l'intégration de ses préférences.

2.2 La participation publique : un processus dialogique ?

Les éléments de légitimité mis de l'avant par Szablowski incitent à se pencher sur la dimension procédurale de la participation publique²⁵⁵. Une telle approche s'acquine avec

²⁵² Bodansky, « The Legitimacy of International Governance : A Coming Challenge for International Environmental Law? », *supra* note 247 à la page 600.

²⁵³ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 16. Szablowski présente la légitimité d'une norme comme « *the effective belief in its binding or regulatory quality*. ».

²⁵⁴ *Ibid.*, aux pages 16-17.

²⁵⁵ Szablowski parle essentiellement des processus informels entre acteurs communautaires et compagnies ; son approche de l'absence sélective de l'État (voir chapitre 1) considère les États comme

l'approche du *right process*²⁵⁶. Une décision légitime englobe à la fois la légitimité perçue du résultat, de la finalité, mais également la légitimité du processus décisionnel qui est sous-jacent à cette décision. Renn et *al.* soulignent à cet effet que l'acceptabilité sociale est intimement liée à la perception que le *processus* ayant mené à la décision était juste²⁵⁷. Ils affirment que « *the best technical decision can not be implemented if the process of decision making is perceived as unfair or biased*²⁵⁸ ». La formulation, dans divers instruments de droit international, de « participation publique dans les *processus décisionnels* » n'est donc pas anecdotique²⁵⁹. Dans la décision *Haïda c. Colombie-Britannique*²⁶⁰ la Cour a décrété que « [l'] élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement²⁶¹ ».

Au-delà du processus et de la norme – réelle ou émergente – que constitue la participation publique dans le cadre du droit international, il est tentant d'analyser la participation comme un exercice dialogique – un dialogue ou une conversation – dont l'objectif central est l'atteinte d'une forme d'entente ou, sous sa forme idéale, l'aboutissement au consentement, conférant ainsi sa légitimité à la décision – et suscitant par le fait même la conformité des comportements à l'égard de cette décision.

Szablowski exploite amplement l'idée de comparer la participation publique à un processus communicationnel et dialogique. Le processus qui vise la légitimation – à ne pas confondre avec la notion même de légitimité – est présenté par l'auteur comme « *a continuous and often*

des acteurs quelque peu secondaires dans ces processus. Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39.

²⁵⁶ Voir Szablowski, *supra* note 39 aux pages 16 et 17. Szablowski aborde notamment la notion de 'right process' telle qu'élaborée par Thomas Franck dans son ouvrage *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford, Oxford University Press, 1990).

²⁵⁷ Renn et *al.*, *supra* note 246 à la page 209.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Voir notamment Déclaration de Rio, *supra* note 16. Principe 10.

²⁶⁰ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique* (Ministère des forêts), 2004 3 R.C.S 511.

²⁶¹ *Ibid.* Voir aussi Lebuis, *supra* note 49 à la page 13.

*imperfect conversation between law-makers and law-takers*²⁶² ». Cet exercice dialogique repose sur la qualité de la communication entre les différents protagonistes.

*Law is produced within social spaces characterized by regular communication and interaction. It is sustained by communities of discourse, to serve a twofold purpose. On a collective level, it produces stability and predictability in relations while on an individual level, it provides the means to legitimate and secure recognition of an actor's social and material entitlements.*²⁶³

Oren Perez abonde dans le même sens et aborde la question à travers la notion de délibération directe. Selon lui, l'idée de procéder par délibération « *stems from a widely shared belief in the legitimacy of decisions that were made through a fair and open dialogue*²⁶⁴ ». David Held aborde également la question de la délibération dans une perspective cosmopolite. L'auteur explique que les processus de délibération et de décisions collectives participent, avec d'autres facteurs, à la détermination d'un agrégat de valeurs intransgressibles²⁶⁵, « *those basic values that set down standards or boundaries that no agent [...] should be able to cross*²⁶⁶ ». Bien que notre analyse ne soit pas orientée vers les approches cosmopolites²⁶⁷, l'approche de Held met bien en lien l'exercice délibératif ou dialogique que constitue la participation, et en quoi ce processus est intimement lié au contenu des décisions prises. Richardson et Razzaque procédaient à une analyse similaire de la délibération, et soutiennent que ces processus visent à orienter la décision en fonction des valeurs éthiques et morales fondamentales aux yeux des citoyens²⁶⁸.

²⁶² Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 20.

²⁶³ *Ibid.*, à la page 14.

²⁶⁴ Perez, *supra* note 39 à la page 52.

²⁶⁵ Held, *supra* note 12 à la page 24.

²⁶⁶ *Ibid.*, à la page 23.

²⁶⁷ *Ibid.* Notons toutefois la proximité du principe de délibération avec les théories habermassiennes, Held faisant référence abondamment à la pensée de Jürgen Habermas tout au long de son analyse, particulièrement pour supporter le principe délibératif inhérent au cosmopolitisme.

²⁶⁸ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 172.

3 Un cadre habermassien d'analyse de la participation publique en droit international

La pensée habermassienne s'est structurée autour du noyau dur de la théorie de l'agir communicationnel avant de s'étoffer et de se complexifier : des conceptualisations théoriques liées notamment à la légitimité et à la démocratie se sont agglomérées à ce noyau au rythme des nouveaux écrits, du contexte international changeant et des conceptualisations émergentes. Fondamentale demeure cependant la place occupée par les exercices communicatifs et dialogiques dans l'explication des relations sociales et des processus de légitimation.

Quoique citées dans de nombreux textes académiques sur la participation publique, les mentions relatives au philosophe Jürgen Habermas et ses théories sont souvent superficielles, et esquivent une analyse en profondeur de l'adéquation de ce cadre théorique avec la problématique qui nous intéresse, telle que conçue dans le cadre du droit international. La pensée d'Habermas aborde la question de la validité des normes en l'étudiant sous la dimension d'une légitimité fondée par la communication, par le dialogue. Un parallèle pourra ainsi être établi entre la pensée habermassienne et la participation publique dans le secteur des ressources naturelles, notamment par le truchement de ses théories avec les éléments développés dans la première section de ce chapitre. Son approche complexe aidera à mettre en lumière la fonction de la participation publique d'un point de vue théorique.

3.1 Communication, modèle procéduraliste et validité des normes

De la *Théorie de l'agir communicationnel à Droit et Démocratie*, la pensée habermassienne édifie un système au centre duquel se situe la communication rationnelle et le dialogue institué entre les citoyens. L'approche habermassienne se révèle intéressante pour aborder la question la légitimité et sa relation étroite avec le droit de la participation publique. Habermas concilie les deux concepts en évoquant le rôle central joué par le dialogue dans le processus de légitimation des normes. Catherine Audard soutient d'ailleurs que l'objectif avoué de l'ouvrage *Droit et Démocratie : entre faits et normes* est la volonté « [d'] appliquer la théorie de la discussion non plus seulement à la morale [...] mais au renouvellement de la conception

du droit positif dans le contexte démocratique contemporain ²⁶⁹». Dans une analyse analogue et complémentaire, Robert Alexy explique que le droit positif « *remains dependent on discourse theory in order to equate legality with legitimacy* ²⁷⁰ ».

La théorie de l'agir communicationnel constitue une théorie sociale supposant l'interaction discursive continue entre les citoyens ²⁷¹. Éventuellement, cette théorie débouche sur le déploiement d'un modèle dit délibératif intégrant à la fois les notions de discussion et de légitimité. Steven Bernstein synthétise clairement le modèle délibératif habermassien :

Legitimacy ideally requires that decisions rest on « good arguments » made under conditions in which free and equal autonomous actors can challenge validity claims, seek a reasoned communicative consensus about their understandings of the situation and justifications for norms guiding their action, and are open to being persuaded. ²⁷²

La citation démontre clairement en quoi la discussion – la délibération – proposée par Habermas relève de l'idéal, aspect qui sera critiqué ultérieurement dans ce chapitre. La citation pourrait être complétée par une référence au nécessaire caractère inclusif de la discussion imaginée et à l'absence impérative de coercition de la part de participants.

Le processus de discussion imaginé par Habermas en est un doublement dynamique; les citoyens « *continuously engage one another [...] in communicative action* ²⁷³ ». D'abord, ce dynamisme s'exprime à travers le caractère continu du dialogue. Cette idée n'est pas sans rappeler la conception de Roda Mushkat, qui défend l'idée que la participation publique doit pouvoir se déployer sur « *[the] entire process of policy development* ²⁷⁴ » par opposition à une participation limitée à quelques étapes – souvent les étapes préalables exclusivement – de la

²⁶⁹ Catherine Audard, « Le principe de légitimité démocratique et le débat Rawls-Habermas » dans Rainer Rochlitz, *Habermas : l'usage public de la raison*, Paris, PUF, 2002, 95 à la page 97.

²⁷⁰ Robert Alexy, « Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse » (1995-1996) 17 *Cardozo Law Review*, 1027 à la page 1027.

²⁷¹ Joseph L. Staats, « Habermas and Democratic Theory of Unchecked Corporate Power » (décembre 2004) 57(4) *Political Research* 585 à la page 587.

²⁷² Steven Bernstein, « Legitimacy in Environmental Governance » (décembre 2005) 1(1-2) *Journal of International Law and International Relations* 139 à la page 147.

²⁷³ Staats, *supra* note 271 à la page 587.

²⁷⁴ Mushkat, *supra* note 10 à la page 193.

réalisation d'un projet. Dans une perspective plus large, Oren Perez évoque de son côté la possibilité pour le droit de se réinventer²⁷⁵. Ces formulations convergent vers la possibilité d'imaginer un dialogue continu ouvert à la transformation des préférences dans le temps²⁷⁶. Cette adaptabilité permanente apparaît comme un facteur de renforcement du critère de légitimité.

L'idée même de conversation et de dialogue suppose un rôle actif pour tous les participants impliqués, et exclut de ce fait une approche passive de la participation où les communautés locales ne seraient que réceptrices d'une information développée et fournie par les entreprises transnationales. À cet effet, Arno Münster explique que dans la pensée d'Habermas, « les acteurs sont [...] simultanément locuteurs et auditeurs se référant aux faits du monde objectif, en formulant des prétentions à la validité qui peuvent être acceptées ou [contestées] ²⁷⁷ ». L'échange fait donc appel aux perceptions et à la participation de chacune des parties prenantes, et évite du coup une conversation de type monologique ne misant que sur des perceptions autocentrées²⁷⁸. S'introduit ici la notion habermassienne d'intercompréhension : « dans l'expérience du dialogue, [...] l'échange dynamique de perspectives, la nécessité de mettre à l'épreuve nos opinions, nos croyances, nos certitudes, l'enrichissement mutuel de nos points de vue, rendent possible une forme de décentrement et de recul critique²⁷⁹ ». L'intercompréhension ainsi comprise suppose toutefois un certain degré d'ouverture des participants face à leurs interlocuteurs, et une disposition franche à se soumettre, dans le cadre de la délibération, à la force du meilleur argumentaire²⁸⁰. Dudit meilleur argument émerge le consensus.

²⁷⁵ Perez, *supra* note 39 à la page 57.

²⁷⁶ Voir généralement Laplante et Spears, *supra* note 13.

²⁷⁷ Arno Münster, *Le principe « discussion » : Habermas ou le tournant langagier de la théorie critique*, Paris, Éditions Kimé, 1998 à la page 32.

²⁷⁸ Alexandre Dupeyrix, *Comprendre Habermas*, Lassay-les-Châteaux, Éditions Armand Colin, 2009 à la page 36.

²⁷⁹ *Ibid.* Voir aussi Staats, *supra* note 271 aux pages 587-588. Dans une formulation simplifiée, l'auteur explique que « *the interpretative task is to incorporate the other's interpretation into one's own and this way reconcile « my » world with « his » world against the background of an « our » world.* »

²⁸⁰ Jürgen Habermas, «Between Facts and Norms : An Author's Reflections », (1998-1999) 76 *Denver U. L. Rev.*, 937 à la page 940.

Barry Barton énonce une mise en garde contre les risques d'une procédure de participation trop élaborée ou judiciarisée, « *sidetracked from the real issues onto procedural complication* ²⁸¹ »; ces procédures complexes et trop formalisées sont présentées comme des obstacles au sain déroulement de la délibération et à son caractère inclusif. D'une certaine façon, ces procédures trop élaborées, éloignées des systèmes de référence de nombreux participants, riment avec une forme de colonisation du système dans le monde vécu – que nous élaborerons à la section 3.2 de ce chapitre. Ainsi, l'intercompréhension doit se concrétiser tant au niveau du contenu que de la forme de la délibération.

Les risques d'instrumentalisation, d'appropriation induite des processus, les processus biaisés, ou ceux visant à initier au consentement ²⁸² sont autant de périls susceptibles de contrecarrer les efforts pour atteindre une délibération juste. Le seul fait de prévoir et d'amorcer un processus délibératif est insuffisant : « *the legal provision of opportunity for participation in environmental decision-making does not itself ensure that participation will occur or be meaningful* ²⁸³ ». Il ne s'agit pas uniquement de disposer d'un espace voué à la communication des préférences et des revendications des acteurs à leurs pairs; il importe parallèlement que ces éléments soient pris en compte par l'autorité décisionnelle et qu'ils soient intégrés aux décisions, garantissant ainsi une participation efficiente ou significative, tel que le suggère souvent le langage utilisé dans divers instruments de droit international. Ainsi, « une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d'accord (ou peuvent l'être) en tant que participants à une discussion pratique sur la validité des normes ²⁸⁴ ».

Les citoyens se conformeront aux normes dans la mesure où ils réaliseront qu'ils en sont en quelque sorte les auteurs. Ces normes étant le fruit de délibérations rationnelles, de l'expression et de l'appréciation des préférences, elles ont une proximité certaine avec les réalités du monde vécu. David Szablowski évoque ceci sous l'angle du « *law-in-action* » ou

²⁸¹ Barton, *supra* note 11 à la page 108.

²⁸² Voir Lebuis, *supra* note 49 à la page 11.

²⁸³ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 191.

²⁸⁴ Jürgen Habermas, *Morale et Communication*, tel que cité dans Münster, *supra* note 277 à la page 137.

« *living law* »²⁸⁵. Il explique que ces normes, dû à leur grande proximité avec le vécu quotidien des citoyens, « *exhibit a very high degree of compliance*²⁸⁶ ».

Nous avons précédemment soutenu l'idée qu'il importe peu que les normes se présentent sous un aspect élaboré, dans la mesure où chaque contexte local conduira à une redéfinition sur le terrain des modalités des décisions prises, mais également à une réinvention des processus visant à générer les décisions²⁸⁷. Le contexte local – social, politique, économique et environnemental – est appelé à connaître des variations importantes rendant nécessaire la réinvention des normes dans le contexte particulier où elles cherchent à s'appliquer. Selon Oquendo, Habermas est ouvert à une telle possibilité, et « *takes [...] seriously the possibility that the outcome of deliberative democracy will vary from one society to another*²⁸⁸ ». Le principe d'universalisation mis de l'avant par Habermas réfère davantage au fait que « dans une discussion pratique (i.e. sur des normes) tout argument, pour être valable, doit obtenir l'approbation de toutes les personnes participant à la discussion²⁸⁹ » plutôt qu'à la perspective de généraliser dans différents contextes les résultats obtenus à l'intérieur d'une communauté – ou d'un monde vécu.

3.2 Monde vécu versus système

Habermas développe une conception dualiste de la société, une conception caractérisée par la cohabitation de deux entités, soit le monde vécu et le système. Le monde vécu réfère « au cadre vaste et vague dans lequel les individus vivent leurs actions²⁹⁰ ». C'est également le lieu où se bâtit l'exercice communicationnel auquel s'adonnent perpétuellement les citoyens. Le système renvoie à l'administration et au marché, lesquels jouent un rôle dans « *the overall*

²⁸⁵ Szablowski, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, *supra* note 39 à la page 11.

²⁸⁶ *Ibid.*, à la page 12.

²⁸⁷ Voir notamment Lebuïs, *supra* note 49 aux pages 11 et 14.

²⁸⁸ Angel R. Oquendo, « Deliberative Democracy in Habermas and Nino » (2002) 22(2) Oxford Journal of Legal Studies 189 à la page 191.

²⁸⁹ Dupeyrix, *supra* note 278 à la page 47.

²⁹⁰ *Ibid.*, à la page 97.

*maintenance of the social system*²⁹¹». Ces entités cohabitent, mais «un des enjeux est d'empêcher que ce [système] ne vienne coloniser des secteurs du monde vécu jusque-là régulé par le médium communicationnel²⁹²». L'invasion de l'une des composantes de la société dans l'autre constitue ce qu'Habermas qualifie de pathologie de la société.

Un remaniement des théories habermassiennes s'avère nécessaire afin de pouvoir juxtaposer sa pensée à la question de la participation publique en droit international. Le caractère légitime des normes est établi en fonction d'une discussion se tenant au sein d'une *communauté morale*. Cette communauté établit ses priorités, l'éthique et la morale désirées à l'égard d'une décision; or, dans le cadre de notre objet d'étude, au-delà du dialogue interne à la communauté, les communautés locales sont appelées à entrer subséquemment dans un nouveau dialogue avec les entreprises transnationales et accessoirement l'État – car bien que l'absence sélective tende à effacer cet acteur des processus, il demeure un acteur incontournable du processus de légitimation.

Le processus dialogique que nous avons décrit dans la première section se situe aux carrefours du système et du monde vécu, et non exclusivement à l'intérieur du monde vécu; il met en scène les différentes parties prenantes à un projet d'exploitation. En cela, notre approche constitue en quelque sorte une torsion de la pensée habermassienne, mais qui dans le contexte contemporain caractérisé par la globalisation des échanges de toutes sortes, apparaît comme une entorse recevable aux yeux de Joseph Staats : « *Habermas is speaking of the relation of discursive partners in the lifeworld, yet the concept is no less applicable to relations between system and the lifeworld*²⁹³ ». Il semble d'ailleurs que l'ouvrage *Droit et démocratie* fléchit dans cette direction, étant donné que le droit est désormais perçu comme jouant un rôle d'intermédiaire entre le monde vécu et le système, une forme d'interface entre les deux entités. Fergus et Rowney dénotent dans le modèle habermassien une forme d'interdépendance entre les deux entités « *the system needs legitimization from the lifeworld*

²⁹¹ Staats, *supra* note 271 à la page 588.

²⁹² Dupeyrix, *supra* note 278 à la page 185.

²⁹³ Staats, *supra* note 271 aux pages 588-589.

*for its continued existence*²⁹⁴». Parallèlement « il est essentiel que le processus de justification de participation à la délibération et à la décision par les citoyens soit protégé institutionnellement²⁹⁵ », et que le consentement soit institutionnalisé par le système.

Certains sont toutefois sceptiques à l'égard d'une telle approche. Entre autres, Oren Perez se montre critique à l'endroit du modèle délibératif habermassien, qu'il juge « hautement problématique²⁹⁶ » dans un contexte transnational²⁹⁷, contexte où le consensus apparaît comme un objectif incertain : « *for [the most] skeptical observers of the modern society, cross-cultural encounters are more likely to end in « epistemic rupture » or « dialogical paralysis »*²⁹⁸ ». Du coup, pour Perez, la « communauté des nous²⁹⁹ » semble difficile à systématiser lorsqu'elle réfère à l'intégration d'acteurs disparates, ne partageant pas le même langage, ou la même perception des enjeux.

3.3 Complémentarité avec l'État

Habermas ne remet pas en question la structure étatique en tant que telle; l'objectif avoué de la communication rationnelle et du processus de légitimation des normes par le biais du dialogue tient davantage à une refonte de la légitimité qu'à un ébranlement des structures d'un appareil étatique imparfait. Arno Münster relève cet aspect et souligne que Habermas ne vise pas « une rupture définitive avec le système » ou une « transformation radicale de la société »³⁰⁰.

À l'instar d'Habermas, ce mémoire ne remet pas en cause les structures mêmes de cet État. Le processus de participation publique se veut un processus qui s'inscrit en complémentarité avec l'État plutôt qu'une contestation de ses structures. Le premier chapitre a exposé

²⁹⁴ A.H.T. Fergus et J.I.A Rowney, « Sustainable Development: Lost Meaning and Opportunity? » (2005) 60 *Journal of Business Ethics* 17 à la page 24.

²⁹⁵ Audard, *supra* note 269 à la page 118.

²⁹⁶ Perez, *supra* note 39 à la page 52.

²⁹⁷ *Ibid.*, à la page 52.

²⁹⁸ *Ibid.*, à la page 53

²⁹⁹ Münster, *supra* note 277 à la page 109.

³⁰⁰ *Ibid.*, aux pages 32 et 33.

l'émergence d'un nouvel acteur à côté de l'État pour les questions relatives à l'exploitation des ressources naturelles. Cet acteur « communautés locales » a la possibilité d'intervenir et d'être partie prenante en complémentarité avec l'État et les entreprises transnationales dans ce que nous avons appelé des *three-corner ventures* – ou processus tripartites. Dans les mots de Mushkat, les participants sont dans les faits des partenaires actifs du gouvernement³⁰¹.

Certes, certains perçoivent la participation publique comme un processus se substituant à l'autorité de l'État³⁰², ou en compétition directe avec celui-ci. D'autres perçoivent la participation comme un exercice susceptible de renforcer la capacité régulatrice de l'État, justement par la légitimation accrue des décisions prises découlant de la participation des communautés³⁰³.

La prise de position d'Habermas ne signifie pas pour autant qu'il a une confiance absolue en l'appareil étatique. Au contraire, Catherine Audard invite les partisans de la pensée habermassienne à analyser le modèle délibératif comme une réponse à la fragilité du système³⁰⁴, particulièrement à l'ère néolibérale : « [i]l ne suffit pas pour un État de posséder les institutions de l'État de droit [...]. Il faut encore pouvoir les compléter par une culture démocratique et une société civile vivantes, émancipées par rapport au politique³⁰⁵ ». Les institutions démocratiques apparaissent insuffisantes pour garantir la légitimité de l'ensemble des décisions prises par l'État. Selon Michel Rosenfeld, le modèle habermassien « *deals with the residual arbitrariness of democracy by relying on dialogical consensus as the source of law's legitimacy*³⁰⁶ ». Il est alors possible de se demander si la décision d'Habermas d'élever formellement les droits de participation au rang de droit humain³⁰⁷ à partir de son ouvrage *Droit et démocratie : entre faits et normes* relève du hasard, ou de l'érosion même de la

³⁰¹ Mushkat, *supra* note 10 à la page 193.

³⁰² Voir notamment Richardson et Razzaque, *supra* note 25.

³⁰³ Raustiala, *supra* note 53 à la page 539. Raustiala défend l'idée que la « *participation does not undermine, but rather strengthens the regulatory power of states* ».

³⁰⁴ Audard, *supra* note 269 à la page 97.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Michel Rosenfeld, « Can Rights, Democracy and Justice be Reconciled Through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law » (1995-1996) 7 *Cardozo Law Review* 791 à la page 792.

³⁰⁷ Audard, *supra* note 269 aux pages 118 et 120.

confiance de l'auteur à l'égard du modèle démocratique et représentatif.

Nonobstant les vices potentiels des systèmes démocratiques, Habermas juge la démocratie comme un cadre politique essentiel à l'émergence d'un potentiel de discussion. Le lien étroit qui existe entre les droits humains caractéristiques des systèmes démocratiques et la propension d'un système à instituer des procédures de participation a d'ailleurs été souligné dans les chapitres précédents. Angel Oquendo abonde dans ce sens et souligne que le processus démocratique tel que mis de l'avant par Habermas requiert « *recognizing certain individual rights of participation, such as freedom of expression and assembly, free vote, and equality*³⁰⁸ ».

Il semble important de soulever un point ici, à savoir que les processus de participation publique peuvent déborder en pratique des seuls systèmes démocratiques, et que inversement les systèmes démocratiques ne cautionnent pas assurément des pratiques participatives au niveau local³⁰⁹. Ce remodelage théorique semble trouver un écho dans la littérature épistémique, qui tire un constat des pratiques internationales : un système démocratique n'est pas garant de procédures participatives; parallèlement, la valeur de l'environnement amène certains États dont les caractéristiques fondamentales ne correspondent pas aux préceptes requis des systèmes démocratiques, à tolérer la mise en place de processus proches de la participation.

4 Déficiences du cadre habermassien : la question de la conversation idéale

La pensée d'Habermas vise à la description d'une situation de conversation idéale entre les différents participants. Celle-ci est caractérisée par l'égalité entre les parties prenantes à la conversation. Suivant la publication de son livre *Droit et Démocratie : entre faits et normes*,

³⁰⁸ Oquendo, *supra* note 288 à la page 195.

³⁰⁹ Voir Szablowski, qui explique que des processus participatifs peuvent apparaître même là où les régimes ne le prévoient pas. David Szablowski, « *Operationalizing Free, Prior, Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice* » in *Rethinking Extractive Industry: Regulation, Dispossession, and Emerging Claims*, (2010) Canadian Journal of Development Studies, Numéro spécial, ACÉDI/CASID, 11 à la page 120.

Habermas a explicité sa vision de la communication rationnelle, soit une conversation « *public and inclusive, to grant equal communication rights for participants, to require sincerity and to diffuse any kind of force other than the forceless force of the better argument. This communicative structure is expected to create a deliberative space for the mobilization of the best available contributions for the most relevant topics* ³¹⁰ ». La conversation imaginée par Habermas en est une inclusive, dépourvue de contraintes, basée sur des principes d'égalité et de liberté des participants.

Cet idéaltype éloigne l'analyse de la possibilité de prendre en compte les rapports asymétriques qui caractérisent les relations entre les acteurs impliqués dans une conversation. En pratique, la participation du public aux processus décisionnels relatifs à des projets d'exploitation des ressources naturelles ne correspond pas à une situation de communication idéale. Au contraire, la réalité démontre que les acteurs économiques privés du développement bénéficient d'un avantage pécuniaire de taille sur les communautés, en plus de jouir d'un accès privilégié à un certain type d'information, ainsi que d'un levier politique et économique particulier auprès des États :

*Negotiations subject to FPIC are characterized by a stark imbalance of power among the participants. Extractive industry firms have vastly superior economic resources, very often they enjoy the active support of host country governments eager to promote investment, and they have access to advanced technical and legal advice. In contrast, mining-affected communities are typically located in remote regions with poor and marginalized populations*³¹¹.

Les facteurs discriminants cités ci-dessus, jumelés à la marginalisation patente des communautés locales soulignée par Robert Goodland³¹², communautés souvent situées en périphérie du centre décisionnel et du système politique, mettent en évidence la difficulté profonde de concevoir une conversation épurée des asymétries inhérentes au système actuel; les asymétries de pouvoir ne sont pas anecdotiques, elles sont une partie intégrante de la conversation. La difficulté est d'autant plus importante que les asymétries de pouvoir et

³¹⁰ Habermas, *supra* note 280 à la page 940.

³¹¹ Szablowski, « *Operationalizing Free, Prior, Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice* » *supra* note 309 à la page 125.

³¹² Goodland, *supra* note 77 à la page 69.

inégalités – tel que souligné dans le premier chapitre – caractérisent pareillement les relations entre les individus et sous-groupes constituant la communauté³¹³. Cette difficulté interne et externe à la communauté est soulignée par Bourdieu qui critique l’approche d’Habermas, soutenant qu’il subsiste « des facteurs de discrimination (comme le sexe, l’instruction ou les revenus) qui limitent les chances d’accès [...] à l’opinion publique articulée, et, par là, au champ politique³¹⁴ ».

La difficulté ne peut toutefois pas en soi constituer un facteur de réfutation absolue de l’approche habermassienne. L’accès élargi à l’information, qui constitue l’un des piliers de la participation publique en droit international, l’encadrement – lorsque désiré – de la société civile, et la connaissance particulière du contexte – physique et social – du lieu ambitionné pour la mise en œuvre d’un projet d’exploitation des ressources naturelles, constituent autant d’éléments contribuant à renforcer les capacités des communautés locales³¹⁵. Ces éléments sont toutefois fort insuffisants; ici, c’est la possibilité de s’objecter à un projet d’exploitation – la notion de consentement – qui s’impose comme contreponds significatif. Selon Richardson et Razzaque, le veto représente le niveau le plus élevé de participation³¹⁶.

Bien que certains auteurs s’accordent pour considérer la contestation sociale comme un solide levier politique – voire comme une forme de veto³¹⁷ – la possibilité de s’objecter formellement à un projet de développement lié aux ressources naturelles apparaît comme un pas significatif vers une conversation symétrique. Notons ici qu’en termes habermassiens,

³¹³ Voir notamment Barton, *supra* note 11 à la page 109.

³¹⁴ Bourdieu, Pierre, *Méditations Pascaliennes*, Seuil, 1997, p 82. Tel que cité par Münster, *supra* note 276 à la page 19.

³¹⁵ Voir notamment Brant McGee, « The Community Referendum : Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development » (2009) 27 Berkeley J. of Int’l Law 570 à la page 574. McGee explique que l’accès à l’information, mais surtout le réseautage international, qui s’établit progressivement entre les différents membres de la société civile et entre communautés locales faisant face à des enjeux similaires, contribue à diminuer l’écart de pouvoir entre les différents protagonistes d’une décision, sans toutefois créer un réel équilibre.

³¹⁶ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 167.

³¹⁷ Szablowski estime que la contestation sociale et les stratégies extra-légales visant à rendre un projet extractif « *politically and economically unfeasible* » s’apparente à une forme alternative de veto. Szablowski, « *Operationalizing Free, Prior, Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice* », *supra* note 309 à la page 120.

l'opposition à un projet, si exprimée dans le cadre de délibérations, ne devrait pas être conçue *a priori* comme un refus de participer au dialogue; ce n'est qu'un de ces éléments – ou l'expression d'une préférence.

La possibilité de s'objecter apparaît bénéfique pour le redressement des asymétries, particulièrement dans une situation où les iniquités inhérentes aux acteurs sont significatives, et où les impacts subis par les citoyens sont disproportionnés³¹⁸. C'est en ce sens que Robert Goodland conçoit le CLPI comme un instrument présentant le potentiel de protéger les pauvres³¹⁹. Ce rééquilibrage par le CLPI apparaît tout à fait opportun aux yeux de Laplante et Spears, qui révèle que la possibilité de s'objecter correspond en quelque sorte à un *partage* de l'autorité sur les questions touchant à la gestion des ressources naturelles. La perception de perte de contrôle sur les ressources, mais également l'incapacité de gérer les modalités de développement dans leur environnement local immédiat, ressort comme une importante pierre d'achoppement des projets extractifs³²⁰. En réponse à cette contrariété locale, Bodansky suggère que « *[p]articipation can contribute to popular legitimacy by giving stakeholders a sense of ownership in the process. Conversely, restricted participation can provoke dissatisfaction of the part of the excluded* »³²¹.

Quoiqu'il en soit, il serait possible d'analyser ces mesures comme une tentative de rapprocher les acteurs impliqués de cette conversation idéale et de tendre, tel qu'avancé par Habermas, vers l'idéal conversationnel. Le dialogue demeure certes imparfait, comme le soulignait Szablowski, mais il apparaît perfectible à travers l'aspiration à une réciprocité authentique dans le processus.

³¹⁸ Jogi Cariño, « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior, Informed Consent : Reflections on Concepts and Practice » (2005) 22(1) Arizona Journal of International and Comparative Law 19 à la page 21. Voir aussi Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 77 : « Communities [...] disproportionately feel the brunt of their [the Extractive Industries'] negative impacts ».

³¹⁹ Goodland, *supra* note 77 à la page 72. Voir aussi McGee, qui soutient que « *Exploitation without consent represents the greatest threat to the ability of these minority populations to protect their cultural traditions, social structures, means of livelihood, and way of life from myriad forms of destruction* », *supra* note 314 à la page 582.

³²⁰ Laplante et Spears, *supra* note 13 à la page 70.

³²¹ Bodansky, « The Legitimacy of International Governance : A Coming Challenge for International Environmental Law? », *supra* note 247 à la page 617.

5 Synthèse

De nombreux analystes de la pensée habermassienne ont tenté l'exercice d'actualiser sa pensée et de l'ancrer dans le cadre du monde contemporain, caractérisé notamment par la crise de légitimité évoquée dans le premier chapitre de ce mémoire, et par une tendance du discours économique néolibéral à dominer la scène tant internationale que locale.

Sur le plan théorique, il serait possible de saisir les contours de la crise de légitimité dont souffrent à la fois l'État et les projets extractifs en l'évoquant sous l'angle de la discussion. L'absence de dialogue, ou la difficulté de parler un langage commun, constitue une des pistes intéressantes à explorer pour appréhender les conflits émergents en lien avec l'exploitation des ressources naturelles dans différents contextes locaux. Alexandre Dupeyrix croit qu'à travers l'identification et la description des éléments constitutifs de la conversation idéale, le modèle habermassien peut se révéler utile pour mettre en lumière les pathologies découlant de la « réalité d'une communication perturbée ³²²».

Le cadre habermassien aura entre autres permis d'identifier distinctement les asymétries de pouvoir comme l'un des éléments explicatifs d'une communication imparfaite, analyse qui se juxtapose aisément au secteur de l'exploitation des ressources naturelles.

³²² Dupeyrix, *supra* note 278 à la page 156.

CONCLUSION

Les activités d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles sont à l'origine d'une multitude d'impacts à la fois environnementaux, sociaux et économiques. Des auteurs comme Cariño³²³ ou Maggio³²⁴ estiment que les communautés locales – autochtones ou non – subissent les impacts de ces activités de manière disproportionnée. La participation publique apparaît entre autres en réponse aux conflits locaux engendrés par les activités d'exploration et d'exploitation. Elle insinue une tentative des communautés locales de s'imposer comme acteur de leur développement. Dans les mots de Richardson et Razzaque, le caractère ouvert des processus décisionnels « *can reduce the risk of agency 'capture' by their industry clientele* »³²⁵. Dans des termes similaires, Barry Barton soutient que « *[t]he public role was intended to improve the functioning of the democratic process, to prevent regulated companies from enjoying preferential access, and to increase environmental protection* »³²⁶. Une telle affirmation ne manque pas de souligner à la fois le problème de représentation et l'enjeu de légitimité, deux éléments centraux à l'étude de la participation publique en droit international.

La présente recherche s'est proposée de procéder à l'analyse de *trois émergences* subséquentes, soit celles (1) des communautés locales comme acteurs, (2) d'une norme de participation en droit international et (3) de la légitimité des décisions comme fonction de la participation publique.

³²³ Cariño, *supra* note 318.

³²⁴ Maggio, *supra* note 79.

³²⁵ Richardson et Razzaque, *supra* note 25 à la page 172.

³²⁶ Barton, *supra* note 11 à la page 81.

La logique de la première section de la présente étude visait à examiner qui exactement constitue le public visé par une éventuelle norme de participation. Avant d'élaborer sur l'existence – ou non – d'une norme de participation publique, et de discerner en quoi le droit international supporte directement ou indirectement le principe de participation, il apparaissait impératif de connaître le destinataire des normes et de l'espace normatif dont on cherchait à évaluer le développement.

L'émergence des communautés locales comme acteur à part entière dans les processus décisionnels s'inscrit dans le phénomène plus large de la prolifération des acteurs non étatiques sur la scène internationale, parmi lesquels se trouvent les organisations non gouvernementales. Si l'idée de participation publique est souvent associée, en droit international, à la participation des organisations non gouvernementales ou au consentement libre, préalable et informé des populations autochtones, il apparaissait intéressant de s'attarder sur le rôle des communautés locales non autochtones. Pour ce faire, une distinction entre les communautés locales et les autres acteurs traditionnels de la participation s'imposait, avec pour objectif de les investir de la capacité de participer, à titre d'acteur à part entière, aux processus de développement.

La preuve de l'émergence de ces communautés comme acteurs de leur propre développement s'appuie notamment sur l'étude du contexte international actuel. Ce contexte est notamment caractérisé par la difficile conciliation, d'un côté, des intérêts des États, parfois entraînés sur le terrain de politiques économiques néo-libérales requérant une déréglementation et un désengagement de leur part, et d'un autre côté, des intérêts particuliers des communautés locales affectées par les projets de développement. Les communautés locales sont identifiées, dans la perspective de nombreux auteurs³²⁷, à une vulnérabilité socio-économique et une dépendance sur l'environnement immédiat et les ressources naturelles.

Étant conscient que notre analyse relative aux transformations politiques ayant stimulé l'émergence de la participation publique s'appuie sur certains choix théoriques – notamment

³²⁷ Voir notamment Goodland, *supra* note 77 à la page 69; Cariño, *supra* note 318 à la page 21.

à l'égard de la légitimité altérée de l'État dans le contexte contemporain –, lesquels pourraient être contestés par les tenants d'approches ou d'école différentes, nous sommes néanmoins d'avis que certaines grandes tendances, notamment l'importance grandissante des questions environnementales et la prédominance du concept de développement durable dans les discours politique et légal, sont généralement admises.

L'émergence de la participation publique s'est accomplie de concert avec un souci accru à l'égard des problématiques environnementales et, à travers le concept de développement durable, l'imbrication de ces problématiques et des questions relatives aux droits humains, à la pauvreté, et de manière plus large au développement. Le nouvel engouement écologique est accompagné d'une prise de conscience de la place de l'individu et des communautés dans la réalisation du développement durable.

Actuellement, les conflits sociaux et l'attention soutenue à l'égard du rôle des entreprises transnationales et des États dans une conduite « socialement acceptable » des activités d'exploitation ont renforcé l'idée selon laquelle il est important – voire impératif – d'impliquer les populations locales affectées dans les processus décisionnels pour les questions qui les concernent directement. Les mesures participatives visant à la gestion des conflits locaux s'accompagnent d'un cortège hétéroclite d'objectifs, lesquels diffèrent d'un acteur à l'autre, et complexifient l'analyse de la participation publique – particulièrement sur le plan de son opérationnalisation et de la légitimité du processus par lequel elle se réalise.

Cette étude aura aussi permis de dégager certains éléments constitutifs de la participation publique permettant de révéler l'émergence – quoique diffuse et fragmentée³²⁸ – d'une norme de participation publique. Les sphères du droit international de l'environnement, du droit international des droits de l'homme de même que du droit international des peuples autochtones sont particulièrement interpellées pour doter la participation publique d'un contenu normatif embryonnaire.

³²⁸ Ebbesson, *supra* note 35 à la page 708.

La convergence de sphères diversifiées du droit dans l'exercice de définir la participation publique révèle la nature composite de ce principe en devenir. En outre, le droit international des droits de l'homme entretient une relation à deux volets avec la participation publique. Le droit d'accès à l'information, la liberté d'expression, ou le principe de non-discrimination sont autant de droits qui agissent à titre de condition préalable pour la conduite d'un processus participatif le plus significatif possible; en même temps, la participation publique vient renforcer les efforts axés autour de la réalisation d'autres droits humains tels que le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à un environnement sain ou le droit au développement.

La manifestation itérative de la notion de participation publique dans la sphère du droit international de l'environnement a motivé notre choix d'axer une large partie de notre analyse sur les instruments juridiques développés dans le cadre de cette sphère. La participation publique jouit de mentions multiples dans la sphère de l'écopolitique et ce, dès la Déclaration de Stockholm (1972). Subséquemment, les dispositions relatives à la participation se formalisent et se spécifient, pour prendre une forme élaborée dans le principe 10 de la Déclaration de Rio (1992), et ensuite faire l'objet, au niveau régional, de la Convention Aarhus (1998).

Les notions de consentement libre, préalable et informé de même que les trois piliers de la participation publique tels qu'énoncés par la Déclaration de Rio suggèrent certaines indications utiles pour circonscrire la nature et le contenu de la participation publique – l'accès à l'information, l'accès aux processus décisionnels, et l'accès à la justice. S'il y a, au niveau international, « *some signs that the norms and procedures applicable to participation [...] are being integrated* »³²⁹ en droit coutumier, une part d'ambiguïté subsiste pourtant sur le contenu réel de cette norme, qui demeure plus souvent qu'autrement vague, notamment à l'égard de la mise en œuvre et de l'opérationnalisation de la participation dans la pratique.

³²⁹ *Ibid.*, à la page 684.

Certes, la diversité des contextes politiques, socio-économiques, culturels et environnementaux dans lesquels se déploient les activités d'exploitation, les intérêts spécifiques et localisés des communautés locales affectées, et l'éventail des réponses ou mesures potentielles pour mitiger les impacts anticipés ou potentiels des activités d'exploitation, invitent à considérer sérieusement le caractère flexible des processus participatifs et à insister sur la capacité du processus à s'adapter à différentes réalités pratiques. Cette souplesse, cependant, engage la participation publique sur le terrain du flou du droit.

Les résultats de notre étude ne sont donc pas catégoriques, et laissent le lecteur face à une multitude d'incertitudes. Pour parvenir à identifier, en conclusion, ces ambiguïtés normatives, nous avons dû étudier l'état du droit international sur la question de la participation publique, et discerner les normes qui se rattachent directement ou indirectement à la norme émergente de participation publique. Ces normes sont issues de différents horizons juridiques, et encadrent, de manière plus ou moins spécifique la participation à l'échelle locale. Une panoplie de considérations d'ordre à la fois politique, économique et culturel vient toutefois bouleverser les certitudes normatives. En particulier, les asymétries de pouvoir viennent, dans la pratique, teinter l'édification du processus de participation et influencer sa mise en œuvre.

Dans son analyse de la politique opérationnelle 4.10 de la Banque mondiale concernant les peuples autochtones, David Szablowski explique à cet effet que « *the degree and manner of local involvement in the process is another factor to be determined largely by the project sponsor* ³³⁰ ». La pertinence de cette analyse dépasse le simple cadre de cette politique de la Banque mondiale; elle met en évidence la nécessité de prévoir l'implication des communautés locales dès le stade de la conception des processus ou des moyens par lesquels elles pourront effectivement participer à l'énonciation de leurs préférences.

³³⁰ Szablowski, « Mining, Displacement and the World Bank: A Case Analysis of Compañía Minea Antamina's Operations in Peru », *supra* note 105 à la page 253.

Les normes de participation publique parviennent difficilement à mettre en évidence, ou à contrecarrer clairement, les asymétries de pouvoir inhérentes aux relations entre les parties prenantes que sont l'État, les entreprises transnationales et les communautés locales. Ces asymétries, notamment de nature économique, sont atténuées entre autres par l'accès élargi à l'information, composante essentielle de la participation. Pareillement, la notion de consentement contribue aussi à l'amenuisement des déséquilibres de pouvoir entre les différents acteurs. Le consentement – souvent associé à une forme de veto – est perçu comme un outil primordial pour la normalisation des relations entre les acteurs. Or, la notion de *consentement* elle-même se bute à des critiques. Goodland estime que dans la mesure où des inégalités sociales et économiques pèsent sur les communautés locales « *even though consent is a necessary condition for a development project to be permitted, it may not be sufficient* ³³¹ ». Dans une perspective plus théorique, Arno Münster explique, dans une critique de l'approche habermassienne, que « le « consensus » accommod[e] toujours beaucoup plus ceux qui, au sein du système, sont aux commandes et exercent le pouvoir (et beaucoup plus rarement ceux qui souffrent des injustices du système ou en sont les victimes) ³³² ».

La notion de légitimité revêt une importance particulière dans notre recherche. Dans un premier temps, la légitimité figure parmi les facteurs ayant favorisé l'émergence de la participation publique. Dans un deuxième temps, l'étude de la fonction de légitimation de la participation publique fournit de nouveaux éléments susceptibles de contribuer à baliser cette norme en devenir, en insistant sur les composantes d'un processus valide. Entre autres choses, le caractère inclusif du processus, l'équité – souhaitée – entre les parties prenantes et la désirabilité du résultat, offrent de nouveaux indices sur le contenu et la nature de la participation et contribuent à saisir l'idée de « participation significative », qui apparaît de part et d'autres dans le droit et la littérature.

L'assimilation de la participation publique à un dialogue entre les différentes parties impliquées nous a guidé vers les théories habermassiennes, un grand pan de la pensée de Jürgen Habermas étant orienté vers les questions relatives à la communication et à la

³³¹ Goodland, *supra* note 77 à la page 66.

³³² Münster, *supra* note 277 à la page 33.

légitimité. L'utilisation d'un cadre théorique habermassien présente le bénéfice de lier dialogue, identification et expression des préférences des acteurs, et légitimité.

Habermas estime que la conduite d'un dialogue entre les acteurs contribue à identifier et à diffuser les préférences respectives des parties impliquées. Cet exercice est présenté comme fondamental pour disposer d'une information la plus exhaustive et précise possible sur les impacts potentiels des activités de développement dans ses volets économique, social et environnemental. L'accomplissement des devoirs de prévention et de *due diligence* dépendent ainsi largement de ces perspectives diversifiées, et d'une connaissance aiguisée du contexte dans lequel une activité d'exploitation cherche à s'exécuter.

La théorie habermassienne de l'agir communicationnel est présentée comme un « effort de vouloir régénérer le système existant « communicationnellement », de l'intérieur, précisément en vue d'approfondir ses structures d'expression démocratique³³³ », une démarche qui s'éloigne d'une remise en question fondamentale des structures du système capitaliste³³⁴.

Ce travail de recherche a adopté une position similaire. La participation publique ne se présente pas comme une tentative de substituer les intérêts des communautés à ceux des États ou des entreprises. L'idée véhiculée dans notre étude vise davantage à juxtaposer ces intérêts variés et à évaluer la pertinence et la possibilité, sur un plan juridique, d'intégrer de nouveaux acteurs aux processus décisionnels à titre de partenaires dans l'élaboration des décisions dans des processus trilatéraux formés par l'État, les entreprises transnationales et les communautés locales.

S'articule ainsi l'un des débats fondamental relatif à la participation publique dans le secteur des ressources naturelles, à savoir la hiérarchie entre les différentes parties prenantes. L'étendue du rôle de l'État comme l'acteur dominant et incontournable de toute prise de

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

décision – dans un souci de consolider sa prédominance à l'égard de la gouvernance en matière de ressources naturelles – constitue une difficulté à laquelle le présent mémoire n'aura su offrir de réponse satisfaisante. Une analyse adoptant une perspective politique – jumelée à une analyse légale concernant la valeur des instruments de *soft law* à l'attention des entreprises transnationales – s'imposerait pour évaluer l'impact des initiatives volontaires et des standards de conduite destinés aux entreprises transnationales, perçus comme une nouvelle avenue à explorer devant le retrait – volontaire ou obligé – de l'appareil étatique dans différents secteurs d'activités économiques.

La présente étude, quoiqu'apportant des réponses partielles aux différentes questions posées en introduction, n'aura pas permis de définir précisément ce que constitue, en droit international, la participation publique. La revue du droit existant aura permis tout au plus d'identifier une tendance du droit à intégrer les communautés locales comme acteurs de leur propre développement; à discerner l'apparition de normes relatives à la participation des communautés dans divers instruments de droit international; et finalement, à constater la légitimité – ou plus précisément, la perception de légitimité – générée par la participation des communautés locales.

Les expériences pratiques de processus participatifs dans différents contextes sont susceptibles de jeter un éclairage sur les possibilités d'opérationnalisation. Les disparités politiques, économiques, culturelles et sociales entre les différents contextes – qui peuvent présenter d'importantes variations à l'intérieur d'un même État – rendent difficile, mais surtout peu souhaitable, la transposition des modèles participatifs d'un cas à un autre. La participation est peut-être donc contrainte de demeurer imprécise d'un point de vue légal. Pourtant, les bénéfices qui découlent de la participation sur le plan de la légitimité rendent séduisante la perspective de voir ces processus se développer et se diffuser globalement.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine : Monographies

- DUPEYRIX, Alexandre, *Comprendre Habermas*, Lassay-les-Châteaux, Éditions Armand Colin, 2009.
- GUIGNIER, Armelle, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs?*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2003.
- HELD, David et Anthony MCGREW, dir., *Globalization Theory : Approaches and Controversies*, Cambridge, Polity, 2007.
- MÜNSTER, Arno, *Le principe « discussion » : Habermas ou le tournant langagier de la théorie critique*, Paris, Éditions Kimé, 1998.
- RISSE-KAPPEN, Thomas, dir., *Bringing Transnational Relations Back In : Non-State Actors, Domestic Standards and International Institutions*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, 1995.
- SASSEN, Saskia, *La Globalisation : Une Sociologie*, Paris, nrf essais, Gallimard, 2009.
- STRANGE, Susan, *The Retreat of the State : The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, 1996.
- SZABLOWSKI, David, *Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities, and the World Bank*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2007.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

Doctrine : Chapitres de livres

- BAS ARTS, « Non-State Actors in Global Environmental Governance : New Arrangements Beyond the State » dans Mathias Koenig-Archibugi and Michael Zurn, dir., *New Modes of Governance in the Global System: Exploring Publicness, Delegation and Inclusiveness*, London, Palgrave Macmillan, 2006, 177.
<<http://www.unpop.nl/inhoud/artikelen/non-state%20actors%20in%20GG.pdf> >
- AUDARD, Catherine, « Le principe de légitimité démocratique et le débat Rawls-Habermas » dans Rainer Rochlitz, *Habermas : l'usage public de la raison*, Paris, PUF, 2002, 95
- BARTON, Barry, « Underlying Concepts and Theoretical Issues in Public Participation in Resources Development » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring (Ed.) *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 77.
- BODANSKY, Daniel, Jutta BRUNNÉE et Ellen HEY, « International Environmental Law : Mapping the Field » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 1 à la page 14.
- BODANSKY, Daniel, « Legitimacy » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 682.
- BOYLE, Alan, « Relationship Between International Environmental Law and Other Branches of International Law » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 125.
- BRUCH, Carl et Meg FILBEY, « Emerging Global Norms of Public Involvement » dans Carl Bruch, dir., *The New Public : The Globalization of Public Participation*, Washington, Environmental Law Institute, 2002, 1.
- CAILLAUX, Jorge, Manuel RUIZ et Isabel LAPENA, « Environmental Public Participation in the Americas » dans Carl Bruch, dir., *The New Public : Globalization of Public Participation*, Washington DC, Environmental Law Institute, 2002, 105.
- DAVIES, Peter, « Public Participation, the Aarhus Convention, and the European Community » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 155.

- DUNOFF, Jeffrey L., « Levels of Environmental Governance » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 85
- EBBESSON, Jonas, « Public Participation » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 681
- FLORINI, Ann M., « Who Does What? Collective action and the changing nature of authority », dans Richard A Higgott, Geoffrey R.D. Underhill et Andreas Bieler, dir., *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London, Routledge, 2000, 15
- LE PRESTRE, Philippe, « Les ONG et l'efficacité du système de gouvernance de la Convention sur la diversité biologique » dans Catherine Aubertin, dir., *Représenter la Nature? ONG et biodiversité*, IRD Éditions, 2005.
- MICKELSON, Karen, « Critical Approaches » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2007, 262 à la page 285.
- ORELLANA, Marcos A., « Unearthing Governance : Obstacles and Opportunities for Public Participation in Mineral Policy » dans Carl Bruch, dir., *The New Public : The Globalization of Public Participation*, Washington D.C., Environmental Law Institute, 2002, 235.
- PORRÁS, Ileana , « The Rio Declaration: A New Basis for International Cooperation » dans Philippe Sands, dir., *Greening International Law*, Londres, Earthscan Publications, 1993, 20.
- PRING, George et Susan Y. NOÉ, « The Emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy, and Natural Resource Development » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development : Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources* , New York, Oxford University Press, 2002, 11
- REDGWELL, Catherine, « International Soft Law and Globalization », dans Barry Barton *et al.*, dir., *Regulating Energy and Natural Resources*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 89
- RICHARDSON, Benjamin et Jona RAZZAQUE, « Public Participation in Environmental Decision-Making » dans Benjamin J. Richardson et Stepan Woods, dir., *Environmental Law for Sustainability : A Reader*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publisher, 2006, 165

SASSEN, Saskia, « The Places and Spaces of the Global: An Expanded Analytic Terrain » dans David Held et Anthony McGrew, dir., *Globalization Theory; Approaches and Controversies*, Cambridge, Polity Press, 2007, 79.

ZILLMAN, Donald N., « Introduction to Public Participation in the Twenty-First Century » dans Donald Zillman, Alastair Lucas et George Pring, dir., *Human Rights in Natural Resource Development : Public Participation in the Sustainable Development of Mining Industry Resources*, New York, Oxford University Press, 2002, 1.

Doctrine : Articles

ALEXY, Robert, « Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse » (1995-1996) 17 *Cardozo Law Review*, 1027.

ANAYA, James, « Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction : The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources » (2005) 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 7.

BARRERA-HERNANDEZ, Lila, « Sovereignty Over Natural Resources Under Examination : The Inter-American System for Human Rights and Natural Resource Allocation » (2006) 12 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 43

BERNSTEIN, Steven, « Legitimacy in Environmental Governance » (décembre 2005) 1(1-2) *Journal of International Law and International Relations* 139.

BLANK, Yishai, « Localism in the New Global Order » (2006) 47 :1 *Harvard International Law Journal* 263.

Bodansky, Daniel, « The Legitimacy of International Governance : A Coming Challenge for International Environmental Law? » (1999) 93 *American Journal of International Law* 596.

CARIÑO, Jogi, « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior, Informed Consent : Reflections on Concepts and Practice » (2005) 22(1) *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19.

CULLEN, Holly et Karen MORROW, « International Civil Society in International Law: The Growth of NGO Participation » (2001) 1:1 *Non-St. Actors & Int'l L.* 7.

FERGUS, A.H.T. et J.I.A ROWNEY, « Sustainable Development : Lost Meaning and Opportunity? » (2005) 60 *Journal of Business Ethics* 17.

- GOODLAND, Robert, « Free, Prior and Informed Consent and the World Bank Group » (2004) 4 Sustainable Development Law and Policy. 66.
- HAAS, Peter M., « UN Conferences and Constructivist Governance of the Environment » (2002) 8 Global Governance 73.
- HABERMAS, Jürgen, « Between Facts and Norms : An Author's Reflections », (1998-1999) 76 Denver U. L. Rev. 937.
- HELD, David, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty » (2002) 8:1 Legal Theory 1.
- JOHNSON, Jennifer L., « New Social Actors in Environment and Development in Latin America », Regional Worlds : Cultural Environments and Development Debates – Latin America, The Globalization Project, University of Chicago, 1998 <http://globalizationproject.uchicago.edu/Lat_Am_Paper.html>
- LAPLANTE, Lisa J. et Suzanne A. SPEARS, « Out of the Conflict Zone : The Case for Community Consent Processes in the Extractive Sector » (2008) 11 Yale Human Rights and Development Law Journal 69.
- MACKAY, Fergus, « Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review », (2004) 4 Sustainable Dev. L. & Pol'y 43.
- MAGUIRE, Lynn A. et E. Allan LIND, « Public Participation in Environmental Decisions : Stakeholders, Authorities, and Procedural Justice » (2003) 3(2) Int. J. of Global Environmental Issues 133.
- MAGGIO, Gregory F., « Recognizing the Vital Role of Local Communities in International Legal Instruments for Conserving Biodiversity » (1997-1998) 16 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 180.
- MCGEE, Brant, « The Community Referendum : Participatory Democracy and the Right to Free, Prior and Informed Consent to Development » (2009) 27 Berkeley J. of Int'l Law 570
- MUSHKAT, Roda, « Public Participation in Environmental Law Making: A Comment on the International Framework and the Asia-Pacific Perspective » (2002) 1 Chinese J. Int'l L. 185.
- OQUENDO, Angel R., « Deliberative Democracy in Habermas and Nino » (2002) 22(2) Oxford Journal of Legal Studies 189.
- ORTWIN, Renn et *al.*, « Public Participation in Decision Making : A Three-Step Procedure », (1993) 26(3) Policy Sciences 189.

- OTTO, Dianne, « Non Governmental Organizations in the United Nations System : The Emerging Role of International Civil Society » (1996) 18 Human Rights Quarterly 107.
- PAGE, Alex, « Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System » (2004) 4 Sustainable Dev. L. & Pol'y 16
- PEREZ, Oren, « Normative Creativity and Global Legal Pluralism : Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law » (2003) 10 Indiana Journal of Global Legal Studies 25.
- PERKIN Spyke, Nancy, « Public Participation in Environmental Decisionmaking at the New Millenium : Structuring New Spheres of Public Influence » (1999) 26 (2) Boston College Environmental Affairs Law Review 263.
- RAUSTIALA, Kal, « The "Participatory Revolution" in International Environmental Law », (1997) 21 Harvard Environmental Law Review 537
- ROSENFELD, Michel, « Can Rights, Democracy and Justice be Reconciled Through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law » (1995-1996) 7 Cardozo Law Review 791
- SECK, Sara L., « Home State Responsibility and Local Communities : The Case of Global Mining » (2008) 11 Yale Human Rights & Development Law Journal 177.
- STAATS, Joseph L., « Habermas and Democratic Theory of Unchecked Corporate Power » (décembre 2004) 57(4) Political Research 585.
- SZABLOWSKI, David, « Mining, Displacement and the World Bank: A Case Analysis of Compañía Minea Antamina's Operations in Peru » (2002) 39 Journal of Business Ethics 247.
- « *Operationalizing Free, Prior, Informed Consent in the Extractive Industry Sector? Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice* » in *Rethinking Extractive Industry: Regulation, Dispossession, and Emerging Claims*, (2010) Canadian Journal of Development Studies, Numéro spécial, ACÉDI/CASID, 11.

Documents de la Banque mondiale

- BANQUE MONDIALE, *The World Bank Participation Sourcebook*, Washington DC, World Bank, 1996.

Vers un nouvel équilibre – Volume I - Le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : Rapport final de la Revue de industries extractives, Extractives Industries Review, Washington D.C., Décembre 2003

Vers un meilleur équilibre – le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives : le rapport final de la Revue des industries extractives – Réponse de la Direction du Groupe de la Banque mondiale, 17 septembre 2004.

Documents d'organismes non-gouvernementaux

THE CANADIAN CENTRE FOR THE STUDY OF RESOURCE CONFLICT, *Corporate Social Responsibility: Movements and Footprints of Canadian Mining and Exploration Firms in the Developing World*, (Octobre 2009), en ligne : MiningWatch.ca
<http://www.miningwatch.ca/sites/miningwatch.ca/files/CSR_Movements_and_Footprints.pdf>

ICMM, « Second Submission to the UN Secretary General's Representative on Human Rights and Business » (October 2006), en ligne : ICMM
<<http://www.icmm.com/document/216>>

RAPPORT DE LA CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, Rio de Janeiro, 3-14 Juin, 1992, Doc. Off. AG NU, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Doc. Off. AG NU, A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992), principe 10

LEBUIS, Véronique, *Le consentement libre préalable et éclairé : Contribution synthèse sur une pratique en développement*, Chaire C.-A.Poissant sur la gouvernance et l'aide au développement, 11 juin 2009

ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE, *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C., 2004,

OXFAM AUSTRALIA, *Free Prior and Informed Consent : The Role of Mining Companies*, (2007), en ligne : Oxfam Australia
<<http://www.oxfam.org.au/resources/filestore/originals/OAus-FreePriorInformedConsentMining-1007.pdf>>

Traités, Déclarations et Résolutions

Charte mondiale de la nature, Rés. AG 37/7, Doc. Off. AG NU, 37^e session, Annexe, Doc. NU A/RES/37/7 (28 octobre 1982)

Convention sur l'accès à l'information, l'accès du public au processus décisionnel, et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998, 2161 R.T.N.U 447 (entrée en vigueur: 30 octobre 2001) [Convention Aarhus]

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 7 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993)

Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 25 février 1991, 1989 R.T.N.U. 309 (entrée en vigueur: 10 septembre 1997) [Convention Espoo]

Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989, Organisation Internationale du Travail (OIT), 76^e session, (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Doc. NU A/CONF.48/14/Rev.1 (1972)

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG. 217 (III), Doc. Off. AGNU, 3^e sess., supp. no. 13, Doc NU A/810 (1948), 71

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Doc. Off. Ag NU, 61^e session, Annexe, point 68, Doc. NU A/RES/61/295 (2007)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), 19 décembre 1966, 99 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

Projet de déclaration de principes sur les droits de l'homme et l'environnement, Doc. Off. CES NU, 46^e sess., Annexe 1, point 4, E/CN.4/Sub.2/1994/9 (1994) 79.

Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, Rés. AG NU 1803 (XVII), Doc. off. AG NU, 17^e sess., supp. no. 17, Doc. NU A/5217 (1962)

Documents des Nations Unies

Commission des droits de l'Homme, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. Off. CES NU, 62^e session, Doc. NU E/CN.4/2006/97 (2006).

« Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatifs* (Doc. NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2001

Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes, Doc. Off. CES NU, 2004, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2004/30 (2004) 1

Tamang, Parshuram, *An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, Présenté lors de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones, Instance permanente sur les questions autochtones, CES NU, New York, 17-19 janvier 2005

Documents gouvernementaux et jurisprudence – Canada

CANADA, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Le Canada appuie la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », communiqué no. 361, le 12 novembre 2010. <<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiqués/2010/361.aspx?lang=fra>>

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministère des forêts), 2004 3 R.C.S 511