



**HAL**  
open science

# PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Joao Mitia Antunha Barbosa

► **To cite this version:**

Joao Mitia Antunha Barbosa. PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS. Droit. Université d'Angers, 2012. Français. NNT : . tel-00986331

**HAL Id: tel-00986331**

**<https://theses.hal.science/tel-00986331>**

Submitted on 2 May 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

---

**THÈSE DE DOCTORAT**

**Spécialité : droit privé**

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUVRAT

**Présentée et soutenue publiquement**

**Le : 20 mars 2012**

**À : Angers**

**Par : M. João Mítia ANTUNHA BARBOSA**

**Directeur de thèse: M. Pascal LEHUÉDÉ, Maître de conférences HDR à l'Université  
d'Angers**

**Devant le jury ci-dessous :**

**M. Dalmo de Abreu DALLARI**, Professeur émérite à l'Université de São Paulo, Co-directeur  
de thèse

**M. Bernard GAURIAU**, Professeur à l'Université d'Angers, Examineur

**M. Antonio Carlos MORATO**, Professeur à l'Université de São Paulo, Rapporteur

**M. Michel TROMMETTER**, Directeur de recherche en économie à l'INRA Grenoble,  
Rapporteur

**M. Yves DOLAIS**, Maître de conférences HDR à l'Université d'Angers, Examineur

**M. Pascal LEHUÉDÉ**, Maître de conférences HDR à l'Université d'Angers, Directeur de  
thèse



## RÉSUMÉ

---

Les systèmes traditionnels de protection des droits de propriété intellectuelle révèlent leurs insuffisances lorsqu'il s'agit de protéger le patrimoine et les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Un système de protection *sui generis* s'avère nécessaire, sans pouvoir cependant tout résoudre. Il se heurte notamment à des difficultés majeures représentées par l'ancestralité de ce patrimoine et des connaissances traditionnelles, par leur titularité collective ainsi que la diversité de leur localisation. A cela s'ajoute le caractère sacré, confidentiel et même secret d'une partie de ces connaissances. Ce patrimoine et ces connaissances sont actuellement protégés par des Déclarations et Conventions internationales ainsi que par des dispositions légales nationales, comme c'est le cas au Brésil, plus particulièrement considéré ici. Cette étude nous conduit à constater qu'il s'agit là d'un débat, d'une législation, et de processus de négociation qui ne font que commencer mais qui montrent de réelles perspectives de protection, aussi bien dans l'utilisation des instruments classiques de protection des droits intellectuels pour certains cas, que dans l'adoption de systèmes *sui generis* comme cela se fait déjà dans certains pays. À l'évidence, il est essentiel que soient considérées en toute honnêteté les particularités des situations, que la participation des représentants de ces collectivités se fasse en toute connaissance de cause, et que les contrats conclus en vue de l'utilisation de ces connaissances répondent à des exigences d'éthique, avec la participation vigilante des intéressés et des pouvoirs publics qui devront en outre soutenir des politiques publiques complémentaires.

**MOTS CLÉS** : Peuples autochtones, connaissances traditionnelles, patrimoine culturel, droits de propriété intellectuelle, biodiversité.

## ABSTRACT

---

The traditional protection systems of intellectual property demonstrate certain inaptitude when it comes to protecting patrimony and the traditional knowledge of indigenous peoples. Even if it is not meant to resolve the whole issue, the reflection about the *sui generis* protection systems becomes fundamental. This theme frequently collides with even greater difficulties represented by the ancestry of this patrimony and traditional knowledge, by the fact that it can eventually possess collective ownership and also by the diversity of its locations. Other difficulties relate to the sacred, confidential and even secretive aspects of a significant portion of such knowledge. This patrimony and knowledge are currently protected not only by international Declarations and Conventions, but also by internal legal devices, as it is the case of Brazil, which is the country that this research points its main focus to. Nonetheless, this research allows to ascertain that, although the debate, the legislation and the negotiation process is only beginning, in fact, it indicates the real perspectives of the use of classical instruments of protection of intellectual rights, on the one hand, as well as the use of *sui generis* systems, as it is currently taking place in certain countries, on the other. Clearly, it is essential to take into consideration the particularities of each situation, and that contracted agreements on the usage or access to such knowledge respond to specific ethical demands, always taking into account the vigilant participation of interested parties and the public bodies which must support complementary policies.

**KEYS-WORDS:** Autochthonous peoples, traditional knowledge, cultural patrimony, intellectual property rights, biodiversity.

## RESUMO

---

Os sistemas tradicionais de proteção da propriedade intelectual demonstram certas incapacidades quando se trata de proteger o patrimônio e os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas. Mesmo que não possa pretender resolver toda a questão, a reflexão sobre sistemas de proteção *sui generis* torna-se fundamental. Essa temática se choca frequentemente com dificuldades ainda maiores, representadas pela ancestralidade desse patrimônio e desses conhecimentos tradicionais, pelo fato de poderem eventualmente possuir titularidade coletiva assim como pela diversidade de suas localizações. Soma-se ainda o caráter sagrado, confidencial ou mesmo secreto que pode revestir uma parcela de tais conhecimentos. Esse patrimônio e esses conhecimentos são protegidos atualmente por Declarações e Convenções internacionais, além de dispositivos legais nacionais, como é o caso do Brasil, país para o qual a presente pesquisa aponta seu foco principal. A pesquisa nos permite constatar que se trata de um debate, de uma legislação e de um processo de negociação que estão apenas começando, mas que demonstram, mesmo assim, reais perspectivas tanto no emprego de instrumentos clássicos de proteção dos direitos intelectuais quanto na utilização de sistemas *sui generis*, como já vem ocorrendo em determinados países. Com toda evidência, é essencial que se leve em consideração as particularidades de cada situação e que os contratos firmados para utilização ou acesso a tais conhecimentos respondam a certas exigências éticas, levando sempre em conta a participação vigilante dos poderes públicos que deverão apoiar políticas complementares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Povos indígenas, conhecimentos tradicionais, patrimônio cultural, direitos de propriedade intelectual, biodiversidade.

## RESUMO ESTENDIDO

---

O presente estudo refere-se à proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos autóctones. Ele é de grande atualidade e interessa a todas as partes concernidas: povos detentores desses saberes, pesquisadores das mais diferentes áreas do conhecimento, institutos de pesquisa, universidades, indústria farmacêutica, indústria cultural, organismos internacionais ligados à cultura, à ciência e à proteção dos direitos intelectuais, instituições governamentais que direta ou indiretamente estão envolvidos com o tema, Estados e sociedade civil em geral. Sua relevância se justifica, portanto, por inúmeros motivos. O mais evidente decorre do fato de se viver hoje no que se convencionou chamar de sociedade da informação e do conhecimento, onde informação e conhecimento constituem-se nos maiores valores. Em tal contexto é fácil perceber qual dimensão tomaram os conhecimentos tradicionais e os interesses que envolvem. Os científicos e os econômicos destacam-se com certa clareza, porém outros, não menos importantes, indicam inúmeras contribuições que esses conhecimentos trazem face às questões e problemas ambientais enfrentados por toda a humanidade.

Na presente pesquisa foram analisadas as formas como os detentores de tais conhecimentos, os povos autóctones, encaram o sistema atualmente hegemônico de proteção da propriedade intelectual e suas implicações na gestão econômica dos recursos naturais. Esses conhecimentos descrevem, ao mesmo tempo, a própria diversidade de povos autóctones que os detêm. É fácil perceber, por exemplo, no caso dos povos indígenas brasileiros, a alternativa que oferecem aos desafios enfrentados em âmbito global, não sendo mero acaso o fato de ocuparem territórios que coincidem com regiões geralmente melhor preservadas do ponto de vista da diversidade biológica e ambiental. Esses aspectos não são, no entanto, os únicos. É possível incluir, ainda, noções e práticas relativas à fauna e à flora, que vêm despertando cada vez mais o interesse e a avidez da indústria, especialmente a farmacêutica. Diante disto, é necessário ter em vista que seus conhecimentos filosóficos, políticos, sociais e mesmo jurídicos, devem ser levados em conta com a mesma intensidade. No intuito de abranger adequadamente todos os aspectos indicados, tomou-se como referência a conceituação de Manuela Carneiro da Cunha, segundo a qual as “populações tradicionais são grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar (prática e simbolicamente) uma identidade pública conservacionista que inclui algumas das seguintes características: uso de

técnicas ambientalistas de baixo impacto, formas equitativas de organização social, presença de instituições com legitimidade para fazer cumprir suas leis, liderança local e, por fim, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados”.<sup>1</sup>

Desse modo, a pesquisa justifica-se tanto pela importância e interesse do tema, mas também, pelo fato de que embora o assunto tenha ganhado destaque, por exemplo, no que se refere aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, especialmente a partir da “Rio 92” e da adoção da Convenção da Diversidade Biológica, muito longe se está de se poder dizer que este e outros instrumentos internacionais e nacionais tenham produzido efeitos significativos em termos da real proteção desses conhecimentos, ou ainda, de que exista consenso ou verdadeiro entendimento entre os envolvidos com o tema. Assim, a pesquisa e os problemas que levanta e as possíveis contribuições que traz para alargar o debate ou as pistas e caminhos que indica para avançar nessa direção, justifica o esforço empreendido.

Na interação de anos, no dia a dia da relação com representantes desses mesmos povos, o pesquisador recebeu inúmeras vezes apoio e incentivo para a realização da pesquisa por eles considerada como necessária e útil. Isso porque, como se sabe, as discussões sobre as formas jurídicas para o tratamento do tema se encontram em pleno processo de construção nos Estados e nas instâncias internacionais.

Metodologicamente, serviu-se de revisão da bibliografia especializada sobre o tema, tanto na área jurídica como antropológica. Concomitantemente, buscou-se, na medida do possível, ouvir ao máximo a opinião dos próprios povos, por intermédio de vários de seus representantes, tanto daqueles que escrevem a respeito do assunto como por meio da relação direta, interpessoal. Foram ricas oportunidades de discutir o tema em encontros internacionais e nacionais, como também, nas próprias comunidades onde vivem. Neste aspecto, foi também importante a participação do pesquisador em oficinas realizadas por patrocínio do Centro de Trabalho Indigenista (CTI) junto aos Guarani de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Em tais ocasiões diversas questões que compõem a pesquisa foram amplamente tratadas e discutidas. Foi possível dividir com os indígenas participantes, informações e posições sobre aspectos jurídicos dos sistemas ocidentais de patentes e de direitos autorais e ao mesmo tempo ouvir as suas próprias opiniões quanto aos aspectos que consideram relevantes para uma forma de

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosacnaify, 2009, p. 300



proteção que respeite seus valores. Além disso, dialogou-se com vários especialistas, como a Professora Manuela Carneiro da Cunha, entre outros mencionados na tese. A participação em Genebra, nos anos de 2005 e 2007, das Assembleias do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU, muito contribui para a realização do presente trabalho. Em 2005, a Assembléia referiu-se especificamente ao tema dos conhecimentos tradicionais indígenas e mecanismos para sua proteção e que foi, em parte, responsável pelo Projeto que, em 2007, chegou à Declaração Internacional dos Direitos dos Povos Indígenas. Foi possível o conhecimento direto das discussões internacionais então em curso como, também, das próprias lideranças indígenas de diferentes partes do mundo e a interação com muitas delas, sobretudo por especial deferência do doCip (Centre de Documentation, de Recherche et d'Information des Peuples Autochtones), ONG sediada em Genebra e em atuação desde 1979. O doCip franqueou a consulta dos seus arquivos para esta pesquisa, intermediou o contato do pesquisador com os especialistas ali presentes e, sobretudo, permitiu que o diálogo com os indígenas fosse o mais amplo possível. Também, foram consultados materiais de arquivos, especialmente os arquivos do CGEN, em Brasília. Nesse órgão tramitam todos os processos visando à utilização de conhecimentos tradicionais no Brasil. Foi possível durante a pesquisa dos processos, também, interagir com os seus funcionários e colher suas apreciações pessoais sobre os casos analisados.

Ainda do ponto de vista metodológico é necessário antecipar que o trabalho tem característica interdisciplinar, sobretudo, porque trata de tema ancorado no Direito e na Antropologia. Nesse sentido, a pesquisa pode ser compreendida na perspectiva de análise proposta pela antropologia jurídica contemporânea que analisa o fenômeno jurídico na perspectiva dos sistemas mistos de Direito. Atentando para as orientações metodológicas dos juristas e antropólogos dessa corrente atual, procurou-se estudar as normas em seu conteúdo, bem como a maneira como as concebem as partes quando sobrevém o conflito, dado que as normas não são estáticas, porque podem ser negociadas no curso do conflito ou mesmo depois da decisão. Buscou-se, assim, estudar tanto as razões da aplicação, do negligenciamento, da distorção e mesmo da violação das normas, na perspectiva de que “toda sociedade possui uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos que o Direito Oficial reconhece, tolera ou nega”<sup>1</sup>. Nessa perspectiva, entende-se o pluralismo jurídico pela admissão de que dentro de um

---

<sup>1</sup> John Griffiths. “What is legal pluralisme?”, *Journal of Legal Pluralisme*, n. 24, 1986, p. 1-55

campo social determinado é possível encontrar comportamentos relativos a mais de um só ordenamento jurídico e se procurou reconhecer as manifestações do Direito, além dos domínios onde o situa a teoria clássica. Do ponto de vista político, buscou-se relativizar a tendência do Estado a se apresentar, por intermédio da ideia da supremacia da lei na hierarquia das fontes do Direito e como o detentor do monopólio jurídico. Conforme essa visão, o pluralismo jurídico trata-se de um fenômeno universal – toda sociedade pratica vários sistemas de Direito – porém, algumas o valorizam mais que outras. Reconhece-se a tendência, nas chamadas sociedades modernas, de o Estado sustentar o discurso segundo o qual ele deteria o monopólio do Direito por meio de ideologia que advoga a sua unidade como a condição para o bem geral.<sup>1</sup> É por essa razão que no presente trabalho buscou-se dar atenção aos aspectos das inter-relações entre o poder e o Direito, seja nas sociedades chamadas ocidentais, seja nas chamadas tradicionais, bem como de umas com as outras.

O trabalho está organizado em duas partes, precedidas de outra preliminar. A parte preliminar é intitulada “Etnicidade, Estados-Nações e Direito Indigenista nas Américas” e está dividida em três Títulos. O primeiro intitula-se “Identidade, cultura, etnicidade, povo, povos autóctones e nação” e está dividido em dois capítulos. O Capítulo 1 intitula-se “Identidade, cultura e etnicidade” e é dividido em três seções. Na primeira estuda-se o tema da identidade, na segunda, o da cultura e na terceira, o da etnicidade, todos inter-relacionados cuja discussão foi compreendida como indispensável para a compreensão do tema central da tese. Trata-se de noções basicamente cunhadas na antropologia, mas com repercussões no senso comum e no Direito. O Capítulo 2 denominado “Povo, povos autóctones e nações”, está dividido em quatro seções, a primeira é dedicada ao estudo dos temas povo e povos autóctones, a segunda ao estudo da acepção político social, a terceira à acepção jurídica de povo e a quarta ao estudo em conjunto das noções de povo e de nação na perspectiva antropológica. Todos os temas dos dois primeiros capítulos do Título I são interconectados e produzem consequências jurídicas sobre os detentores e sobre os próprios conhecimentos referidos como tradicionais. O Título II intitula-se “Os povos autóctones no direito brasileiro” e está dividido em dois capítulos. O Capítulo 1 denominado “O instituto do indigenato no Brasil colonial”, compõe-se de uma única seção intitulada “A teoria do indigenato, direito luso-brasileiro distinto da posse e da propriedade”, onde é estudado como o

---

<sup>1</sup> Norbert Rouland. *L'anthropologie juridique*. Paris: Puf, 1990

sistema de direito português tratou as terras e territórios e a própria identidade indígena no Brasil e as decorrentes consequências para o sistema jurídico brasileiro, com implicações até os dias atuais. O Capítulo 2 intitula-se “Os povos autóctones na Constituição” e se divide em nove seções, todas dedicadas ao estudo dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, que direta ou indiretamente referem-se aos povos indígenas que vivem no Brasil, analisados em comparação com a ordem constitucional anterior e identificando os reflexos que sofreram ou não da teoria do indigenato, estudada no capítulo anterior. Finalmente, o Título III “Os povos autóctones no direito hispano-americano e norte americano” compõe-se de dois capítulos. O Capítulo 1 trata “Do caso da América Espanhola” e tem uma única seção intitulada “Situações heterogêneas?” onde são focados: o tratamento dado pelo sistema jurídico espanhol aos indígenas e suas terras por ocasião da colônia espanhola nas Américas, as similitudes e diferenças com o que ocorreu no Brasil até se chegar às mais recentes formas de tratamento dos direitos autóctones nas diferentes Constituições dos países hispano-americanos com importante presença indígena. Por último, o Capítulo 2, intitulado “O caso norte-americano”, ressalta as formas de tratamento que os colonizadores e os novos Estados do Canadá e dos Estados Unidos da América do Norte adotaram em relação aos povos nativos e as principais diferenças em relação aos casos anteriormente estudados. Foca-se, sobretudo, como a política indigenista do Canadá e dos Estados Unidos da América do Norte produziu a reação dos povos autóctones aí localizados que iniciaram o movimento internacional indígena e a luta internacional pelo reconhecimento do direito de autodeterminação. O principal objetivo da Parte Preliminar é subsidiar a compreensão do núcleo da tese relativo à proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos autóctones.

A primeira parte é intitulada “Os direitos de propriedade intelectual e os conhecimentos tradicionais” e está dividida em três Títulos. O Título I “Uma breve introdução à noção de propriedade intelectual”, por sua vez, está dividido em dois capítulos. O Capítulo 1 intitula-se “O que é a propriedade intelectual?” e está dividido em duas seções. A seção 1 trata da legislação em vigor e a seção 2 intitulada “Porque propriedade (intelectual) e sobre o que?” aborda a razão da adoção do sistema de propriedade intelectual e sobre o que ela incide. O Capítulo 2 “A ideologia dos direitos de propriedade intelectual” é composto de três seções. A seção 1 denomina-se “A invenção da propriedade intelectual” a seção 2 refere-se à “Proteção do trabalho intelectual e acesso às informações: exemplo do software livre e, finalmente, a seção 3 intitula-se “Poder econômico, concorrência e propriedade intelectual” na qual se discute as implicações de tais relações. O Título II “A quem e a quem servem os direitos

intelectuais?” é composto de dois capítulos. O Capítulo 1 intitula-se “As patentes (e alguns direitos)” onde se estuda o sistema internacional e nacional brasileiro de patentes. Este capítulo, por sua vez, divide-se em quatro seções. A seção 1 é intitulada “O que não é uma invenção e o que, mesmo sendo, não é patenteável?” discutindo-se as consequências desse modo de tratamento jurídico para a proteção dos chamados conhecimentos tradicionais. A seção 2 “Quais são as condições para uma patente de invenção” aprofunda o estudo dessas condições e as consequências para os conhecimentos tradicionais. A seção 3, intitula-se “As categorias de patente e direitos (ou outros direitos de propriedade industrial)” onde são estudadas essas categorias e outros direitos de propriedade intelectual. A seção 4 “Os sinais distintivos (ou outros direitos de propriedade industrial)” finaliza a análise do sistema hegemônico de proteção dos direitos intelectuais no sistema de patentes e outros direitos de propriedade intelectual. O Capítulo 2 intitula-se “Os DPI: simples instrumentos de política industrial?” e compreende três seções. A seção 1 “Os DPI podem ser úteis aos povos autóctones?” discute as possibilidades dentro do sistema hegemônico de propriedade intelectual para a proteção de conhecimentos dos povos autóctones. A seção 2 foca “A proteção dos direitos de autor e os povos autóctones” e a seção 3 é dedicada ao estudo das “Ações coletivas no Brasil”, tendo em vista as possibilidades que oferecem para a defesa de interesses e direitos coletivos e/ou difusos, como é o caso dos direitos sobre os conhecimentos tradicionais. O Título III “Quais são os conhecimentos tradicionais a proteger e qual é a sua importância?” é dedicado ao estudo das diferentes modalidades de conhecimentos tradicionais e importância de cada um deles e está dividido em dois capítulos. O Capítulo 1 trata do “Patrimônio imaterial tangível”, dividido em duas seções. A seção 1 aborda “Os sítios sagrados e a avaliação dos impactos socio-ambientais dos projetos “desenvolvimentistas”. A Seção 2 refere-se “Às coleções arqueológicas e museológicas face às reivindicações internacionais: recuperação de objetos rituais, restituição e renumeração de restos humanos”. O Capítulo 2 trata do “Patrimônio imaterial: conhecimentos íntimos” e está dividido em três seções seguidas de uma conclusão da primeira parte. A seção 1 é dedicada ao estudo do “Turismo e respeito da vida privada”, a seção 2 “Às obras plásticas e o direito aos motivos tradicionais”, a seção 3 ao tema da “Autenticidade, do exotismo e do respeito da confidencialidade das informações íntimas”. Segue-se de conclusão da primeira parte.

A segunda parte intitula-se “Em direção à criação de regimes legais de proteção dos conhecimentos tradicionais” e é composta de dois Títulos. O Título I “A inadaptação dos DPI face às necessidades e às reivindicações dos povos autóctones” aprofunda a discussão sobre as

dificuldades para proteção pelo sistema hegemônico de proteção dos direitos intelectuais, dadas as peculiaridades dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas. Esse Título está subdividido em dois capítulos. O Capítulo 1 “Autores plurais e uma titularidade incerta”, está dividido em duas seções. A seção 1 trata da “Lógica tribal ou comunitária da propriedade e das perspectivas coletivistas”, a seção 2 aprofunda a ideia e a discussão da “Inadequação, face ao autor definido e individual, da propriedade intelectual clássica”. O Capítulo 2 é dedicado ao estudo da “Inexistência de inovação ou originalidade”, que se divide em três seções. A seção 1 aborda “A originalidade na obra tradicional”, a seção 2 “Os limites da inovação e do estado da técnica” e a seção 3 “A inovação e a distinção das obtenções vegetais”. O Título II é dedicado ao estudo dos “Instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais: antagonismos ou oportunidade?” Ele está organizado em três capítulos. O Capítulo 1 trata “Os organismos internacionais e sua posição a respeito dos Direitos Intelectuais Indígenas”. Divide-se em três seções. A seção 1 aborda “A OMC e as DPICS face aos Direitos Intelectuais Indígenas”. A seção 2 “A OMPI e o IGC – Comité Intergovernamental da Propriedade Intelectual relativa aos Recursos Genéticos, aos Conhecimentos Tradicionais e ao Folclore”. A seção 3 “A UNESCO e a variável cultural: Culturalismo ou Mercado Livre”. O Capítulo 2 é dedicado “À representatividade indígena internacional” que é dividido em três seções. A seção 1 aborda “Os Povos Indígenas na ONU e a Declaração de 13 de setembro de 2007 sobre os Direitos dos Povos Autóctones”. A seção 2 “A Convenção 169 da OIT. A seção 3 “A Convenção sobre a Diversidade Biológica”. O Capítulo 3 é dedicado ao estudo “Das soluções *sui generis*?” Este é dividido em duas seções. A seção 1 é dedicada ao estudo da “MP 2186/2001 e o CGEN”. A seção 2 ao estudo da “Originalidade francesa em matéria de conhecimentos e “savoir-faire” locais: um reconhecimento da autoctonia?”

Finalmente, a conclusão enfatiza que os direitos intelectuais tradicionais são diferentes daqueles ditados pelo sistema da propriedade industrial e reclamam lugar próprio e amplo reconhecimento. Para tanto, as especificidades indígenas e a autonomia dos seus sistemas jurídicos devem ser ampla e continuamente reconhecidos e respeitados, assim como os espaços institucionais, que concernem à temática, progressivamente conquistados, devem ser promovidos e difundidos, de modo que possam se constituir em instâncias específicas de diálogo no interior do universo jurídico ocidental. Ressalta-se a necessidade de se renunciar ao alarmismo, pois, se é certo que há pirataria e aproveitamento econômico por usurpação de conhecimentos tradicionais e também oposição filosófica por parte de muitos povos à tal apropriação, outros, por sua vez, demonstram que fariam um bom aproveitamento dos

recursos econômico-sociais decorrentes da exploração dos direitos intelectuais que lhes pertencem. Consta-se que há diferentes conhecimentos detidos por esses povos e comunidades e que são por eles tratados também de modos diferentes, sobretudo os relativos aos organismos vivos, alguns há muito tempo já ofertados em mercados populares, sem que isso corresponda a qualquer atentado aos seus valores íntimos.

São identificados os principais elementos que obstaculizam a proteção dos conhecimentos tradicionais, sobretudo os ligados à noção de novidade e de diferenciação. A conclusão simples e mais geral é que até o momento atual há um vazio no que se refere à efetiva proteção dos conhecimentos tradicionais e seus direitos intelectuais, malgrado existam diversas iniciativas no nível internacional e mesmo em diferentes países buscando a concretização de mecanismos jurídicos aptos a produzirem os efeitos de garantia desses direitos.

As reivindicações desses povos por mais proteção são cada vez maiores. Elas vão também ao sentido da necessidade de desobstrução para que de forma pontual seja possível o estabelecimento de contratos entre empresas interessadas e comunidades indígenas para situações particulares, de modo que é certo que contingências de negociações específicas e espaços institucionais de diálogo precisam coexistir, assim como os que refletem e produzem políticas públicas. Esse é o desenho do estado da discussão atual, no qual é possível perceber pontos de comunhão entre a grande diversidade dos povos autóctones.



## REMERCIEMENTS

---

À mon directeur de thèse, Monsieur Pascal Lehuédé, pour m'avoir transmis sa passion du droit privé et de la recherche. Qu'il soit également très sincèrement remercié pour l'indispensable « guide » qu'il fut tout au long de la réalisation de ce travail et plus particulièrement pour sa patience lorsque ma concentration et mes efforts faiblissaient.

À mon co-directeur de thèse, Monsieur Dalmo de Abreu Dallari, pour m'avoir transmis sa passion du droit des peuples autochtones. Qu'il soit également très sincèrement remercié pour l'indispensable « guide » qu'il fut tout au long de la réalisation de ce travail au Brésil.

À Monsieur Yves Dolais, pour son permanent appui et pour m'avoir encouragé à élargir mes recherches dans le champ de la propriété intellectuelle, sans quoi la réalisation de ce doctorat n'aurait pas eu lieu.

Aux membres du jury, pour m'avoir honoré de leur participation au jury de soutenance.

À Madame Marie-Hélène dos Santos pour son amitié, ses conseils et son aide précieuse dans la révision de cette thèse.

À tous mes amis et toutes les familles Guarani, Terena, Kadiwéu, Sateré-Mawé, Javaé, Karajá, Krahô-Kanela, Apinajé, Krahô, Apanyekrá, Ramkokamekrá qui m'ont si bien accueilli et qui m'ont permis de partager certaines de leurs expériences, fondamentales dans la construction de ces réflexions.

À ma famille.





## DEDICACE

---

*À ma famille  
Indigéniste et  
Indigène.  
À la mémoire du Pajé Didiocó.*



## ABRÉVIATIONS

---

- ABNT** - Association Brésilienne de Normes Techniques
- ADPIC** - Aspect des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
- AILA** - Association Indigène Latino-Américaine
- AIM** - American Indian Movement
- AOOC** - Appellation d'Origine Contrôlée
- ARQMO** - Communautés Remanescents de Quilombo du Municipipe d'Oriximiná
- BIA** - Bureau des Affaires Indigènes
- BIDI** - Bureau International pour la défense des Indigènes
- CAI** – Capacitation Indigène
- CDB** - Convention sur la Diversité Biologique
- CDH** – Commission des droits de l'Homme
- CERT** - Council of Energy Resource Tribes
- CFB** – Constitution Fédérale du Brésil
- CGEN** - Conseil de Gestion du Patrimoine Génétique
- CIDH** - Commission Interaméricaine de Droits Humains
- CNLC** - Commission nationale des labels et certifications
- CNPQ** - Conseil National du Développement Scientifique et Technologique
- CNUED** - Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement – Sommet de la Terre
- COICA** - Coordination des Organisations des peuples indigènes du bassin de l'Amazone
- CONTAG** - Confédération Nationale des Travailleurs Ruraux
- COP** - Conférence des Parties
- COV** - Certificat d'obtention végétale
- CPI** - Code de la Propriété Intellectuelle
- CTI** – Centre de Travail Indigène
- CUB** - Convention de l'Union de Berne
- DO** - Droits de l'obtenteur
- DOBES** - Documentation of Endangered Languages
- DoCip** - Centre de Documentation, de Recherches et d'Information des Peuples Autochtones
- DPI** – Droit de Propriété Intellectuelle

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

**DPG** - Département du Patrimoine Génétique

**ECO 92** - Conférence des Nation Unies sur l'environnement et le développement

**ECOSOC** - Conseil Économique et Social

**EMBRAPA** - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

**FSF** - Fondation pour le Logiciel Libre

**FUNAI** – Fondation Nationale de l'Indien

**GATT** – Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

**CNU** - Gnu's Not Unix

**GTPA** - Groupe de Travail sur les Populations Autochtones

**IAIA** - International Association for Impact Assessment

**IBAMA** - Institut Brésilien de l'Environnement et des Ressources Renouvelables

**IFOAM** - International Federation of Organic Agriculture Movements

**IGC** - Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore

**IGP** - Indication Géographique Protégée

**IITC** - International Indian Treaty Council

**INAO** - Institut National des Appellations Contrôlées

**INPI** – Institut National de la Propriété Industrielle

**INRC** – Inventaire National de Références Culturelles

**ISA** - Institut Socio-Environnemental

**IUCN** - Union internationale de la conservation de la nature

**LPC** – Loi de Protection des Cultivars

**MCT** - Ministère de la Science et de la Technologie

**NAGPRA** - Native American Grave Protection and Repatriation Act

**NARF** - Native American Rights Fund

**NIAAA** - National Indigenous Arts Advocacy Association

**OAPI** - Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle

**ODG** - Organisme de Défense et de Gestion

**OEB** - Office Européen des Brevets

**OEA** – Organisation des États Américains

**OIT** – Organisation Internationale du Travail

**OMC** – Organisation Mondiale du Commerce

**OMPI** - Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

**ONU** – Organisation des Nations Unies

**OPIRE** - Organisation des Peuples Indigènes de la Rivière Envira

**OTA** - Office of Technology Assessment

**PAC** – Programme d' Accélération de la Croissance

**PNPI** – Programme National du Patrimoine Immatériel

**PNUE**- Programme des Nations Unies pour l' environnement

**RPN** - Réserve du Patrimoine Naturel

**SPI** – Service de Protection des Indiens

**SDN** – Société des Nations

**SNPC** - Système National de Protection de Cultivars.

**STF** - Tribunal Suprême Fédéral

**TAP** - Terme de consentement Préalable

**TI** - Terres Indigènes

**TRIPS** - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

**UFRJ** – Université Fédérale de Rio de Janeiro

**UNEP**-Programme Des Nations Unies Pour L'environnement

**UNESCO** –Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture

**UNIDROIT** - Institut international pour l'unification du droit privé

**UNIFESP** - Université Fédérale de São Paulo

**UNPFII** - Forum Permanent des Peuples Autochtones

**UPOV** - Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales.

**VQPRD** - Vins de qualité produits dans des régions déterminées

**WCMC**- Centre de surveillance de la conservation de la nature (World Conservation Monitoring Centre)



## LISTE D'ILLUSTRATIONS

---

**Schéma 1** : Schéma de la Propriété Intellectuelle au Brésil.....p. 128

**Photo 1** : Homme Nukak chassant des singes en utilisant une sarbacane empoisonnée avec du curare. Photo: Luca Zanetti pour le New York Times.....p. 162

**Figure 1**: Hidrelétricas na Amazônia. Localização geográfica dos empreendimentos. Voir COUTO (1999).....p. 215





## SOMMAIRE

---

INTRODUCTION .....	29
PARTIE PRÉLIMINAIRE.....	37
ETHNICITÉ, ETATS-NATION ET DROIT INDIGÉNISTE DANS LES AMÉRIQUES. ....	37
TITRE I. Des notions en suspens.....	39
Chapitre 1. Identité, culture et ethnicité. ....	39
Chapitre 2. Peuple, peuples autochtones et nation.....	52
TITRE II. Les peuples autochtones dans le droit brésilien .....	63
Chapitre 1. L' institut de « l' Indigenato » dans le Brésil colonial.....	63
Chapitre 2. Les peuples autochtones dans la Constitution .....	74
TITRE III. Les peuples autochtones dans le droit hispano-américain et nord-américain.....	95
Chapitre 1. Le cas de l' Amérique Espagnole .....	97
Chapitre 2. Les cas nord-américain.....	107
PREMIÈRE PARTIE.....	119
LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS. ....	119
TITRE I. Une brève introduction à la notion de propriété intellectuelle .....	119

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Chapitre 1. Qu'est-ce que la propriété intellectuelle? .....	119
Chapitre 2. L'idéologie des droits de propriété intellectuelle. ....	137
TITRE II. A quoi et à qui servent les droits de propriété intellectuelle? .....	153
Chapitre 1. Les régimes de protection des innovations techniques et des signes distinctifs.....	153
Chapitre 2. Les DPI: simples instruments de politique industrielle? .....	181
TITRE III. Quels sont les savoirs et les biens traditionnels à protéger et quelle est leur importance?.....	207
Chapitre 1. Le patrimoine immatériel tangible.....	210
Chapitre 2. Le patrimoine immatériel: savoirs intimes. ....	243
DEUXIÈME PARTIE.....	261
VERS LA CRÉATION DE RÉGIMES LÉGAUX DE PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES.....	261
TITRE I - L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle face aux besoins et aux revendications des peuples autochtones. ....	265
Chapitre. 1 - Des auteurs pluriels et une titularité incertaine .....	266
Chapitre 2. L'inexistence de nouveauté ou d'originalité .....	278
TITRE II. Instruments et mécanismes juridiques internationaux: antagonisme ou opportunité? .....	303
Chapitre 1. Les organismes internationaux et leur position à propos des droits intellectuels indigènes.....	304

Chapitre 2. La représentativité indigène internationale .....	341
Chapitre 3. Des solutions sui-generis ? .....	363
CONCLUSION.....	391
BIBLIOGRAPHIE .....	409
TABLE DES MATIÈRES.....	425



## INTRODUCTION

---

'The word "I" is just a convenient term for something that has no actual existence'.  
Virginia Woolf.<sup>1</sup>

La raison qui a inspiré cette recherche n'est ni purement professionnelle ni purement théorique. La relation du chercheur avec les peuples indigènes<sup>2</sup> est bien antérieure à toute option personnelle. Dès l'enfance, en effet, il lui a été donné de vivre dans ces sociétés grâce à ses parents, qui tous deux travaillent jusqu'à aujourd'hui comme avocats des peuples indigènes du Brésil.

S'est formé ainsi une grande familiarité, et même une affectivité, du chercheur avec et pour les peuples indigènes du Brésil, de telle sorte que lorsqu'il a commencé ses études de droit, puis de sciences sociales, il travaillait déjà pour l'organisation non-gouvernementale CAI – *Capacitação Indígena*, qui donne une assistance juridique et de santé aux communautés indigènes, spécialement dans l'État de São Paulo ; d'abord comme stagiaire, puis comme avocat. Actuellement, et depuis 2010, il est entré par concours public dans la '*Fundação Nacional do Índio*' (FUNAI), travaillant dans la région centre-ouest du Brésil (bassin Araguaia/Tocantins<sup>3</sup>) où vivent les peuples Krahô, Ramkokamekrá, Apanyekrá, Apinajé, Krikati, Gavião, Xerente, Karajá, Javaé, Xambioá, Tapirapé parmi d'autres.

C'est pour cela que cette recherche peut être considérée comme le résultat de cette longue expérience personnelle, et, sur le plan académique, comme la continuation du travail de recherche antérieur, une monographie réalisée pendant la licence de droit au Brésil en 2003, et intitulée : « Connaissances traditionnelles sur la diversité biologique : le droit au patrimoine intellectuel ». Cette étude a traité fondamentalement des effets de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) sur la législation interne du Brésil, particulièrement en ce qui concerne la protection des connaissances traditionnelles des peuples indigènes et des communautés locales. La conclusion en a été que la législation interne n'a pas respecté

---

<sup>1</sup>Virginia Woolf. *A room of one's own*. <http://ebooks.adelaide.edu.au/w/woolf/virginia/w91r/chapter1.html>.

<sup>2</sup> Les expressions de « peuples indigènes » et « peuples autochtones » seront utilisées tout au long de ce travail comme synonymes.

<sup>3</sup> Ce bassin de la région amazonienne comprend les États du Tocantins, nord de l'État du Goiás, sud-est de l'État du Pará et sud-ouest de l'État du Maranhão, ouest de l'État du Mato Grosso et est de l'État de Bahia

l'esprit de la CDB dans la mesure où elle a maintenu dans les mains de l'administration publique de l'État le pouvoir de décision sur l'utilisation des connaissances des peuples indigènes et des communautés locales – qui leur appartiennent – alors même qu'un des objectifs de la Convention semblait être justement de permettre à ces communautés de participer activement et en tant que protagonistes principaux, aux décisions sur tout le processus d'exploitation ou de non-exploitation de leurs connaissances traditionnelles sur la diversité biologique. La recherche actuelle est en quelque sorte une conséquence et un développement du thème abordé dans la monographie.

Le thème ici traité, et qui concerne la protection des connaissances traditionnelles des peuples autochtones (au-delà de celles qui s'associent à la biodiversité), est d'une actualité aigüe et intéresse toutes les parties concernées : peuples qui détiennent ces savoirs, chercheurs de divers domaines du savoir, instituts de recherche, universités, musées, industrie pharmaceutique, industrie cosmétique, industrie culturelle, organismes internationaux liés à la culture, à la science et à la protection des droits intellectuels, institutions gouvernementales qui ont un rapport direct ou indirect avec la question, états et société civile en général.

Le sujet est actuel pour diverses raisons. La plus évidente vient du fait que dans le contexte de ce qu'il est convenu d'appeler la société de l'information ou de la connaissance, certains savoirs dits traditionnels et portés par de nombreux peuples indigènes gagnent une attention, une valeur et des espaces de diffusion absolument originaux. Il est aisé de comprendre alors quelle importance ont pris ces connaissances traditionnelles et quel intérêt elles suscitent. Les intérêts scientifiques et économiques sont bien sûr évidents, mais il en est de non moins importants qui ont trait aux contributions inégalables qu'elles peuvent éventuellement apporter pour les questions écologiques auxquelles doit à présent faire face l'humanité. Dans le domaine de la gestion économique des ressources naturelles, il y a certainement beaucoup à apprendre de la manière dont les peuples autochtones gèrent leur milieu et leurs ressources. Cependant – et c'est là que commencent à se manifester certaines contradictions – les valeurs mises en avant ainsi que les avantages obtenus par cette société de la connaissance ne présentent pas de réels bénéfices pour la plupart des sociétés traditionnelles. En effet, actuellement de nombreuses informations et savoirs qui proviennent des sociétés indigènes sont intégrées dans les plus divers systèmes qui composent la société de la connaissance, même si dans divers autres aspects elles continuent à être exclues. Le droit, notamment celui de la propriété intellectuelle, semble être encore un des domaines de cette marginalisation.

Au Brésil il est possible de constater – à l'aide d'images de satellite, par exemple – que les territoires où vivent ces peuples sont très souvent beaucoup mieux préservés que leurs environs, et sont des régions où il existe de très importants échantillons de la diversité biologique nationale. Ce constat, comme il sera possible de l'observer au long du développement, ne signifie pas pour autant que les indigènes sont des préservationnistes ou des écologistes guidés par les mêmes démarches mises en avant par certains courants indigénistes ou environnementalistes. Ce qui est plus évident, néanmoins, c'est que les richesses de la flore, de la faune et des cultures établies dans ces territoires éveillent beaucoup d'intérêts, notamment de la part de secteurs économiques puissants (comme l'industrie pharmaceutique ou culturelle par exemple).

D'autre part, les connaissances indigènes manifestent la diversité et l'identité des peuples autochtones qui en sont les dépositaires. On ne peut oublier, par ailleurs, que l'importance de ces connaissances repose également sur le fait qu'elles ont pour base des repères philosophiques, politiques, sociaux et même juridiques très singuliers, que leurs détenteurs peuvent manier soit pour revendiquer une certaine identité/ethnicité, soit pour bâtir un avenir capable de faire face aux divers défis qui s'imposent à l'heure actuelle.

Il est intéressant de citer Manuela Carneiro da Cunha afin de spécifier certains aspects de ce que nous venons de mentionner:

Les peuples traditionnels sont des groupes qui ont conquis ou luttent pour conquérir (dans la pratique ou symboliquement) une identité publique conservationniste qui comprend quelques-unes des caractéristiques suivantes : usage de pratiques de faible impact écologique, formes égalitaires d'organisation sociale, présence d'institutions légitimes pour faire appliquer leurs lois, leur influence locale, et enfin des traits culturels sélectivement réaffirmés et réélaborés.<sup>1</sup>

La recherche ainsi se justifie autant par l'importance et l'intérêt du thème que par le fait que malgré l'existence d'une certaine visibilité en ce qui concerne les connaissances associées à la biodiversité, acquise surtout à partir de la réunion Rio 92 et de l'adoption de la Convention de la Biodiversité, on est encore très loin de pouvoir dire qu'il y ait eu, que ce soit dans le plan interne ou international, des effets réellement sensibles sur le respect et la protection de ces connaissances, ou encore qu'il existe un consensus ou un véritable accord

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosacnayf, 2009, p. 300. Toutes les traductions sont de la responsabilité de l'auteur.



entre les parties intéressées. Les problèmes soulevés par la recherche, et les contributions qu'elle pourra apporter pour élargir le débat et pour indiquer éventuellement de nouvelles pistes à suivre ou à explorer, sont les justifications de cette entreprise.

Sur le plan méthodologique, la recherche a été orientée par une révision de la bibliographie spécialisée sur le thème, tant dans le domaine juridique qu'anthropologique. Parallèlement, et dans la mesure du possible, ces peuples et leurs représentants ont été consultés et écoutés, soit par la lecture de ce que certains ont écrit sur le sujet, soit par un dialogue direct lors de rencontres nationales et internationales, mais surtout en allant directement à leur rencontre dans leurs communautés.

Pendant les années de recherche et d'activités de terrain, nous avons sans cesse poursuivi le dialogue direct avec les représentants indigènes dont nous avons eu l'occasion de faire la connaissance (surtout au Brésil). L'objectif principal de cette démarche – empruntée surtout dans l'anthropologie – a été d'obtenir des représentants indigènes eux-mêmes et des leurs communautés, des informations et des impressions présentées comme prioritaires à propos de chaque sujet soulevé. Tout d'abord, l'entretien direct et l'accès aux « sources primaires » nous ont permis d'identifier certains filtres et certaines interprétations partiales ou subjectives présentes dans une grande partie des sources secondaires et tertiaires ou autres documents qui font une analyse de la question indigène sans avoir eu accès ou pris le soin d'écouter réellement les principaux sujets intéressés. Cette préparation préalable - qui fut en réalité une pratique presque constante - nous a ensuite permis de choisir les thèmes qui nous semblaient les plus pertinents, de sélectionner les sources théoriques ainsi que de faire le tri des études de cas mieux adaptés pour organiser notre analyse. Il est intéressant de souligner d'ailleurs que lors de ces activités de terrain nous avons reçu à d'innombrables reprises soutien et encouragement pour réaliser une recherche considérée nécessaire et utile, et on le comprend d'autant plus aisément que l'on sait que le traitement juridique de la question est actuellement en plein processus d'élaboration, que ce soit au niveau des Etats ou à celui des instances internationales.

A ce propos, les ateliers organisés sous le patronage du Centre de Travail Indigéniste (CTI<sup>1</sup>), et auxquels participaient les indiens Guarani de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná,

---

<sup>1</sup>Le CTI est une ONG indigéniste brésilienne fondée en 1979 par des anthropologues et autres indigénistes qui travaillaient déjà avec la question indigène au Brésil. Leurs principales lignes d'action sont la reconnaissance des

Santa Catarina, Rio Grande do Sul ainsi que de pays voisins, ont été particulièrement importants. Lors de ces rencontres, diverses questions que comporte la recherche, ont été amplement traitées et discutées. Il a été ainsi possible de traiter, avec les participants indigènes, des aspects juridiques des systèmes occidentaux de brevets et de droits d'auteur, les écoutant en retour sur leurs positions concernant des formes de protection qui font attention à leurs propres valeurs.

Un dialogue a été développé, d'autre part, avec divers spécialistes, comme le Professeur Dalmo de Abreu Dallari (Université de São Paulo) et la Professeure Manuela Carneiro da Cunha (Université de Chicago) qui nous ont aimablement accordé des entretiens très riches en instructions et déterminants pour le choix de chemins au long de la recherche. Nous avons eu également l'occasion de participer à Genève, en 2006, aux Assemblées du Groupe de Travail sur les Populations Autochtone – GTPA de l'ONU<sup>1</sup>, qui a été en partie responsable du Projet qui, en 2007, a abouti à la Déclaration Internationale des Droits des Peuples Indigènes. Ces rencontres ont permis de connaître des représentants indigènes de différentes parties du monde, grâce à l'intermédiation particulièrement aimable du DoCip (Centre de Documentation, de Recherches et d'Information des Peuples Autochtones), ONG siégeant à Genève et qui intervient depuis 1979, lors des premières participations indigènes sur la scène internationale, pour la défense de leurs droits. Le DoCip se consacre spécialement à l'organisation des archives de toutes les manifestations et interventions indigènes du GTPA, aidant et facilitant les contacts entre indigènes des différentes régions du monde. Son équipe veille également à faciliter le séjour à Genève de ces personnes. La Directrice scientifique du DoCip, géographe Pierrette Birraux-Ziegler, en place depuis la fondation de cet organisme, a permis l'accès aux archives et favorisé le contact avec les spécialistes présents et surtout permis que le dialogue avec les spécialistes indigènes soit le plus ample possible.

D'autres sources d'archives ont été consultées, particulièrement celles du Conseil de Gestion du Patrimoine Génétique (CGEN) et du Département du Patrimoine Génétique

---

droits territoriaux des peuples indigènes, la valorisation de leurs références culturelles et la protection environnementale de leurs territoires.

<sup>1</sup> Le GTPA (1982-2007) fut la première instance consacrée exclusivement aux peuples autochtones aux Nations Unies. Il a été créé en 1982 au sein du Conseil économique et social (ECOSOC), en tant qu'instance subsidiaire de la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et de protection des minorités, subordonnée à la Commission des droits de l'Homme (CDH). Pendant 25 ans il a constitué la référence en matière des droits de l'homme des peuples autochtones. C'est le GTPA qui a rédigé le premier projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones ainsi que diverses études d'importance fondamentale.

(DPG), à Brasilia, où se déroulent les procès qui ont pour objet l'utilisation des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité et l'accès au patrimoine génétique brésilien. Il s'est établi, à l'occasion de ces recherches, des dialogues productifs avec les fonctionnaires, permettant une meilleure compréhension des enjeux existants à l'intérieur de ce secteur de l'administration.

Afin de souligner encore certains aspects méthodologiques, il est important de faire remarquer que cette étude a un caractère interdisciplinaire parce qu'ancrée à la fois dans le droit (privé et public) et dans l'anthropologie. En ce sens, ce travail cherche à suivre la méthodologie d'analyse proposée par l'anthropologie juridique contemporaine. Attentif aux orientations méthodologiques des juristes et des anthropologues de ce courant actuel, nous avons étudié les normes dans leur contenu mais aussi dans la lecture qu'en font les parties quand survient le conflit. Dans cette perspective, il est possible de considérer que les normes ne sont pas des éléments statiques mais peuvent être négociées pendant le conflit et même à la suite de certaines décisions. Une tentative d'étude des raisons de leur application, de leur non-application et même de leur violation ou du fait qu'on les néglige a été faite, dans la perspective que « toute société possède une multiplicité d'agencements juridiques que le droit officiel reconnaît, tolère ou refuse »<sup>1</sup>. On entend ainsi le pluralisme juridique en admettant qu'à l'intérieur d'un champ social donné, il est possible de reconnaître des comportements ayant trait à plus d'un agencement juridique. On a donc cherché à reconnaître les manifestations du droit au-delà des domaines où le situe la théorie classique. Du point de vue politique, cela s'est fait en relativisant la tendance de l'Etat à se présenter, par l'intermédiaire de la suprématie de la loi dans la hiérarchie des sources du droit, comme détenteur du monopole juridique. Dans cette perspective, le pluralisme juridique est un « phénomène universel », disent les théoriciens de ce courant – toute société pratique divers systèmes de droit – cependant certaines lui accordent plus d'importance que d'autres. Il est possible d'observer que dans les sociétés dites modernes, il existe une réelle tendance de l'Etat de chercher à monopoliser le droit selon une idéologie qui soutient que son unité et son monopole sont des conditions pour l'intérêt général.<sup>2</sup> C'est pour cette raison que nous avons accordé une attention particulière aux aspects interrelationnels entre pouvoir et droit, que ce

---

<sup>1</sup> John Griffiths. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism*, n. 24, 1986, p. 1-55

<sup>2</sup> Norbert Rouland. *L'anthropologie juridique*. Paris: Puf, 1990

soit dans les sociétés dites occidentales ou dans les dites traditionnelles, ainsi que dans les relations des unes avec les autres.

La transmission orale est dominante dans les connaissances traditionnelles. Ceux qui la pratiquent demandent un changement des règles de la propriété industrielle permettant que les connaissances transmises oralement ou selon des dynamiques spécifiques soient protégées. Cependant, les problèmes qui peuvent surgir d'une telle ouverture doivent être également considérés. Le débat débouche donc sur l'idée de modèle *sui generis* qui, selon ses défenseurs, doit correspondre à une solution moins défensive ou réactive, capable de créer une dynamique de porosité et de zones d'interface entre les deux systèmes parallèles. Toutefois, cette thèse est loin de faire l'unanimité pour le moment.

Il est évident que les droits d'auteurs ont une logique propre différente de celle de la propriété industrielle, qui demande à être connue et reconnue. De la même manière, les systèmes juridiques indigènes doivent donc être reconnus et respectés dans leur spécificité et leur autonomie. Il en est de même pour les espaces institutionnels progressivement conquis, développés et diffusés, qui doivent former une zone de dialogue entre l'univers juridique occidental et celui des peuples autochtones.

Il serait possible ainsi d'arriver à une conclusion sur la nécessité de laisser de côté une attitude purement alarmiste car, s'il est vrai que la piraterie et le profit économique par usurpation de connaissances traditionnelles ont lieu et se heurtent à l'opposition philosophique de beaucoup de peuples, parmi ces derniers, quelques-uns d'entre eux, apportent la preuve qu'ils feraient bon usage des ressources économiques et sociales venant de l'exploitation des droits intellectuels qui leur appartiennent. De toute façon, il est nécessaire de constater que pour le moment il y a un vide relatif à la protection des connaissances traditionnelles et de leurs droits intellectuels. Or, les revendications indigènes montent, d'abord pour une plus grande protection, mais aussi pour éliminer au plus tôt tout ce qui empêche la mise en place de solutions ponctuelles d'accord entre les communautés indigènes et d'autres intéressés dans l'exploitation de ces droits.

Il est possible de constater qu'il existe parfois certaines similitudes entre les connaissances de peuples autochtones distincts, surtout lorsqu'ils partagent le même environnement ou territoire. Cependant, en règle générale, les différences sont beaucoup plus accentuées que les similitudes. Cette observation met en évidence donc la nécessité de porter un regard et un traitement très spécifique à chaque cas concret. Il serait intéressant que les espaces de dialogue puissent coexister avec les contingences de négociations spécifiques,

notamment ceux qui reflètent ou qui produisent des politiques publiques destinées (ou théoriquement accessibles) aux peuples indigènes.

Pour chercher à répondre aux problèmes soulevés, la thèse sera divisée en deux parties principales, précédées d'une partie préliminaire où seront abordés des thèmes, des questions et des formulations juridiques, politiques, sociologiques et anthropologiques qui ont trait aux peuples connus comme indigènes ou autochtones, aussi bien qu'une étude du droit brésilien, hispano-américain et nord-américain relatif aux peuples indigènes qui vivent dans ces territoires. Cela permettra une meilleure compréhension de l'axe central de la thèse : c'est-à-dire la reconnaissance de l'importance du patrimoine culturel des peuples autochtones et sa protection. Suite à la partie préliminaire, la première partie sera consacrée à l'étude de la propriété intellectuelle (sa conception, son développement historique, son application, son idéologie, parmi d'autres caractéristiques) et son adéquation ou pas à la protection du patrimoine culturel et des savoirs traditionnels indigènes. Ensuite, dans la deuxième partie, il s'agira de traiter des régimes légaux de protection des connaissances traditionnelles permettant de progresser de façon concrète et pratique dans le domaine d'action du droit positif.

La relation entre les droits intellectuels, tels qu'ils sont conçus dans la théorie classique du droit, et les savoirs traditionnels, est très récente et en plein processus de construction. Dans ce sens, il est possible d'affirmer que jusqu'à présent il n'existe pas un modèle hégémonique pour la protection du patrimoine culturel et des savoirs dits traditionnels. Il existe, d'un côté, un courant qui soutient la nécessité de la création d'un système *sui generis*. Cependant, de l'autre côté, il est possible d'affirmer que dans le système classique des droits intellectuels il existe déjà des mécanismes qui permettent la protection de certains droits revendiqués par les peuples indigènes, comme il sera analysé tout au long de la recherche. Dans l'actualité du sujet, ce qui semble être le plus important et constructif est justement l'intensité du débat et du protagonisme des détenteurs de ce patrimoine. Parmi les solutions qui sont en train d'être adoptées à ce sujet, il est possible de souligner celles qui cherchent à conjuguer des aspects importants liés aux contrats et au droit public. C'est-à-dire, la participation active des peuples autochtones et l'adoption de mesures d'ordre public, telles que la formulation d'une législation adéquate, des systèmes administratifs appropriés pour une bonne gestion des intérêts liés au patrimoine culturel traditionnel et des politiques publiques qui contribuent à ce même propos.

# **PARTIE PRÉLIMINAIRE**

## **ETHNICITÉ, ETATS-NATION ET DROIT**

### **INDIGÉNISTE**

### **DANS LES AMÉRIQUES.**

---

Dans notre mémoire collective, l'aventure des "Conquistadores" évoque des images de triomphe, de richesse, de gloire et fait figure d'épopée. L'historiographie occidentale associe la découverte de l'Amérique aux notions de "Renaissance", de "Temps modernes": l'expédition de Christophe Colomb coïncide avec le commencement d'une ère nouvelle. Mais une ère nouvelle à l'heure de l'Europe [...]. L'historien né dans la société des vainqueurs doit, pour "découvrir" réellement l'Amérique, se dépouiller de ses habitudes mentales, et sortir en quelque sorte de lui-même.<sup>1</sup>

Cette partie préliminaire se justifie car le droit sur les connaissances des peuples dits traditionnels est en plein processus de construction, et les revendications indigènes actuelles se heurtent à de nombreux obstacles sur le marché des connaissances. Au-delà des évidentes questions économiques, le thème comporte également des questions d'ordre philosophique, éthique, social, juridique et politique.

Le droit hégémonique de protection des droits intellectuels a été pensé essentiellement selon l'idée que la création intellectuelle est un acte de l'individu, et que c'est lui qui doit être protégé. Mais quand on parle des droits intellectuels indigènes, on se réfère presque automatiquement à l'idée d'auteur collectif et ancestral. Et pourtant, les indigènes n'ignorent pas la création individuelle ! Quant à la référence à la collectivité ou à l'ancestralité, elle évoque une antériorité soit de l'inspiration, soit de l'auteur même.

On observe fréquemment dans les discours indigènes, que certaines de ces connaissances sont situées dans le domaine du sacré, du religieux, du confidentiel, et sont soumises à des contraintes particulières qui limitent leur transaction sur le marché. Par ailleurs, certaines de ces mêmes connaissances, n'appartiennent pas à un seul groupe, étant partagées par plusieurs d'entre eux, ce qui représente une difficulté supplémentaire.

---

<sup>1</sup> Nathan Wachtel. *La vision des vaincus*. Paris: Gallimard, 1971, p. 35

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Cette question et ces difficultés ont été travaillées depuis des années par des juristes, des anthropologues, des organismes internationaux et nationaux, par des dirigeants, des représentants et des intellectuels indigènes. Bien d'autres difficultés existent, dont une qui devrait être considérée en premier lieu, et qui consiste, lorsque l'on parle de peuples traditionnels indigènes, à pratiquer un réductionnisme, car chaque peuple est fondamentalement distinct des autres. Cela veut dire qu'il existe autant de régimes de connaissances traditionnelles que de peuples. On raisonne généralement en opposant le régime occidental des connaissances – entendu comme scientifiques – à cette supposée homogénéité des régimes des connaissances traditionnelles.

Un autre problème qui découle de cette homogénéisation forcée et imaginaire, est le fait de penser les connaissances traditionnelles comme des « objets achevés » et ainsi transmis du passé au présent et au futur, ce qui revient à ignorer que ce type de connaissance a aussi ses méthodes et ses techniques de production et de transmission. Il ne s'agit absolument pas de réservoirs statiques de savoirs, mais surtout de processus dynamiques qui induisent des modifications et des évolutions.

On voit donc que les difficultés de cette discussion sont nombreuses, et seront développées au cours de cette étude. Cependant, dans cette partie préliminaire, nous voudrions revenir, en premier lieu, sur quelques notions générales, telles qu'identité, culture, ethnicité, peuples, peuples autochtones et nation, qui circulent dans les différents espaces de discussion et qui, en raison de leur polysémie, ne font qu'accroître les difficultés et les confusions.

En précisant les emplois divers que ces différentes catégories suscitent, nous chercherons à leur donner un éclairage plus contemporain pour mieux comprendre comment les réflexions de l'anthropologie moderne ont été incorporées par le droit. Le refus d'en rester à des catégories cristallisées dans le temps peut faciliter le dialogue entre tous les acteurs de bonne foi et aider à la construction de mécanismes capables de protéger le patrimoine culturel et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones.

La partie préliminaire de cette étude se dédiera surtout à analyser plus précisément certaines notions liées au thème de l'autochtonie et de l'indigénisme, pour ensuite examiner l'évolution et la situation actuelle des droits des peuples autochtones dans le Brésil et, finalement, dans le droit hispano-américain et nord-américain.

## **TITRE I. Des notions en suspens.**

Le titre I de cette partie préliminaire cherchera tout d'abord à présenter et à placer les nuances liées à certaines notions récurrentes lorsqu'il s'agit de considérer la question des peuples indigènes dans le Brésil ou ailleurs : identité, culture, ethnicité et les rapports conceptuels, juridiques et politiques entre ces peuples et les États nation qui les entourent.

### **Chapitre 1. Identité, culture et ethnicité.**

Ce premier chapitre portera quelques considérations, surtout théoriques, sur les notions d'identité, de culture et d'ethnicité.

#### **Section 1. Identité.**

Tout d'abord, il faut noter que les notions de peuple, d'ethnie, de nation et de culture sont liées à la notion d'identité. Lévi-Strauss affirme que le thème de l'identité se situe au croisement de beaucoup d'autres, et pour certains, il s'agirait du nouveau mal du XX<sup>ème</sup> siècle. La crise viendrait des grands changements qui bouleversent le monde<sup>1</sup>. Ces profonds bouleversements découleraient notamment de la mondialisation, de la vitesse des moyens de communication, de la contraction du temps et de l'espace qui s'impose dans les habitudes, changeant ainsi d'anciennes solidarités. Tout cela aidant à ressignifier les notions de peuple, culture et ethnie.

Ernest Laclau argumente qu'aucune structure sociale n'est complètement fermée, mais qu'au contraire le mouvement est sa principale caractéristique et la porte pour l'action transformatrice. Il s'agit d'une articulation toujours partielle: la structure de l'identité reste toujours ouverte. Cette ouverture a des aspects positifs dans la mesure où elle défait des

---

<sup>1</sup> Selon Lévi-Strauss : « Quand des habitudes séculaires s'effondrent, quand des genres de vie disparaissent, quand de vieilles solidarités s'effritent, il est, certes, fréquent qu'une crise d'identité se produise », Claude Lévi-Strauss. *L'identité. Séminaire dirigé par Claude Lévi-Strauss*. Paris: Bernard Grasset, 1977, p. 9



identités stables du passé, qu'elles soient individuelles ou collectives, et ouvre ainsi la possibilité de nouvelles articulations. Elle crée de nouvelles identités et de nouveaux sujets.<sup>1</sup>

Le double mouvement de déplacement des individus, à la fois de leur place dans le monde social et culturel et par rapport à eux-mêmes, est vu comme une crise d'identité de l'individu et des identités collectives. Ces identités externes, collectives, ethniques, culturelles qui assuraient la conformité subjective avec les 'besoins' objectifs de la culture, s'effondrent – tout comme l'identité individuelle – en conséquence des changements structurels et institutionnels. Le processus même d'identification par lequel la subjectivité se projette dans les identités collectives, devient plus aléatoire, provisoire, variable et problématique. L'identité est ainsi formée et transformée en permanence en relation avec les formes par lesquelles elle est représentée ou interpellée dans les systèmes culturels ambiants. L'identité est donc définie historiquement et non pas biologiquement. Ce qui était avant perçu comme fixe, devient alors mobile et variable. Le sujet, de cette façon, assume différentes identités à différents moments, qui ne sont pas unifiées autour d'un 'moi' cohérent.

Penser l'identité comme étant pleinement unifiée, complète, stable et cohérente est illusoire. Au contraire, à mesure que les systèmes de signification et de représentation culturelle se multiplient, les personnes sont confrontées à une multiplicité déconcertante et mouvante d'identités possibles, pouvant s'identifier à chacune d'elles, au moins, de manière provisoire. Dans ce sens, il y a toujours un aspect imaginaire et fantaisiste sur l'idée d'unité, que ce soit de l'identité individuelle ou de la collective. L'identité est toujours incomplète, elle est toujours en processus. De même, sa signification est instable, n'étant pas fermée en elle-même, nous échappant à chaque instant, puisqu'il y a toujours d'autres éléments qui viennent déjouer nos tentatives de créer des mondes fixes et stables.

La discussion sur les différentes notions qui tournent autour de celle d'identité est fondamentale dans la mesure où le sens commun croît, en général, en se référant aux peuples indigènes ou aux sociétés dites traditionnelles, qu'il s'agit de subjectivités collectives substantiellement opposées à d'autres formes de collectivités humaines. Comme il sera possible de se rendre compte à la suite de ce développement, ni la culture, ni l'identité, ne peuvent être traitées comme des entités closes. L'identité, comme le suggère pertinemment Barth, à la manière d'autres notions comme celle de frontière, par exemple, est une catégorie

---

<sup>1</sup> Laclau *apud* John Lechte. *50 Pensadores contemporâneos essenciais. Do estruturalismo à pós-modernidade*. Rio: Difel, 2002, p. 212

relationnelle. Elle exige la mise en place d'autres catégories pour avoir un sens. Par ailleurs, considérant qu'il s'agit de catégories dynamiques qui renvoient toujours à d'autres processus, le champ symbolique est l'autre aspect important qui doit être toujours considéré lors de l'analyse. C'est-à-dire qu'il existe toujours un aspect lié à l'imagination qui fait référence à l'identité collective ou individuelle. Stuart Hall a défini l'identité nationale comme une « identité imaginée », puisque ce qui unit la population d'un État national, n'est pas simplement le fait de partager un même territoire et un même système de droit, mais surtout le fait que les individus qui composent cette population s'imaginent comme concitoyens d'une même nation<sup>1</sup>.

Dans le but de chercher des solutions pour la protection des droits liés aux savoirs des peuples autochtones, il est indispensable de passer par cette discussion préalable, puisque l'opposition entre les identités indigènes et non indigènes a plutôt tendance de figer de manière essentielle les identités collectives, au lieu de présenter les aspects stratégiques qui leur donnent sens. Dans cette direction, au lieu de sans cesse chercher à réifier le fossé de l'altérité culturelle, qui exclurait toute possibilité de dialogue entre « Eux » et « Nous », il serait plus intéressant de penser en termes de « différences », dans le sens où les disparités identitaires opèrent plutôt comme des stratégies de négociation que comme des attributs essentiels et fixes d'une identité quelconque.

## **Section 2. Culture**

Manuela Carneiro da Cunha oppose ce qu'elle appelle culture entre guillemets ('culture') et culture sans guillemets (culture). Elle déclare que des catégories analytiques telles que race et culture, par exemple, élaborées dans les pays du centre (c'est-à-dire les pays occidentaux) et exportées ensuite vers ses périphéries, ont été à leur tour réappropriées et ressignifiées dans les périphéries comme instrument de revendications envers les pays du centre. L'une de ces catégories est justement celle de 'culture' entre guillemets. L'auteure fait mention également à d'autres catégories analytiques comme « travail », « argent » et « hygiène », expliquant que les peuples « de la périphérie » ont été amenés à les adopter de la même manière qu'ils ont été amenés à acheter des biens manufacturés. Certaines de ces

---

<sup>1</sup> Stuart Hall. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DO&A, 2005

catégories auraient été diffusées par les missionnaires au XIX<sup>ème</sup> siècle, mais plus récemment ce seraient les anthropologues les principaux vecteurs de cette idée de ‘culture’ entre guillemets. « Depuis lors, la ‘culture’ a été adoptée et renouvelée dans la périphérie. Elle est devenue un argument central – comme l’a observé pour la première fois Terry Turner – non seulement dans les revendications de terres, mais dans toutes les autres revendications ». <sup>1</sup>

Une fois diffusée dans le monde, la ‘culture’ a fini par assumer un nouveau rôle : celui d’argument politique et « d’arme aux mains des plus faibles ». Selon l’auteure, on le constate clairement dans les débats sur les droits intellectuels liés aux connaissances traditionnelles autochtones. Cette question a fortement ravivé les débats sur la ‘culture’.<sup>2</sup>

Le terme ‘culture’ dans son sens anthropologique apparaît dans l’Allemagne du XVIII<sup>ème</sup> siècle et se rapporte à l’idée d’une certaine qualité originale. Un esprit ou une essence qui agglutinerait les personnes en nations et séparerait les nations entre elles. « Elle se rapporterait aussi à l’idée que cette originalité naîtrait des visions distinctes du monde par les différents peuples. Les peuples seraient les ‘auteurs’ de cette vision du monde. Cette notion d’auteur collectif et endogénique se retrouve jusqu’à maintenant ». <sup>3</sup>

Carneiro da Cunha souligne la nécessité de faire la distinction entre structure interne des contextes endémiques et structure interethnique qui prévaut dans d’autres situations, et suggère en conséquence l’utilisation de guillemets pour se référer à la culture lorsqu’il s’agit d’un système inter-ethnique.

‘Culture’ a la propriété d’un métalangage, nous dit Carneiro da Cunha. C’est une notion réflexive qui d’une certaine manière parle d’elle-même.

Qu’arrive-t-il quand la ‘culture’ contamine et est contaminée par ce dont elle parle, c’est-à-dire, la culture? Qu’arrive-t-il quand elle est présente à l’esprit à côté de ce qu’elle est supposée décrire? Quand est-ce-que les pratiquants de la culture, ceux qui la produisent en la reproduisant, pensent à eux-mêmes sous ces deux catégories à la fois, l’une étant conçue en théorie (non dans la pratique) comme la totalité de l’autre? En somme, quels sont les effets de la ‘réflexivité’ sur ces topiques?<sup>4</sup>

L’auteure choisit d’employer le terme ‘culture’ entre guillemets pour se référer à ce qui est dit sur la culture. Selon elle, les personnes tendent à vivre en même temps dans la ‘culture’

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha, Idem, p. 312

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> Idem, p. 357

<sup>4</sup> Idem

et dans la culture. Cependant, du point de vue analytique, ce sont des sphères différentes puisque fondées sur des principes d'intelligibilité différents, car la logique interne de la culture ne coïncide pas avec la logique inter-ethnique des 'cultures'.

L'objectivité de la culture, contrairement à ce qu'affirment de nombreux anthropologues, n'a pas commencé avec le colonialisme (...). L'anthropologue Simon Harrison, par exemple, a fait un compte rendu de l'immense littérature anthropologique sur les témoignages multiples et anciens de cette réification dans toute la Mélanésie, y compris dans la période précoloniale. Les termes métaculturels ou les mots qui parlent de la culture sont omniprésents dans la région. Des traits culturels se constituent en objets ou quasi objets passibles de tous les types de transaction: droits sur les rituels, chants, savoirs, formules magiques peuvent être offerts ou vendus. Dans la description des Arapesh faite par Margaret Mead en 1938, les populations montagnardes achetaient des rituels aux populations côtières pour ensuite les vendre à des tiers afin d'en acheter d'autres. Il y avait même des sociétés spécialisées dans la production culturelle pour l'exportation, selon l'heureuse formule de Harrison. Les Mewn de Vanuatu étaient producteurs de 'katsom', mot neomélanésien ou 'pidgin' généralement traduit par 'tradition'; ils fournissaient à leurs voisins – et donc (...) aux voisins de leurs voisins – des biens immatériels comme les danses, chants et rituels.<sup>1</sup>

Il semble donc que l'exclusivité culturelle de l'exécution comptait moins que le droit exclusif d'autoriser des prêts ou acquisitions culturelles, et des droits d'adopter des traits culturels étrangers faisaient partie de la gamme étendue de biens qui circulaient dans les réseaux d'échanges. Les relations de troc avaient la primauté qu'il s'agisse de biens tangibles ou intangibles. Il en est de même dans presque toute l'Amazonie.

(...) les coutumes, chants, cérémonies, savoirs et techniques ont par définition une origine extérieure: le feu a été volé à la panthère ou au vautour; les ornements et les chants sont reçus des esprits ou conquis des ennemis. Comme s'il y avait une sorte de fétichisme culturel généralisé, les deux sociétés semblent ne pas reconnaître ce qui pour nous sont des créations propres. Cette non reconnaissance peut être liée au prestige associé aux biens exotiques, mais ce même prestige demande une explication, et peut s'exprimer sous diverses modalités.<sup>2</sup>

Il y a ainsi de grandes différences entre la culture sous la forme que l'on peut accumuler, prêter, sujette à divers types de transaction, et la 'culture' entre guillemets, qui opère dans un régime d'ethnicité. Dans ce dernier cas, la culture est homogénéisée, « et

---

<sup>1</sup> Idem, p.359-360

<sup>2</sup> Idem, p. 360

s'adresse démocratiquement à tous, ce qui représente, sous un autre angle, un vaste réseau de droits hétérogènes ».<sup>1</sup>

Les discussions antérieures faites autour des notions d'identité et culture, qui selon la perspective de l'anthropologie moderne ne doivent pas être considérées de manière rigide, mais surtout en tant que catégories relationnelles, sont très importantes pour cette réflexion sur la protection du patrimoine culturel et des savoirs traditionnels des peuples autochtones. Dans le cas de la notion de culture, il est nécessaire, comme nous avons essayé de le montrer précédemment, de faire une distinction autour de son utilisation. Du point de vue juridique, le champ interculturel des régimes d'ethnicité a des conséquences très différentes si le terme est utilisé à l'intérieur du groupe ou s'il est utilisé dans des situations de négociation.

C'est pour cette raison qu'il est pertinent de discuter par la suite le concept d'ethnicité. Ce concept a été largement étudié par l'anthropologie sociale, surtout par le biais des recherches des années 1960 réalisées par l'anthropologue Fredrik Barth. Comme nous le verrons, la discussion introduite par l'anthropologue a eu des retombées non négligeables sur les formulations juridiques au niveau international, mais aussi sur la législation brésilienne qui traite des droits indigènes, surtout dans la Loi 6.001 de 1973, connue comme « Statut de l'Indien », et même dans l'actuelle Constitution adoptée en 1988.

### **Section 3. Ethnicité.**

L'emploi du terme ethnicité s'est développé à partir des années 1950 et 1960 dans le contexte d'émergence des nouveaux mouvements sociaux et identitaires. D'une part, cette notion doit être comprise dans son rapport avec les mouvements d'indépendance des pays africains et asiatiques qui émergent sur la scène internationale à partir de la revendication de leur droit à l'autodétermination. D'autre part, la crise des partis politiques et des syndicats, pensés jusqu'alors comme les principaux représentants des aspirations d'ordre collectif, a fait en sorte que d'autres mouvements identitaires et de revendications politiques voient le jour, comme le mouvement noir, le mouvement féministe, le mouvement des peuples autochtones, parmi beaucoup d'autres.

---

<sup>1</sup> Idem, p. 362

Au sein des sciences sociales, et en particulier de l'anthropologie, les débats sur la décolonisation et les mouvements identitaires ont produit une rupture par rapport aux théories classiques qui pensaient encore les sociétés dites traditionnelles comme des réalités sociales transitoires ou en voie de disparition. Dans ce sens, le terme d'ethnicité, tel qu'il a été formulé par des anthropologues qui étaient en rapport avec les peuples colonisés au moment de la décolonisation, doit être également compris comme une réaction à l'emploi antérieur de termes chargés en stéréotypes et préjugés, tels que « tribus » et « primitives » par exemple. Ces termes étaient utilisés jusqu'alors pour faire référence aux sociétés non-occidentales. Le terme d'ethnie, dans ce sens, peut s'appliquer indifféremment à toutes les sociétés, « simultanément dans les pays développés et sous-développés, au passé et au présent »<sup>1</sup>.

Skinner, cité par Philippe Poutignat et Jocelyne Streiff-Fenart, remet en question la vision conventionnelle d'une Afrique précoloniale peuplée de groupes hostiles entre eux et caractérisés par une intense loyauté tribale. Ces groupes se formaient et se transformaient sous l'effet de migrations, du commerce et de la conquête, et les identités groupales étaient relatives et mutantes. Elles se situaient dans une mosaïque de groupes ayant des similitudes et des différences et où l'identité individuelle était autant problématique et dynamique que dans les sociétés modernes.<sup>2</sup>

Fredrik Barth est reconnu, dans le débat théorico-anthropologique inauguré dans les années 1960, comme le fondateur d'un langage sur l'organisation sociale de la différence de culture. A la conception statique de l'identité ethnique, il substitue une conception dynamique. Comme toute autre, l'identité ethnique est construite et transformée dans l'interaction de groupes sociaux, à travers des processus d'exclusion et d'inclusion qui établissent des limites entre ces groupes, définissant ceux qui en font partie ou pas.

Dans de tels processus, « les traits dont nous tenons compte, ne sont pas la somme des différences 'objectives', mais uniquement ceux dont les acteurs eux-mêmes jugent significatifs ».<sup>3</sup>

Nous sommes induits à imaginer chaque groupe développant sa forme culturelle et sociale dans un isolement relatif, réagissant essentiellement aux facteurs écologiques locaux, au cours d'une histoire d'adaptation par des inventions et des

---

<sup>1</sup> A.Cohen *apud* Philippe Poutignat & Jocelyne Streiff-Fenart, *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP. 1997, p. 31

<sup>2</sup> Skinner *apud* Philippe Poutignat & Jocelyne Streiff-Fenart., *Idem*, p. 31

<sup>3</sup> Fredrik Barth *apud* Jean-William Lapierre, « Prefácio » *in* Philippe Poutignat & Jocelyne Streiff-Fenart, *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP. 1997, p. 13

emprunts sélectifs. Cette histoire a produit un monde de peuples séparés, chacun avec sa propre culture et une organisation sociale que nous pouvons légitimement isoler pour la décrire comme s'il s'agissait d'une île.<sup>1</sup>

Selon Barth, il s'agit là d'une définition idéale pas très différente, dans son contenu, de la proposition traditionnelle qui postulait qu'une race serait égale à une culture, qui se traduirait à son tour dans un langage déterminé. Et encore, qu'une société serait équivalente à une entité qui rejette ou discrimine les autres. Son objection principale à cette conception découle du fait qu'elle empêche de comprendre le phénomène des groupes ethniques et leur place dans la société et la culture humaines. « Prétendant permettre un modèle idéal typique d'une forme empirique récurrente, elle implique un point de vue préconçu sur des facteurs significatifs quant à la genèse, à la structure et à la fonction de ces groupes ».<sup>2</sup>

L'approche traditionnelle de la culture a attribué une importance fondamentale au fait de partager une même culture. Barth suggère que l'on considère ce trait important plutôt comme une implication ou un résultat, « plus que comme une caractéristique primaire qui définit l'organisation du groupe ethnique ».<sup>3</sup> La considérer comme une caractéristique primaire conduit à identifier et à distinguer des groupes ethniques par les caractéristiques des cultures dont ils sont les supports, et ceci implique deux types de préjugés. Premièrement, la classification des personnes et des groupes locaux comme membres d'un groupe ethnique doit dépendre de la manière dont ils démontrent les traits particuliers de la culture. Les différences entre groupes deviennent des différences dans l'inventaire des traits. Cette approche focalise l'analyse des cultures et non l'organisation ethnique, et la relation entre groupes produira des descriptions d'acculturation qui ont peu à peu perdu de l'intérêt, au moment où écrit Barth. Selon lui, les études sur l'acculturation sont parties d'un point de vue 'ethno-historique' qui produit la chronique des gains et des changements culturels et cherche à expliquer le pourquoi de l'adoption de certains traits.

Quelle est l'unité dont la continuité temporelle est décrite dans des études de ce genre? Paradoxalement, cette étude devrait inclure des cultures passées clairement exclues dans le présent en raison des différences de forme – différences qui sont justement du type utilisé pour diagnostiquer la différenciation synchronique des

---

<sup>1</sup> Fredrick Barth. « Grupos étnicos e suas Fronteiras » in Philippe Poutignat & Joceline Streiff-Fenart. *Teorias da Etnicidade*, Idem, p.190

<sup>2</sup> Fredrik Barth, Idem, p. 190

<sup>3</sup> Idem, p. 191

unités ethniques. L'interconnexion entre 'groupe ethnique' et 'culture' n'est certainement pas éclaircie dans cette confusion.<sup>1</sup>

Deuxièmement, Barth réfute l'approche des formes institutionnelles manifestes comme étant constitutives des traits culturels distinguant en tout temps un groupe ethnique. De telles formes apparentes sont déterminées autant par l'écologie que par la culture transmise. En outre, il n'est pas possible d'affirmer que des diversifications à l'intérieur d'un groupe représentent un premier pas vers une subdivision et une prolifération à l'intérieur du groupe. En dépit du poids que peut avoir l'écologie dans la caractérisation d'un groupe, c'est le partage et l'auto-évaluation de valeurs générales qui peut assurer la reconnaissance dans le groupe ethnique globalisant. Il est ainsi indispensable d'adopter « un point de vue qui ne confonde pas les effets des conditions écologiques sur le comportement avec ceux de la tradition culturelle, mais qui permette de séparer ces facteurs et d'étudier les composantes écologiques, culturelles et sociales créatrices de diversité ».<sup>2</sup>

Sur ces observations, et considérant ce qu'il appelle socialement effectif, il affirme que les groupes ethniques sont vus comme une forme d'organisation sociale, devenant un trait fondamental de la caractéristique d'auto-attribution ou exo-attribution à une catégorie ethnique.

Une attribution catégorique est une attribution ethnique qui classe une personne en fonction de son identité basique et générale, présumée être déterminée par son origine et son environnement. Dans la mesure où les acteurs utilisent des identités ethniques pour déterminer leur catégorie et celle des autres dans un objectif d'interaction, ils forment des groupes ethniques dans ce sens organisationnel.<sup>3</sup>

Il faut cependant être attentif au fait que les caractéristiques prises en considération ne représentent pas la somme de différences « objectives ». Il s'agit seulement de celles que valorisent les acteurs eux-mêmes. D'autre part, les différences du milieu écologique « ne font pas que marquer et exagérer les différences; certains traits culturels sont utilisés par les acteurs comme des signaux et des emblèmes de différence, et d'autres sont ignorés, ou encore, dans certaines relations, des différences radicales sont minimisées ou niées ».<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Idem, p.191-192

<sup>2</sup> Idem, p. 193

<sup>3</sup> Idem, p. 194

<sup>4</sup> Idem, p. 194



## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Signaux ou signes manifestes et orientations de valeurs fondamentales représentent, pour Barth, le contenu culturel des différences ethniques. Les premiers, compris comme traits diacritiques que les acteurs recherchent et exhibent pour démontrer leur identité (vêtements, langue, style de vie), et les seconds comme des critères de moralité et excellence selon lesquelles les actions sont jugées. Ainsi, « appartenir à une catégorie ethnique implique un certain type de personne qui possède cette identité de base, et implique également que soit reconnu le droit d'être jugé et de se juger selon les critères correspondant à cette identité ».<sup>1</sup>

Les catégories ethniques seraient un creuset d'organisation dans lequel s'accommodent des contenus de formes et dimensions variées en différents systèmes socio-culturels. Il n'est pas possible de prévoir quels traits seront transformés en organisations qui ont une importance pour les acteurs. Ils peuvent présenter une grande importance pour le comportement, ou non. Ils peuvent imprégner toute la vie sociale, ou n'acquérir de pertinence que pour certaines activités.

Le trait fondamental des identités ethniques se trouverait donc dans l'attribution. La définition d'un groupe ethnique comme exclusif, dépend du maintien d'une frontière. Une différenciation continue entre membres et non membres permet de spécifier la nature de cette continuité et d'étudier la forme et le contenu de la transformation culturelle, bien que les traits culturels qui délimitent la frontière entre nous et eux puissent changer et que puissent se transformer les caractéristiques culturelles de ses membres.

Seuls les facteurs socialement importants permettent d'identifier l'appartenance au groupe ethnique, et non les différences « objectives » apparentes générées par d'autres facteurs. Des dissemblances de comportement profondes et manifestes entre membres ne sont pas suffisantes pour établir une frontière entre groupes.

S'ils disent qu'ils sont A, en opposition avec une autre catégorie B du même ordre, c'est qu'ils veulent être traités et veulent voir leurs propres comportements être interprétés et jugés comme de As et non de Bs; ou encore, ils déclarent leur sujétion à la culture partagée par les As. Les effets de cela, en comparaison à d'autres facteurs qui influencent réellement les comportements, peuvent alors devenir objet de recherche.<sup>2</sup>

C'est la frontière ethnique qui définit le groupe et non la matière culturelle qu'elle recouvre. Ce sont des frontières sociales qui peuvent avoir ou pas leur contrepartie territoriale.

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Idem, p. 195

Si un groupe conserve son identité quand ses membres interagissent avec d'autres, cela implique des critères pour déterminer l'appartenance et des moyens pour rendre manifestes l'appartenance et l'exclusion. Les groupes ethniques ne sont pas simples ou nécessairement basés sur l'occupation de territoire exclusifs; et les différents modes par lesquels ils se conservent, non seulement par le moyen d'un recrutement définitif, mais par une expression continue, doivent être analysés.<sup>1</sup>

Identifier quelqu'un comme appartenant à son propre groupe ethnique suppose partager des critères d'évaluation et de jugement et accepter que l'un et l'autre « jouent le même jeu ». D'autre part, voir dans l'autre un étranger, membre d'un autre groupe ethnique, suppose « une reconnaissance de limites de la compréhension commune, des différences de critères de jugement, de valeur et d'action, et une restriction de l'interaction dans des secteurs de compréhension commune assumée et d'intérêt mutuel ».<sup>2</sup>

C'est ainsi que les unités et les limites persistent en tant que frontières. Ce sont les critères et les signaux d'identification et de structuration de l'interaction qui rendent possible le maintien des différences culturelles. En outre, les relations inter-ethniques se soumettent aussi à leur tour à un ensemble de règles qui dirigent ces mêmes relations.<sup>3</sup>

Des relations inter-ethniques stables présupposent une structuration de l'interaction comme ceci: un ensemble de prescriptions orientant les situations de contact et qui permettent une articulation dans certains secteurs ou champs d'activité, et un ensemble de proscriptions sur les situations sociales qui empêchent l'interaction inter-ethnique dans d'autres secteurs, isolant ainsi des parties de la culture et les protégeant de toute confrontation ou modification.<sup>4</sup>

A propos des systèmes sociaux polyethniques, Barth ajoute que l'identité ethnique est impérative, qu'elle ne peut être ignorée ou repoussée par d'autres définitions de la situation. Les conventions morales et sociales qui les régissent sont de plus en plus résistantes aux changements en raison de leurs interrelations stéréotypées, caractéristique, justement, de cette identité singulière.<sup>5</sup>

La constance de l'unité dépend de la constance des différences culturelles « dans la mesure où sa continuité peut également être spécifiée par le moyen des changements de

---

<sup>1</sup> Idem, p.195-196

<sup>2</sup> Idem, p. 196

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> Idem

l'unité résultant des changements des différences culturelles qui définissent la frontière ».<sup>1</sup> La majeure partie de la substance culturelle, qui à un moment donné est associée à un groupe humain spécifique, n'est pas limitée par la frontière ethnique. Cette culture peut changer sans aucune relation importante avec le maintien des frontières du groupe ethnique. Remonter dans l'histoire d'un groupe ethnique ne correspond pas forcément à remonter dans l'histoire de sa « culture ». Bien que le groupe ait une existence organisationnelle continue, avec des frontières changeables, qui sont les critères d'appartenance délimitant une unité continue, les éléments de la culture présente ne surgissent pas de l'ensemble particulier que constitue la culture du groupe dans une période antérieure.<sup>2</sup>

Ce qu'il faut considérer, ce sont les frontières sociales du groupe et non plus la culture que ces frontières embrassent, et la traversée de ces frontières ne les dilue pas, pas plus que l'existence du groupe: « des personnes peuvent changer d'identité, en altérant les traits culturels qu'ils montrent, et ce faisant, loin de nier la pertinence de la distinction entre groupes ethniques, elles renforceront de fait l'existence d'identités distinctes ».<sup>3</sup>

Philippe Poutignat et Jocelyne Streiff-Fenart ajoutent aux observations de Barth sur les frontières entre groupes ethniques et l'importance du critère d'attribution, valables pour toutes les identités collectives, la question spécifique de l'ethnicité qui est celle de la fixation de symboles identitaires, fondateurs de la croyance en une origine commune, et aussi un critère spécifique qui est le fait d'être guidée par le passé. Non pas le passé de la science historique, mais celui de « l'histoire mythique » ou des « significations imaginaires sociales ».<sup>4</sup>

Dans le cas du Brésil, les études et la trajectoire politique de l'anthropologue Darcy Ribeiro ont eu une importance fondamentale aussi bien en raison de sa formulation sur l'identité ethnique, comme aussi par le fait qu'elle a été incorporée par la Loi 6.001 de 1973, connue comme « Statut de l'Indien ». Cette loi a établi les droits reconnus aux peuples indigènes au Brésil. Ces derniers n'étant pas définis par des critères raciaux, ni par leurs caractéristiques culturelles spécifiques, telles que la religion, les coutumes, la langue et d'autres attributs, mais surtout à partir de la perspective relationnelle entre groupes différents.

---

<sup>1</sup> Idem, p. 226

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> Manuela Carneiro da Cunha, Idem, p. 253

<sup>4</sup> Jean William Lapierre. Préface, in Philippe Poutignat & Jocelyne Streiff-Fenart . *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 13-14

Dans ce sens, est indigène au Brésil celui qui se reconnaît comme tel et qui est reconnu par le groupe auquel il se dit appartenir. Selon Darcy Ribeiro, les entités ethniques :

(...) sont beaucoup plus résistantes qu'on ne le suppose généralement, parce qu'elles n'exigent que des conditions minimum pour se perpétuer; et parce qu'elles survivent à la complète transformation de leur patrimoine culturel et racial. Cela signifie encore que la langue, les coutumes, les croyances, sont des attributs extérieurs à l'ethnie, susceptibles de profondes altérations, sans que l'ethnie ait à souffrir un effondrement ou une mutation. Cela signifie enfin que les ethnies sont des catégories relationnelles entre groupements humains, composées plutôt de représentations réciproques et de loyautés morales, que de spécificités culturelles et raciales.<sup>1</sup>

Comme nous verrons par la suite, toutes les considérations faites antérieurement autour des notions d'identité, culture et, surtout, ethnicité, telle qu'elles ont été définies par Barth, s'appliquent aussi pour les notions de peuple, peuples autochtones et même pour celle de nation. Une discussion préliminaire sur ces catégories est importante afin de mieux appréhender, par la suite, une réflexion autour de la protection des connaissances des peuples indigènes.

---

<sup>1</sup> Darcy Ribeiro. *Os Índios e a Civilização*. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 446

## **Chapitre 2. Peuple, peuples autochtones et nation.**

Nous analyserons ici quelques aspects des notions de peuple et de peuples autochtones, pour considérer ensuite les rapports qu'elles peuvent susciter avec le concept de Nation.

### **Section 1. Peuple et peuples autochtones.**

Erica-Irene Daes a rédigé, en 1996, un travail à la demande de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de protection des minorités, sur les critères de définition des peuples autochtones, à partir des informations présentées par des gouvernements, des organisations et des peuples autochtones.<sup>1</sup>

En résumé, les facteurs considérés comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept « d'autochtone » ont été:

- a) L'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné;
- b) Le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions;
- c) Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte; et
- d) Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas.<sup>2</sup>

Les facteurs précités, suivant Daes, ne constituent pas, et ne peuvent constituer, une définition générale ou exhaustive. Il s'agit simplement de facteurs qui peuvent être présents, de façon plus ou moins marquée, dans différentes régions et dans différents contextes nationaux et locaux. En tant que tels, ils peuvent fournir certaines indications générales pour la prise de décision. Dans ce sens, Daes ajoute que :

Le système des Nations Unies devrait être conscient de la conclusion à laquelle est parvenue la direction de la Banque mondiale selon laquelle il n'existe pas de définition unique capable de rendre compte de la diversité des peuples autochtones de par le monde. Il serait également sage de ne pas oublier que le Rapporteur spécial, M. Capotorti, a déclaré que bien qu'une définition précise susceptible de recueillir une adhésion générale pourrait être d'une grande valeur sur le plan doctrinal, elle serait pratiquement impossible à élaborer compte tenu des réalités

---

<sup>1</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2

<sup>2</sup> Idem.

actuelles dans le monde et, en tout état de cause, ne contribuerait pas de façon notable à la protection concrète des groupes contre tout abus. En présentant cette analyse, la Présidente-Rapporteur souhaite insister sur le fait qu'elle ne trouve pas de motif valable dans la pratique ou les précédents de l'ONU pour établir une distinction entre peuples 'autochtones' et 'tribaux', pas plus qu'il n'existe de manière générale de distinction entre 'peuples autochtones' et 'peuples' autre que le fait que les groupes généralement appelés 'autochtones' n'ont pu exercer leur droit à l'autodétermination en participant à la reconstruction de l'Etat-nation contemporain. La Présidente-Rapporteur ne peut que conclure que toute incohérence ou imprécision des efforts antérieurs visant à préciser la notion 'd'autochtone' ne résulte pas d'une insuffisance de l'analyse scientifique ou juridique, mais des efforts faits par certains gouvernements pour en limiter l'universalité et par d'autres gouvernements pour dresser un mur conceptuel entre 'autochtone' et 'peuple' et/ou 'territoire non autonome'. Personne n'a réussi à élaborer une définition du terme 'autochtone' qui soit à la fois précise et cohérente sur le plan philosophique et qui cependant réponde à la volonté d'en limiter l'application régionale et les conséquences juridiques. Toutes les tentatives faites par le passé pour parvenir à une définition à la fois claire et restrictive n'ont fait en réalité qu'accentuer les ambiguïtés. Compte tenu de l'expérience du Groupe de travail sur les populations autochtones, la seule solution immédiate relève du domaine de la procédure : il faut veiller à ce que l'application éventuelle d'une déclaration sur les droits des populations autochtones soit confiée à un organe impartial et ouvert aux points de vues des peuples autochtones et des gouvernements de sorte que la notion 'd'autochtone' puisse raisonnablement évoluer et que l'on tienne compte dans la pratique de ses spécificités régionales.<sup>1</sup>

Les notions « d'auto-identification » et de « frontière » sont les plus déterminantes, parmi toutes celles citées par Daes: « Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte ». <sup>2</sup> Elles sont communes aux peuples autochtones et à tous les peuples.

Il s'agit d'auto-identification du groupe et d'auto-identification personnelle. Par ce principe, les peuples autochtones deviennent sujet de droit car ils s'identifient par et pour eux-mêmes et gardent la liberté de réinterpréter l'ensemble ou partie de leur patrimoine culturel. Pour l'individu, il en est de même : ce qui importe est leur conscience ou sentiment d'appartenir au groupe, avec en plus le besoin de reconnaissance et d'acceptation (en tant que membre) de l'individu par ce groupe. Dans ce sens, les considérations d'origine peuvent devenir secondaires. En effet, cette acceptation peut se faire par rapport à n'importe quel individu, même qu'issu d'un autre groupe, à la condition qu'il y ait accord entre groupe et individu.

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Idem.

Le critère qui prime est donc celui de l'attribution, et s'y ajoute celui de la frontière. Ces deux critères, comme l'explique Barth, font partie de la définition de l'ethnicité. En effet, au-delà du sentiment d'appartenance de l'individu à un groupe et de l'exigence de reconnaissance par le groupe comme l'un de ses membres, l'idée de peuple exige également un sentiment de différence par rapport à d'autres groupes humains ou peuples, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales que ceux-ci représentent une collectivité distincte.<sup>1</sup>

Les autres critères indiqués par Daes - a) « antériorité de l'occupation et utilisation d'un territoire donné »; d) « le fait d'avoir été soumis, marginalisés, pillé, exclus ou victimes de domination<sup>2</sup> » - ne sont pas aussi déterminants que ceux liés au sentiment d'appartenance. Seuls les faits concrets diront si ce sont ou non des critères pertinents, ensemble ou séparément.

Ainsi peut-on constater que la notion de « peuple » implique nécessairement son utilisation plurielle. Autrement dit, il s'agit d'une multiplicité de groupes humains, différents entre eux, en raison surtout de l'idée de frontière, selon l'acception de Fredrik Barth; cette notion ne peut être comprise, en somme, que pour caractériser un concept relationnel selon la définition de Darcy Ribeiro, et comme exposé ci-dessus.

De cette façon, elle n'exprime pas une idée absolue, totale, univoque, qui s'expliquerait par soi-même et pour soi, mais il s'agit au contraire d'une notion qui n'existe et qui n'est utile que parce qu'elle évoque immédiatement et nécessairement une réalité plus large que l'unité. Cela implique que le terme, même en étant précédé de l'article défini- *le peuple* -, doit être compris dans la diversité, sachant qu'il existe d'autres peuples. Ceci dit, il est déjà possible d'appréhender une certaine signification de ce terme, en tant que concept symbolique qui dépend, tant par sa formulation que par sa compréhension, d'un exercice intellectuel qui dépasse celui de la simple corrélation entre signifiant et signifié.

La notion de « peuple » implique d'autre part l'idée d'unités composées de divers individus, qui obéissent à certains modèles sociaux communs, mais qui par ailleurs connaissent obligatoirement des mécanismes qui les différencient; cet aspect nous paraît absolument nécessaire à la compréhension de la notion de peuple. Ces notions, peuple, ethnicité, nation, ont en commun le fait d'évoquer l'idée d'ensembles humains qui s'opposent

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Idem.

les uns aux autres. D'un côté, elles évoquent nécessairement l'idée de différence entre les groupes, et de l'autre côté, l'idée d'unité (uniformité) à l'intérieur de chaque ensemble.

Ces notions peuvent et doivent être pensées en tant qu'identités métaphoriques. Elles n'ont pas d'empreinte génétique comme on l'a déjà pensé, comme si elles faisaient partie de d'une nature essentielle. Cette question semble être déjà assez bien analysée par l'anthropologie sociale, mais elle est encore souvent traitée par d'autres secteurs, telle l'histoire ou le droit, selon des paramètres dépassés. C'est le cas par exemple de la notion de nation, qui doit être comprise avant tout comme communauté symbolique. Et c'est cela justement qui explique leur pouvoir d'engendrer un sentiment d'identité et de loyauté.<sup>1</sup> Les personnes ne sont pas simplement citoyens légaux d'une nation, ils participent de l'idée de nation telle qu'elle est représentée dans leur culture nationale. La Nation est ainsi une communauté imaginée, et les cultures nationales sont composées d'institutions culturelles certes, mais aussi de symboles et de représentations. Une culture nationale est un discours peut-on dire, une communauté imaginée. Les différences entre ces identités résident dans les façons différentes dont elles sont imaginées.<sup>2</sup>

Au lieu de penser les cultures nationales comme unifiées, nous devrions les penser comme constituant un dispositif discursif qui représente la différence comme unité ou identité. Elles sont traversées de profondes divisions et différences internes, étant 'unifiées' uniquement à travers l'exercice de différentes formes de pouvoir culturel. Toutefois – comme dans la fantaisie du moi 'entier' dont parle la psychanalyse lacanienne – les identités nationales continuent à être représentées comme unifiées.<sup>3</sup>

Il est donc important d'observer, dans la présente analyse, les emplois juridique, politique, anthropologique et sociologique du terme « peuple », et ainsi vérifier les disparités entre ses différentes utilisations. Il est évident que pour différentes raisons, certaines entités, avec des idéologies ou des systèmes politiques distincts, privilégient ou rejettent l'utilisation du terme « peuple » en fonction de leurs intérêts.<sup>4</sup> Ce type de conflit idéologique confère à la notion de peuple, soit une valeur surestimée, soit des imprécisions sémantiques.

---

<sup>1</sup> Schwarz *apud* Stuart Hall, *Idem.*, p.49

<sup>2</sup> Anderson *apud* Stuart Hall, *Idem*

<sup>3</sup> Stuart Hall, *Idem*, p. 61-62

<sup>4</sup> Au Brésil, à partir de l'Indépendance, et encore plus à partir de la République qui a résulté d'un coup d'État des militaires très influencés par la philosophie positiviste d'Auguste Comte, il n'y aura pas d'espace d'application du terme « peuple » pour désigner les autochtones. Ils seront désignés plus souvent par les termes "communautés indigènes", "groupes" ou "tribus" etc. Dans la Constitution de 1988, appelée « Constitution citoyenne », malgré la reconnaissance de plusieurs droits auparavant niés, et le chapitre dédié aux "Indiens", le



Pour rendre compte des diverses possibilités et difficultés liées à ce thème, il est indispensable de passer par une analyse pluridisciplinaire, qui prendra en compte les acceptions politico-sociales, juridiques et anthropologiques sans oublier pour autant son rapport avec les notions d'identité, culture et d'ethnicité, antérieurement discutées.

### • § 1. Acception politico-sociale

Selon José Echeveria<sup>1</sup> « la nation ainsi que le peuple sont des communautés humaines caractérisées par la participation à un passé commun et par le désir de construire un futur ». L'auteur précise que la « participation à un passé commun » reviendrait à la nation, et la construction du futur, au peuple. La première serait ainsi légitimée rétrospectivement, tandis que le deuxième le serait prospectivement. La nation aurait tendance à se reproduire et à répéter le passé dans son présent, tandis que le peuple aurait tendance à changer et à inventer un futur qu'il choisit librement, en affirmant par ailleurs sa décision. De ce fait, le droit à la libre détermination devrait être attribué au peuple et non pas à la nation, étant donné que celle-ci le possède déjà. Cette analyse semble identifier Nation avec État, étant donné qu'elle affirme que la nation a le droit à la souveraineté et que le peuple a le droit à l'autodétermination. Cependant, comme nous allons voir, cette interprétation n'est pas partagée par l'anthropologie. Face au droit de souveraineté, dont la nation serait le titulaire, le peuple revendiquerait le droit à la libre détermination. Mais, selon les considérations antérieurement faites, tout peuple a, par la simple raison d'être un peuple, le droit d'autodétermination en raison de sa propre condition. Le fait de ne pas se constituer en tant qu'État pour n'importe quelle raison, n'implique pas la perte du droit à l'autodétermination. La preuve en est que dans l'exercice de ce droit le peuple peut choisir de participer à un État déjà existant ou former un autre.

L'auteur affirme encore que le peuple est une communauté qui s'établit d'une part dans la pauvreté, en opposition à une richesse dont il se considère dépossédé, et d'autre part dans

---

terme "peuple" n'est pas employé une seule fois pour les désigner. Un autre exemple au plan international est le GTPA des Nations Unies. La dénomination de ce groupe de travail atteste déjà que sous l'effet de la pression de plusieurs États il n'a pas été nommé comme le voulaient les peuples autochtones : Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones. Dans la langue anglaise, la seule question du « s » dans le terme « people » a suffi pour entamer dans ce même Groupe de Travail des Nations Unies une discussion qui a duré des décennies. Finalement, malgré les oppositions, en 2007, lors de l'adoption de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones par l'Assemblée Générale, les Nations Unies ont adopté le terme "people" en anglais et « peuple » en français pour désigner les autochtones.

<sup>1</sup> José Echeveria *apud* Edmond Jouve. *Le droit des peuples*. Paris: Puf, 1986, p.123

l'impuissance de l'exercice d'un pouvoir de décision dont il a conscience d'être le titulaire légitime. Par conséquent, le fait d'appartenir à un peuple sous-entend la prérogative de revendiquer des droits, de mener des actions, mais aussi de se mobiliser contre ceux qui s'opposent à cette exigence. Ces affirmations s'affaiblissent tant par l'essentialisme dont elles font preuve, quand par la vision négative qu'elles utilisent pour penser la réalité.

• § 2. **Acception juridique:**

Selon H. Gros-Espiell, le peuple représente « toute forme particulière de communauté humaine unie par la conscience et le désir de constituer une unité capable d'agir avec le but de bâtir un futur commun »<sup>1</sup>.

F. Demichel renforce l'importance de la lutte et de l'histoire:

La notion de peuple ne peut pas être prouvée historiquement. Un peuple n'existe, en effet, que par le fait de se constituer comme tel, par le biais de son combat historique (...) d'où la grande valeur de la guerre de libération nationale. Ces guerres ne sont pas simplement importantes, du point de vue juridique, pour le droit international, en tant que luttes justifiables. Elles sont importantes aussi du point de vue sociologique et politique, puisqu'elles sont en même temps démonstratives et productrices de l'existence d'un peuple.<sup>2</sup>

Nous pouvons donc constater, à partir de ces références, que le discours attribué à la nation évoquerait une situation qui serait déjà établie, reconnue, donnée et conclue, tandis que le discours des peuples évoquerait un processus dont le but serait d'atteindre ce statut de nation<sup>3</sup>. Par conséquent, nous pourrions éventuellement dire que le « peuple » est une communauté humaine, marquée par un passé pensé comme étant commun qui lui attribue une identité particulière, par la somme d'individus, qui ont une disposition de continuité. Cela se démontre au niveau interne par le respect de l'organisation sociale propre, et à l'extérieur par l'appel au respect de leur système d'organisation et de gouvernement. Cette revendication aurait tendance à s'affirmer et à recevoir la reconnaissance, de la part de la communauté

---

<sup>1</sup> José Echeveria *apud* Edmond Joue. *Le droit des peuples*. Paris: Puf, 1986, p.123

<sup>2</sup> Demichel *apud* Edmond Joue, *Idem*.

<sup>3</sup> L'affirmation selon laquelle le peuple aurait un discours qui viserait à aboutir à la condition de nation, et la nation, à son tour, pouvant être comprise comme synonyme d'État, est doublement douteuse. D'une part, parce que même selon le droit international le peuple dans l'exercice de l'autodétermination décide du statut politique qu'il veut adopter, et qui peut être celui de ne pas se constituer en État indépendant. Le concept de souveraineté qui se lie à l'État implique nécessairement et automatiquement un statut politique particulier et le concept d'autodétermination non nécessairement. D'autre part, parce qu'il n'est pas unanime de considérer qu'État et Nation soient des concepts équivalents.

internationale, du droit d'autodétermination. Il est important de souligner que le peuple autodéterminé peut cependant choisir de participer politiquement et juridiquement à l'intérieur de la structure d'un État qui reconnaît son autonomie. Cela veut dire que c'est à lui de décider de son statut politique. La caractéristique la plus importante qu'implique le droit à l'autodétermination des peuples est exactement celle du choix et de la décision. Il revient au peuple et uniquement à lui le droit de déterminer son statut politique et de décider sur son chemin futur.

### **Section 2 - Peuple et nation: acception anthropologique**

Franz Boas nous présente la question d'un point de vue intéressant dans son ouvrage *The Mind of the Primitive Man*<sup>1</sup> publié en 1911. Dans le chapitre intitulé *Le Problème de la Race dans la Société Moderne*, il affirme que le changement du concept de nationalité est plutôt dû à des postulats théoriques d'historiens et de sociologues du XXème siècle, qu'il qualifie d'amateurs, qu'à des politiques publiques. Avant cette date, en Allemagne, par exemple, les juifs étaient attaqués parce qu'on ne les identifiait pas à la vie nationale allemande et non pas parce qu'ils auraient appartenu à une autre race. Ce serait pourtant sous l'influence de ce type de prétentions théoriques, datant du début du XXème siècle, qu'une nouvelle forme de pensée est apparue. Selon celle-ci, dorénavant, c'est la race qui déterminera la culture. La nouvelle politique allemande se base donc sur un postulat où chaque individu aurait un caractère défini et immuable selon son origine raciale, ce qui conditionne par la suite son *statut* politique et social.

Selon Robert Shirley<sup>2</sup>, « la Nation est [pour l'anthropologie sociale] un groupe de personnes avec une langue commune et une culture généralement similaire », et il est donc parfaitement possible qu'il existe une nation sans un Etat:

Il est possible de se référer aux Cheyenne en tant que nation, dans le sens où ils reconnaissent leur propre unité et culture, cependant, l'identification d'un Etat dans leurs institutions politiques s'avère difficile. Il existe une autorité, des leaders politiques (The Cheyenne Way), mais ce sont des pouvoirs exercés par des citoyens communs, en tant que devoirs des membres de la société et non pas en

---

<sup>1</sup> Franz Boas. *The mind of the primitive man*. N. York: MacMillan, 1938

<sup>2</sup> Robert Shirley. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.56

tant qu'un corps professionnel. En réalité ils sont sous la domination, manu militari, d'un Etat qui n'appartient pas à leur nation – le gouvernement des Etats-Unis.<sup>1</sup>

La lecture de Shirley nous permet de conclure que selon lui la différenciation entre peuple et nation semble inutile, du moins en anthropologie sociale. La distinction qu'il présente et qui lui paraît plus significative est celle entre Nation et Etat. « Si l'Etat tente d'imposer une nouvelle culture juridique sur une société dominée, il pourra créer une énorme agitation et démoralisation, puisque, du point de vue de la culture légale du peuple, la nouvelle loi peut être considérée comme étant injuste et fausse ».<sup>2</sup>

Nous pouvons donc remarquer que, selon les trois différentes acceptions (politico-sociale, juridique et anthropologique), il est impossible d'échapper à la réalité hétérogène et relationnelle des concepts présentés. C'est en raison de cette hétérogénéité et des frictions entre les différents groupes sociaux que les termes « peuple » et « nation » réclament et gagnent leurs conceptions. Bien que la différenciation entre les deux termes ne trouve pas une délimitation précise (puisque'il y aura toujours des doutes, des confusions ou des imprécisions), leurs caractéristiques fondamentales, telles que nous l'avons vu pour la notion d'ethnicité, est le fait de l'existence de frontières sociales, ne pouvant pas être conçues comme étant stables, et où le rôle symbolique joue aussi une importance non négligeable.

Lors de l'analyse du droit des peuples indigènes face aux Etats, il est important de passer par des discussions et des approches peu communes aux juristes internationalistes, en utilisant pour ce faire les contributions des autres sciences sociales et humaines d'une façon générale, et plus particulièrement celles de l'anthropologie sociale. De plus, comme il sera possible de le voir quand nous analyserons la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par son Assemblée Générale en 2007, le droit à l'autodétermination reconnu aux peuples autochtones a souffert une évolution sémantique que diffère du même droit qui a été reconnu par la Résolution 1514 aux peuples soumis à la colonisation métropolitaine.

Il est essentiel de faire remarquer que pour diverses raisons, de nombreuses identités spécifiques (« peuples ») furent atteintes de manière agressive, non respectueuse, voire même ethnocidaire. L'une des preuves en est l'apparition et l'instauration de l'Etat-nation,

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Idem

notamment européen, lequel, dans le but d'établir une identité nationale, anéantit d'autres identités spécifiques, en s'imposant et en les assimilant, volontairement ou par la coercition. Du point de vue de la connaissance et de la science, nous pouvons très bien mettre sur le compte de l'évolutionnisme culturel (unilinéaire) une grande partie de la responsabilité de cette action envers la différence. En partant de faux postulats, l'évolutionnisme social a soutenu que toutes les cultures et sociétés évoluaient de la même façon. Le classement arbitraire des sociétés et des peuples sur différents degrés évolutifs a bien évidemment placé la société occidentale<sup>1</sup> dans la position la plus haute, celle que toutes les autres tendaient à atteindre. De cette façon, l'entreprise de la société placée au plus haut niveau du système évolutif était justifiée. Il s'agissait d'agir sur les autres sociétés afin de les « aider » à avancer plus rapidement dans l'échelle évolutive, pour parvenir à son niveau à elle: être comme eux. C'est-à-dire, se fondre en elle. Selon certaines théories, même le pillage matériel des ressources naturelles des colonies se justifierait à l'intérieur de cette hiérarchie morale imposée : en échange d'une culture plus « évoluée », les colonies fournissent leurs richesses naturelles.

Actuellement la question est analysée sous une autre optique. Une relativisation de l'évolutionnisme commence à se faire, même si elle n'a pas encore atteint tous les niveaux, ni une acceptation complète. C'est, entre autres choses, ce que nous prétendons démontrer tout au long de cette étude. En d'autres mots, nous cherchons à appréhender la rupture avec l'évolutionnisme social comme étant l'une des plus grandes contributions contemporaines permettant de changer le cours des réflexions à propos de l'altérité.

Pour ce faire, nous devons revenir dans le temps pour vérifier premièrement comment les « autres » (indigènes/autochtones), ainsi que le « droit des autres » furent traités et créés, pour quelles raisons historiques et politiques, et sur quelles conceptions théoriques et philosophiques. Il est important de réfléchir à la structuration de l'Etat-nation, où s'est

---

<sup>1</sup> Lorsque nous parlons de société occidentale il s'agit des sociétés organisées sous forme d'Etat, où il existe un groupe de personnes qui exerce les fonctions d'administrateurs professionnels, et qui se place au dessus d'un autre groupe, beaucoup plus important en nombre, dans un territoire déterminé. Ce sont les sociétés industrialisées ou bien les fruits du colonialisme, avec un pouvoir politique hautement spécialisé, une organisation juridique qui sépare le droit de la morale et de la religion, qui transfère la genèse du droit du groupe social (coutume) à l'Etat (loi). Elle est dotée d'un mécanisme spécialisé de sanction, toujours à la charge d'un tiers (médiateur, arbitre, conciliateur, juge) qui possède de forts pouvoirs en qualité de représentant de la société. L'Etat dans ce type de société a tendance à monopoliser le droit par une idéologie qui présente son uniformité comme étant le bien souverain. Les pays d'Europe et des Amériques sont de bons exemples.

cristallisée l'idée de l'individu, et de l'Etat en tant que destinataires par excellence des droits, ce qui, finalement, a abouti au non-respect et à l'exclusion des identités collectives spécifiques ou diverses qui étaient antérieures à l'Etat-nation lui-même.



## **TITRE II. Les peuples autochtones dans le droit brésilien**

Ce titre a pour objectif de présenter de manière résumée l'histoire et les conséquences de la législation portugaise en ce qui concerne les peuples indigènes du Brésil, ainsi que d'étudier l'actuel traitement constitutionnel brésilien de ce sujet. Les juristes n'ont qu'un faible intérêt et une faible connaissance de ce thème. Il suffit de consulter les bases de données pour constater la réduite quantité de recherches juridiques sur le droit relatif aux peuples indigènes. Cette législation ancienne a des conséquences jusqu'à aujourd'hui et doit donc être vue comme une étude de cas dans la mesure où elle permet de mieux connaître la situation brésilienne contemporaine. Cet écho sur l'actuelle législation nous obligera à faire certaines références tout au long de notre étude. Elle servira de base juridique générale à la discussion spécifique qui suivra sur la protection du patrimoine culturel et des connaissances traditionnelles des peuples autochtones dans le système juridique brésilien.

### **Chapitre 1. L'institut de « l'Indigenato » dans le Brésil colonial**

Pour traiter ce thème, nous devons aborder d'importantes discussions juridiques entamées en Europe - plusieurs années avant l'arrivée des Européens en Amérique - sur le droit des peuples qui ont subi les effets de la conquête. Il est possible d'observer que les thèses juridiques qui prévalaient à l'époque de la découverte, et même avant, étaient celles qui reconnaissaient aux peuples autochtones une relative souveraineté. Ce fait est de grande importance juridique puisqu'il nous permet de comprendre non seulement les droits indigènes, mais aussi de situer et de définir les limites des droits de la couronne portugaise sur les terres du Brésil. Les effets de ces discussions juridiques de jadis sont encore visibles à l'heure actuelle dans le droit de propriété territoriale brésilien et par conséquent sur les ressources du sol, sur les connaissances traditionnelles et la culture.



Manuela Carneiro da Cunha<sup>1</sup> nous informe que dans le débat sur la légitimité des titres espagnols et portugais sur les terres américaines, la question de la souveraineté des peuples autochtones fut un point fondamental. Selon elle, Henrique de Sousa, canoniste du XIII<sup>ème</sup> siècle, soutenait la thèse que les « gentios » (indigènes) ne jouissaient de leur souveraineté que jusqu'à l'arrivée du Christ. À partir de cette date, ce dernier aurait été investi de tous les pouvoirs spirituels et temporels qui furent ensuite transférés au pape. C'est pour cela que les infidèles pourraient être dépossédés de leurs royaumes et de leurs biens par l'autorité du Vatican. Cependant, ces thèses n'ont pas prévalu, malgré leur utilité pour justifier les titres que le pape avait attribués à l'est et à l'ouest de « Tordesillas »<sup>2</sup>.

Au Portugal et en Espagne, au XVI<sup>ème</sup> siècle, l'affirmation courante dira le contraire: la doctrine niait le pouvoir temporel du pape sur les infidèles ainsi que la juridiction européenne des terres découvertes. Cette doctrine soutenait la pleine continuité de la souveraineté originelle des peuples indigènes. Ce deuxième courant de pensée se basait sur des thèses aussi anciennes que les thèses de Henrique de Sousa. Le pape Innocent IV affirme en effet, au XIII<sup>ème</sup> siècle, qu'il ne peut pas dépouiller les infidèles de leur empire et de leur juridiction (*Apparatus ad quinque libros Decretalium*, III, 34, 8). Saint Thomas d'Aquin, dans *Secunda Secundae*, 10, 10, affirme que l'arrivée du Christ n'aurait annulé ni les biens, ni la souveraineté des peuples « gentílico »<sup>3</sup> (indigènes).

Richard Fitzralph, John Wycliffe et Armagh soutenaient, au XIV<sup>ème</sup> siècle, que l'empire (droit de domaine) était fondé sur la grâce divine et supposait la foi et la charité, tandis que les nominalistes et les conciliaristes français, Pierre d'Ailly et Gerson, avaient une position contraire. D'Ailly dissociait la question du domaine de la question de la foi et de la charité, en disant que les infidèles pouvaient avoir le domaine. De même, Gerson affirmait que Dieu, puisqu'il n'enlevait pas aux pécheurs leurs facultés naturelles, n'enlèverait pas non plus la possession de leurs biens<sup>4</sup>.

Ainsi, tout au long du XVI<sup>ème</sup> siècle, la théorie qui défend la pleine souveraineté des nations indigènes sur leurs territoires a fini par prévaloir dans les pays ibériques. Francisco de

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha. *Os direitos do índio*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 53.

<sup>2</sup> Idem, p. 54

<sup>3</sup> Idem

<sup>3</sup> Idem, p.54

<sup>4</sup> Idem

Vitoria étant la plus grande autorité à soutenir cette thèse.<sup>1</sup> John Maior, de l'Université de Paris, renforce la thèse de Gerson en 1510, lorsqu'il affirme que le royaume du Christ n'appartient pas à ce monde, donc que le pape ne détient que la primauté spirituelle.<sup>2</sup>

Selon Francisco de Vitoria, on n'interdit pas aux « barbares » d'être de vrais propriétaires et seigneurs, que ce soit publiquement ou bien privativement, et par conséquent, les chrétiens ne peuvent pas leur confisquer leurs biens sous prétexte qu'ils ne sont pas chrétiens. Ce même auteur affirme encore que l'Empereur n'est pas le propriétaire du monde, donc qu'il ne peut pas occuper les terres autochtones pour y établir de nouveaux seigneurs à la place des anciens et en percevoir des tributs. À son tour, Grocio<sup>3</sup> affirme que les Portugais, en découvrant les Indes, n'ont pas le droit de les dominer, même par une donation pontificale<sup>4</sup>.

En 1537 le pape affirme dans la bulle *Veritas ipsa*:

Les Indiens et toutes les autres nations qui sont découvertes par les chrétiens, malgré leur carence du bénéfice de la Foi, ne sont et ne peuvent pas être privés de leur liberté et du domaine de leurs biens; au contraire, ils peuvent user et jouir librement de cette liberté de domaine.<sup>5</sup>

La souveraineté des peuples indigènes, ainsi que leurs droits aux territoires, sont fréquemment reconnus dans les lois portugaises consacrées au Brésil. Et pourtant, dans la pratique, cela a toujours été le contraire. « Il y avait toujours une loi qui reconnaissait des droits et une autre qui les niait, ou bien, la loi prévoyait des exceptions qui excluaient la règle générale ». <sup>6</sup>

Les rois du Portugal et les prêtres de la Compagnie de Jésus furent les autorités qui retinrent les colons; cependant, les premiers ne furent pas constamment assez fermes, ce qui permit aux colons (qui ont souvent joué un rôle similaire à ceux de la colonie anglaise des Etats-Unis) d'entamer des batailles terribles et de temporiser.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Margarida Maria Moura & Marco Antonio Barbosa. "Direito Oficial e Direito Costumeiro no Brasil". *TEMAS-IMESC*. 3(2) 1986, p. 82-159.

<sup>2</sup> Manuela Carneiro da Cunha. 1987, *Idem*, p. 55

<sup>3</sup> Grocio. "Mare Liberum". Chap. 2 et 3, *apud* Manuela Carneiro da Cunha. *Os direitos dos índios*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 55-56.

<sup>4</sup> Manuela Carneiro da Cunha, 1987, *Idem*, p.55-56.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 57

<sup>6</sup> João Mendes Junior. *Os indígenas do Brasil – seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennes Irmaãos, 1912, p. 22

<sup>7</sup> *Idem*

C'était à cause de la menace que la présence française représentait que le Portugal a décidé d'installer au Brésil un gouvernement capable d'assurer son pouvoir.

Le roi chargea Tomé de Souza d'exécuter une politique qui paraissait, au départ, offrir une solution partielle au problème d'obtention de troupes auxiliaires indigènes, parce que le roi ordonna de ne plus faire d'esclaves indiens pour travailler pour les colons. Mais en même temps, par ordre du roi, ces derniers devaient promouvoir le progrès de la région, agrandir les établissements portugais, faire 'payer' la terre.<sup>1</sup>

Face à cette situation ambiguë, où il fallait d'une part éviter encore des batailles et d'autre part, s'assurer des bras pour travailler la terre, Tomé de Souza a tenté un compromis entre ce qu'il croyait être le désir et les nécessités des colons, du roi et des « indiens ». Il détermine, d'abord, que seuls les « indiens hostiles » aux Portugais pourraient être attaqués et que seules des forces du gouvernement, ou bien des colons autorisés par ce gouvernement, auraient le droit de le faire. Les « indiens » emprisonnés lors de ces guerres, dites « justes », étaient les seuls qui pouvaient être légitimement transformés en esclaves. La deuxième démarche, qui avait pour objectif de régler le commerce entre les « indiens » et les portugais, prévoyait l'utilisation de la méthode de « l'escambo<sup>2</sup> » par les jésuites. Les jésuites avaient sûrement des intérêts en commun avec le reste des colons, mais c'était surtout la conversion des « indiens » qui les motivait. Les « indiens », contrairement aux portugais, étaient éparpillés sur le territoire. Selon les jésuites, ils devaient tout d'abord être fixés territorialement. L'objectif des jésuites, en accord avec la couronne, était de convaincre les « indiens » à s'établir dans des villages, de sorte que les « indiens libres » puissent travailler la terre et approvisionner les colons.

D'après Carla Antunha:

Après l'échec du système de l'escambo, les portugais envahirent les communautés indigènes et volèrent leurs provisions. Ils avaient un besoin croissant de nourriture et de bras pour le travail rural. Les portugais conclurent des accords avec les jésuites pour parvenir à de nouvelles formes de domination des indiens. Déplacés de leurs territoires par groupes entiers, les indiens ont été séparés au fur et à mesure, de leurs "habitats", des lieux qui leur étaient adéquats, de l'environnement naturel, de leurs racines avec le passé, de leurs traditions. Ces déplacements, qui conduisirent à la destruction de nombreux groupes indigènes, étaient motivés tout simplement par l'intérêt commercial avec les centres civilisés.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Carla Antunha. *Le Conseil indigeniste missionnaire et les indiens du Brésil*. Mémoire. Université de Paris, 1981, p. 6

<sup>2</sup> Escambo: Signifie le troc de produits entre les colonisateurs et les indiens.

<sup>3</sup> Carla Antunha, *Idem*, p. 10

La relation d'alliance et « d'escambo » établie entre les « indiens » et les portugais dans les premières années de contact, s'est vite détériorée et va se transformer en violence et en esclavage. Le nombre d'atrocités commises par les chrétiens européens contre les « indiens » a été tel que le pape Paul III émet le Bref du 9 juin 1537, confirmé en 1539 par la Bulle d'Urbain VIII qui l'a rendue extensible au Brésil. Le pape y considère que l'oppression exercée par les chrétiens envers les « indiens » dépassait les châtiments reçus par les animaux. Par son autorité, il déclare que les « indiens » sont de vrais hommes et qu'ils ont le droit à la liberté. Il interdit ainsi que les colons les réduisent en esclavage et usurpent leurs biens, même lorsque les « indiens » ne sont pas encore convertis au christianisme. Toutes ces initiatives papales furent inutiles puisque dans cette même année de 1537, en scandaleux désaccord avec le Bref de Paul III, la « Carta Régia<sup>1</sup> » qui ordonne l'esclavage des « indiens » Caetés est promulguée et sera maintenue malgré la Bulle d'Urbain VIII.<sup>2</sup>

Jusqu'au début du XVII<sup>ème</sup> siècle, les lois continuaient à être extrêmement barbares, contenant toujours des hésitations et des contradictions. Un règlement de 1548 détermine que les « indiens » doivent être traités correctement, mais, contradictoirement, il autorise la guerre, la prison, l'extermination et la destruction des « tribus » considérées comme ennemies. Cela incite les colons à engager des hostilités contre les « indiens » avec l'idée de leur faire subir les sanctions prévues par ce règlement, c'est-à-dire, qu'ils peuvent être chassés et ensuite emprisonnés. En réalité, le respect des prévisions légales n'était pas une grande préoccupation, étant donné la précarité de la justice, qui ne parvenait presque jamais à l'intérieur des terres, là où les crimes se passaient.

La législation produite entre le 22 août 1587 et le 8 juin 1625, c'est-à-dire pendant la période de domination espagnole, n'a pas beaucoup modifié la situation existante en place. En effet, elle a tout simplement suivi le même modèle ; douteuse, contradictoire, parfois abolissant l'esclavage, et d'autres fois, le réinstaurant. Selon José Maria de Paula, pendant cette période où l'on reconnaissait à peine aux « indiens » le droit à la vie, « leurs terres furent, implicitement, transformées en *res nullius*<sup>3</sup>, terres qui n'appartiennent à personne,

---

<sup>1</sup> Lettre officielle du roi de Portugal qui avait le poids de loi.

<sup>2</sup> José Maria de Paula. "Terra dos Índios". *Boletim nº 1 do Serviço de Proteção ao Índio*. Rio de Janeiro, 1944, p.8-9

<sup>3</sup> La théorie de *res nullius* a beaucoup été utilisée pour justifier l'usurpation des terres indigènes, non seulement au Brésil mais partout dans le monde. L'évocation d'un tel artifice juridique (puisque toutes les terres, pratiquement sans exception, appartenaient dans un certain moment à un peuple donné), a permis d'exproprier plusieurs peuples indigènes lors de l'installation d'un pouvoir étatique colonisateur et d'un droit de propriété

permettant par la suite que les colons profitent de la situation pour s'en approprier, en réduisant les anciens maîtres en serfs de la glèbe ».<sup>1</sup> Cette situation de ruine perdurera jusqu'à la promulgation de « l'Alvará Régio » du 1<sup>o</sup> avril 1680, première loi de l'État reconnaissant explicitement le droit territorial indigène.

§4<sup>o</sup> (...) E para os ditos Gentios que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos religiosos assinara aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, 'que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares', porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiros, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direitos dos índios, primários e naturaes senhores delas (...)<sup>2</sup>

D'après João Mendes Junior<sup>3</sup>, le roi D. José I affirme dans le préambule de la loi du 6 juin 1755, que la cause de la dispersion des « indiens » « était et est toujours due au fait de ne pas avoir fait respecter efficacement la liberté des « indiens », qui fut déclarée par les Suprêmes Pontifes et les Seigneurs Rois, mes prédécesseurs ». « L'Alvará » du 1<sup>er</sup> avril 1680 déclarait qu'à partir de cette date « il est interdit de capturer n'importe quel indien du Brésil, dans aucun cas, ni même dans ceux qui étaient exceptés par la loi ». Selon lui l'administration indigène pratiquée antérieurement reste ainsi abolie<sup>4</sup>. João Mendes Junior affirme que cette loi

---

privée. Cette discussion n'est pas, comme elle pourrait le paraître, une simple question du passé. Les peuples indigènes, dans le scénario actuel de lutte au niveau international, insistent sur cette discussion et mettent en cause les propriétés immobilières, surtout (les particulières), qui se sont constituées en se basant sur l'argument que leurs terres étaient des *res nullius*. Cette problématique est d'actualité, par exemple, dans le cas des aborigènes australiens et est placée sur la liste des sujets courants à l'ONU.

<sup>1</sup> José Maria de Paula, Idem, p. 11

<sup>2</sup> Pour une meilleure compréhension du texte voici une tentative de traduction. Le § 4<sup>o</sup> établit la garantie pour les « indiens » qui se localisaient dans des espaces à l'intérieur (« sertão ») du pays le droit de s'établir dans d'autres terres, mêmes dans celles déjà habitées par les portugais, lesquelles seraient reconnues sous le titre de « Aldeias » (villages). La loi déclare que les « indiens » sont reconnus dans la condition de seigneurs des terres qui se trouvent à l'intérieur du pays (« sertão »). Cette loi déclare aussi que les « indiens » ne peuvent en aucun cas être expropriés, ni être objets de violences. Elle détermine au Gouverneur, qu'avec l'avis des missionnaires, des terres soient attribuées aux « indiens » pour le travail de la terre, interdisant qu'ils soient déplacés de ces espaces contre leurs désirs. De plus, sur ces terres, il est interdit aux autorités d'exiger des tributs, mêmes dans celles sur lesquelles il y aurait déjà l'existence d'un titre antérieur de « sesmarias ». Ces mesures sont justifiées par le fait que la loi reconnaît que tous les titres concédés par le pouvoir portugais ne sont pas valables face à la présence des « indiens » puisqu'elle leur reconnaît son titre originaire, qui est la propre condition innée d'indigène.

<sup>3</sup> João Mendes Junior, Idem, p. 34

<sup>4</sup> João Mendes Junior, Idem, p. 34: Le roi de Portugal par cette déclaration affirme que les indiens sont libres, que les administrations imposées sont nulles et qu'ils peuvent librement travailler à leur choix pour ces qui

portait de nombreux dispositifs qui garantissaient la liberté indigène, qui fixaient des salaires et renouvelait le texte de « l'Alvará » de 1680 avec les dispositions mentionnées.

Nous analyserons, par la suite, l'importance actuelle de ces dispositifs, principalement ceux de « l'Alvará » du 1<sup>er</sup> avril 1680, qui instituent un régime spécial pour la garantie des terres indigènes, créant une exception légale au régime général de possession et de propriété dans le régime juridique brésilien.

### **Section 1. La Théorie de « l'Indigenato »: Droit luso-brésilien distinct de la possession et de la propriété.**

Le droit de découverte ne justifie le pouvoir sur les natifs par les Espagnols plus que celui des indigènes sur les colonisateurs<sup>1</sup>. La théorie et la doctrine de « l'indigenato » ont très bien été étudiées au Brésil par le juriste João Mendes Junior, au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Il expose cette théorie en affirmant qu'il s'agit d'un titre congénital (inné), distinct de l'occupation qui est un titre acquis. Selon lui :

[...] les philosophes grecs affirmaient déjà que 'l'indigenato' était un titre 'congénital', tandis que 'l'occupation' était un titre 'acquis'. Quoique 'l'indigenato' ne soit pas 'l'unique' vraie source juridique de possession territoriale, tous reconnaissent qu'elle est, selon l'Edit du 1<sup>er</sup> Avril 1680 (*Alvará Régio*), 'la première naturellement et virtuellement réservée', ou bien selon la phrase d'Aristote (*Polit.*, I, n. 8) – un 'état' dans lequel se trouve chaque être à partir de sa naissance. Par conséquent, 'l'indigenato' n'est pas un fait qui dépend de légitimation, contrairement à 'l'occupation' qui, en étant postérieure, a besoin de conditions pour être légitimée<sup>2</sup>.

L'auteur nous enseigne donc que « L'indien, premièrement établi, détient le *sedum positio*, qui constitue le fondement de la possession [...] au-delà de ce *jus possessionis*, il a le *jus possidendi*, qui lui est déjà reconnu et préliminairement légitimé depuis l'Edit du 1<sup>er</sup> Avril

---

payent mieux. "Hei por bem mandar declarar que os gentios são livres, e que não haja administrações, havendo por nulas e de nenhum effeito todas as que estiverem dadas, de modo que não haja memórias dellas; e que os índios possam livremente servir e trabalhar com quem bem lhes estiver e melhor lhes pagar o trabalho."

<sup>1</sup> "[...] por si mesmo (o direito de descoberta) não justifica a posse (espanhola) sobre esses bárbaros mais do que se eles houvessem descoberto a nós": Francisco de Vitória *apud* Manuela Carneiro da Cunha, 1987, *Idem*, p. 56

<sup>2</sup> João Mendes Junior, *Idem*, p. 58

1680, comme étant un droit *congénital*.”<sup>1</sup> Ceci dit, avec « l’indigenato », institué au Brésil depuis l’Edit de 1680, le droit indigène à la terre est reconnu comme un droit spécial, absolument distinct du droit de n’importe quel autre citoyen de la société brésilienne. Il n’intègre pas le système juridique relatif aux droits de possession et de propriété prévu par le code civil brésilien. Il constitue en revanche, un droit autonome, spécial et indépendant du système général.

Selon João Mendes Junior, encore une fois, seule la possession qui se trouve sous le pouvoir d’un occupant doit être légitimée, selon ce qui était prévu par l’article 3° de la Loi du 18 septembre 1850<sup>2</sup>. L’occupation, en tant que titre d’acquisition, ne peut avoir pour objet que les choses qui n’ont jamais eu de maître, ou bien, celles qui furent abandonnées par celui-ci. L’occupation est une *apprehensio rei nullis* ou *rei delerictoe* et il est inconcevable que les « indiens » puissent acquérir, par simple occupation, ce qui leurs est congénital et primaire. Ainsi, dans le cas des « indiens », il ne s’agit pas de simple possession, « il existe un titre immédiat de domination ; il n’y a donc pas de possession à être légitimée, il existe un domaine qui doit être reconnu, ainsi qu’un droit originaire et préliminairement réservé. »

L’article 24 du décret n° 1318 du 30 janvier 1854, qui explique le raisonnement de la Loi, définit clairement, dans le paragraphe 1°, que, en ce qui concerne les possessions qui sont entre les mains du *premier occupant*, les seules possessions qui ne sont pas astreintes à une légitimation sont celles qui n’ont pas d’autre titre que son occupation. Ce paragraphe 1er de l’article 24 du cité Décret de 1854 reconnaît, donc, l’existence du *premier occupant qui possède un titre distinct de l’occupation*. Qui d’autre pourrait être ce *premier occupant*, avec un ‘*titre distinct de l’occupation*, sinon l’indigène, celui qui a pour titre l’*indigenato*, c’est à dire la *possession aborigène* ? ‘Le Décret de 1854 a répété de cette façon la pensée de L’Edit du 1er Avril 1680 : ‘je veux faire comprendre que sont réservés le préjudice et le droit des Indiens, *premiers et naturels maîtres des terres*’<sup>3</sup>

Il est important de souligner que l’institut de « l’indigenato » exposé par João Mendes Junior, au début du XXème siècle, garde sa raison d’être pour protéger les droits indigènes du Brésil. Dans les années 1980 les communautés indigènes Guarani de l’Etat de São Paulo ont dû faire appel au pouvoir judiciaire, par l’intermédiaire de leurs avocats, dans le but de défendre leurs terres. La décision de cette dispute judiciaire est un des multiples exemples des

---

<sup>1</sup> Idem, p.58-59

<sup>2</sup> Loi de la période de l’Empire qui dispose sur les “*Terras Devolutas*”: terres publiques pas encore occupées ou sans utilisation par les privés ou par le service publique, mais encore sous le domaine public.

<sup>3</sup> João Mendes Junior, Idem, p. 59 -60

décisions à propos des terres indigènes qui se sont appuyées sur l'Edit de 1680, les lois de 1850 et 1854 et la Constitution en vigueur à l'époque pour justifier les droits des indiens.<sup>1</sup> Il est donc possible d'affirmer que l'Edit du 1<sup>o</sup> avril 1680 est le pilier sur lequel s'appuient les fondements du droit des indigènes sur les territoires qu'ils occupent, dans le système juridique de l'Etat brésilien. Le fait de la conquête, qui a occasionné la spoliation des terres indigènes, n'a pas modifié, en principe, la relation juridique existante entre les indigènes (en tant que possesseur) et leurs terres.

Cela veut dire que lorsque les européens sont arrivés au Brésil, ils ont rencontré différents peuples déjà établis, qui formaient des nations indigènes. Par le fait du *sedum positio*, ces autochtones avaient le *jus possessionis* et le *jus possidendi* sur les terres où ils vivaient. Ces deux éléments sont le fondement de leur droit congénital au sol, dû à la possession originaire de celui-ci. La conquête ne leur a pas retiré ce droit, qui est essentiellement intégré à leur patrimoine et qui a été, par ailleurs, reconnu et affirmé par les différents gouvernements, formellement déclaré dans l'Edit du 1<sup>o</sup> avril 1680, réaffirmé par la loi du 6 juin 1755 et par les législations suivantes (« Loi des Terres » du 18 septembre 1850, son Décret réglementaire n<sup>o</sup> 1318 du 30 janvier 1854, les Constitutions de 1969 et, principalement, celle de 1988)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La sentence du Procès n<sup>o</sup> 907/84 -III<sup>a</sup> Vara Cível do Forum Regional de Santo Amaro, São Paulo-SP- le juge Antonio Rulli Junior, en 1984, décide: "L'article 198 de la Constitution Fédérale est auto applicable et absorbe la figure de l'indigenato. L'indigenato est droit d'origine luso-brésilienne, comme nous pouvons l'observer par les enseignements de JOAO MENDES JUNIOR (in Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos, 1912). L'indigenato paraît dans l'Edit Royal du 1<sup>o</sup> Avril 1680, dans la loi du 6 Juin 1755, où a été ancré le principe selon lequel, dans les terres octroyées à des particuliers, les Indiens auraient leurs droits réservés, en tant que maîtres premiers et naturels de celles-ci. La Loi 601 du 18 septembre 1850 et le Décret de 1854 ont donné une pareille reconnaissance à l'indigenato prévu dans l'Edit de 1680. L'indigenato a toujours été considéré comme un droit congénital et donc légitime en soi, il ne se confond pas avec l'occupation, ni avec la simple possession. L'indigenato est une source première et congénitale de la possession territoriale, tandis que l'occupation est un titre acquis. Il existe donc tant, dans notre système juridique le droit congénital et le droit acquis. AURELIO nous enseigne dans son dictionnaire de la langue portugaise que congénital signifie: qui est né avec l'individu, inné. La possession et la propriété se trouvent dans le système du droit acquis. L'indigenato se trouve dans le système du droit congénital... La possession et la propriété exigent des conditions qui ne sont pas prévues pour l'indigenato.... La possession et la propriété engendrent des droits aux particuliers. L'indigenato est insusceptible d'engendrer des droits aux particuliers..." (Antonio Rulli Jr. 1986, p. 10-1 de la sentence citée).

<sup>2</sup> Marco Antonio Barbosa. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001, p. 68



## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Les « sesmarias<sup>1</sup> » furent toujours attribuées sous réserve du préjudice aux tiers et principalement les « indiens »; cela veut dire que simultanément à leur concession fut instituée la réserve d'un droit précédent, celui des « indiens ». Le système des « sesmarias », qui a perduré jusqu'en 1695, fut celui de l'usufruit. La couronne gardait le domaine direct des terres, donc les détenteurs n'étaient pas les propriétaires des terres. C'est à partir de l'Ordre Royal du 27 décembre 1695 que, du fait de l'obligation des impôts et des taxes, s'institue, implicitement, l'appropriation légale du domaine direct aux concessionnaires respectifs.

La loi du 6 juin 1755, qui réaffirme et élargit l'Edit de 1680, a simplement corroboré ces dispositifs, en considérant expressément réservé dans les « sesmarias », le droit des « indiens » à la terre, en tant que « maîtres premiers et naturels »<sup>2</sup> de celle-ci. L'Edit en question, qui traite de « l'indigenato », légiférait en réalité sur les terres qui, avant cette date, avaient été transférées à des particuliers par concession de la couronne portugaise par le biais du système des « sesmarias ». Ce que l'Edit de 1680 vient éclaircir c'est que, même quand il s'agit de terres reçues par des particuliers par le biais des « sesmarias », l'acquisition ne peut pas s'achever formellement sur les parcelles de terre qui constituaient des occupations (habitats) indigènes. Il est clair que les principes de l'Edit de 1680, réaffirmés par la loi de 1755, sont identiques aux effets du paragraphe 6° de l'article 231 de l'actuelle Constitution Fédérale, qui déclare la nullité de tous les actes juridiques qui ont pour objet les terres occupées par les indigènes, malgré les différents termes utilisés lors de leurs rédactions. Cela veut dire, bien évidemment, que le système juridique brésilien, depuis la législation portugaise, a clairement explicité que le droit des particuliers sur les terres du Brésil ne serait valable que sur les terres acquises sans qu'il y ait la présence de peuples indigènes. Le système national n'établit aucune distinction entre les terres indigènes habitées précédemment ou postérieurement à l'acquisition de ces titres par des particuliers<sup>3</sup>.

Le Ministre Victor Nuno Leal, dans une décision judiciaire de 1969 affirme que<sup>4</sup>

(...) dans ce cas il ne s'agit pas d'un droit de propriété commun: ce que l'on entend préserver c'est le territoire des indiens. (...) L'objectif de la Constitution Fédérale

---

<sup>1</sup> Sesmarias : Portions de terres concédées pour la production agricole par le roi de Portugal à des colons sous l'idée que celles-ci étaient abandonnées. En réalité les dons en « Sesmarias » ne correspondaient pas à une propriété privée. Celle-ci n'a été instituée qu'en 1850 avec la « Loi des Terres ».

<sup>2</sup> Marco Antonio Barbosa, *Idem*, p. 69

<sup>3</sup> *Idem*

<sup>4</sup> AC (acordão) 9.620/69, (Tribunal) Pleno- Em 769/1 ; 16.443/67, Pleno RTJ 49/241 e RE (Recurso Extraordinário) 44.585, *in* Marco Antonio Barbosa, *Idem*, p.69

est le maintien des caractéristiques culturelles des anciens habitants. (...) Les concepts de possession et celui de domaine, ne sont pas, pour le dire clairement, pris en compte ici selon l'acception civiliste des vocables. Il s'agit de l'habitat d'un peuple.

Ce principe est a été appliqué pour maintenir les droits territoriaux indigènes<sup>1</sup> et dans ce sens Dalmo de Abreu Dallari fait remarquer que:

Les droits indigènes n'ont pas été créés par les indiens ; ils furent imposés par des brésiliens non indiens et ils se définissent comme un ensemble de règles selon lesquelles la société brésilienne cadre les autochtones dans son système juridique.<sup>2</sup>

L'analyse de la genèse de la législation sur les droits indigènes au Brésil, principalement sur la question de « l'indigenato », est de grande importance et d'actualité. Une grande partie des principes et des orientations, qui ont donné naissance à un corps légal sur la thématique indigène au Brésil, est encore valable dans la législation actuelle, que nous étudierons par la suite. L'existence de points communs entre les législations de la période coloniale, de la période de l'empire et de l'actuelle république ne sont malheureusement pas les seules coïncidences entre les époques. Le non-respect des édits légaux au bénéfice d'intérêts privés se perpétue pareillement. D'où l'importance de l'analyse critique de la loi en vigueur.

---

<sup>1</sup> Procès N° 579/85 – 30/mai/86, Comarca de São Sebastião-SP; Proc. N° 408/85 – 30 /décembre/85, III Vara Civil Foro Regional Santo Amaro-SP ; Proc. N° 1208/83 – 11/juin/85, Comarca de Ubatuba-SP, tous publiés dans le Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, en mai 1986.

<sup>2</sup> Idem

## Chapitre 2. Les peuples autochtones dans la Constitution

Nous faisons la politique que vous, non-indigènes, nous apprenez. Nous apprenons avec vous (...) <sup>1</sup>

La Constitution brésilienne de 1988<sup>2</sup> apporte une série d'innovations en ce qui concerne les droits indigènes. Elle annonce une nouvelle perspective de relations entre l'État et la société brésilienne qui prend en compte les peuples autochtones du pays. Malgré les progrès significatifs sur le terrain de la protection des droits indigènes, depuis 1988, il reste cependant beaucoup de questions à résoudre, ce qui suscite un débat intense sur la scène indigéniste contemporaine. Il est donc important d'analyser les progrès qui accompagnent l'entrée en vigueur de cette nouvelle Constitution, mais aussi de montrer quelles sont les impasses et les maladroites réelles de ce nouveau contexte.

Le Chapitre VIII, du titre VIII intitulé « De l'ordre social », de la Constitution, est entièrement dédié aux peuples indigènes, et comporte les articles 231 et 232 de la Constitution Fédérale. Avant cela cependant, d'autres articles de cette même Constitution traitent des droits et des intérêts indigènes.

Le Titre III « De l'organisation de l'Etat », Chapitre II – *De l'Union*, incise XI, de l'article 20, inclut parmi les biens de l'Union<sup>3</sup>: « les terres traditionnellement occupées par les indiens ». Ensuite, l'article 22 dispose que « L'Union a compétence exclusive pour légiférer sur: XIV – les populations indigènes ».

Dans le Titre IV – « De l'organisation des pouvoirs », Chapitre I – « Du Pouvoir Législatif » ; Section II – « Des Attributions du Congrès National », l'article 49 dispose que : « Le Congrès National a compétence exclusive pour : XVI – autoriser l'exploitation des ressources hydriques, la prospection et l'exploitation des richesses minières dans les terres indigènes ».

---

<sup>1</sup> Antonísio Lulu Darã, « Discours d'un cacique de la communauté guarani Tekoa Porã au sud de São Paulo », *Psicologia e Povos indígenas* – CRP-SP. 2010, p. 69.

<sup>2</sup> La Constitution de 1988 a été élaborée par une Assemblée Constituante élue par le peuple après la fin du régime militaire (1964-1985) avec la finalité de reconstruire l'ordre constitutionnel au Brésil sur les principes de la démocratie. Cependant, il est nécessaire de noter que les élus ont cumulé aussi des mandats législatifs comme députés et sénateurs.

<sup>3</sup> Union est le terme utilisé dans la Constitution pour désigner la réunion des États membres de la République Fédérative du Brésil. Selon l'art. 1<sup>o</sup> de la Constitution de 1988 : « la République Fédérative du Brésil, formée par l'union indissoluble des États et Municipalités et du District Fédéral, se constitue en un État démocratique de droit ayant comme fondements (...) ».

Nous avons encore dans le Titre IV, Chapitre III – « Du Pouvoir Judiciaire », Section IV – « Des Tribunaux Régionaux Fédéraux et Des Juges Fédéraux », l'article 109, qui porte la disposition suivante: « Les juges fédéraux ont compétence dans les procès et les jugements relatifs »: XI – « aux disputes sur les droits indigènes ».

Le Titre IV, Chapitre IV – « Des Fonctions Essentielles de la Justice »; Section I – « Du Ministère Public », dans son article 129: « Le Ministère Public a pour fonctions institutionnelles.» V – « de défendre judiciairement les droits et les intérêts des populations indigènes ».

Dans le Titre VII – « De l'ordre Economique et Financier », Chapitre I – « Des Principes Généraux de l'Activité Economique », l'article 176 dispose: « Les gisements miniers, exploités ou non, et les autres ressources minérales ainsi que les sources d'énergie hydraulique, relèvent, pour ce qui est de leur exploitation, d'une propriété distincte de celle du sol et appartiennent à l'Union, le concessionnaire se voyant garantir la propriété du produit de l'exploitation ».

Le § 1<sup>o</sup> ajoute: « La prospection et l'exploitation des ressources minières et des sources d'énergie auxquelles se rapporte l'énonciation de cet article ne pourront être effectuées que sur autorisation ou concession de l'Union, dans l'intérêt de la Nation, par des brésiliens ou par des entreprises brésiliennes à capital national<sup>1</sup>, selon la loi qui établira des conditions spécifiques lorsque ces activités seront menées dans les zones de frontières ou dans les terres indigènes ».

Dans le Titre VIII – « De l'Ordre Social », Chapitre III – « De l'Education, De la Culture et Des Sports », Section I – « De l'Education », l'article 210 dispose: « Des contenus minimums pour l'enseignement fondamental seront fixés, de façon à ce que la formation basique commune et le respect des valeurs culturelles et artistiques nationales et régionales soient assurés ». Le § 2<sup>o</sup> établit: « L'enseignement fondamental régulier sera effectué en langue portugaise, étant garantis aux communautés indigènes l'usage de leurs langues maternelles et de leurs propres processus d'apprentissage ».

Dans ces mêmes Titre et Chapitre, Section II – « De La Culture », l'article 215, §1<sup>o</sup> établit que: « L'Etat protégera les manifestations des cultures populaires, indigènes et afro-

---

<sup>1</sup> Ajouté par l'amendement constitutionnel n° 6 de 1995

brésiliennes ainsi que celles des autres groupes qui participent du processus culturel national ».

Avant d'analyser le Chapitre VIII – « Des Indiens », du Titre VIII – « De l'ordre social », qui comporte les articles 231 et 232, et qui parlent exclusivement des indigènes, il est important d'apporter quelques considérations sur les références constitutionnelles déjà présentées.

### **Section 1. Le tournant constitutionnel brésilien.**

Selon l'article 22 - XIV de la C.F., seule l'Union Fédérale peut légiférer sur les populations indigènes. A ce sujet, une innovation importante a eu lieu par rapport à la Constitution précédente. Celle-ci attribuait déjà à l'Union Fédérale la compétence exclusive pour légiférer sur les questions qui concernent les populations indigènes, en affirmant cependant (dans l'article 8 - XVIII, de l'ancienne Constitution) qu'il était de la compétence de l'Union Fédérale de légiférer sur « l'incorporation des sylvicoles<sup>1</sup> à la communauté nationale ». Il n'existe plus maintenant la moindre référence aux expressions « incorporation, intégration, assimilation », ou d'autres termes équivalents.

L'approche de la Constitution précédente (1967) a été extrêmement négative sur de nombreux points. Partant de l'idée que les populations indigènes devaient être « incorporées » à l'ensemble de la société nationale brésilienne, diverses formes de violence furent pratiquées, tant par des particuliers que par des agents de l'Etat. En outre, au prétexte « d'intégration », l'État et les agents publics ont souvent oublié leurs obligations d'accorder un traitement différencié aux peuples indigènes.

En 2001, un nouveau Code Civil fut approuvé par le Congrès National. Ce nouveau Code Civil établit que le thème de la capacité civile des indigènes est une matière qui doit être traitée par une loi spécifique<sup>2</sup>, ce qui jusqu'à présent n'a pas encore été fait, faisant en sorte que la seule loi existante à ce propos est « l'Estatuto do Indio »<sup>3</sup>. Cela veut dire que le

---

<sup>1</sup> Terme aujourd'hui considéré comme péjoratif et imprécis désignant les peuples indigènes.

<sup>2</sup> Depuis 1991 il existe un projet de loi (« Statut des sociétés indigènes ») qui vise à substituer la loi 6001/73 (« Statut de l'Indien »).

<sup>3</sup> Loi 6001 de 19 décembre 1973. Cette loi, qui précède La Constitution Fédérale de 1988, doit être actuellement appliquée en harmonie avec les dispositifs des deux autres diplômes plus récents, tâche qui exige une grande habilité interprétative et démontre la fragilité de certains concepts en désuétude. Ceci dit, l'idée de degrés

nouveau code civil a éliminé de son texte la mention sur la « capacité relative » des indigènes qui était établie dans le code de 1916. Il ne parle plus de « tutelle », et chasse aussi de son vocabulaire le terme « sylvicole », qui est, bien évidemment, dépassé. De la même manière la Constitution de 1988 n'utilise plus le terme « sylvicole ».

Les approches paternalistes de la Constitution et de la législation infra-constitutionnelle précédentes, ont eu pour résultat le racisme institutionnalisé. Dans la pratique, les citoyens, les institutions et les organismes de l'État se jugeaient capables de définir, par des critères subjectifs, qui était et qui n'était pas indigène, et par conséquent, qui pouvait et qui ne pouvait pas être atteint par la protection légale destinée exclusivement aux indigènes. Il faut savoir, cependant, qu'en dépit du changement complet d'orientation de cette nouvelle Constitution, beaucoup d'individus, d'autorités publiques, ainsi que des agents du droit, continuent à faire la distinction entre « indiens intégrés » et « non intégrés » à la communauté nationale. Cette situation est très courante lors de l'application de la loi pénale bien qu'elle soit absolument inconstitutionnelle. Il n'existe pas deux catégories d'indigènes. Tout individu qui se reconnaît comme indigène et qui est reconnu comme tel par un peuple ou par une communauté indigène est indigène.<sup>1</sup> Peu importent les considérations sur leur mode de vie venant de ceux qui cherchent à savoir s'ils portent des vêtements ou d'autres éléments identifiés comme caractéristiques des « sociétés modernes », pour ensuite faire le tri de qui est vraiment « indien » et de qui est « indien intégré ». Ce n'est pas à la société moderne à en décider sur ce sujet.

La Constitution de 1988 dispose qu'il est de la compétence privative de l'Union Fédérale de légiférer sur les populations indigènes, différemment de la Constitution antérieure qui disposait sur la compétence de l'Union Fédérale de légiférer sur l'intégration des populations indigènes. Ce changement rompt définitivement avec l'idée que les peuples indigènes seraient des réalités transitoires. De cette façon, les peuples indigènes doivent être

---

d'intégration qu'elle contient jusqu'à présent, ainsi que les procédures prévues pour l'émancipation soit des individus, soit des communautés indigènes, doivent être analysées à la lumière de la CF de 1988 et de la Convention 169 de l'OIT, ce qui implique la révocation de ces concepts et de ces procédures. En effet, suite à la nouvelle Constitution et à la convention 169 de l'OIT, les peuples indigènes ne peuvent plus être vus comme des réalités transitoires.

<sup>1</sup> L'article 3° de la loi 6001 de 1973 définit « l'indien » comme « tout individu d'origine et d'ascendance précolombienne qui s'identifie et aussi est identifié comme quelqu'un appartenant à un groupe ethnique avec des caractéristiques culturelles différentes de celles de la société nationale ». Cette définition a été certainement adoptée sous l'influence de Darcy Ribeiro, anthropologue brésilien, et aussi sous l'influence de la perspective de Frederik Barth à propos du sujet de l'ethnicité qui travaille avec l'idée de mobilité des frontières sociales.

vus à partir de la Constitution Fédérale de 1988 comme des sociétés, ou bien, comme des groupes humains différenciés, avec des droits spécifiques qui doivent être préservés<sup>1</sup>.

La Constitution de 1988 et la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail<sup>2</sup> (OIT) disposent qu'il existe au Brésil des identités collectives indigènes et qu'elles ne sont pas des réalités transitoires, ce qui est une attitude radicalement nouvelle par rapport aux Constitutions précédents et à la Convention 107 de l'OIT de 1957. Ces identités comprennent les individus qui les intègrent, et doivent être respectées et protégées en fonction de leurs différences par des droits spécifiques. Cela signifie, par ailleurs, que la Constitution de 1988 et la Convention 169 de l'OIT ont abandonné l'évolutionnisme social comme référence théorique.

Les lois pour la garantie de ces droits ne peuvent être élaborées que par l'Union Fédérale; il est donc défendu aux Etats et aux Municipalités de légiférer sur ce sujet. A présent il faudrait, de la même façon, que ceux qui appliquent la loi, ainsi que les juristes de manière générale, reformulent leurs conceptions théoriques dans la thématique des droits indigènes. En effet, l'application de cette loi ne sera possible que lorsqu'on aura abandonné l'emploi de critères subjectifs pour déterminer les degrés d'intégration ou d'incorporation. Ces approches ne correspondent, dans le fond, à rien d'autre qu'à des critères basés sur des théories dépassées, dépourvues de valeur scientifique, logique ou juridique. Il n'existe pas de « mi-indien », presque « civilisé », presque « intégré », ou « déjà intégré ». Il existe des indigènes et des non-indigènes. Les indigènes le sont indépendamment de ce qui est appelé degré d'acculturation.

L'analyse de la notion d'ethnocentrisme peut être un élément de plus pour appréhender de manière plus précise ces problématiques posées en termes d'acculturation et de définition de qui est « indien » et de qui ne l'est pas. Là encore, il est judicieux de s'appuyer sur les apports de l'anthropologie sociale. Selon Shirley<sup>3</sup>, l'ethnocentrisme « est tout simplement la forte croyance dans la vérité de sa propre culture », en d'autres termes, il n'est rien d'autre que le sentiment de supériorité d'un groupe social à l'égard des autres, conduisant à la croyance d'un évolutionnisme social. Les groupes sociaux ont tendance à transmettre à leurs

---

<sup>1</sup> João Mitia Antunha Barbosa, Carla Antunha, Marco Antonio Barbosa. "Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira". *Revista do IASP- Instituto dos Advogados de São Paulo*. Nova Série, Ano 10, nº 20. Julho/Dezembro 2007, p. 52

<sup>2</sup> Cette convention a été ratifiée par le Brésil en juin 2002.

<sup>3</sup> Robert Shirley, *Idem*, p.5

membres le sentiment de leur supériorité comme civilisation. Leur façon d'être, leurs valeurs, leur esthétique, leur éthique, seront souvent exprimées comme étant meilleures, et par conséquent, prises comme références pour exprimer des mœurs plus correctes et plus évoluées que celles des voisins.

Selon Lévi-Strauss, ces définitions peuvent paraître sommaires quand on pense aux immenses conquêtes du darwinisme. Il nous avertit, cependant, que le darwinisme, dans la présente discussion, n'est pas mis en cause, puisque l'évolutionnisme biologique et le « pseudo » évolutionnisme social sont des doctrines absolument distinctes. La première naît comme une grande hypothèse de travail, fondée sur des observations, où la partie interprétative est très restreinte. Cependant, quand on passe des faits biologiques aux faits culturels, l'objectivité de l'analyse se complique singulièrement. Dire par exemple, qu'un outil a évolué à partir d'un autre, constitue une formulation approximative, dépourvue de rigueur scientifique. C'est d'autant plus grave lorsqu'il s'agit d'institutions, de croyances, de goûts, dont le passé nous est généralement inconnu<sup>1</sup>.

La notion d'évolution biologique correspond à une hypothèse dotée de l'un des plus hauts coefficients de probabilité qui puissent être rencontrés dans le champ des sciences naturelles; tandis que la notion d'évolution sociale ou culturelle, dans le meilleur des cas, n'est rien d'autre qu'un processus séducteur, mais dangereusement commode, de présentation des faits. Antérieur à l'évolutionnisme biologique (théorie scientifique), l'évolutionnisme social n'est, très fréquemment, qu'un maquillage supposé scientifique, d'un ancien problème philosophique, sur lequel il n'existe aucune certitude que l'observation et l'induction puissent un jour fournir les clefs.<sup>2</sup>

L'abandon de l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, de la certitude de la vérité de sa propre culture, doit faire place à l'acceptation de cultures diverses, d'autres modes de vie et d'autres croyances. Cela est une maxime pour les fondateurs de l'anthropologie moderne. Cependant, une grande partie des acteurs du droit et aussi une grande partie de la population brésilienne continuent encore à diffuser un discours qui laisse penser que l'évolutionnisme social s'intègre à la théorie de l'évolution biologique.

Suite à l'analyse de ces dispositions et problématiques préliminaires, il est indispensable de se pencher avec plus de profondeur sur l'analyse du Chapitre VIII de la Constitution Fédérale de 1988.

---

<sup>1</sup> Claude Lévi-Strauss. *Le regard éloigné*. Paris, Plon, 1983, p. 151

<sup>2</sup> Idem, p. 25



**Section 2. Chapitre VIII - Titre VIII de la C.F. de 1988 : « Des Indiens ».**

Comme nous l'avons déjà énoncé, la Constitution de 1988 comporte un chapitre exclusivement dédié à la thématique des droits indigènes. Ce chapitre contient deux articles, le 231, qui comporte sept paragraphes, et le 232.

L'article 231 a ainsi été rédigé:

Sont reconnus aux indiens leurs organisation sociale, coutumes, langues, croyances et traditions, et les droits originaires sur les terres qu'ils occupent traditionnellement, l'Union étant tenue de procéder à la démarcation de ces terres ainsi que de protéger et de faire respecter tous leurs biens.

La reconnaissance de ces droits, à l'exception de ceux qui portent sur la terre, est une innovation de cette Constitution. Bien que protégés par la loi n° 6.001 du 19 décembre 1973, « Statut de l'Indien », ces droits n'étaient pas prévus dans l'ancienne Constitution. Ainsi, le législateur constituant a décidé, expressément, de reconnaître dorénavant aux peuples indigènes : a) l'organisation sociale; b) les coutumes; c) les langues; d) les croyances; e) les traditions.

Il s'agit d'une mesure positive, qui met un terme à la grande controverse de l'intégration ou de l'incorporation des populations indigènes dans la communauté nationale. La Constitution précédente, la loi 6.001 du 19 décembre 1973, ainsi que la Convention 107 de l'OIT – sur les populations indigènes et tribales, promulguée par le Décret n° 58.824, du 14 juillet 1966 – étaient empreintes de l'idée que les populations indigènes étaient des populations en « extinction ». Les dispositions prises à l'égard de ces populations leur accordaient une protection légale pendant un certain temps. Après cela, on considérait qu'elles seraient définitivement intégrées dans la société nationale brésilienne sans aucune sorte de distinction par rapport au reste de la population nationale.

Il est important de souligner que le mérite de l'innovation constitutionnelle n'est pas simplement celui de pacifier une fois pour toute la discussion. La question est extrêmement importante sous divers aspects, puisque la façon dont elle était antérieurement traitée ne correspondait pas avec la réalité des faits; il s'agissait d'une agression juridique de l'État brésilien vis-à-vis des droits des peuples indigènes.

Après l'affirmation de reconnaissance de l'organisation sociale, des coutumes, des langues, des croyances et des traditions, l'article 231 ajoute encore :

(...) les droits originaires sur les terres qu'ils occupent traditionnellement [sont reconnus], l'Union étant tenue de procéder à la démarcation de ces terres ainsi que de protéger et de faire respecter tous leurs biens.

Cela a une grande importance juridique puisque la Constitution de 1988 admet que ce n'est pas elle qui attribue ce droit, mais qu'elle a en effet tout simplement exprimé la reconnaissance d'un droit préexistant à la formation même de l'Etat brésilien, puisqu'il s'agit d'un droit originaire. Sur ce point également, il nous semble que le législateur constituant a agi de façon adéquate, et ce pour plusieurs raisons. Il démontre, premièrement, une cohérence avec la tradition du droit indigéniste luso-brésilien, qui a élu « l'indigenato » (depuis l'époque coloniale) comme l'instrument juridique de reconnaissance du droit congénital des indigènes sur les terres qu'ils occupent, ainsi que sur les biens qui sont sur ces terres, indépendamment d'un titre d'acquisition et de légitimation. Cet institut s'applique au-dehors du système de possession et de propriété en vigueur dans la législation civile. Deuxièmement, que ce droit existe depuis les lois portugaises dans colonie du Brésil, ainsi que dans la Constitution précédente, mais dans cette dernière, datée de 1967, la reconnaissance du droit originaire sur les terres occupées n'était pas explicite. Enfin, cette nouvelle formulation renforce la nécessité de son application en conformité avec l'objectif constitutionnel de protéger et de garantir les territoires des peuples autochtones avec toute l'ampleur qu'exigent les termes.

Il est donc clair que l'article 20, alinéa XI, qui attribue à l'Union la propriété des terres indigènes, est soumis aux conditions imposées par l'article 231. Lorsque la Constitution parle de propriété de l'Union sur des terres précises, dont le droit originaire appartient aux peuples indigènes, il faut y comprendre tout simplement qu'il s'agit d'une pratique qui vise une plus grande protection des terres en question. Dans ces termes, l'attribution de la propriété des terres indigènes à l'Union et le fait d'avoir, simultanément, reconnu « l'indigenato » (droit originaire), équivaut à une forme de « protectorat » sur les terres indigènes. Par l'ensemble des mesures instituées, l'Etat brésilien n'a en effet, aucune disponibilité sur ces terres. Il ne peut modifier leur destination sous aucun prétexte. De plus, les droits des peuples indigènes sur ces terres sont imprescriptibles.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ces conclusions peuvent sans doute rencontrer des critiques si on les analyse sous un prisme macrosociologique. Cependant, dans le cas présent, elles sont le reflet d'une analyse froide de ce qui est dit dans le texte de la Constitution. Ce n'est pas une façon de légitimer une stratégie de l'Etat, mais de lui imposer ses propres paroles. En effet, cela correspond à une stratégie qui doit être et qui est utilisée par les avocats des peuples concernés par cette loi.

L'attribution de la propriété à l'Union, dans les limites décrites, ainsi que la reconnaissance du droit originaire de façon explicite, furent des mesures également sages. En l'occurrence, le désir de ceux qui voulaient assister au démembrement futur des territoires communaux indigènes dans des unités fragmentées individuellement ou par famille a été expurgé. Il est possible de déterminer de nombreuses tentatives historiques de faire perdre le caractère collectif des terres indigènes, ou bien de détruire l'identité de ces sociétés en tant que peuples, à travers la fragmentation de ces territoires. Il suffisait de les transformer en lots individuels et démembrés. L'intention était de leur faire perdre, tôt ou tard, la propriété sur ces lots, pour ensuite pouvoir nier leur catégorisation en tant que peuple, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique.<sup>1</sup>

A partir du moment où les limites de la propriété de l'Union sont définies et qu'est écartée la prémisse qui prétend que les populations indigènes sont vouées à l'extinction, toute autre approche du thème de la « propriété » de l'Union et de la « possession » indigène qui, d'une façon ou d'une autre, essaie d'associer ces mêmes expressions au sens emprunté par le droit commun, semblera suspecte.

Il est nécessaire que dorénavant le raisonnement juridique se plie aux exigences constitutionnelles claires et explicites suivantes: a) l'État brésilien reconnaît l'existence de peuples indigènes sur son territoire; b) il reconnaît leurs droits territoriaux originaires et collectifs, et; c) il doit exercer la protection de tous les droits indigènes.

En ce qui concerne la démarcation, il est important de souligner qu'elle n'est pas une condition du droit à la terre. La démarcation a pour objectif d'assurer les territoires. En d'autres termes, le fait que certaines terres indigènes ne soient pas régulièrement démarquées n'implique pas l'inexistence de toute protection constitutionnelle. La démarcation imposée par le législateur à l'Union est une démarche d'ordre pratique en vue d'une plus grande

---

<sup>1</sup> Cette stratégie a par exemple été subie par les Potiguara de l'État de la Paraíba. La municipalité de Rio Tinto s'est formée sur la création de lots dans les terres Potiguara, suite à la promulgation de la loi des Terres de 1850. Présenté comme une action en faveur des Potiguara, une partie de leur territoire a été transformée en lots et ceux-ci partagés entre les familles indigènes. Aujourd'hui il s'agit d'une municipalité brésilienne habitée par des non-indiens ou bien par des descendants des Potiguara, qui furent « favorisés » par les lots, et qui pour des raisons évidentes, ont dû adopter une forme de vie urbaine et un style de vie à la « brésilienne ». A travers ce processus, les Potiguara ont perdu une partie de leur territoire. Sous la même source d'inspiration et de façon absolument illégale, s'est installée depuis la deuxième moitié du XXe siècle, la municipalité de Baía da Traição, dans la partie contiguë du territoire Potiguara, qui ne fut pas transformé en lots pendant la période de l'Empire, ni même démarquée en tant que territoire indigène continu. Dans ce cas, la négligence de l'Etat lors de la démarcation du territoire indigène en tant que tel, et sa complaisance lors de l'installation illégale de la municipalité qui s'y trouve superposée, a permis cette aberration juridique qui est l'existence d'une municipalité sur un territoire indigène. Il existe encore de nombreux autres exemples de situations semblables.

sécurité et définition de protection des territoires indigènes. C'est une mesure qui sert aussi à stabiliser le statut juridique des peuples concernés, en évitant des conflits sociaux ou bien fonciers. En effet, le droit de propriété de l'Union sur les terres indigènes et le droit de territorialité originaire des peuples indigènes sont des droits autonomes, étant donné que ce dernier ne dépend pas de la démarcation.

Sur cet aspect, d'ailleurs, aucune innovation n'a eu lieu par rapport à l'ordre légal brésilien précédent. La Constitution de 1967 prévoyait déjà la garantie des territoires indigènes sans imposer la démarcation comme condition. La loi 6.001, du 19 décembre 1973, dans son article 25, dispose:

La reconnaissance du droit des indiens et des groupes tribaux à la possession permanente des terres qu'ils occupent, selon les termes de l'article 198 de la Constitution Fédérale, est indépendante de sa démarcation.

Le législateur a imposé à l'Union le devoir de démarcation des terres indigènes comme une mesure d'importance pour la concrétisation effective de l'obligation de garantie des terres. La nouvelle Constitution porte dans son texte la détermination explicite que l'Union est la responsable des mesures de démarcation des terres indigènes. Cela a des implications juridiques importantes puisqu'elle oblige les trois pouvoirs de la République (législatif, exécutif et judiciaire) à s'impliquer dans la concrétisation de cette démarche, et pas seulement le pouvoir exécutif, comme le laissait comprendre la loi 6.001 de 1973.

• **§ 1. Les terres traditionnellement occupées.**

L'article 231 de la Constitution Fédérale de 1988 affirme que les droits originaires des « indiens » sur les terres traditionnellement occupées sont reconnus. Le paragraphe premier explicite et définit ce que le législateur entend par terres traditionnellement occupées, de la façon suivante:

§1° Les terres traditionnellement occupées par les indiens sont celles qu'ils habitent de manière permanente, celles qu'ils utilisent pour leurs activités productives, celles qui sont indispensables à la préservation des ressources du milieu naturel nécessaires à leur bien-être et celles qui sont nécessaires à leur reproduction physique et culturelle, selon leurs propres usages, coutumes et traditions.

La Constitution précédente, dans son article 198, utilisait juste l'expression: « les terres habitées par les sylvicoles (...) ». Les termes « habitation » et « sylvicoles » ont fait l'objet de

discussions et de polémique pendant les travaux de l'Assemblée Nationale Constituante. Fidèle à la tradition d'essayer de porter préjudice et de restreindre les droits des peuples indigènes, une bonne partie de l'Assemblée a voulu diminuer leurs espaces territoriaux en disant que seuls les espaces qui entourent les maisons matérialisaient leurs « habitat ». Le refus le plus véhément dans le plan judiciaire contre ce type de tentative fut celui du Ministre Victor Nunes Leal (Acórdão 9.620/69, Pleno - Em 769/1: MS e 16.443/67, Pleno, RTJ 49/241 e RE 44.585) qui, dans une décision historique, a considéré que le territoire indigène ne doit pas être compris uniquement par les espaces d'occupations permanentes, matérialisés par le « village ».

En ce qui concerne le terme « sylvicole », il ne manqua pas non plus de tentatives de lui donner un sens restrictif, en disant qu'il ne pouvait servir que pour désigner les « indiens » qui vivaient dans les forêts, en état d'isolement ou semi isolement, par rapport à la société brésilienne.

La Constitution de 1988 cesse d'utiliser ces deux expressions, en les substituant par « terres occupées », à la place de « terres habitées », et « indiens », à la place de « sylvicoles ». Par contre, pendant les affrontements qui ont marqué les travaux de l'Assemblée Nationale Constituante, les forces contraires à la protection des droits indigènes se sont durement opposées à la proposition originale des secteurs progressistes de la société brésilienne et du parlement, qui défendaient l'utilisation de l'expression « terres indigènes », tout simplement. Après les discussions et les modifications qui ont suivi le processus de création de cet article de la Constitution, le texte qui a fini par prévaloir utilise les termes: « terres traditionnellement occupées », suite aux exigences des secteurs conservateurs et contraires aux peuples indigènes.

Sur ce point la législation a marqué un recul par rapport à la Constitution précédente. Les nombreux adversaires des indigènes ont tenté de manipuler les expressions « traditionnellement occupées » pour faire obstacle à la garantie de certains territoires, alléguant souvent que les occupations indigènes étaient récentes, ou encore, que les individus avaient été apportés aux espaces occupés par des tiers<sup>1</sup>. Ce type d'argumentation engendre des discussions assez virulentes, puisque les uns argumentent que l'expression « traditionnellement occupées » renvoi à un type d'occupation qui se réfère au temps, tandis

---

<sup>1</sup> Carla Antunha. *Trazidos... por Tupã*. Maîtrise présenté à la FFLCH-Faculté de Philosophie, Lettres et Sciences Sociales de l'Université de São Paulo – Department de Géographie Humaine, 1995.

que les autres, entendent cette même expression comme les expressions des relations des peuples indigènes avec les espaces qu'ils occupent. Les peuples indigènes eux-mêmes renvoient souvent la question en se demandant : qu'est ce qui n'est pas une terre traditionnellement occupée par des indigènes sur le continent américain?

• **§ 2. La destination des terres indigènes**

Le § 2° de l'article 231 est ainsi rédigé:

Les terres traditionnellement occupées par les indiens sont destinées à leur possession permanente, l'usufruit des richesses du sol, des cours d'eau et des lacs leur revenant en exclusivité.

Dans ce paragraphe la Constitution dispose que les terres traditionnellement occupées par les « indiens » doivent servir à leur possession permanente. Sur ce point l'actuelle Constitution n'a pas innové par rapport à la précédente. Cependant, la deuxième partie du paragraphe, qui dit: « (...) l'usufruit des richesses du sol, des cours d'eau et des lacs leur revenant en exclusivité », est plus restrictive que la disposition de la Constitution précédente, qui disait : « (...) appartenant à eux la possession permanente et étant reconnu leur droit à l'usufruit exclusif des richesses naturelles et de toutes les utilités existantes ».

Bien évidemment, c'est à partir de ce point que nous pouvons observer un net recul constitutionnel en ce qui concerne l'ampleur du droit indigène à la terre, ou bien « un accroît de la domination étatique relativement aux territoires indigènes »<sup>1</sup>. La Constitution précédente prévoyait un droit « d'usufruit exclusif des richesses naturelles et de toutes les utilités existantes ». Selon Pontes de Miranda<sup>2</sup> (grand juriste brésilien), ce droit d'usufruit était complet, il comprenait « l'usus » et le « fructus », tant pour les minéraux que pour les végétaux ou les animaux.

• **§ 3. Les minéraux et les ressources hydriques**

Le § 3° de l'article 231 dispose ainsi:

---

<sup>1</sup> Marco Antonio Barbosa. *Direitos Antropológicos e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Fapesp/Plêaide, 2001, p. 96

<sup>2</sup> Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972

L'utilisation des ressources hydriques, y compris des potentiels énergétiques, la prospection et l'exploitation des richesses minières dans les terres indigènes ne peuvent être réalisées qu'avec l'autorisation du Congrès National, les communautés affectées étant consultées et leur participation aux résultats de cette exploitation étant assurée selon les termes établis par la loi.

Dans ce paragraphe une innovation est apportée par l'actuelle Constitution. La précédente n'incluait pas cette matière. Selon Pontes de Miranda<sup>1</sup>, dans le système de la Constitution précédente, toutes les richesses naturelles, y inclus les ressources hydriques et les richesses du sous-sol, étaient destinées à l'usufruit exclusif des communautés indigènes. Cette interprétation était partagée par d'autres juristes qui comprenaient encore que cela impliquait « l'exclusion du titulaire de la propriété, c'est-à-dire, l'Union Fédérale ».<sup>2</sup>

L'actuel traitement constitutionnel des droits indigènes est en retrait par rapport à l'ordre constitutionnel précédent. L'extraction de minerais et l'exploitation des ressources hydriques, soit par l'Etat, soit par des non indigènes, dans les terres indigènes étaient considérées inconstitutionnelles. Pourtant, l'article 45 de la loi 6.001, 1973 (« Estatuto do Índio »), prévoyait (inconstitutionnellement) cette possibilité, sous le contrôle exclusif du pouvoir exécutif. L'actuelle Constitution admet de telles exploitations, et dorénavant elles dépendent de l'approbation du Congrès National, qui doit écouter les communautés affectées et leur garantir une participation aux résultats conformément à la loi.

La Déclaration des Droits des Peuples Indigènes de l'ONU<sup>3</sup>, dans son article 30, a fait une approche beaucoup plus protectrice et respectueuse que la Constitution brésilienne, selon les termes suivants:

Les peuples autochtones ont le droit de définir des priorités et d'élaborer des stratégies pour l'emploi rentable et l'utilisation de leurs terres, territoires et autres ressources. Ils doivent notamment avoir le droit d'exiger que les Etats obtiennent leur consentement, exprimé librement et avec une connaissance complète de la question, avant d'approuver n'importe quel projet concernant leurs terres, territoires et autres ressources relatives, et en particulier sur l'utilisation économique, l'utilisation ou bien l'exploitation des ressources hydrauliques ou n'importe quelles autres ressources. Selon les peuples autochtones concernés, des

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> José Afonso da Silva. "Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal". In *Boletim da Comissão Pró-Índio de São Paulo*. São Paulo, ano I, n°3, 1984, p.11

<sup>3</sup> Son approbation a eu lieu le 13 septembre 2007. Voir João Mítia Antunha Barbosa, Pablo Antunha Barbosa et Marco Antonio Barbosa. "A luta contemporânea do movimento internacional indígena por direitos: a declaração das Nações Unidas de 13 de setembro de 2007". In *RS ÍNDIO – cartografias sobre a produção do conhecimento*. (org.) Gilberto Ferreira da Silva; Rejane Penna e Luiz Carlos Da Cunha Carneiro. Porto Alegre: PUCRS, 2009, p. 241.

indemnisations justes et équitables doivent être accordées pour compenser des dégâts causés par de telles activités, ainsi que des mesures sur le plan écologique, économique, social, culturel et spirituel.

• **§ 4. Inaliénabilité, indisponibilité, imprescriptibilité.**

Le § 4° de l'article 231 dispose:

Les terres mentionnées dans cet article sont inaliénables et indisponibles, et les droits sur elles sont imprescriptibles.

La Constitution précédente utilisait le seul terme « inaliénable ». Sur ce point le législateur constitutif de 1988 a bien agi en exprimant aussi les attributs de l'indisponibilité et de l'imprescriptibilité. Cela renforce la garantie de ces espaces territoriaux indigènes. De cette façon, ils sont mieux protégés en tant que biens hors du commerce. Les terres sont pourtant insusceptibles de devenir l'objet de transactions qui défigureraient leur destination unique et spécifique, qui est l'occupation indigène exclusive, perpétuelle et collective.

• **§ 5. Déplacement des groupes indigènes de leurs terres.**

Le § 5° de l'article 231 dispose:

Le déplacement de groupes indigènes de leurs terres est prohibé, excepté, *ad referendum* du Congrès National, en cas de catastrophes ou d'épidémies qui mettent en danger leur population, ou dans l'intérêt de la souveraineté du pays, après délibération du Congrès National, leur retour immédiat étant garanti, en toute hypothèse, une fois le risque écarté.

Ceci est encore une innovation de la Constitution de 1988 et selon nous, il s'agit encore d'un recul par comparaison avec l'ancienne charte. La règle constitutionnelle affirme que le déplacement est prohibé, cependant elle contient des exceptions: dans le cas de catastrophe ou épidémie qui mette en danger la population ou dans le cas de l'intérêt de la souveraineté nationale. Cette dernière hypothèse est la plus dangereuse pour les peuples indigènes. L'expression « souveraineté nationale » contient une ampleur et une élasticité certainement comparables à la célèbre expression « sécurité nationale » largement utilisée pendant le régime militaire pour pratiquer toute sorte de violation des droits. Ces terminologies peuvent avoir des utilisations analogues et permettre des conduites arbitraires de la part de l'Etat, telles que celles dénoncées par Shelton Davis dans son livre *Vítimas do Milagre*, qui réfléchit aux



effets négatifs des projets développementistes du régime militaire entre les peuples indigènes d'Amazonie.<sup>1</sup>

• **§ 6. Nullité et extinction des actes juridiques qui ont un effet sur les terres indigènes**

Le § 6° de l'article 231 est ainsi rédigé:

Les actes qui auraient pour objet l'occupation, la propriété et la possession des terres auxquelles a trait cet article, ou l'exploitation des richesses naturelles du sol, des cours d'eau et des lacs qui s'y trouvent, sont nuls et non avenue, ne produisant aucun effet légal, exception faite de ce qui concerne l'intérêt public de l'Union, selon ce que disposera une loi complémentaire, l'annulation et l'extinction de ces actes n'engendrant aucun droit à indemnisation ou à recours contre l'Union, excepté, selon les termes de la loi, les investissements découlant d'une occupation de bonne foi.

Sur ce point, en termes généraux, il n'existe pas d'innovation par rapport à l'ordre constitutionnel précédent, qui disposait sur cette matière de façon plus simple, directe et sans les exceptions maintenant prévues.<sup>2</sup> Cependant, la Constitution de 1988 a restreint l'ampleur de la nullité et de l'extinction, en la portant uniquement sur les actes qui affectent les sols, les cours d'eau et les lacs, étant donné que le paragraphe précédent admet l'exploitation hydraulique et minérale dans les terres indigènes. Outre cela, la Constitution admet la non nullité et la non extinction des actes juridiques qui affectent les sols, les rivières et les lacs, à condition qu'ils revêtent une importance pour les intérêts de l'Union, selon ce que doit disposer loi ultérieure complémentaire sur la matière. Finalement, elle admet maintenant des indemnités et des actions judiciaires contre l'Union, selon ce qui doit être prévu dans une loi complémentaire, lorsqu'il s'agit « d'améliorations » (« benfeitorias ») survenant d'occupation de bonne foi (« boa-fé »). Ici aussi, bien évidemment, nous avons un recul en ce qui concerne la garantie des territoires indigènes, et d'ailleurs avec des conséquences juridiques considérables. L'augmentation de l'intervention de l'Etat dans les territoires indigènes est évidente. Il est aussi évident qu'il s'agit d'une réduction de l'autonomie et du pouvoir de ces

---

<sup>1</sup> Shelton H. Davis. *Vitimas do Milagre*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977

<sup>2</sup> Les paragraphes de l'article 198 de la précédente Constitution étaient ainsi rédigés: « §1° Sont déclarés la nullité et l'extinction des effets juridiques de toute sorte, qui aient pour objet le domaine, la possession ou l'occupation de terres habitées par les sylvoles ». « §2° La nullité et l'extinction dont parle le paragraphe précédent n'ouvrent pas la possibilité d'agir en justice ou de plaider des indemnisations en face de l'Union et de la Fondation Nationale de l'Indien ».

peuples sur leurs territoires, face à l'Etat qui obtiendra plus de pouvoir sur les ressources hydrauliques et minérales, et qui pourra encore décider, en utilisant des lois complémentaires, les actes qui sont passibles de nullité et d'extinction, même lorsqu'ils affectent les sols, les lacs et les rivières, en considérant qu'il y existe un grand intérêt public. Pire encore, la possibilité est ouverte pour des litiges, à ceux qui veulent démontrer que leur occupation des terres indigènes est de bonne foi!

Quelques auteurs prévoyaient, lors de sa promulgation, que la nouvelle Constitution porterait des innovations qui ne seraient pas obligatoirement bénéfiques pour les régularisations des terres indigènes. La lenteur du processus de démarcation des terres, entre temps, confirme désormais ces prévisions. La rédaction du § 6° de l'article 231 ne prétendait pas établir une plus grande garantie envers les intérêts légitimes des peuples indigènes, mais justement le contraire.

Ensuite, le § 7° dispose que les règles de l'article 174, §§ 3° et 4°<sup>1</sup> ne s'appliquent pas aux terres indigènes. La meilleure interprétation de cet article va dans le sens où il viserait à protéger les communautés indigènes de l'invasion des orpailleurs (« garimpeiros »). Cependant, Caetano Lagastra Neto<sup>2</sup> affirme que « l'article 231, § 7° exclut expressément la possibilité d'organisation des « indiens » en coopératives ou en associations, en justifiant cette prohibition par le fait que l'organisation de l'activité d'orpaillage se fait en coopératives (art. 174, paragraphes 2° et 3°) ». En effet, la formule du §7° peut induire à une telle compréhension. Cependant, l'interprétation selon laquelle le législateur a voulu interdire les actions des coopératives et des associations d'orpaillage non indigènes, dans les territoires en question, nous semble plus probable.

• **§ 7. La « Capacité pour agir en justice<sup>3</sup> » de la part des indigènes, des communautés et des organisations indigènes.**

L'article 232 dispose:

---

<sup>1</sup> Au terme de l'article 174, l'État est l'agent normatif et régulateur de l'activité économique et il doit la contrôler, encourager et planifier à partir des lois, et encore dans les § 3° et 4° il aborde l'activité « d'orpaillage » (« garimpo ») et les coopératives « d'orpaillage » (« garimpo »).

<sup>2</sup> Caetano Lagastra Neto. «Breves anotações à Constituição sobre o direito indígena». *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n° 648, 1989, p. 50

<sup>3</sup> Il s'agit de la capacité processuelle, c'est-à-dire, le pouvoir d'engager une action en justice (« ester en justice »).

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Les Indiens, leurs communautés et leurs organisations sont parties légitimes pour exercer une action en justice pour la défense de leurs droits et intérêts, le Ministère Public étant tenu d'intervenir dans tous les actes du procès.

Cette disposition était prévue dans la loi 6.001, du 19 décembre 1973, en vigueur au temps de la précédente constitution et prévoyait aussi la participation de la FUNAI aux procès. En 1988 elle fut élevée à la catégorie constitutionnelle comme un moyen d'accroître le droit des indigènes et de leurs organisations « d'ester en justice ». Cependant, la FUNAI n'est pas mentionnée dans l'actuel texte constitutionnel. Il s'agit donc d'une décision louable de constitutionnaliser la règle antérieure et d'accroître le droit d'action des « indiens » et de leurs organisations.

En 1983 Dalmo de Abreu Dallari affirmait déjà :

Une donnée importante, que les juristes plus attachés au formalisme ne considèrent pas, c'est qu'une communauté indigène est une forme spéciale d'association, qui ne se subordonne pas aux formalités exigées pour d'autres formes d'association. Le 'Estatuto do Índio', à plusieurs reprises, détermine que les us, les coutumes et les traditions des communautés indigènes doivent être respectées. Aucune loi ne dit comment doit fonctionner une communauté indigène, cependant, le droit brésilien reconnaît les communautés comme des entités existantes et leurs assure divers droits. Ceci dit, il serait absurde de prétendre que les communautés indigènes doivent avoir des statuts inscrits dans les archives pour qu'elles puissent avoir leur existence et leur personnalité juridique reconnues. La loi n'exige pas cela.<sup>1</sup>

En dépit de la tradition du système juridique brésilien, plus attaché à la sauvegarde des droits et des intérêts privés, la force des choses, c'est-à-dire, l'existence de communautés indigènes dans l'Etat, imposa historiquement la nécessité de contempler cette réalité de façon différenciée.

João Mendes Junior<sup>2</sup> enseigne qu'il y a toujours eu, de la part des pouvoirs portugais et brésiliens, la reconnaissance du droit communautaire des « indiens », notamment sur leurs terres. Expressément et explicitement, au moins depuis 1973, avec la loi 6.001 (« Statut de l'Indien »), les communautés indigènes sont considérées comme des sujets collectifs de droit, étant reconnues leur existence de droit et leur capacité processuelle active, indépendamment de toute formalité, que ce soit l'obligation de se constituer en association, ou bien d'inscription dans les archives, pour pouvoir agir en justice.

---

<sup>1</sup> Dalmo de Abreu Dallari. "Índios, cidadania e direitos". *O índio e a Cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 12.

<sup>2</sup> João Mendes Junior. *Idem*, p.26

Cette digression est importante pour démentir l'idée que c'est la Constitution de 1988 qui a attribué pour la première fois la « capacité processuelle » aux communautés indigènes. Ce fait est d'autant plus remarquable s'il est appréhendé en tant qu'objet d'étude des mécanismes collectifs de garanties de droits, dans l'ordre juridique brésilien (voir luso-brésilien), puisqu'il s'agit d'une forme d'archéologie de ces mécanismes de défense, très utiles dans le domaine du droit pour qui s'en sert de manière rigoureuse.

La dernière partie de l'article 232 affirme que le Ministère Public interviendra dans tous les actes du procès. Avant la Constitution de 1988, comme le prévoit l'article 37 de la Loi 6.001 de 1973, l'intervention devait être soit celle du Ministère Public soit celle de la FUNAI. Cependant, la FUNAI (et l'antécédent Serviço de Proteção ao Índio – SPI) a perdu sa crédibilité au fur et à mesure que d'innombrables fautes commises dans la politique indigéniste nationale lui ont été attribuées. Pendant les travaux de l'Assemblée Nationale Constituante les secteurs liés aux droits des populations indigènes ont préféré concentrer leurs espoirs sur le Ministère Public, ce qui finit par écarter la FUNAI du texte de l'article 232.

Plusieurs auteurs ont soutenu la thèse qu'à cause de l'article 232, la FUNAI n'exercerait plus la « tutelle indigène ». Cela ne peut être vrai car il s'agit de disposition du Code Civil. La discussion du sujet, cependant, demeure encore vivante et les projets de loi sur la modification de la Loi 6.001 de 1973 sont en cours au Congrès National depuis 1991.

La question qui touche à la capacité civile de l'indigène est très polémique. Certains militent pour l'extinction de la tutelle tandis que d'autres veulent qu'elle persiste. Selon certains, la tutelle indigène peut être une solution juridique relativement efficace, dans certains cas, pour la garantie des intérêts des peuples indigènes du Brésil. Il est néanmoins évident qu'il n'existe aucune infériorité des sujets indigènes en comparaison à n'importe quel autre groupe humain, excepté celle du pouvoir économique. Suivant cette position le fait est que ces sociétés appartiennent souvent à des cultures si distantes de la culture brésilienne que, sans un traitement spécial et une protection spécifique, elles risqueraient très souvent de subir des atteintes à l'égard de leurs organisations sociales, intérêts et droits. Selon cette position encore, la tutelle devrait être maintenue jusqu'à ce qu'une autre formule efficace de protection soit trouvée.

Comparée à la Constitution précédente, la Constitution de 1988 a augmenté les normes relatives aux droits des peuples indigènes. Cependant, malgré des avancées, l'autonomie des peuples indigènes sur leurs territoires a rétréci, notamment en ce qui concerne l'exploitation du sous-sol et des ressources hydriques. Il est nécessaire de noter que le contrôle de ce genre

d'exploitation appartient, dès à présent, au Congrès National selon le § 3° de l'article 231 du texte constitutionnel. Il est notoire que le Congrès est censé représenter la société brésilienne. Or, les intérêts des peuples indigènes ne peuvent pas être considérés représentés par le Parlement, dans la mesure où ces peuples n'ont pas participé intégralement à la constitution de ces mécanismes de représentation de l'État. La possibilité ouverte à l'Etat d'intervenir sur les terres indigènes, soit pour des questions de « souveraineté nationale », soit pour préserver un « intérêt public éminent », démontre l'avancée institutionnelle, ou encore, constitutionnelle, de l'Union sur ces terres.

Tout cela corrobore la prévision faite par l'anthropologue américain Shelton Davis<sup>1</sup> dans les années 1970, selon laquelle la nouvelle phase de dépouillement des peuples indigènes serait due à leurs ressources minières et hydriques. La construction de l'usine de Belo Monte au Brésil, dans le Pará, ou l'exploration des mines de Juliaca (Lac Titicaca) au Pérou, sont des démonstrations récentes de l'exactitude de ces prévisions.

Nous pouvons donc conclure, par l'analyse du texte constitutionnel sur les droits indigènes, que le Brésil, représentée par ses parlementaires, n'a pas encore été capable d'admettre un réel espace de communication politique avec les peuples indigènes. En effet, il ne suffit pas que la Constitution déclare qu'elle garantit les terres, les coutumes, les traditions et les cultures si elle ne reconnaît pas les sociétés indigènes comme des entités politiquement organisées. Il s'agit ici de montrer la nécessité de créer des sphères de discussion amples et effectives, surtout après 2007 et de l'adoption par l'ONU de la Déclaration des droits des peuples autochtones, reconnaissant leur droit à l'autodétermination.

Une conduite d'un Etat qui se veut démocratique, ne sera possible que lorsque le Brésil reconnaîtra que les sociétés indigènes sont des peuples et des nations qui vivent à l'intérieur de cet Etat, et qui comme tels, doivent être traités en conformité avec les droits qui en découlent, surtout celui à l'autodétermination, selon ce qui est prévu dans le droit international. Sur la scène internationale, un des aspects primordiaux de la « lutte » des peuples indigènes est la revendication de la reconnaissance du statut politique de leurs entités autochtones.

---

<sup>1</sup>Shelton H. Davis. Idem

Passons à présent à l'analyse de quelques autres modèles coloniaux, ainsi qu'à l'évolution historique des droits des peuples et des rapports entre ces peuples et les sociétés dominantes en Amérique.



### **TITRE III. Les peuples autochtones dans le droit hispano-américain et nord-américain**

L'expansion des puissances européennes outre-mer apparaît comme la suite logique des transformations fondamentales en Europe, liées à l'émergence du capitalisme et de la centralisation étatique. Les premières victimes de cet élan expansionniste sont les Européens eux-mêmes, si l'on songe à l'Irlande, à l'Ecosse, à la Bohême, à la Catalogne et bien d'autres pays encore intégrés dans des ensembles étatiques plus vastes. L'année 1492, celle de la « découverte » de l'Amérique, est aussi celle de l'expulsion des Juifs et des Maures de la péninsule ibérique à l'initiative de la Couronne de Castille. Les grands voyages de la Renaissance ont ceci de caractéristique qu'ils peuvent s'appuyer sur une structure de domination coloniale déjà mise en place<sup>1</sup>.

D'une manière générale, l'expansion se dirige d'abord vers les Caraïbes, l'Amérique Centrale et certaines zones andines (Empire Inca), puis vers l'Afrique occidentale, l'Amérique du Nord et les autres contrées d'Amérique du Sud, enfin vers le reste de l'Afrique, l'Asie et l'Océanie. Le principal mobile de l'élan expansionniste européen est la fièvre de l'or et d'autres métaux. Au début du XVIème siècle, les marchands-entrepreneurs atteignent les Caraïbes et commencent à faire des relevés topographiques des côtes américaines. Les royautes et l'autorité papale (bulle *Inter Caetera*, 1493) justifient la colonisation de ces contrées selon une répartition plus ou moins arbitraire – et controversée – entre l'Espagne et le Portugal, stipulée dans le Traité de Tordesillas (1494). En 1513, Vasco Nuñez de Balboa traverse l'isthme du Panama et cartographie la côte Pacifique de l'Amérique. Juan Ponce de Léon revendique la Floride pour la Couronne espagnole. En 1521, Hernan Cortés proclame l'incorporation du Mexique à l'Espagne (« Nouvelle Espagne »), après des années de massacre des habitants. En parallèle, Fernando Magellan explore la côte Atlantique de l'Amérique du sud. Au début des années 1530, Francisco Pizarro et Diego de Almagro conquièrent l'Empire Inca et tentent l'expansion vers le sud, jusqu'à ce qu'ils rencontrent la résistance des Mapuche, résistance qui va durer près de trois siècles et qui aujourd'hui reprend force. Au cours de la seconde moitié du XVIème siècle, des colons espagnols et portugais pénètrent dans de nombreuses régions de l'Amérique du sud, notamment celle du « Rio de la

---

<sup>1</sup> Eric Wolf. *Antropologia e Poder*. (org. Bela Feldman-Bianco e Gustavo Lins Ribeiro) Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Campinas: Unicamp, 2003, p.60



Plata » et les zones couvertes par les actuels Etats de Colombie et du Brésil. D'autre part, les frontières nord du continent américain, sont aussi définies suite à des compétitions intenses entre les empires coloniaux. La « Guerre de Sept Ans » (1755-63) se livre non seulement en Europe mais aussi sur le continent nord-américain (on s'y réfère en anglais par l'expression « French and Indian Wars »); si le Royaume-Uni remporte la victoire, le grand perdant, à long terme, n'est pas la France mais plutôt l'ensemble des nations amérindiennes.<sup>1</sup>

Une autre frontière de colonisation, qui s'organise selon un modèle spécifique, est celle qui avance dans le Pacifique tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, principalement vers les îles fréquentées par les baleiniers et les marchands occidentaux : Hawaï, la Nouvelle-Zélande, Tahiti etc. Au XX<sup>e</sup> siècle, la colonisation se dirige vers deux types de régions jusque-là relativement peu accessibles: les forêts tropicales et les régions arctiques et subarctiques. Pour ce qui est des premières, l'exemple le mieux connu est celui du Brésil avec ses peuples autochtones « contactés<sup>2</sup> » avec plus ou moins de violence dans les années 1960-1970 dans le sillage de la construction de routes, de la découverte d'importants gisements minéraux et des politiques nationales de défrichement de terres pour la nombreuse paysannerie sans terre<sup>3</sup>. D'autres exemples moins connus concernent les forêts d'Inde, d'Indonésie et de la Malaisie. Depuis que le progrès technologique permet d'exploiter les ressources du sous-sol des contrées arctiques, un assaut parallèle vise des régions comme l'Alaska et la Sibérie, riches en pétrole. S'y ajoute la construction de barrages et l'installation de hydroélectriques, commencées dans le nord canadien au début de ce siècle, mais qui actuellement menacent beaucoup d'autres régions.

Les peuples autochtones et les peuples dits « tribaux », vivant dans des zones marginales et des écosystèmes fragiles, sont à présent confrontés à de nouvelles menaces de la part de la société industrielle. De nouveaux processus destructeurs des terres, de leur économie traditionnelle, de leurs identités et de leur conception de l'univers assombrissent l'avenir de ces peuples, qu'ils soient Inuit, Penan, Yanomami, Touaregs ou San. C'est dans le contexte de la lutte pour la préservation de leur patrimoine, ou de ce qu'il en reste, que surgit

---

<sup>1</sup> Isabelle Schulte-Tenckhoff. *La question des peuples autochtones*. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 22

<sup>2</sup> Lorsque l'on dit « contactés », cela signifie souvent que ce sont des peuples qui n'avaient pas eu de contact avec la population environnante depuis longtemps. Dire qu'une population amérindienne « n'avait jamais eu de contact » relève d'une probabilité infime. Cependant, il est vrai qu'on reste sans nouvelles de certains peuples pendant de longues périodes. Un des derniers dont nous avons eu des nouvelles a eu lieu dans le Haut Rio Negro en 2006 avec un sous-groupe des Cinta-Larga.

<sup>3</sup> Shelton Davis. *Vitimas do Milagre*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977

l'identification entre des peuples si éloignés; ce qui d'ailleurs soulève des questions théoriques et conceptuelles qui devront être abordées tout au long de cette étude. Pour le moment, nous nous en tiendrons à l'exposé de quelques exemples significatifs de la relation établie entre les grands empires coloniaux et les peuples autochtones atteints par ces emprises. Nous avons décidé d'inclure dans cette liste (qui pour des questions évidentes ne pourrait se prétendre exhaustive) deux cas que nous jugeons particulièrement pertinents : 1) le cas de l'Amérique Espagnole, 2) le cas de l'Amérique du Nord.

## Chapitre 1. Le cas de l'Amérique Espagnole

La gestion des populations et territoires conquis par les Espagnols s'appuie sur un certain nombre d'instruments. Les premières colonies sont d'abord conçues comme des prolongements de la métropole, auxquelles elles doivent être assimilées. Mais l'éloignement va vite imposer des formules spécifiques et moins ambitieuses. Les Espagnols organisent les colons en des sortes de clientèles féodales (*encomiendas*) coiffées par une administration calquée sur le modèle métropolitain et exercée par des officiers royaux (vice-rois et capitaines généraux, *alcades*, magistrats des *audiencias*) contrôlés par le Conseil des Indes.<sup>1</sup>

L'incorporation des possessions américaines au royaume de Castille s'accompagna d'une série de questions directement liées au droit naturel et à la théologie. En vertu de quel droit la couronne de Castille pouvait-elle annexer d'autres entités politiques et soumettre à sa propre souveraineté des peuples qui ne l'avaient pas agressée ? Sur quels principes reposait la légitimité du rôle missionnaire que lui faisait jouer la papauté ? A partir de quelles situations pouvait-elle mettre en avant la légitimité d'une guerre juste ? Quel traitement devait-elle réserver aux peuples conquis, dès lors qu'ils ne faisaient pas partie des ennemis traditionnels de la Chrétienté, c'est-à-dire des musulmans ? Autant de questions dont la réponse nécessitait l'intervention des détenteurs du savoir théologique, moral et juridique. La consultation de théologiens et de juristes fut relativement fréquente au début de la colonisation espagnole du « Nouveau Monde », cependant elle n'acquiesça jamais un caractère institutionnel.

---

<sup>1</sup> Norbert Rouland, & Pierré-Caps, S. & J. Poumerède. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. Paris: Puf. 1996, p. 363.

Thomas Gomez nous présente une analyse intéressante du débat sur la personnalité juridique des indigènes et par conséquent de leurs biens, dans *Droit de Conquête et Droits des Indiens*<sup>1</sup>. Il examine la façon dont ces questions furent perçues et envisagées dans le milieu intellectuel le plus prestigieux de l'époque, à savoir la Sorbonne, et par des hommes qui n'ayant aucune attache idéologique ou institutionnelle avec la couronne d'Espagne paraissaient peu suspects de parti pris. Le premier auteur présenté est John Maior (1469-1550) et il s'inscrit dans la ligne théologique des penseurs qui ne reconnaissent pas plus au pape qu'à l'empereur la juridiction temporelle sur le monde. Mais cette position exprimée par rapport à la situation la plus courante de l'époque, c'est-à-dire des chrétiens face à des musulmans, allait évoluer avec l'entrée en scène des peuples amérindiens. Ses commentaires des *Sentences* de Pierre Lombard (1100-1164), rédigés en 1510 à Paris, constituent une des premières prises de position écrites connues sur le problème posé par l'incorporation du Nouveau Monde aux domaines du roi d'Espagne. Contrairement à ses contemporains espagnols, Matias de Paz et Palacios Rubios, Maior ne justifiait pas la conquête en s'appuyant sur la doctrine de l'Hostiensis par rapport au pouvoir temporel du pape, ni sur les bulles de donation d'Alexandre VI<sup>2</sup>. Sa démarche se fondait sur des arguments d'ordre religieux et culturel. Selon Gomez, « Maior est donc le premier non-Espagnol à justifier l'expansionnisme européen en Amérique ». Il justifie l'occupation militaire du Nouveau monde comme un moyen d'aider à l'évangélisation des natifs et il affirme encore que ceux-ci doivent contribuer économiquement à leur propre conversion<sup>3</sup>. Il est clair que l'une des intentions principales de la métropole était d'évangéliser cette humanité nouvelle, mais il fallait également gouverner une société naissante où les intérêts politiques et matériels étaient la priorité et pour cette raison les droits des indigènes furent très souvent relayés au second plan. L'année 1512 fut marquée par des conflits et des accusations mutuelles, lancées d'un côté par des membres de l'Eglise (chargés de l'évangélisation des Antilles) et de l'autre côté par les « encomenderos » (colons détenteurs « d'Indiens »), et pour mettre fin aux polémiques, alors que l'Eglise menaçait déjà de refuser l'absolution aux « encomenderos », on créa les « Leyes de Burgos ». Ce corpus législatif était destiné à être envoyé aux autorités coloniales, afin de régler la cohabitation entre Espagnols et indigènes. Les 35 articles de cette loi démontrent une forte

---

<sup>1</sup> Thomas Gomez. *Droit de Conquête et Droits des Indiens*. Paris: Armand Colin, 1996, p.39-40.

<sup>2</sup> Les bulles de donation d'Alexandre VI ont donné origine au « Traité de Tordesilhas », qui par un accord entre les rois de Portugal et d'Espagne divise en deux les terres d'Amérique.

<sup>3</sup> Thomas Gomez, Idem, p. 56

volonté d'acculturation des populations natives des Antilles, en partant des prémisses de la nature vicieuse et oisive de ces Amérindiens. Ceci dit, l'apprentissage des vertus chrétiennes et la contrainte au travail devaient être imposée par les colons espagnols. Les « Leyes de Burgos »<sup>1</sup> ont donc bâti des bases solides pour le régime des « encomiendas » qui ont perduré, de façon plus ou moins intense, selon la région et la période, pendant des siècles dans les colonies de l'Amérique Espagnole. Le plus marquant dans ces 35 articles de « Las Leyes de Burgos », que Las Casas<sup>2</sup> nous présente en résumé, n'est pas l'intention de convertir les « indiens » au christianisme en soi, mais plutôt, toutes les implications matérielles de cela. C'est-à-dire, un bouleversement complet de toute leur structure sociale, économique, écologique et politique, au-delà d'un simple abandon des croyances traditionnelles<sup>3</sup>.

Las « Leyes de Burgos », en effet, n'ont jamais eu l'intention de préserver ou d'instaurer de réels droits pour les populations autochtones. Ce qu'elles prétendaient implicitement, c'était légitimer et garantir les intérêts des colons, des « encomenderos » et surtout ceux de la Couronne espagnole. Suite à cette loi, toute une série de textes légaux furent élaborés au fil des siècles, formant ainsi une législation complexe, compilée avec l'objectif de marquer la position subalterne des peuples autochtones des diverses régions de l'Amérique Espagnole. La « encomienda » se justifiait du fait de la donation papale des nouvelles terres découvertes aux rois de Castille. Les « indiens » devaient se soumettre à l'autorité du roi, en devenant vassaux et servant comme sujets fidèles aux délégués du roi qui s'offriraient pour accomplir la tâche de colonisation. Dans le cas où les « indiens » n'acceptaient pas de se soumettre, ils pouvaient être réduits à l'esclavage, selon le principe de la « guerre juste ». Le renommé juriste, Palacios Rubios, fut chargé de la rédaction du « requerimiento », texte qui était lu soit en espagnol, soit en latin (malgré la non compréhension des populations natives) aux « indiens » lors de la rencontre avec les conquistadors. Ce texte, qui serait comique si ce n'était ses résultats tragiques, légitimait la conquête militaire des contrées en utilisant le concept cynique de la « guerre juste ». Selon Thomas Gomez<sup>4</sup> le « Requerimiento était un texte bref, extrêmement synthétique, dont les

---

<sup>1</sup> Thomas Gomez. Idem, p.58-59

<sup>2</sup> Las Casas pendant sa vie d'aventurier en Amérique se convertit, à partir de 1511, en défenseur des « Indiens », de leur liberté et de leur dignité, mais conserva la foi et devient dominicain. Il arrive à convaincre le roi d'appuyer une législation favorable aux « Indiens » et eu pour cela beaucoup d'ennemis. Thomas Gomez, Idem.

<sup>3</sup> Thomas Gomez. Idem, p.57.

<sup>4</sup> Idem, p. 78

raccourcis dans l'argumentation et la rhétorique sommaire font un modèle de syllogisme dogmatique qui ne laisse aucune place à la nuance et à la discussion ».<sup>1</sup> Dans une version du « Requerimiento » confiée à Pedrarias Davila, Saint Pierre est considérée comme le seigneur de tous les gens et peuples, de façon que tous, de toutes les croyances et régions du monde, lui sont obéissants. Il commanderait le monde, les chrétiens, les maures, les juifs, les peuples natifs ainsi que tous les autres, à partir de Rome. Son nom est Pape, parce qu'il est considéré comme le père de tous les hommes. Un des papes qui ont succédé à Saint-Pierre a fait une donation des îles et terres aux rois d'Espagne et à ses successeurs, avec toutes les richesses et ces îles et terres sont celles de l'Amérique espagnole. Les habitants de ces îles et terres devaient être obéissants aux rois, afin d'être libres, sans aucune servitude et sans l'obligation de devenir chrétiens. Dans le cas contraire, la guerre était faite pour les soumettre et en faire des esclaves. Dans ce cas les femmes et les enfants pourraient être vendus. Les terres et les biens étaient confisqués.

Bien évidemment de nombreux théoriciens, comme Montaigne, par exemple, s'opposèrent et critiquèrent ce type de procédure<sup>2</sup>, tant par sa violence impérialiste que par son manque de rigueur logique. La réponse des « indiens » face à l'agression des conquistadors est aussi révélatrice<sup>3</sup>: les « indiens » ont trouvé que les raisons pour les convaincre à la perte de leur souveraineté n'étaient pas recevables. Cela a servi à établir et légitimer le système des « encomiendas ». Ce système se répand dans l'ensemble des colonies du « Nouveau Monde », parvenant à intégrer, dans une économie hautement performante, les régions d'Amérique Centrale avec celles du Sud. Malgré les importantes variations régionales, et les régions où le système entre assez tôt en déclin, « l'encomienda » parvient à survivre jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle dans des régions telles que celles du « Rio de La Plata ».

La colonisation espagnole sera centrée surtout dans les régions riches en métaux précieux, c'est-à-dire les hautes terres d'Amérique Centrale (Mexique) et des Andes (Pérou). La conquête des terres basses et des régions économiquement périphériques servira surtout à éviter la perte de territoires pour les autres empires coloniaux rivaux, tels que le Portugal, la France, le Royaume Uni et la Hollande. Dans ces régions périphériques une nouvelle institution coloniale et d'évangélisation trouvera sa place: les « réductions » des missionnaires

---

<sup>1</sup> Idem, p. 78-79

<sup>2</sup> Michel Eyquem de Montaigne. *Essais*. livre III, Des Coches. Paris: Garnier-Flammarion, 1979, p. 125-126

<sup>3</sup> Voir, par exemple, le récit de Garcilaso de la Vega, « El Inca », écrivain métis qui raconte la réaction du cacique d'Aquera face à la lecture du texte en question. *apud* Thomas Gomez, Idem, p. 125

franciscains et jésuites<sup>1</sup>. L'administration des colonies était assurée par le « Conseil des Indes », organe consultatif et cour d'appel établi en Espagne<sup>2</sup>. La première compilation de lois apparaîtrait sous le règne de Charles II, en 1680 et il s'agit de la « Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias »<sup>3</sup>. Parmi les effets du régime colonial, on peut mentionner les déséquilibres régionaux que l'on rencontre dans un certain nombre de pays.

Après les guerres d'indépendance, qui commencent au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la construction nationale devient l'objectif principal pour les nouveaux États latino-américains, en dépit de la réalité – ethniquement et culturellement – fragmentée de ces pays. Les autochtones n'ont guère de rôle à jouer dans l'élan indépendantiste. Ce n'est donc pas un hasard si le principe de l'homogénéité culturelle a toujours été fortement valorisé en Amérique Latine, allant de pair avec les politiques assimilationnistes et la prohibition de toute forme de discrimination. Les constitutions nationales accordent généralement la citoyenneté à toutes les personnes nées sur le territoire de l'État, mais la reconnaissance officielle et la confirmation juridique de droits individuels dépend de conditions que les autochtones ne peuvent souvent pas remplir (en particulier lorsqu'ils habitent des communautés éloignées), telles que l'enregistrement de l'état-civil, le service militaire et la connaissance de l'espagnol oral et écrit<sup>4</sup>.

D'une manière générale en Amérique Latine, les droits autochtones sont définis en termes contingents, c'est-à-dire ils n'existent que dans la mesure où la législation étatique en dispose ainsi – législation longtemps régie par des critères protectionnistes et intégrationnistes, inaptes à fournir une base solide à la survie collective des autochtones dans les conditions en vigueur<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Les réductions consistaient à établir des villages « d'Indiens » dans le sens de les évangéliser et civiliser. Les premières ont été créées dans la région du Rio de La Plata et, ensuite, d'autres dans les actuels États de Guyane, Venezuela, Equateur, Pérou, Colombie, Mexique, Floride, Texas, Californie.

<sup>2</sup> Rodolfo Stavenhagen, *Entre ley y la costumbre, El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indígena Interamericano, 1990. *Estructuras, gobiernos y agentes de administración en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Valladolid: Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1984

<sup>3</sup> Cette compilation fut ensuite rééditée de nombreuses fois, et à elle s'ajoutent encore plusieurs autres corpus de lois. Ce régime juridique « n'était pas considéré comme l'expression d'une relation volontaire entre le sujet et son souverain et moins encore comme source de droits. C'était essentiellement un ensemble de commandements s'adressant aux officiers de la Couronne et établissant un ensemble unifié de règles en vue de l'administration de terres conquises ». Voir Albert Golbert & Yenny Nun. *Latin American Laws and Institutions*. Praeger Publishers, USA, 1982, p.93.

<sup>4</sup> Isabelle Schulte-Tenckhoff. Idem, p. 32-33

<sup>5</sup> Paul Wolf. « Los derechos del indio – ayer y hoy ». *Anuario de filosofía del derecho*, vol. VII, 1991, p. 154

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Actuellement plus des trois quarts de tous les indigènes d'Amérique Latine vivent dans cinq pays seulement, à savoir la Bolivie, l'Equateur, le Guatemala, le Mexique et le Pérou. Les Quechua constituent le peuple autochtone le plus nombreux démographiquement, et sont établis dans les Andes, ceux-ci se répartissent entre la Bolivie, l'Equateur et le Pérou. Suivent les Maya qui habitent le Guatemala et le sud du Mexique, puis les Aymara établis en Bolivie, au Pérou et au Chili<sup>1</sup>. Parallèlement, on rencontre une grande diversité de situations. Certains pays, comme le Mexique<sup>2</sup>, l'Equateur, la Bolivie et le Guatemala, sont fortement marqués par leur héritage autochtone, parfois avec des populations numériquement majoritaires.

L'ethnicité, concernant les peuples originels du continent, se définit principalement en termes d'auto-identification, de langue et de situation géographique. Ces critères peuvent varier ou se combiner diversement selon le pays. D'autre part, la revendication d'une indianité, par des populations classées comme métissées (« mestizos »), est un phénomène de plus en plus courant dans des pays comme le Honduras, El Salvador, Nicaragua et Panama, par exemple. Il est clair, néanmoins, que le discours étatique tend à survaloriser l'élément métissé par rapport aux autochtones, puisque les premiers sont censés être plus assimilés à la société dominante. En revanche, lorsqu'il s'agit de récupérer l'autochtonie pour la classer avec l'ensemble du patrimoine national, la situation décrite peut très bien être inversée, comme c'est le cas pour les descendants des grands empires précolombiens. D'autres pays, tels que l'Argentine, l'Uruguay ou la Colombie, possèdent une population allogène d'origine européenne largement prédominante. Cela n'empêche pas l'existence de régions majoritairement autochtones et avec une grande diversité linguistique et culturelle<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Isabelle Schulte-Tenckoff. *Idem*, p. 27

<sup>2</sup> Le Mexique, par exemple, reconnaît officiellement cinquante-six groupes autochtones, définis sur une base linguistique. Le peuplement européen du Mexique fut limité, si bien que le Mexique est démographiquement (ethniquement) un pays dominé par les autochtones, alors que les élites d'origine européenne (créoles) contrôlent l'Etat. Un tiers environ de la population mexicaine a conservé ses traditions et parle une langue autochtone; des Etats entiers de la fédération mexicaine (comme le Chiapas, l'Oaxaca et le Yucatan) ont une majorité d'habitants autochtones. Certains groupes importants comme les Maya, les Zapotèques, les Mixtèques et les Otomi, occupent encore leurs territoires traditionnels. La nation la plus nombreuse – les Nahuas (Azèques) – est éparpillée à travers tout le Mexique. Dans le nord, un groupe comme les Yaqui (dont une bonne partie habite l'Etat américain de l'Arizona) n'a jamais été véritablement conquis. D'autres peuples vivent effectivement en situation d'autonomie, étant à peine rattachés au système étatique, tels les Otomi, les Tarahumara, les Tzotzil et les Tzeltal. *Idem*

<sup>3</sup> En Colombie par exemple, on reconnaît 81 groupes autochtones parlant 75 langues différentes, mais qui correspondent, selon les chiffres officiels, à seulement 2% de la population totale. Isabelle Schulte-Tenckoff. *Idem*, p. 29

Les deux dernières décennies ont vu des changements significatifs en ce qui concerne le droit des peuples autochtones de nombreux pays de l'Amérique latine. La reconnaissance de certains droits fondamentaux, tels que la proclamation du multiculturalisme, du multilinguisme ou la personnalisation de certaines communautés autochtones locales, est apparue pour la première fois dans de nombreuses Constitutions très récemment. On peut citer, par exemple, le Venezuela, la Bolivie, l'Argentine, le Pérou, le Paraguay, le Mexique, la Colombie, le Nicaragua ou le Guatemala. Il est donc important de retracer un bref panorama de ces réalités actuelles pour pouvoir en appréhender la situation de fait.

### **Section 1. Des situations hétérogènes?**

Contrairement à d'autres régions du globe, les autochtones d'Amérique Latine ont une longue expérience de l'auto-organisation et ont fini par obtenir ces dernières décennies, grâce à une grande capacité de mobilisation, une certaine forme de reconnaissance tant sur le plan culturel qu'en termes fonciers. Ces vingt dernières années, leur participation sur la scène politique a été intense. Ils ont aidé à renverser et à former des gouvernements dans plusieurs pays, notons les exemples de l'Equateur et de la Bolivie. Le multiculturalisme est aujourd'hui reconnu dans plusieurs constitutions d'Amérique latine, de même que l'enseignement bilingue et les droits fonciers particuliers des autochtones. La plupart des pays ont ratifié la Convention 169 de l'OIT (Mexique, Guatemala, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Panama, Venezuela, Colombie, Equateur, Pérou, Bolivie, Brésil, Paraguay et Argentine).

La Constitution du Guatemala, par exemple, (révisée en 1985) prévoit la « protection des groupes ethniques » y compris « les groupes autochtones d'origine maya » et dispose en outre que « l'Etat reconnaît, respecte et favorise leurs modes de vie, coutumes, traditions, formes d'organisation sociale, le port du costume traditionnel par les hommes et les femmes, leur langue et dialectes » (art.66). La Constitution de la Colombie, pour sa part, (révisée en 1991) prévoit que « l'Etat reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle des Nations colombiennes » (art.7). Par ailleurs, elle définit l'espagnol comme langue officielle, tout en précisant que « les langues et les dialectes des groupes ethniques sont également officiels dans les territoires de ceux-ci. L'éducation fournie dans les communautés ayant leurs propres traditions linguistiques doit être bilingue » (art. 10). Dans le même sens, l'ancienne Constitution de l'Equateur, dans sa révision de 1993, définissait déjà l'espagnol comme



langue officielle, ainsi que le « quechua et les autres langues autochtones comme partie de la culture nationale » (art 10). Il était prévu, en outre, que dans le système d'éducation mis en place là où la population autochtone est majoritaire, « le quechua ou la langue de la culture intéressée doit être utilisée comme langue principale d'éducation », tandis que l'espagnol doit servir dans les « relations interculturelles » (art. 27)<sup>1</sup>

Cependant, c'est la Constitution du 5 juin 1998 qui définit plus explicitement la politique linguistique de l'Equateur. Ainsi, l'article 1° dans son § 1° reconnaît que « l'Equateur est un Etat social de droit, souverain, unitaire, indépendant, démocratique, multiculturel et multiethnique ». Le § 2° du même article proclame que « Le castillan est la langue officielle » et que « le quechua, le shuar et les autres langues ancestrales sont d'usage officiel pour les peuples indigènes ». La nouvelle Constitution équatorienne de 2008 place la nature comme sujet de droits. En Bolivie, la Constitution nationale fut révisée en 1994 et a ajouté les adjectifs « multiethnique et multiculturelle » à l'ancienne rédaction de son art. 1° qui déclarait uniquement : « la Bolivie, libre, indépendante, souveraine ». De plus, l'article 171 dispose que les droits sociaux, économiques et culturels des peuples autochtones habitant le territoire national sont reconnus, respectés et protégés, en particulier les droits se rapportant à leurs modes traditionnels et communautaires de propriété de la terre. À son tour, la Constitution du Pérou, révisée en 1993, dans son article 48, dispose que les langues officielles sont l'espagnol et, dans les régions où elles prédominent, le quechua, l'aymara et les autres langues autochtones. De plus, dans l'article 2° alinéa 19, l'Etat reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle de la Nation et l'article 17 garantit l'éradication de l'analphabétisme et encourage l'éducation bilingue et interculturelle, conformément aux caractéristiques de chaque district. La Constitution du Paraguay, qui a été révisée en 1992, d'après l'article 62 : « reconnaît l'existence des peuples autochtones, qui sont les groupes ethniques dont les cultures existaient avant l'émergence et la constitution de l'Etat du Paraguay ». En vertu de l'article 63, le droit des peuples autochtones à préserver et à développer leur identité ethnique dans leurs habitats respectifs est protégée, ainsi que leur droit de suivre librement leurs systèmes d'organisation politique, socio-économique, culturelle et religieuse. De plus, le droit coutumier autochtone doit être pris en considération lors des contentieux judiciaires. Lors de l'élaboration de la Constitution du Venezuela, de

---

<sup>1</sup> Roberto Santana. *Les Indiens de l'Equateur, Citoyens dans l'ethnicité*. Paris: Editions du CNRS, 1992.

décembre 1999, plus de 400 délégués indigènes représentant 28 groupes ethniques ont été consultés et trois représentants ont fait partie de l'Assemblée Constituante. Le titre III - Chapitre VIII intitulé « De los derechos de los pueblos indigenas » (« Des droits des peuples indigènes ») garantit aux autochtones « le droit d'exister comme personne indigène et comme communauté avec leur organisation sociale et économique propre, leur culture et leurs traditions, ainsi que leur langue et leur religion ». L'article 9° reconnaît encore aux langues indigènes, à côté de l'espagnol, le statut de langues officielles partout dans le pays : « Les langues indigènes sont aussi d'utilisation officielle pour les peuples indigènes et doivent être respectées dans tout le territoire de la République, pour constituer le patrimoine culturel de la nation et de l'humanité ». Enfin, la Constitution de l'Argentine de 1994 définit les pouvoirs du Congrès; ceux-ci comprennent ceux : « De reconnaître la préexistence ethnique et culturelle des peuples autochtones argentins. De garantir le respect de leur identité et leur droit à l'éducation bilingue et interculturelle, de reconnaître le statut juridique de leurs communautés, ainsi que la possession et la propriété communautaire des terres qu'ils occupent traditionnellement; et de régler le transfert d'autres terres adéquates et suffisantes pour le développement humain », tout en déclarant, dans l'article 75 alinéa 17 le caractère inaliénable de ces terres. L'article 75, alinéa 19 dispose sur l'importance « d'édicter des lois protégeant l'identité et le pluralisme culturels ».

Ce qui a été présenté ci-dessus correspond aux modifications constitutionnelles dans les pays étudiés. Il est possible de noter qu'après la période de redémocratisation de ces pays, il y a eu un mouvement général où les différents États ont reconnu la diversité culturelle de la composition nationale. Ce changement est important, mais ne correspond pas uniquement à une modification de la perspective de la part des gouvernements quant à la place des peuples indigènes dans les États ; il résulte surtout des mouvements nationaux et internationaux des peuples autochtones, qui comme d'importants acteurs sociaux ont su jouer un rôle fondamental dans la lutte pour ses droits. Il est important de rappeler, cependant, que la loi est une chose et que son application en est une autre. Malgré tous ces changements qui viennent reconnaître l'importance de la participation des peuples indigènes dans la construction de ces États, il est nécessaire de ne pas oublier qu'ils continuent à subir des violations des Droits de l'Homme, de la discrimination et de la marginalisation, rencontrant encore d'énormes difficultés économiques, celles-ci liées surtout à la précarité de réelle et effective garantie de leurs terres et de leurs territoires. Dans pratiquement tous les pays du continent latino-américain, les peuples autochtones luttent encore pour le respect de leurs droits territoriaux,

patrimoniaux et culturels, qui sont constamment menacés par les grandes compagnies d'extraction minière et d'exploitation forestière ou agricole, souvent appuyées par les Etats nationaux. De nombreux groupes autochtones considèrent la mondialisation sous forme d'accords de libre-échange comme une menace pour leur survie culturelle et économique.

Il est important d'observer que tous ces changements récents dans le traitement constitutionnel par rapport aux peuples autochtones des pays analysés, n'ont pas eu lieu au Chili. Notons, à titre d'exemple, la situation du peuple Mapuche de la région de l'Araucanie au sud du Chili. Cet Etat qui, jusqu'à présent, n'a pas encore ratifié la Convention 169 de l'OIT, et qui réprime les revendications de ce peuple sous le couvert d'une « loi antiterroriste » datant du régime militaire de Pinochet, se déclare l'unique propriétaire des terres de l'Araucanie, toute sorte de propriété foncière étant alors niée aux Mapuche. Pendant la guerre de « pacification » de la région de l'Araucanie (1866-1885), diverses lois ont été adoptées en vue d'incorporer le territoire mapuche à l'Etat-nation. L'artisan de cette politique, Cornelio Saavedra, avait bien étudié l'expérience nord-américaine. Pour s'approprier les terres autochtones, il préconise alors diverses mesures interdépendantes: la pacification du territoire par l'armée; la construction de chemins de fer pour assurer les communications et les transports; le monopole étatique dans l'acquisition et la vente des terres; enfin l'immigration européenne pour fonder des colonies. Dans ce sens, nous allons voir dès à présent le traitement que les pays de langue anglophone de l'Amérique du Nord ont donné aux peuples autochtones. Ces politiques indigénistes ont servi, dans une large mesure, de modèles dans les pays déjà étudiés.

## Chapitre 2. Les cas nord-américain

Quel traité le Blanc a-t-il respecté que l'homme rouge ait rompu? Aucun. Quel traité l'homme blanc a-t-il jamais passé avec nous et respecté après? Aucun. Quand j'étais enfant, les Sioux étaient maîtres du monde ; le soleil se levait et se couchait sur leurs terres. Ils menaient dix milles hommes au combat. Où sont les guerriers aujourd'hui? Qui les a exterminés? Où sont nos terres?<sup>1</sup>

La politique suivie par les puissances coloniales en Amérique du Nord fut essentiellement distincte de celle adoptée par les Portugais et les Espagnols au sud du continent. Ces derniers ont privilégié les accords avec la papauté pour procéder au partage des terres découvertes, tandis que les Anglo-Saxons ont préféré la voie des traités directement signés avec les autochtones. Afin d'obtenir des terres et d'éviter de s'aliéner les puissantes nations indigènes qui faisaient frontière avec les nouvelles terres occupées, telles que les Iroquois ou les Creek, par exemple, les Européens ont préféré essayer d'établir un premier contact pacifique. Cela est dû à deux facteurs: d'une part, les peuples guerriers natifs auraient été capables d'anéantir facilement les colons, alors peu nombreux ; d'autre part, parce que des disputes auraient mis en péril les intérêts commerciaux dans la région, les ennemis cherchant inévitablement à s'allier aux puissances européennes rivales.

Ces accords, ou traités, servent donc, du moins pendant cette période initiale de la colonisation, à justifier les revendications des puissances européennes les unes par rapport aux autres, en créant des clauses de « cession de territoires » ou bien des « droits exclusifs ». En effet, selon le principe fondamental établi par les Britanniques lors de la Proclamation Royale de 1763, les négociations avec les populations locales devaient être effectuées par le biais de traités passés avec le consentement des autochtones, et dans le but de contrôler le commerce avec eux au détriment d'autres acteurs. Ce modèle influera et perdurera même pendant un certain temps lors de la création des Etats-Unis. Selon quelques auteurs, dont Norbert Rouland, S. Pierre-Caps et J. Poumerede<sup>2</sup>, ce genre de procédé permet de conclure que les nations autochtones se considéraient comme des entités souveraines et étaient considérées de la sorte par les Etats occidentaux.

Les « Articles of Confederation », qui précèdent l'adoption de la Constitution des Etats-

---

<sup>1</sup> Discours de Sitting Bull daté de 1811, cité par Norbert Rouland, S. Pierre-Caps S. et J. Poumerede. *Droit des minorités et des peuples autochtone*, Paris: Puf, 1996, p. 369

<sup>2</sup> Norbert Rouland, S. Pierre-Caps et J. Poumerede. *Droit des minorités et des peuples autochtone*. Paris: Puf, 1996, p. 369

Unis d'Amérique de 1787, de même que la Constitution promulguée, vont de pair avec cette notion de souverainetés confrontées. Les trois principaux domaines de cette politique sont (i) guerre et paix, (ii) commerce et (iii) conclusion de traités. Selon Isabelle Schulte-Tenckhoff<sup>1</sup>, l'enjeu principal consistait à faire la paix avec ces peuples, pour les empêcher de traiter avec d'autres puissances coloniales européennes ou, plus tard, avec les Etats américains fédérés.<sup>2</sup> Cependant, cette reconnaissance de la souveraineté n'est pas une constante, et joue un rôle qui peut être considéré comme intentionnellement ambigu, surtout à partir du moment où le contingent de colons permet de renverser la situation. Les autochtones ne représentent plus une menace militaire aussi importante qu'auparavant. Désormais, la formalité des traités servira surtout à légitimer la possession des terres face aux autres puissances coloniales, plutôt qu'à régler un accord de volonté entre les contractants.<sup>3</sup>

Les grandes puissances d'Europe « ne reconnaissent en fait que peu de portée aux conventions qu'elles passaient ». Un bon exemple de cette situation fut la politique menée par

---

<sup>1</sup> Isabelle Schulte-Tenckhoff. *Idem*, p. 49-53

<sup>2</sup> *Idem*, p.49-50. À propos de la situation contemporaine des peuples indigènes aux États-Unis, Schulte-Tenckhoff dit : « *grosso modo* les tribus exercent la juridiction sur les terres réservées. Elles doivent négocier avec les Etats, mais c'est au gouvernement fédéral que revient le pouvoir absolu (plenary power) de légiférer en matière autochtone. En vertu de l'obligation fiduciaire sous-tendant la relation entre le gouvernement fédéral et les nations indiennes, le premier considère détenir le droit exclusif à la foi de mettre un terme aux droits autochtones d'occupation des terres et de protéger ces terres contre l'empiètement des tiers, si la propriété de la terre revient à un Etat ou à une personne physique. Par ailleurs, le Congrès américain considère avoir pour lui un droit illimité d'extinction du titre aborigène à la terre par quelque moyen que ce soit. Enfin, étant donné que le titre autochtone n'est pas reconnu sous l'égide de la common law mais plutôt comme un droit de possession établi en vertu de l'occupation, il peut être perdu en abandonnant la terre. Or, la Constitution américaine offre peu de recours aux tribus autochtones car le titre foncier ne leur est pas reconnu en termes de propriété privée ».

<sup>3</sup> Comme l'affirme Norbert Rouland, 1996, *Idem*, p. 367 : « On sait bien que dans la pratique, les puissances européennes ne reconnaissent en fait que peu de portée aux conventions qu'elles passaient. La politique suivie par la France au Canada en est un exemple. Partie avec retard dans la conquête coloniale, la France ne veut pas s'en laisser exclure par les autres puissances européennes. Dès 1541, le roi donne mandat à ses émissaires de 'prendre possession et de commander tous les pays de Canada' et d'y exercer les pouvoirs de 'faire lois, édits, statuts et ordonnances politiques'. A partir du XVII<sup>ème</sup> siècle, les mandats de colonisation sont liés aux monopoles dorénavant accordés aux marchands. L'autorité royale crée les grandes compagnies de navigation qui gèrent non seulement ses colonies américaines, mais les implantations réalisées dans d'autres parties du monde (Indes, Levant, Sénégal). Le Canada est confié à la Compagnie des Cent Associés, créée en 1628 : elle gère les territoires riverains de l'Amérique septentrionale, de la Floride au Cercle polaire. La charte accordée par Louis XIII prévoit que la concession est opérée 'à perpétuité, en toute propriété, justice et seigneurie', le monarque ne se réservant que 'le ressort de la foi et l'hommage'. La compagnie peut accorder aux colons 'titres, honneurs, droits, prérogatives qu'elle jugera à propos selon les conditions et mérites des personnes et telle charge, réserve et condition qui lui plaira', les associés s'engageant 'à faire coloniser, habiter et désertifier le pays, d'y faire passer des colons et des ecclésiastiques'. Pleins pouvoirs, donc, mais à charge de christianiser les Indiens. Ceux qui se convertiront seront considérés comme assimilés. La charte prévoit même avec un total irréalisme que '(...) les sauvages qui seront amenés à la foi et en feront profession seront censés et réputés naturels français et comme tels pourront venir habiter en France quand bon leur semblera et y acquérir, tester, succéder et accepter donations et légats, tout ainsi que les vrais régnicoles et originaires français, sans être tenus de prendre aucune lettre de déclaration ni de naturalité' ».

la France dans le territoire canadien. Face au peu de succès de la politique décrite, la Nouvelle France passera, en 1674, sous l'administration directe du roi. Les chiffres de la colonisation française du Canada font preuve de son échec. Tandis que la Nouvelle-Angleterre compte 333711 colons en 1706, le Canada n'en recense que 16412. Malgré les quelques traités passés avec les autochtones, les accords ne peuvent perdurer puisque les Français voulaient que les autochtones deviennent sujets du roi et cèdent leurs terres, ce qui n'a pas été le cas, d'autant plus que leurs terres ont pour eux toujours été considérées inaliénables.<sup>1</sup>

L'actuelle loi canadienne sur les peuples autochtones intègre des législations qui remontent au XIX<sup>ème</sup> siècle et affirme que le gouvernement fédéral a la compétence exclusive pour traiter les questions relatives aux droits des « Indiens et des terres réservées aux Indiens ». Parallèlement à cela, il existe une partie de la population indigène du Canada dont le statut n'est pas défini comme tel. Cette situation est due, en partie, à la « Loi sur les Indiens » promulguée en 1876. Les « indiens » qui n'ont pas leurs noms inscrits sur le registre du Département des Affaires Indiennes, instauré par la loi citée, ne sont pas considérés comme autochtones aux yeux de l'Etat. Ce fait n'a bien évidemment aucune incidence sur la reconnaissance de l'autochtonie accordée par les membres de leurs communautés entre eux.<sup>2</sup> Pour eux et entre eux, si quelqu'un se déclare autochtone et la communauté à laquelle il appartient le reconnaît aussi comme membre, alors il est considéré autochtone avec les mêmes droits des autres qui ont la reconnaissance de l'Etat.

Le Canada possède jusqu'à présent de vastes régions dans lesquelles les autochtones n'ont jamais signé de traité de transfert de terres. Ce sont des zones souvent très riches en matières premières et qui servirent pendant longtemps à approvisionner les métropoles en fourrures. La découverte de ces territoires et de leurs richesses déclencha une politique de « revendication territoriale globale »<sup>3</sup>, autrement dit, l'Etat Canadien a voulu déclarer

---

<sup>1</sup> Idem, p. 368

<sup>2</sup> Rouland, Idem, p. 369

<sup>3</sup> Jacques Leroux, Roland Chamberland, Edmond Brazeau, Claire Dubé. *Au pays de peaux de chagrin- Occupation et exploitation territoriales à Kitcisakik (Grand-Lac-Victoria) au XX<sup>e</sup> siècle*. Canada: Les Presses de l'Université de Laval, 2004, p.51-53: « C'est pendant l'hiver 1799-1800 que les premiers arbres sont abattus pour des fins commerciales sur les rives du lac Témiscamie. Cependant, il faut attendre l'année 1836 avant que les marchands de bois soient à nouveau à l'oeuvre dans la région. Dans les années 1840 et 1850, certains marchands obtiennent des concessions forestières, principalement autour des rivières des Outaouais et Dumoine....Après que les marchands eurent obtenu leurs premières concessions forestières, leurs champs d'activités prirent une expansion graduelle dont il est encore difficile d'évaluer l'impact, mais le tournant des années 1920 marque un essor considérable des activités de coupe au moment où la grande industrie forestière abandonne la production de bois d'oeuvre pour se consacrer à la production de pâtes et papiers...Mais à

l'extinction de tout droit autochtone sur les territoires en question<sup>1</sup>. En échange, les autochtones ont reçu des parcelles de terre limitées et des allocations financières à titre de compensation. Ce type de procédé a créé des débats juridiques intenses tant dans la scène indigéniste nationale qu'au niveau international. « Au Québec, des jugements récents (1993) ont affirmé (sur la base de la décision rendue en 1887 par la cour suprême du Canada dans l'affaire *St. Catherine's Milling*<sup>2</sup>) que la France n'avait jamais reconnu de droit territoriaux aux autochtones ».<sup>3</sup>

Sur le plan international, c'est Lévi Général, mieux connu sous le titre de Deskaheh<sup>4</sup>, qui est reconnu comme étant un des précurseurs de la lutte indigène dans les instances supranationales. En 1923 ce représentant des Iroquois, d'Ontario, débarque à Genève, à la Société des Nations, dans le but de réclamer la reconnaissance de l'indépendance de son peuple. Il est muni d'un passeport émis par son propre peuple et d'un document intitulé, « Le peau rouge exige justice », qui devait être remis au Secrétaire Général de la Société des Nations. Rostkowski, dans son étude intitulée *Deskaheh et la Société des Nations*<sup>5</sup>, nous apprend que Deskaheh représentait le gouvernement traditionnel des Six Nations du Grand Fleuve et était membre de la Longue Maison de « Sour Springs ». Il était respecté par les siens et reconnu pour ses talents d'orateur et de négociateur. À Genève, il a réussi à captiver plusieurs sympathisants, dont plusieurs membres de la Société des Nations, ainsi que quelques sociétés humanitaires, telles que le Bureau International pour la défense des Indigènes (BIDI). Malgré sa diplomatie, son obstination et la courtoisie impeccable qui fascinait ses

---

l'encombrement des rivières qui servaient aux Indiens des voies fluviales vint s'ajouter le chemin de fer qui atteignit Senneterre en 1912. Celui-ci allait servir l'immigration en accélérant la destruction de la biomasse de l'Abitibi, comme il l'avait fait dans les contrées voisines de la Haute-Mauricie(...) »

<sup>1</sup> [http://br.monografias.com/trabalhos/etnologia-indigena-canada-primeiras-impressoes/etnologia-indigena-canada-primeiras-impressoes.shtml#\\_Toc136926564](http://br.monografias.com/trabalhos/etnologia-indigena-canada-primeiras-impressoes/etnologia-indigena-canada-primeiras-impressoes.shtml#_Toc136926564) (accès en fev/mars 2011)

<sup>2</sup> Une décision du Conseil privé de Londres en 1889 à propos de l'Affaire *St-Catherine's Milling and Lumber* : le Conseil conclut que les autochtones ont des droits sur leurs territoires traditionnels et que ces droits sont issus de la Proclamation royale de 1763. On y stipule également que le titre « aborigène » est un droit personnel et d'usufruit qui dépend de la volonté du Souverain. Ce droit est qualifié de personnel dans le seul but de souligner son inaliénabilité générale ; il ne pouvait être transféré, vendu ou cédé à personne d'autre que la Couronne. Ce caractère inaliénable a été adopté pour protéger les autochtones contre des transactions irréfléchies. Université De Sherbrooke Faculté De Droit. Les Droits de Propriété Autochtones et Le Règlement des Différends : un Essai Critique par: Pascal Côté Laëtitia Tremblay, Étudiants de la Faculté de Droit. Essai présenté dans le cadre du concours du Ministère de la Justice du Canada, le 30 juin 2000. <http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/lesautochtones.htm>.

<sup>3</sup> Isabelle Schulte-Tenckoff. Idem, p. 54

<sup>4</sup> « Deskaheh » est le titre donné à un chef de la Confédération des Iroquois, mais à l'époque la presse a utilisé ce titre pour un nom propre.

<sup>5</sup> Joëlle Rostokowski. « Deskaheh et la Société des Nations ». In *Le visage multiplié du monde. Quatre siècles d'ethnographie à Genève* ; Musée d'ethnographie de Genève. Genève, 1985, p. 151-57

interlocuteurs, il n'a pas réussi à obtenir l'appui officiel de la Société des Nations. Il faut souligner qu'au début des années 20, les mésententes entre le Conseil des Chefs Héréditaires du Grand Fleuve et le Canada étaient croissantes. Cette situation était due aux amendements faits par le Gouvernement du Canada à « l'Indian Act », ce qui selon les Iroquois constituait une atteinte à leur souveraineté. Les Iroquois contestaient la validité des principes d'un texte qui ne pouvait, selon eux, être imposé à un gouvernement autonome<sup>1</sup>. La première guerre mondiale a renforcé ces antagonismes, le Conseil des Chefs s'étant déclaré défavorable à la participation des « Six Nations » aux conflits armés. Dans les années suivantes le Canada adopte un changement radical de sa politique indigéniste, passant de la non-ingérence à l'assimilationnisme. Cette attitude mène les Chefs des « Six Nations » à revendiquer plus que jamais la reconnaissance de leur souveraineté, et c'est dans le but d'obtenir un arbitrage sur ce conflit que Deskaheh s'adresse à un organisme international. Il se considérait le représentant d'un Etat souverain reconnu comme Nation indépendante par le « Traité Haldimand » de 1784, selon lequel le Roi d'Angleterre, George III, conférait aux Iroquois le territoire connu sous le nom de Grand Fleuve, situé du côté Canadien du lac Erié, pour remplacer les terres perdues au profit des Etats-Unis, lors de la guerre d'indépendance.<sup>2</sup>

Au moment des actions de Deskaheh sur la scène internationale, le Canada cherchait à se construire une bonne image suite à sa récente admission dans la Société des Nations : « Un pays jeune, avec un passé propre ». Les dénonciations de Deskaheh, suite aux violations du traité de Haldimand, furent pour le moins embarrassantes pour les diplomates canadiens. Les documents du BIDI, analysés dans les détails par Rostkowski, prouvent que les actions de Deskaheh ont, d'une part, réussi à mobiliser une parcelle de l'opinion européenne en faveur de sa cause et de l'autre, ont déterminé l'orientation des négociations futures des autres groupes indigènes avec les organismes internationaux. Dorénavant, les groupes indigènes sont reçus dans les organisations internationales, non plus en tant Nations ou Peuples, mais en tant que « groupes ethniques » ou comme des « minorités » pour être ensuite désignés, à partir des années 1970, en tant que populations autochtones<sup>3</sup>, ce qui selon Rostkowski démontre que

---

<sup>1</sup>.Rostkowski, Idem, p. 151-157

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> Ce changement d'orientation dans le traitement du statut (ou de la nature juridique) des peuples autochtones dans le scénario international, c'est-à-dire, leur *transformation* de Nation en minorités ethniques, n'est pas signe d'une évolution positive des relations internationales entre les Nouveaux Etats-Nations et ces peuples autochtones. C'est plutôt le signe de représailles face à la menace portée par les revendications d'autodétermination de la part des indigènes. Cependant, nous ne pouvons pas imputer à Deskaheh la



## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

« sous divers aspects, la mission de Deskaheh, à la fois unique et exemplaire, marque la fin d'une époque ».<sup>1</sup>

Avant d'arriver à Genève, Deskaheh a eu des contacts préliminaires avec certains gouvernements. En 1921, il arrive en Angleterre pour discuter du statut et des droits de son peuple, en évoquant le Traité de Haldimand. Il n'obtient cependant aucun succès. Vers la fin de l'année 1922, il entre en contact avec le responsable des affaires hollandaises à Washington déclarant qu'en raison des bonnes relations entre les colons hollandais et son peuple, au cours du XVII<sup>ème</sup> siècle, il se permettait de s'adresser à la Reine de Hollande, afin d'obtenir justice avec son appui. Il lui demande de diriger une pétition<sup>2</sup> des « Six Nations » à La Haye, ainsi qu'à la Société des Nations. Les autorités hollandaises acceptent la demande et c'est alors que commencent de fait les négociations internationales de Deskaheh<sup>3</sup>. Rostkowski nous indique également, que la pétition des « Six Grandes Nations du Grand Fleuve » fut présentée à la Société des Nations sous la recommandation spéciale du Ministre hollandais des Affaires Etrangères, H. A. Van Karnebeek, qui s'est cependant mis en retrait en affirmant que les autorités hollandaises ne prendraient pas parti dans l'affaire. Malgré cette réserve, l'initiative a déclenché une série d'incidents diplomatiques entre la Hollande et le Canada. Ce dernier s'est prononcé, plutôt officieusement, afin d'obtenir du Secrétaire Général de la

---

responsabilité de ces conséquences négatives. Il fut à peine responsable de mettre en évidence une réalité qui ne pouvait plus être ignorée.

<sup>1</sup> Rostkowski, Idem, p. 154.

<sup>2</sup> La pétition dirigée à la Reine hollandaise contient le texte suivant : « Nous sommes un peuple autonome et organisé, le même peuple qui, lors de l'arrivée des Hollandais dans la Vallée de Hudson, a conclu des traités avec eux et qui a finalement observé ses promesses d'amitié. Les Anglais, venus plus tard, nous ont reconnus à leur tour en tant que membres d'une Confédération d'Etats indépendants, et établirent avec nous des relations amicales consacrées dans les traités, suite au transfert des établissements hollandais à la Grande Bretagne, jusqu'au jour où les colons britanniques se sont révoltés contre la métropole. C'est grâce à notre protection que la jeune colonie britannique de New York a pu résister aux attaques françaises venues du Nord. C'est grâce à notre aide que les Anglais ont pu étendre leurs possessions jusqu'au nord des Grands Lacs. Pendant cette période, nos relations avec les Anglais furent marquées par une série de traités : la couronne britannique nous a solennellement garanti les droits sur nos territoires contre toute usurpation, amicale ou bien hostile, de la part des sujets ou fonctionnaires britanniques. Quand les Anglais sont devenus suffisamment forts pour être capables de nous protéger de façon efficace en cas de nécessité, et nous ayant promis cette protection, nous avons signé avec eux une alliance armée contre les colons britanniques révoltés. La Couronne britannique a formellement prévu les indemnités dans le cas de pertes en raison de cette alliance. Au moment où les colons révoltés nous ont expulsés de nos territoires traditionnels, le roi George III, en accord avec le pacte signé, nous a invité à accepter, à la place de nos anciens territoires garantis et perdus suite au conflit, ces territoires situés aux bords du Grand Fleuve, au dehors des limites des Etats-Unis à peine constitués. Notre Grand Chef, Joseph Brant, a accepté, en notre nom, cette offre du Roi, ce qui a été confirmé par le Gouverneur Général du Canada, Sir Frederick Haldimand: les terres du Grand Fleuve nous ont été accordées à perpétuité, pour nous et notre postérité, sous la condition expresse de que nous continuions à être le peuple différent que nous avons toujours été, sous la protection britannique, ce qui a été encore une fois soutenu »

<sup>3</sup> Rostkowski, Idem, p. 155-156

Société des Nations de mettre un terme à la question. Dans une lettre datée du 25 mai 1923, Joseph Pope affirme, au nom du Ministère des Affaires Etrangères du Canada, que la question des « Six Nations » est une affaire strictement nationale. Il critique l'intromission de la Hollande, se déclare une fois de plus opposé à toute initiative de la part de la Société des Nations, et lui réclame une déclaration affirmant que « l'affaire n'était pas dans sa compétence »<sup>1</sup>. Le Secrétaire de la SDN se refuse alors à accepter la pétition des mains de Deskaheh, en alléguant les règles de la procédure: seul un Etat membre était habilité à demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour. Avec le support de l'Estonie, de l'Irlande, du Panama et de la Perse, Deskaheh demande alors au Président que la question soit analysée par l'Assemblée de la SDN, en suggérant que la pétition soit acheminée et examinée par la Cour Internationale de Justice, sous les auspices de l'article 17 de la Charte. Le Président, évoquant lui aussi des motifs de procédure, affirme être dans l'impossibilité d'agir et déclare que l'examen de la question devrait être ajourné<sup>2</sup>. Malgré toutes ces décisions contraires à la pétition, le Canada s'inquiète de la situation: le représentant canadien à Genève suggère que son gouvernement donne une réponse détaillée sur l'affaire à la SDN.

La réponse du Canada contestait les revendications de souveraineté défendues par Deskaheh et affirmait que les « Six Nations » n'étaient pas un État selon les termes de l'article 17 de la Charte de la SDN, et que la Ligue ne remplissait pas les conditions pour se transformer en membre de l'organisation. Les « Six Nations » étaient selon le Canada « des sujets de la Couronne Britannique, résidents dans les Domaines du Canada »; et ajoute encore que les Amendements récents faits à l'« Indian Act », ainsi que le « Enfranchisement Act » de 1919 avaient pour objectif de « conduire les indiens à la pleine citoyenneté, y compris en tant qu'électeurs, afin de stimuler les forces du progrès dans leurs communautés ». Le 10 avril 1924, le gouvernement perse communique à son représentant que son pays « ne désirait pas intervenir dans cette affaire et qu'il devait mettre un terme aux négociations ». La Grande Bretagne, pour sa part, a convaincu les autres États défenseurs des « Six Nations » de se retirer du cas, ce qui a dissipé toutes les initiatives favorables à la cause de Deskaheh. Le Canada, lors de sa contestation, décide d'attaquer à nouveau le système traditionnel de pouvoir des « Six Nations » en arguant que ce système était incapable d'assumer la gestion d'une communauté en pleine mutation et propose de le remplacer par un gouvernement élu ;

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Idem, p. 158

ce qui en effet fut réalisé, le 21 octobre 1924, le conseil élu substituant ainsi l'ancien conseil héréditaire. Deskaheh quitte Genève fin 1924. Très malade, il finit ses jours aux Etats Unis, auprès des Iroquois qui y vivaient encore, exilé du Canada et du territoire pour lequel il a tant lutté. En mars 1925, juste avant sa mort, il affirme dans un discours radiophonique :

« C'est une histoire qui est enregistrée dans les documents officiels et que vos fils pourront découvrir, quand je serai peut-être moi-même déjà mort (...) »<sup>1</sup>.

Nous avons choisi cet épisode de l'histoire amérindienne nord-américaine car il est emblématique de la situation vécue par les peuples autochtones face aux Etats Nation et aux économies de marché. Non seulement la manipulation des principes pseudo démocratiques a permis d'anéantir presque intégralement les initiatives de ce chef charismatique, mais elle a également cassé l'épine dorsale du système traditionnel de pouvoir et d'organisation politique des Iroquois, en les remplaçant par des élections « libres et démocratiques ». D'autre part, ces faits démontrent que la Société des Nations représentait en effet une « Société d'Etats », qui, cauteleux, décide de rebaptiser les autochtones en les nommant « populations » à la place de « peuples », ce qui a perdurer jusqu'à 2007, date de l'adoption par les Nations Unies de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones. Rostkowski conclut que la SDN démontrera au long de son existence qu'elle représentait avant tout un club d'États-Nations, au service de ses associés.

À partir des années 1930 commence à fonctionner aux États-Unis le « Bureau des Affaires Indigènes<sup>2</sup> » (BIA). Avec son installation, de la même façon qu'au Canada, commencent à être créés des gouvernements élus dans les communautés indigènes à la « mode occidentale ». Bien évidemment, cela a fait en sorte que les communautés se sont divisées par la déstructuration des systèmes traditionnels de pouvoir et représentation. « L'Indian Reorganization Act », de 1934, change réellement la situation des indigènes. Parmi d'autres mesures, il vise à instituer un système de gouvernement tribal situé entre l'organisation politique traditionnelle et le principe démocratique américain. L'élection remplace la sélection par consensus ou par héritage, et les groupes autochtones peuvent adopter des Constitutions écrites. Cela a eu un impact négatif sur les sociétés indigènes aux États-Unis. Aujourd'hui, les sociétés indigènes, font tout ce qu'il leur est possible pour

---

<sup>1</sup> Rostkowski, Idem, p. 166

<sup>2</sup> Organisme officiel chargé des Affaires Indigènes aux États-Unis, qui correspondrait au Brésil à l'actuelle FUNAI.

recupérer (ou réinventer) leurs modes traditionnels de vie. En même temps, cette politique officielle a développé un processus d'urbanisation des indigènes dont le but est lui aussi celui de la division. En raison de la politique indigéniste des années 1950 le BIA a créé un programme d'assistance à l'emploi, dont le but était de conduire les indigènes à abandonner les « réserves » et à s'intégrer dans la vie urbaine. En réaction à cette politique, les autochtones dénoncent les violences commises contre leurs droits, garantis par les Traités établis au début des relations coloniales et antérieurement à l'institution du BIA. Pour toutes ces raisons, beaucoup d'indigènes nord-américains ont dû faire face au système pénal. De tel sorte qu'aujourd'hui il y a beaucoup d'autochtones dans les prisons du pays. C'est de cette manière que de jeunes autochtones sont allés à la prison « d'Alcatraz », d'où ils ont initié le « American Indian Movement » (AIM). Il est important de constater que les années 1960 ont été marquées, comme nous l'avons déjà vu au début de cette partie préliminaire, par des mouvements activistes des minorités, spécialement aux Etats-Unis, surtout des noirs américains (« Black Power »). La majorité des indigènes, néanmoins, n'a pas voulu s'identifier à ces mouvements, en cherchant à distinguer les notions de peuples autochtones de celle de minorité. Les indigènes, comme nations, avaient signé des Traités avec les « blancs » et refusaient à s'associer au « Civil Rights Act » de 1964, craignant que l'égalité civile corresponde à l'extinction de leur droit à la différence. Depuis « Alcatraz » les jeunes indigènes prisonniers ont établi des relations avec les « anciens » qui étaient dans les communautés indigènes et le AIM, en 1964, a réussi à occuper « Wounded-knee », le même site où il y a eu lieu le massacre de l'année 1890 qui est le dernier massacre collectif des peuples indigènes dans l'Amérique du Nord, quand avec l'intervention de l'armée nord-américaine ont été massacrés des hommes, des femmes et des enfants Lakota (Sioux), correspondant aussi à la dernière étape de la conquête nord-américaine de l'ouest. Lors de l'occupation de 1964 l'armée nord-américaine été prête à intervenir, de la même manière qu'à la fin du XIXème siècle. Selon le leader Jimmy Durham, indigène du peuple Iroquois, cela n'a pas eu lieu à cause de l'appui des associations pro-indigènes, surtout les européennes, mais leurs leaders ont été emprisonnés et accusés d'avoir tué des agents du FBI, étant donné qu'un de ces leaders, Leonard Peltier, est en prison jusqu'à présent. À la suite de ce processus d'organisation du mouvement indigène aux États-Unis, a été créé le « International Indian Treaty Council » (IITC). Jimmy Durham, un des leaders de ce mouvement, s'est réfugié à Genève, où il a établi des relations avec la scène internationale et avec la communauté de Genève. À partir de ces relations, s'est tenue en 1977 la première « Conférence Internationale

des Organisations Non-Gouvernementale », au sein des Nations Unies. Elle a été dédiée à la discrimination raciale envers les peuples indigènes des Amériques, avec la participation des indigènes des trois Amériques. À la suite, en 1981, a eu lieu la deuxième conférence des ONG à l'ONU. A cette occasion le thème discuté a été : « les peuples autochtones, la terre et le contrôle du développement de leurs territoires ». Lors de cette conférence, l'internationalisation de la question indigène a été le principal sujet de débat. À ce moment-là, le mouvement a dépassé l'Amérique pour devenir une action mondiale, et a sollicité des Nations Unies la création d'un Groupe de Travail chargé de la question indigène. En conséquence, en 1982, commence à fonctionner le Groupe de Travail sur les Populations Indigènes de l'ONU.

Il faut noter que Jimmy Durham, un des protagonistes contemporains de l'internationalisation des mouvements indigènes, fait partie du peuple Iroquois, tel que Deskaheh. La lutte pour la reconnaissance du droit à l'autodétermination, initiée par l'Iroquois Deskaheh, s'est poursuivie par l'action de Durham qui a abouti en 2007 à l'adoption par les Nations Unies de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones. Il ne faut évidemment pas oublier l'importance de la participation de tous les peuples et individus indigènes à ce processus de reconnaissance de droits. Parmi ces droits, il faut noter celui qui concerne la protection de leur patrimoine culturel traditionnel, objet principal de cette recherche, comme nous allons l'analyser dans les développements qui suivent.

L'objectif principal de cette partie préliminaire a été de dresser de manière générale le scénario sur lequel toute l'analyse qui se réfère à la protection du patrimoine culturel et des savoirs traditionnels des peuples autochtones ira se développer. De manière générale, il est possible de noter que pratiquement dans toutes les situations étudiées on observe des va-et-vient relatifs à la protection et à la violation des droits à l'intérieure des systèmes juridiques des États qui ont colonisés les Amériques et ceux qui l'ont substitué en tant qu'États nationaux héritiers des colonisateurs. Par ailleurs, chacun sait que l'expansion et le développement de pratiquement tous les États nationaux qui ont succédé aux colonies européennes, comme nous l'avons vu, n'ont été possibles que grâce à l'utilisation des territoires, des ressources et des savoirs des peuples originaires.

Cependant, malgré tout cela, il est difficile et il serait très réducteur d'analyser les situations présentées à partir d'un seul point de vue pour affirmer que toutes les législations n'ont fait que soumettre et déposséder ces peuples de leurs autonomie, autodétermination, mobilité, terres, territoires, ressources naturelles, savoirs, culture et projet propre de

développement. En grande partie tout cela est aussi vrai. Cependant, il n'est pas possible de nier que ces mêmes législations ont aussi servi et été utilisées pour garantir des droits. L'institut de « l'Indigénat » au Brésil, par exemple, comme nous l'avons vu, a été invoqué face au pouvoir judiciaire pour que le droit à la terre occupée par les Guarani de São Paulo soit respecté. Beaucoup d'autres exemples encore ont eu lieu et en ce sens il est possible d'affirmer que les processus de lutte et d'obtention de droits se déroulent souvent de façon extrêmement complexe et parfois discontinue face aux agressions subies. Il y a eu et il y a encore des violations qui sont actuellement commises contre les peuples indigènes, mais, en dépit de 500 ans de violence des gouvernements, a été reconnu le fait que les peuples indigènes revendiquent une identité différente et le droit de participer aux décisions qui les atteignent.

L'actuelle Constitution brésilienne et des autres pays d'Amérique latine, brièvement analysées, ont été rédigés, en général, en reconnaissant la diversité nationale, linguistique, ainsi que l'existence des peuples indigènes non plus comme des réalités transitoires, mais surtout comme des sociétés culturellement différenciées. La diversité, le multiculturalisme, le droit à la terre, aux territoires, aux ressources naturelles, aux savoirs traditionnels sont des nouveaux éléments qui façonnent un dialogue constructif inédit avec les États nationaux. C'est pour cela que la construction d'une action qui vise la protection du patrimoine culturel et des savoirs traditionnels des peuples indigènes devra prendre en compte la complexité historique des situations et des processus observés.



# **PREMIÈRE PARTIE**

## **LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS.**

---

Décrire ce qu'elle est, indiquer ce qu'elle n'est pas. C'est-à-dire, auto observation à partir des paradoxes<sup>1</sup>.

### **TITRE I. Une brève introduction à la notion de propriété intellectuelle**

#### **Chapitre 1. Qu'est-ce que la propriété intellectuelle?**

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI, ou bien WIPO dans la version anglaise) ne s'est constituée en tant qu'organisation autonome au sein des Nations Unies qu'à partir de 1967. La convention de l'OMPI définit la Propriété Intellectuelle comme la somme des droits relatifs aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques industrielles, commerciales et de services, aux dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale et enfin à tout autre droit inhérent à l'activité intellectuelle dans le domaine industriel, scientifique, littéraire et artistique.

L'expression « Propriété Intellectuelle » s'appliquait jusqu'à la fin du XIX siècle (Convention de Paris) de façon plus restrictive et désignait, plus précisément, les droits

---

<sup>1</sup> Leonel Severo Rocha apud Aires J. Rover. "O direito intelectual e seus paradoxos". In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33



d'auteurs<sup>1</sup>. La notion courante de Propriété Intellectuelle, après l'adoption de la Convention de Paris se réfère actuellement à une branche du droit, hautement internationalisée, et qui comprend les champs de la Propriété Industrielle, les droits d'auteur et d'autres droits sur des biens immatériels de divers genres.

### **Section 1. La Propriété Industrielle**

Dans la définition de la Convention de Paris de 1883 (art. 1<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>), la Propriété Industrielle est l'ensemble des droits qui comprend les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou les modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications d'origine ou les appellations d'origine. Elle prévoit également des mécanismes de répression de la concurrence déloyale. La Convention met l'accent sur le fait qu'en dépit de la qualification "industrielle", cette branche du droit ne se limite pas uniquement aux créations industrielles. Elle réunit aussi l'industrie agricole et les produits manufacturés ou naturels, comme par exemple, les vins, les céréales, le tabac en feuille, les animaux, les minerais, les fleurs, etc.

La formation de l'Union de Paris a permis l'élaboration de normes et d'institutions autonomes spécifiques à la propriété industrielle, créant ainsi une relative indépendance face aux dits droits d'auteur<sup>2</sup>. La Convention de Berne a réglementé, depuis la fin du XIX siècle, un champ complémentaire (et séparé de celui de la Propriété Industrielle), avec un secrétariat et des traités distincts. L'évolution de la structure institutionnelle internationale démontre une croissante complexification des régimes juridiques en question. En même temps, l'ampleur de ces droits, originaires soit des systèmes locaux de connaissances, soit des régimes nationaux, soit de la sphère supranationale, confirme aussi une franche expansion des dilemmes qui se présenteront progressivement.

Dans la doctrine française, Jean Jacques Burst et Albert Chavanne défendent la position selon laquelle la propriété industrielle constitue un facteur de développement technique et de progrès économique. Ils commentent que « le progrès suppose la réunion de deux conditions

---

<sup>1</sup> Arpad Bogsch. *Les cent premières années de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*. Genève: OMPI, 1983, p. 191

<sup>2</sup> Nous aborderons les nuances des Droits d'Auteur au long du chapitre.

fondamentales: l'existence d'un outil stimulant l'activité inventive et facilitant l'échange des connaissances techniques. Le brevet d'invention constitue cet outil »<sup>1</sup>. Parallèlement à cela, Mathély affirme que:

Le système du brevet se définit essentiellement de la façon suivante:  
-l'inventeur publie son invention et la livre ainsi au domaine public;  
-mais, en échange, il reçoit, pour une durée limitée, le droit exclusif d'exploiter cette invention à son profit, ou d'en autoriser l'exploitation à son bénéfice"<sup>2</sup>.

Ces exemples illustrent deux importantes théories dans le système de la propriété industrielle. Celle du contrat tacite, selon laquelle il existe une obligation négative de toute la société face à l'exclusivité du droit de l'inventeur assurée par l'Etat, et celle de la récompense, qui est essentiellement la conséquence financière de l'application de la théorie contractuelle<sup>3</sup>.

Le droit de la Propriété Industrielle brésilien peut lui aussi être considéré comme affilié aux écoles théoriques décrites, même avec sa tendance à adopter des modèles étrangers<sup>4</sup>. Il nous semble que le concept « d'intérêt social »<sup>5</sup> est l'aspect le plus significatif et « authentique », si l'on peut dire, dans le système brésilien de la Propriété<sup>6</sup>. Cela ne veut pas dire que l'idée d' « intérêt social » dans le système de propriété soit une originalité de l'ordre juridique brésilien. Elle ne l'est pas! Cependant, elle a des implications non négligeables, très variables, selon l'interprétation et l'intérêt en question, et aussi très vaste dans le champ de son applicabilité.<sup>7</sup>

Le Code de la Propriété Industrielle en vigueur au Brésil (loi n°9279) dispose en ces

---

<sup>1</sup> Jean-Jacques Burst; Albert Chavanne. *Droit de la Propriété Industrielle*.3. Paris: Dalloz, 2006. p. 2-3.

<sup>2</sup> Paul Mathély. *Le Droit Français des Brevets d'Invention*. Paris: Journal des Notaires et des Avocats, 1974, p.31

<sup>3</sup> Mathély ajoute, lors de la conceptualisation de la nature du droit de brevet, que l'inventeur abandonne son droit de propriété sur l'invention au même moment où il opte pour le système des brevets, celui-ci *sui generis*. Une déduction ou une induction logique de cette idée nous mène à la question suivante : si le système de brevets est lui-même *sui generis* dans le droit de propriété, qu'est ce qui empêcherait un système *sui generis* dans le droit aux brevets? Idem, p. 31

<sup>4</sup> Albert Memmi. *Portrait du colonisé, Portrait du colonisateur*. Paris: Gallimard, 1985, p.109. / Serge Latouche. *L'occidentalisation du monde*. Paris: La Découverte, 2005, p. 41. / Bruno Latour. *La fabrique du droit*.Paris:La Découverte, 2004, p. 261

<sup>5</sup> La Constitution Brésilienne (art. 5°, Inc. XXIII) est claire lorsqu'elle stipule que la propriété doit respecter sa fonction sociale.

<sup>6</sup> La question de l'intérêt social du brevet sera détaillée d'avantage dans la section 2 du Chapitre II de cette partie.

<sup>7</sup> Juste à titre d'exemple, nous pouvons observer une « relativisation » de la propriété pour des questions « d'intérêt social » lors de la fameuse polémique de la rupture des brevets pour la production de médicaments utilisées dans le combat contre le SIDA, ou bien lors du renversement de la propriété en cas de reconnaissance, démarcation et homologation d'un territoire indigène.

termes:

- Art. 2°- La protection des droits relatifs à la propriété industrielle, en considérant l'intérêt social et le développement économique du pays, s'effectue sous:
- I- la concession de brevets d'invention et de modèle d'utilité;
  - II- la concession de registre de dessin industriel;
  - III- la concession de registre de marque;
  - IV- la répression des fausses indications géographiques;
  - V- la répression de concurrence déloyale.

La liste de droits garantis dans cet article n'est bien évidemment pas exhaustive. D'autres objets peuvent y entrer, selon la possibilité infinie des relations économiques. Nous verrons par la suite, lors du traitement légal des « autres créations intellectuelles », qu'il existe une prévision pour l'élaboration future d'autres règles de même nature.<sup>1</sup>

## **Section 2. Nouvelles Formes de Propriété Intellectuelle**

Le Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) français prévoit par exemple des régimes propres pour la protection de certaines créations, telles les topographies des produits semi-conducteurs, les obtentions végétales, les caractères typographiques et les créations de mode. Le droit américain à son tour, ouvre des possibilités au-delà des figures traditionnelles, sous la forme de deux différents systèmes de brevet de plantes<sup>2</sup>, de protection des topographies des semi-conducteurs et de la répression spécifique à la publicité trompeuse. Les possibilités sont, en effet, presque inépuisables, et selon quelques auteurs, tel que Borges Barbosa, nous aurons sans doute, dans le futur, encore d'autres figures juridiques intermédiaires entre droit d'auteur

---

<sup>1</sup> Par exemple, la règle du §2°, art. 5 de la Constitution brésilienne est ouverte pour d'autres créations intellectuelles une fois qu'elle n'exclut pas les compromis internationaux assumés par le Brésil.

<sup>2</sup> En 1930, aux EUA, fut édité le « plant patent act », qui autorise la concession de droits de propriété intellectuelle aux créateurs de plantes. Une des particularités de cette loi c'est la possibilité de protection pour des plantes «découvertes». Cela veut dire qu'il n'est pas nécessaire que la variété provienne d'un effort volontaire d'amélioration. Il suffit que la découverte provienne d'une zone cultivée dans un terrain transformé par la main de l'homme. Cette loi de 1930 a passé par de multiples réformes, dont la plus récente s'est effectuée en 1995, suite à l'édition de l'ADPIC. Selon la législation américaine en vigueur (section 161, titre 35 de l'US Code), celui qui invente ou découvre, qui obtient par reproduction asexuée et qui démontre la stabilité d'une variété de plante nouvelle et distincte, peut exiger une protection légale. Cette protection ne couvre pas les plantes telles qu'elles sont rencontrées dans la nature, celle qui sont propagées par des tubercules, celles produites sexuellement par le moyen de semences génétiques. La protection des variétés de reproduction sexuée est faite par une autre loi, la « Plant Variety Protection Act », administrée par le Département de l'Agriculture, le « Plant Variety Protection Office ». Voir *Panorama da Tecnologia*. Ano VII n° 5, maio de 2000. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Brasília, p. 46-53

et propriété industrielle, ce qui est couramment connu sous le nom de « hybrides juridiques »<sup>1</sup>.

Une prévision curieuse de protection de biens intellectuels est celle décrite par la Convention de la Biodiversité de 1992. Selon Posey et Dutfield, les objectifs de cette convention:

(...) impliquent que la biodiversité ne peut être conservée que si les ressources font l'objet d'une utilisation durable<sup>2</sup>, en particulier par les industries de la biotechnologie, et si les avantages économiques découlant de cette utilisation sont réinvestis dans des activités de conservation, surtout dans les pays en développement. Les États conservent des droits souverains sur leurs ressources biologiques et culturelles et ont la responsabilité de veiller à ce que les citoyens profitent des avantages que procure leur utilisation.<sup>3</sup>

Suivant ces mêmes auteurs les peuples autochtones sont parfois assez sceptiques sur la protection effective de leurs droits et doutent que, cette fois-ci, ce sera mieux. Cependant, pour la première fois, les communautés autochtones et locales sont à tout le moins expressément mentionnées dans la CDB et leurs contributions à la conservation de la biodiversité sont reconnues. L'alinéa 8j de la CDB est ainsi rédigé:

Respecter, préserver et maintenir les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favoriser l'application sur une grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourager le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.

Il est donc maintenant possible pour ces communautés, d'invoquer des DPI (Droits de Propriété Intellectuelle), non seulement pour les avantages qu'ils reçoivent des ressources biologiques mais aussi bien pour la part qu'ils prennent ou peuvent prendre à la conservation des ressources *in situ* et *ex situ*. Selon les mêmes auteurs, en cas de conflit entre les besoins

---

<sup>1</sup> Pour une analyse plus complète de ces formes non-homogènes de propriété intellectuelle voir le numéro spécial de la *Columbia Law Review* de décembre 1994 (94 Col. L. Rev. N°8).

<sup>2</sup> Aujourd'hui, même les concepts « d'utilisation durable » ou de « développement soutenable » sont à revoir et à relativiser, comme nous explique bien Serge Latouche dans son livre *Survivre au Développement*. L'auteur remet en cause les notions de croissance, de pauvreté, de besoins fondamentaux et propose une « déconstruction de l'imaginaire économique, ce qui affecte l'occidentalisation et la mondialisation ». Idem, p. 86

<sup>3</sup> Darell A. Posey; Graham Dutfield. *Le marché mondial de la propriété intellectuelle – droits des communautés traditionnelles indigènes*. Ottawa: Centre de recherches pour le développement international/WWF(Suisse) – Fond Mondial pour la Nature, 1997, p. 118

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

des peuples autochtones ou des communautés locales et ceux de la conservation, les gouvernements ont la priorité pour décider. Cela dépendra évidemment de l'interprétation du gouvernement dans chaque cas concret. Ce sujet est essentiel, puisqu'à première vue les droits indigènes et les droits liés à l'environnement (ou plutôt à la politique nationale de gestion environnementale) semblent aller de pair. Comme nous le verrons, cette association n'est pas nécessairement vraie.

Les termes de la CDB, de la Déclaration de Rio<sup>1</sup> et d'Action 21<sup>2</sup> sont généralement vagues et ne seront précisés que par des actions politiques et économiques encore à venir. Puisqu'il est reconnu que les peuples autochtones ont des droits précis et des avantages, et que leurs moyens de subsistance sont liés au développement et à la conservation des ressources naturelles, il faudrait déployer le plus d'efforts possible pour appuyer concrètement les articles de la Convention traitant des droits autochtones, spécialement la reconnaissance, la protection et l'indemnisation de la propriété intellectuelle. Dorénavant, tant les anciens négociateurs du GATT<sup>3</sup> (Accords Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce) que les membres de la FAO (Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture), de l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce) et de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) devraient reconnaître et s'adapter à une nouvelle réalité juridique, étant donné principalement qu'une grande partie des nations ont adopté la CDB.<sup>4</sup>

Bien que considéré par la communauté internationale comme un pays rétrograde, en ce qui concerne les droits indigènes, le Brésil n'en a pas moins un rôle central dans le débat sur de tels droits. Il suffit de se rappeler qu'il existe actuellement au Brésil plus de 225 peuples

---

<sup>1</sup> Déclaration signée en 1992 à la CNUED (Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement – Sommet de la Terre), qui parle du rôle central que jouent les peuples autochtones dans la préservation et le maintien des écosystèmes où ils vivent ainsi que l'importance de la reconnaissance des droits longtemps laissés à un second plan par les Etats Nations. Son article 22 dispose que: « Les populations autochtones et les autres collectivités locales ont un 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 appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ».

<sup>2</sup> Programme d'action du CNUED pour le développement durable. Le programme s'appuie sur la reconnaissance de l'importance des communautés autochtones et locales pour la protection de la biodiversité et affirme que ces communautés doivent être récompensées lors de l'utilisation de leurs savoirs et doivent encore avoir leurs droits territoriaux reconnus pour qu'ils puissent poursuivre leur mode de vie traditionnels.

<sup>3</sup> Le GATT fut un organisme créé dans le but d'harmoniser la politique entre les pays douaniers et, en principe, n'avait pas le pouvoir de punir, juger ou même surveiller les pays en infraction. A partir de 2003, en réunion de l'OMC, commandée par l'Afrique du Sud, l'Inde et le Brésil, fut créé le G20 (Groupe des 20 pays en développement) et le GATT contrôle, à juge et à punit les pays en infraction des règles douanières.

<sup>4</sup> Darrell A. Posey et Graham Dutfield. Idem., p. 118.

indigènes, parlant plus de 180 langues<sup>1</sup> et exerçant une forte pression sur les décisions gouvernementales. Le Brésil a en plus siégé aux réunions qui sont à l'origine de la CDB et en est l'un des signataires. Il est donc indispensable d'analyser quelques aspects de la législation nationale en vigueur. Cette démarche nous permettra d'analyser les dispositifs légaux qui doivent être adaptés aux conventions internationales pour qu'ainsi les buts de la communauté internationale puissent s'accomplir localement et ne pas rester lettre morte.

### **Section 3. La législation en vigueur.**

La première loi brésilienne sur les brevets date de 1809. Cette loi est un Edit Royal de D. João VI, roi du Portugal installé au Brésil en 1808, et qui s'appliquait seulement au Brésil. Le Brésil est donc considéré par quelques auteurs comme une des premières Nations à avoir une législation sur ce thème<sup>2</sup>. Cet Edit Royal marque aussi le premier plan de développement économique brésilien, suite à l'arrivée de la couronne portugaise qui avait un lien très étroit avec le capital étranger, et plus particulièrement l'anglais. C'est dans ce contexte que l'Empire brésilien concède en 1878, après un premier refus, un brevet à Thomas Edison pour une « machine appelée phonographe ».

Lors de la fin des négociations de la Convention de Paris, en 1882<sup>3</sup>, il existait déjà au Brésil une nouvelle loi, assez convenable pour les flux technologiques internationaux de l'époque, ce qui a évité son adaptation après la signature du traité. Cette même évolution n'a cependant pas été visible. Les marques étaient réglées par une série de lois spéciales parce que sur la question il y avait un vide juridique, entre 1875 à 1945. En 1945 lors de l'édition du premier code de la Propriété Industrielle (loi 7.903/45), la matière des marques, des brevets et, éventuellement, de la concurrence déloyale était déjà considérée. Et ceci jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code de 1996 qui a remplacé, dans les aspects pénaux, toute la législation antérieure.

---

<sup>1</sup> Voir <http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm#HOJE>

<sup>2</sup> Denis Borges Barbosa. *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2003 p. 5

<sup>3</sup> Loi n° 3.129, du 14 octobre 1882.

• § 1. **Origine de la Loi 9.279/96.**

La pression exercée par le Gouvernement des Etats-Unis, à partir de 1987, avec des sanctions unilatérales, est sûrement à l'origine du changement de la loi de propriété industrielle brésilienne. Cette posture américaine et le contexte politique, constitutionnel et international ont stimulé la prolifération de projets de réforme législative, donnant naissance au nouveau Code de la Propriété Industrielle et créant la loi sur les logiciels, la loi sur l'informatique et l'élaboration d'un projet sur la topographie de semi-conducteurs, par exemple.<sup>1</sup> Le texte qui fut finalement adopté au Brésil laisse transparaître clairement les signes de ces intérêts économiques et politiques. Le Code de la Propriété Industrielle de 1996 est donc un code qui s'ajuste mal dans le contexte constitutionnel brésilien pour des motifs qui seront par la suite analysés.

• § 2. **Droits d'Auteurs.**

La première tutelle brésilienne qui garantit les privilèges d'auteurs est née en 1827 avec la loi qui a créé les Facultés de Droit de São Paulo et de Olinda. En 1830, le premier Code Pénal établit des sanctions punissant la contrefaçon, mais ce n'est qu'en 1891, avec la Charte Républicaine, que le sujet est devenu matière constitutionnelle, recevant en 1898 un traitement plus large avec la loi 494. De 1917 à 1973 la matière relève du Code Civil et à partir de cette date, avec la loi 5.988/73, le régime juridique devient une loi spécifique, créant le Conseil National des Droits d'Auteurs et le Bureau Central de Perception des Droits d'Auteurs. L'actuelle loi d'auteur, 9.610/98, a été promulguée par le Président Cardoso et maintient la tradition de loi spéciale. Cependant, le nouveau Code Civil de 2002, comporte lui

---

<sup>1</sup> A ce propos, Nelida Jazbik Jessen, affirme: «A partir de 1986, avec le début du cycle uruguayen du GATT, les signes d'un changement de posture des pays développés commencent à être clairs et se cristallisent, en décembre 1991, avec le texte du GATT-TRIPs (*Trade Related Aspects on Intellectual Property*). Il est évident qu'une telle initiative d'apporter au GATT des matières de la Propriété Intellectuelle, qui auparavant était confiées à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, n'a pas été une action isolée. A l'intérieur de l'OMPI, encore une fois, de nouvelles propositions de mécanismes réglementaires apparaissent, tels ceux pour l'harmonisation des marques, les traités pour l'harmonisation de brevets, pour la solution de controverses, pour l'harmonisation des "designs" et le protocole à la convention de Berne pour les droits d'auteurs et autres droits connexes. Moins clairs sont les résultats des négociations bilatérales conduites prioritairement par les EUA (considérées par eux comme beaucoup plus efficaces que les accords multilatéraux) sur les législations domestiques des pays visés, dont le Brésil n'est qu'un des exemples. Sous une analyse moins superficielle, nous pouvons observer l'intention des pays développés de revenir à une situation de simple exportation du produit final objet de brevet (soit le brevet fin, l'intermédiaire ou le moyen), ainsi que le blocage juridique et factuel de l'information technologique, dans une spirale qui nous remet dans la même verticale du début du siècle (dernier)». Nelida Jazbik Jessen. « Extrait d'étude technique pour l'Université de Campinas, de 13/10/1992 » *apud* Denis Borges Barbosa. *TRIPS e a experiência brasileira*. [http://www.patentes.org.br/media/file/Patentes/barbosa\\_trips\\_experiencia\\_brasileira.PDF](http://www.patentes.org.br/media/file/Patentes/barbosa_trips_experiencia_brasileira.PDF).

aussi des dispositifs relatifs aux droits d'auteur, et se présente donc en tant que loi générique du droit privé. La Constitution brésilienne, à son tour, prévoit dans les incises XXVII et XXVIII de son 5<sup>o</sup> article, les principes formateurs du droit d'auteur brésilien. Ces principes sont:

▪ **A) Principe de l'exclusivité de l'utilisation:** Ce principe d'exclusivité se caractérise par son contenu patrimonial lorsqu'il s'agit de l'exploitation économique de l'œuvre. Cependant, il recouvre aussi une autre exclusivité relative à la réalisation de certaines activités liées à l'œuvre, comme la divulgation initiale, la modification et l'identification. Ce sont des facultés d'ordre extrapatrimonial qui servent à protéger la personnalité de l'auteur.

▪ **B) Principe de la transmissibilité:** Dans le régime constitutionnel brésilien, le droit d'auteur est un droit économique et patrimonial. Il ne s'agit pas d'un droit individuel pur, inconditionnel et absolu, non susceptible d'aliénation et de transfert de la personne de l'auteur. Le législateur a donc assuré la prérogative qu'a l'auteur d'opter entre la liberté ou la restriction du transfert de ses droits.

▪ **C) Principe de la temporalité:** Le droit d'auteur, ainsi que les droits de la propriété intellectuelle, est marqué par la temporalité. La fixation du délai du droit d'exclusivité des successeurs revient à la loi infra constitutionnelle, de même que pour la propriété industrielle.

▪ **D) Principe de la protection des participations individuelles en œuvre collective:** L'œuvre collective est une modalité d'œuvre intellectuelle soumise à un régime spécifique, qui déroge aux règles applicables aux simples cas de co-auteurs. Ce principe limite les facultés ordinaires attribuées aux personnes qui participent à la création de l'œuvre, sans toucher au statut différencié de co-auteur. L'œuvre collective doit être vue, selon le principe constitutionnel, comme le résultat de deux types de contributions individuelles. D'une part, celles qui se fondent dans une création autonome, qui est l'ensemble de l'œuvre collective, et d'autre part celles qui sont détachables de l'ensemble, comme par exemple les photographies, les illustrations, les textes ou d'autres contributions individualisables. Selon la plupart des auteurs, l'autonomie du droit du participant individuel ne pourrait exister que pour les contributions détachables. Ceci se justifie, selon ces auteurs, puisque le traitement des autres



collaborateurs, en tant que co-auteurs, implique une copropriété d'administration problématique<sup>1</sup>.

▪ **E) Principe du contrôle de l'utilisation économique:** une originalité de la Constitution de 1988, matérialisée par l'alinéa XXVIII (qui ne traite pas spécifiquement du droit d'auteur), de l'article 5, garantit aux créateurs, aux interprètes, aux associations et aux syndicats, une surveillance des œuvres qu'ils ont créées ou auxquelles ils ont participé.

• **§ 3. Droits d'auteur des peuples indigènes et domaine public:**

L'exercice des droits patrimoniaux d'auteur, comme nous le savons bien, se fait à travers la cession des droits par l'auteur de l'œuvre à un tiers intéressé. Dans le cas des droits d'auteur indigènes, cette cession peut se réaliser de manière collective, lorsqu'il s'agit, bien évidemment, d'une œuvre de nature collective. Le principal problème c'est de savoir cependant qui est légitimé, à l'intérieur de chaque communauté, pour sceller cet accord.

La loi brésilienne de droits d'auteur attribue à l'auteur le droit patrimonial de céder – gratuitement ou onéreusement – les droits sur son œuvre pendant toute sa vie. Par ailleurs, les successeurs de l'auteur ont un droit patrimonial sur l'œuvre pour une période (maximale) de 70 ans après sa mort. Après cette période, l'œuvre « tombe » dans le domaine public, et les droits patrimoniaux de l'auteur et de ses successeurs s'éteignent. A partir de là, l'œuvre en question peut être publiée par quiconque, sans autorisation ou obligation de payer pour la cession de droits d'auteur.

Cependant, cette réalité est considérablement distincte et devrait être vue comme telle lorsqu'il s'agit de droits indigènes. L'aspect collectif qui peut éventuellement reposer sur le patrimoine autochtone – facteur identitaire essentiel d'un peuple - doit constamment être pris en compte. Chaque œuvre qui compose le patrimoine intellectuel collectif d'un peuple indigène est le résultat de contributions cumulées et transmises au long des générations, et il serait hors de question, voire impossible, de déterminer l'âge d'une collectivité autochtone afin de vouloir calculer les droits patrimoniaux qui l'accompagne. Par ailleurs, l'essentiel c'est de reconnaître que cette entité n'est pas mortelle, à la différence d'un individu. Les

---

<sup>1</sup> Manoel J. Pereira dos Santos. “*Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual – O Regime Constitucional do Direito Autoral*”. In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo; Marcos Wachowicz (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23-24

droits d'auteur des peuples autochtones sont donc imprescriptibles, ce qui est déjà reconnu par la Constitution brésilienne et qui commence à l'être (même si lentement) par les lois infra constitutionnelles. Les droits d'auteur collectifs indigènes sont des droits culturels transmis de génération en génération et s'étendent à un ensemble déterminé ou déterminable d'individus dans le présent. Cet ensemble deviendra néanmoins diffus lorsque nous considérons le droit qui doit être garanti aux futures générations de ce groupe de jouir d'un patrimoine qui leur appartient également. Ainsi, la notion de « domaine public » ne devrait pas s'appliquer sur ce cas spécifique<sup>1</sup>. Par ailleurs, rémunérer une seule personne ou un groupe dans une communauté, ou encore une communauté parmi d'autres, considérant qu'elles peuvent toutes partager des savoirs communs, représente une action externe qui est à éviter.<sup>2</sup>

• § 4. Cultivar traditionnel et la Loi des Cultivars (obtentions végétales).

Selon « l'Office of Technology Assessment » (OTA)<sup>3</sup>:

Les cultivars traditionnels sont des variétés de plantes qui ont été développées sur de nombreuses générations, voire sur plusieurs milliers d'années, par des agriculteurs qui ont sélectionné les plantes présentant les caractéristiques voulues. Normalement, les cultivars traditionnels sont plus divers génétiquement que les variétés agricoles modernes et sont souvent adaptés à des environnements locaux particuliers. Parfois appelés 'variétés du paysan', ils sont porteurs de traits génétiques qui leur permettent de survivre et leur donnent leur valeur<sup>4</sup>.

Lors de la fondation, en 1961, de l'Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV), organisme international destiné à assurer la protection des variétés de plantes, la Belgique, la Suisse, le Danemark, la Finlande, l'Angleterre, l'Italie, la Hollande, la Norvège et l'Espagne, démontraient la nécessité de ce type spécifique de protection, sur le plan international, apparue premièrement dans les lois nationales sous la forme de brevets et, à partir des années 20, sous bien d'autres modalités<sup>5</sup>. En accord avec

---

<sup>1</sup> Fernando Mathias Baptista; Raul Silva Telles do Valle. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: ISA, 2004, p. 37-38

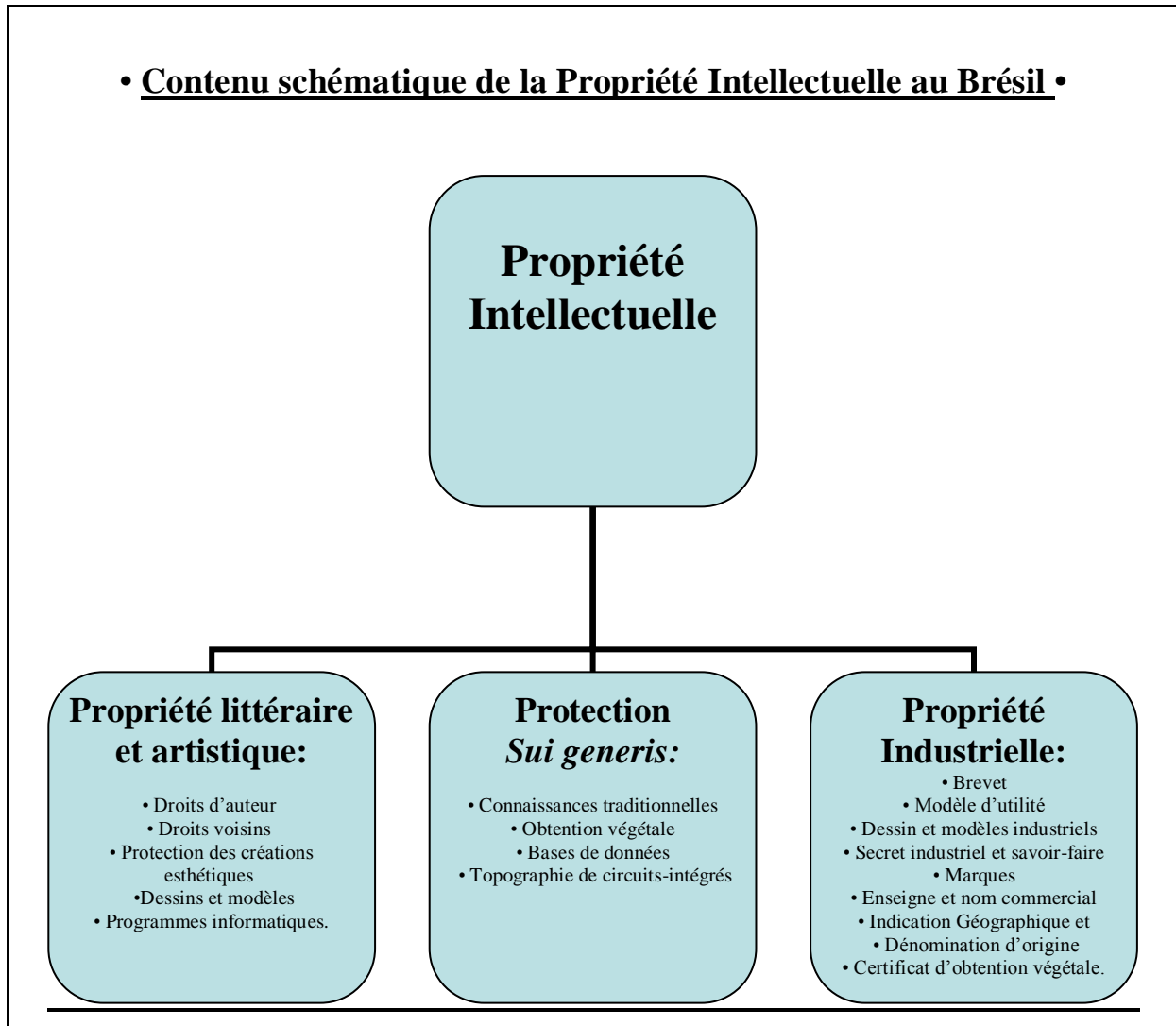
<sup>2</sup> Marshall Sahlins. *Âge de Pierre, âge d'abondance*. Paris: Gallimard, 1976

<sup>3</sup> « L'Office of Technology Assessment » était un bureau technologique et scientifique du Congrès Américain de 1972 jusqu'à 1995. Sa mission consistait dans la réalisation d'analyses objectives à propos des matières scientifiques et technologiques complexes, afin de subsidier les membres du congrès.

<sup>4</sup> OTA. *Technologies to maintain biological diversity*, Washington (DC, E. -U): 1987, n° OTA-F-330.

<sup>5</sup> Au Brésil, 7 espèces de coton, 14 de maïs et 5 de soja sont génétiquement modifiées avec une autorisation légale. Actuellement, il existe 1.265 cultivars protégés au Brésil et presque 2000 demandes sous analyse du Service National de Protection des Cultivars (SNPC).

l'article 27.3- b) de l'ADPIC, selon lequel les pays membres doivent protéger les obtentions végétales par des brevets, par des lois *sui generis*, ou bien par la combinaison des deux, le Brésil a adopté en 1997 la loi 9.456/97 qui incorpore les dispositifs des versions de 1978 et de 1991 de l'UPOV. Selon l'article 10 de la loi de protection de cultivar, celui qui réserve et plante des semences pour une utilisation personnelle, dans son établissement ou dans un établissement d'un tiers dont il détient la possession, n'est pas en désaccord avec la loi.



En somme, la propriété intellectuelle se caractérise d'une part, par cet ensemble de règles mentionnées (propriété industrielle, droit d'auteur, loi de cultivars) entre autres (telles que les normes sur les logiciels, les Modèles d'Utilité, les AOC, etc.). Cette matière, telle qu'elle est traitée actuellement par le droit positif, ne comporte pas, comme nous l'avons déjà dit, l'ensemble des biens, des œuvres, des savoirs, des pratiques ou des ressources qui

composent les droits intellectuels et le patrimoine élaboré par l'effort intellectuel humain, qu'ils soient d'ordre matérielle ou immatérielle. Cette problématique est centrale dans l'actuelle recherche.

Par ailleurs, la racine historique et les fondements constitutionnels de la propriété intellectuelle sont beaucoup moins « naturels » et beaucoup plus complexes que la propriété (romanistique) proprement dite. En effet, dans toutes ses modalités, la propriété intellectuelle est davantage fonctionnelle, soumise à conditions, socialement responsable et certainement, moins absolue que toute autre forme de propriété<sup>1</sup>. Il est donc judicieux d'analyser d'abord l'ampleur de la propriété intellectuelle telle qu'elle est présentée par le droit positif, pour être ensuite en mesure d'aborder la part du patrimoine intellectuel ou des droits intellectuels humains qui restent encore exclus d'un système de garantie et de propriété. Ce problème devrait être posé à partir des spécificités de chaque groupe étudié. Nous nous intéresserons ici surtout au cas des peuples autochtones.

#### **Section 4. Pourquoi Propriété (Intellectuelle)? Sur quoi?**

Selon Borges Barbosa<sup>2</sup>, l'accélération du processus informationnel et le développement de l'économie industrielle ont exigé, depuis la Renaissance, la création d'une nouvelle catégorie de droit de propriété. Ceci est arrivé, essentiellement, à partir du moment où les technologies ont permis une reproduction en série des produits commercialisés: au-delà de la propriété sur le produit, l'économie reconnaît des droits exclusifs sur l'idée de production et plus précisément sur l'idée qui permet la reproduction d'un produit. La propriété intellectuelle se réfère à des droits qui sont toujours liés à une forme d'exclusivité de reproduction et/ou de l'emploi d'un produit (ou service). La branche de la propriété intellectuelle, qui traditionnellement aborde plus directement les intérêts de l'industrie de transformation et du commerce, tels les droits relatifs aux marques et aux brevets, est appelée « Propriété Industrielle ». Selon l'auteur:

La propriété industrielle a toujours été constituée sur une série de techniques de

---

<sup>1</sup> Denis Borges Barbosa. Idem, p. 20

<sup>2</sup> Idem

contrôle de la concurrence, ce qui assure l'investissement des entreprises en ce qui concerne les éléments immatériels: le nom, la marque des produits ou des services, la technologie, l'image institutionnelle, etc.<sup>1</sup>

Dans les pays d'économie de marché l'inventeur d'une nouvelle machine, par exemple, peut solliciter de l'État un brevet, qui représente l'exclusivité de l'emploi de la nouvelle technologie (à condition de remplir les exigences et les limites imposées par la loi). Le titulaire du brevet est le seul détenteur du droit de reproduire la machine; la même situation se vérifie pour l'utilisation de la marque du produit, du nom de l'entreprise.

### • § 1. « Propriété » ou « monopoles »?

Une partie de la doctrine économique considère les droits de propriété intellectuelle (en vigueur dans le système international et dans les régimes nationaux) comme des monopoles. Ceci est dû au fait que le titulaire du brevet ou de la marque, possède effectivement une forme d'exclusivité/monopole d'utilisation de sa technologie ou du signe commercial. Cette exclusivité, en tout cas, est significativement distincte du monopole *stricto sensu* car elle représente finalement une garantie légale sur une opportunité de marché et non pas – comme dans le monopole authentique – une exclusivité du marché. Borges Barbosa par exemple privilégie les expressions descriptives « monopole instrumental » ou « droit d'exclusivité » à celle de propriété. Selon lui, la propriété, qui est un des ensembles normatifs à plus haut niveau de stabilité dans un système légal, permet la formulation de politiques à long terme et, par conséquent, une hausse dans la certitude des investisseurs, toujours dans une perspective où l'évolution technologique est dirigée vers les objectifs élus par une certaine communauté.<sup>2</sup> Formellement, la Constitution brésilienne ne considère pas la propriété comme un droit absolu. Cette catégorie de droits viendra toujours accompagnée par le principe de l'intérêt social, y compris lorsqu'il s'agit des brevets ou autres droits de la propriété industrielle. En théorie, l'objectif prioritaire du pays doit être de stimuler et promouvoir le développement social, technologique et économique du pays. De ce fait, en ce qui concerne la propriété et la propriété industrielle dans l'ordre juridique brésilien, il ne devrait pas exister de système neutre ni complètement internationalisé.

Par contre, en ce qui concerne la tutelle des droits d'auteurs, la Constitution n'est pas si

---

<sup>1</sup> Idem, p. 16

<sup>2</sup> Idem, p. 25

attachée aux spécificités nationales. Elle s'occupe, du moins en ce qui concerne la sphère morale de ces droits, de la tutelle des droits de la personne humaine, avec un caractère plutôt naturel et universel, bien que, comme toute propriété, elle s'assujettisse à l'obligation d'une utilisation socialement adéquate.

Borges Barbosa ajoute que l'industrie culturelle est une des grandes sources de gain économique des pays développés et par conséquent un facteur stratégique inestimable. Selon lui, la position des pays européens, et en particulier celle de la France, dans la longue discussion des accords de l'OMC relatifs aux biens culturels, démontre bien que les dispositions de la Charte Constitutionnelle brésilienne de 1988, « ingénument alignée sur l'idée de l'homme de Rousseau, permet l'affaiblissement des droits des créateurs nationaux au profit d'une culture globale ».<sup>1</sup>

La propriété (de biens corporels) peut être définie, selon la tradition (romanistique) des Codes Civils brésiliens de 1916 et celui de 2002 (art. 1228<sup>2</sup>) comme le droit constitué des possibilités d'utiliser la chose, d'en prélever les fruits, d'en disposer et de se la réapproprier de celui qui la détient injustement. Les droits réels seraient donc l'exercice autonome des droits qui composent la propriété.

L'avènement de nouvelles formes de propriété nous oblige à les analyser en tenant compte de la structure du droit en général, ainsi que de la nature des objets concernés par ces droits. La propriété serait, en termes très génériques, le contrôle juridique sur des biens économiques. Selon Jacquemin et Schrans l'implication est la suivante: « plus les principes d'exclusivité et de transfert de la propriété d'un bien sont étroits, plus la valeur commerciale de ce bien a tendance à s'élever. En somme, le vrai bien est plutôt le droit sous tutelle que la chose en elle-même».<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Denis Borges Barbosa. *Idem*, p. 16-17

<sup>2</sup> Art. 1228 du Code Civil de 2002: « Le propriétaire a la faculté d'utiliser, jouir et disposer de la chose, ainsi que le droit de la récupérer du pouvoir de celui qui injustement la possède ou la détienne. §1° Le droit de propriété doit être exercé en accord avec ses finalités économiques et sociales et de façon à ce que soient préservées, selon les lois spéciales, la flore, la faune, les beautés naturelles, l'équilibre écologique et le patrimoine historique et artistique, en évitant également la pollution de l'air et des eaux. §2° Les actes qui ne gèrent aucune commodité, ou utilité au propriétaire, et qui soient animés par l'intention de porter préjudice à un tiers, sont défendus. §3° Le propriétaire peut se voir privé de la chose, en cas de désappropriation, de nécessité, d'utilité publique, ou en fonction de l'intérêt social, ainsi que dans le cas de réquisition, en cas de danger public imminent ».

<sup>3</sup> Alex Jacquemin; Guy Schrans. *Le droit économique*, PUF: Paris, 1970, p. 13. Selon les auteurs: « Généralement, un bien n'acquiert pas une utilité économique, ou alors, une chose ne se convertit pas en bien, sinon grâce aux droits qui sur elles existent. De ce fait, une des modalités de propriété est basée sur les échanges. Cette propriété confère, en effet, un contrôle du bien ou du service, de façon à ce qu'il existe un lien

Ceci dit, les caractéristiques économiques de la propriété sont d'une part le contrôle sur le bien et d'autre part la possibilité d'empêcher son utilisation par autrui. Cependant, la tradition qui réservait la terminologie « propriété » au contrôle sur les choses ou sur les biens tangibles, admet à présent, par une acception relativement moderne du terme, que l'on fasse référence également à la propriété intellectuelle, à la propriété industrielle et à la propriété commerciale, décrivant ainsi des droits attribués à d'autres biens intangibles.

### • § 2. La propriété immatérielle et le patrimoine culturel

De nos jours, pour les entreprises la possession de capital physique devient progressivement une prérogative marginale dans l'ensemble de leurs priorités économiques, voire même inutile et incommode. En revanche, le scénario contemporain démontre que la source de richesse prépondérante est celle issue du capital intellectuel: les connaissances, les stratégies, les marques, les brevets, les concepts, en somme, la propriété intellectuelle. C'est ici que se révèle l'antagonisme entre propriété et bien culturel.

Les créations de l'esprit humain, les œuvres artistiques, scientifiques, littéraires ou les produits de la créativité industrielle sont couramment appelées « biens immatériels ». Ces « biens immatériels » sont le produit d'un travail et d'une énergie effectués par un individu ou par un groupe de personnes. Dans la sphère industrielle et commerciale, les modalités de biens intangibles sont protégées de diverses façons, comme le droit de clientèle, les protections au « Know How » ou « Savoir-faire », l'attribution et la protection des signes distinctifs, et même, selon quelques auteurs, le fonds de commerce. Cependant, ce travail se vend dans ses résultats et ne peut donc pas être isolé d'un bien corporel ou d'un service qui sera ultérieurement produit sur cette base intangible. C'est l'immatérialité d'un concept ajoutée à la matérialité d'un bien à être commercialisé qui lui prête une valeur sur le marché. La clientèle, le brevet, la marque ou le savoir-faire ont ici une caractéristique spéciale. Il s'agit d'une garantie face à une opportunité de marché. En d'autres termes, cette immatérialité des biens de la propriété intellectuelle est propre au contexte et aux objectifs économiques, à savoir, ceux de la production industrielle avec un regard sur le marché.

Selon Alois Troller:

---

entre le fait d'acquérir et celui d'en disposer. Cela assure la possibilité d'exclure (jusqu'à un certain point) l'utilisation de la chose par autrui. D'autre part, elle comporte le droit d'être transférée ».

La nature intellectuelle des biens immatériels – qui est indépendante de leur fixation corporelle et de leur emploi – leur assure un pouvoir particulier caractérisé dans le domaine de la fabrication et de la vente des biens. Une invention peut servir dans tous les pays comme règle pour fabriquer de façon illimitée une marchandise ou pour exécuter une activité. On peut représenter une œuvre littéraire, musicale ou artistique en divers lieux et au même moment. (...) Tous les biens immatériels peuvent être la source d'un usage indéfiniment répété, quantitativement, dans le temps et dans l'espace.<sup>1</sup>

En ce qui concerne le patrimoine culturel immatériel, les enjeux et les pratiques de protection sont beaucoup plus récents et, peut-être, expérimentaux. Bien qu'il existe plusieurs exemples de commercialisation de biens culturels, nous ne pouvons pas encore affirmer que ce soit déjà un domaine hégémonique ou un objectif central de la plupart des entreprises commerciales. La loi ne pourrait donc pas se limiter à cette approche.

La variable culturelle gagne peu à peu une importance fondamentale dans les agendas politiques internationaux et nationaux. Selon Javier Pérez de Cuéllar:

(...) il convient de souligner l'importance de l'ensemble des propositions qui, durant ces dernières années, ont été avancées par l'Unesco, depuis le Rapport mondial sur la culture et le développement que nous avons élaboré entre 1993 et 1995, jusqu'à la Déclaration universelle sur la diversité culturelle approuvée en 2001 par la 31<sup>e</sup> Conférence générale de cette organisation.<sup>2</sup>

Le 2 Novembre 2001 fut adoptée à Paris, à l'unanimité par les 185 Etats membres la Déclaration Universelle de l'UNESCO sur la Diversité Culturelle. Selon l'UNESCO, l'adoption de cette Déclaration constitue un acte fondateur d'une nouvelle éthique. Cet instrument normatif sans précédents est le premier pas de la communauté internationale dans le sens du maintien de la paix et du développement par le biais du respect de la diversité culturelle et du dialogue interculturel.

Suivant le même paradigme, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté en 2003, lors de sa 32<sup>e</sup> session, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Selon cette convention, le patrimoine culturel immatériel représente la source principale de la diversité culturelle et sa sauvegarde est vue comme une garantie pour une créativité continue

---

<sup>1</sup> Alois Troller. *Précis du Droit de la Propriété Immatérielle*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1978, p. 34

<sup>2</sup> Javier Pérez de Cuéllar. «La variable culturelle» In: *Le Patrimoine Culturel Immatériel, Les enjeux, les problématiques, les pratiques. Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p. 19



de l'humanité. La convention affirme:

On entend par patrimoine culturel immatériel les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable.

Et enfin, le 20 Octobre 2005 a été aussi approuvée, lors de la 33<sup>e</sup> session de la Conférence Générale de l'UNESCO, par 148 voix contre 2 et 4 absentions<sup>1</sup>, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

L'adoption de ces Déclarations et Conventions marque fortement l'action normative de l'UNESCO, avec le but de protéger la diversité culturelle dans toutes ses manifestations et, particulièrement, dans deux grands piliers de la culture: le patrimoine et les créations contemporaines. Néanmoins, les enjeux dans cet univers sont multiples et tout à fait complexes. Peut-on préserver des us et des coutumes, des langues, des rituels, des spectacles, des savoir-faire et des pratiques, sans les figer? Doit-on le faire? Et comment?

Fatalement, une des seules certitudes ici c'est que le paradigme utilisé par le système commercial et les régimes hégémoniques de protection des biens industriels existants ne

---

<sup>1</sup> La convention est soutenue par l'Union Européenne et par le Canada et, selon l'Unesco elle-même, la Convention a pour objectif la préservation de la diversité culturelle, par le moyen de la promotion des traditions ethniques, des langues minoritaires et de la protection des cultures locales contre les effets adverses de la mondialisation. Les Etats-Unis sont restés en position d'isolement et affirment que la convention sera utilisée pour créer des barrières commerciales aux exportations de produits culturels, tels que les films et les musiques, ainsi que pour restreindre indirectement la liberté d'expression. Les deux voix contraires étaient ceux des Etats-Unis et d'Israël. L'ambassadrice américaine Louise Olivier a déclaré que son pays considère « très important que l'Unesco et les leaders mondiaux démontrent que la convention ne servira pas comme instrument pour empêcher les biens et les services de circuler dans les marchés en développement (...) ». Les Etats-Unis s'isolent encore une fois, deux ans à peine après leur réintégration dans l'agence culturelle de l'ONU, suite à une longue absence, qui dura 19 ans, due à de nombreux désaccords entre le gouvernement américain et l'Unesco. Voir *Folha de São Paulo* du 21.10.2005, p. B9 – « Accord culturel est approuvé avec l'isolement des EUA ». Le Brésil a pris une position intermédiaire entre la libéralisation générale du commerce des biens culturels, drapeau des EUA, et le protectionnisme extrême soutenu par la France et le Canada, mais finit par se positionner en faveur du texte de la convention lors des votations. Selon Timothy Craddock, ambassadeur britannique auprès de l'Unesco, et porte-parole de l'Union Européenne, « cette convention protège la diversité culturelle, qui est actuellement en péril, surtout dans les pays pauvres. C'est un droit que nous allons tous partager ».

devraient pas être invariablement les seuls modèles envisageables. Spécialement si l'on considère que prendre en compte toutes les gammes de particularités culturelles présentes dans les sociétés contemporaines représente aussi une priorité à l'heure actuelle. Par ailleurs, les réponses à ce défi sont encore loin d'être bien précisées. Nous présenterons dans cette recherche quelques problématiques et pistes locales, ainsi que des exemples que nous jugeons importants pour une approche respectueuse et responsable, selon les spécificités des groupes en question. Pour ce faire, nous ne pouvons pas nous éloigner, bien évidemment, de l'analyse des discours produits, ceux des peuples autochtones y compris, tenant compte spécialement des droits qui leur sont déjà reconnus et qu'il convient de promouvoir et de faire respecter.

## Chapitre 2. L'idéologie des droits de propriété intellectuelle.

Si la nature a produit une chose moins susceptible de propriété exclusive que toutes les autres, cette chose est l'acte de pouvoir penser, ce que nous appelons idée, et que l'individu ne pourra posséder avec exclusivité que s'il la garde pour soi. Mais, à partir du moment où il la divulgue, elle est obligatoirement possédée par tous et celui qui la reçoit ne pourra pas s'en défaire. Son caractère singulier est aussi le fait que personne ne la possède moins, parce que chacun possède son tout. Celui qui reçoit une idée de moi, reçoit une instruction pour lui sans diminuer ma part, de la même façon, celui qui allume un lampion dans le mien, recevra la lumière sans que, pour autant, la mienne soit éteinte.<sup>1</sup>

Traditionnellement, la propriété intellectuelle est basée sur l'idée que celui qui crée une œuvre doit recevoir une contrepartie pour son effort et dévouement. C'est sur cette base (capitalistique) que l'auteur/créateur serait stimulé à exercer sa créativité et, par conséquent, fomenté le développement intellectuel de la société.<sup>2</sup> Parallèlement, il nous semble raisonnable d'affirmer, que l'accès aux informations<sup>3</sup> au plus haut degré possible<sup>1</sup> est une

---

<sup>1</sup> Thomas Jefferson. *The Writings of Thomas Jefferson*. Disponible sur: [www.constitution.org/tj/jeff13.txt](http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt): "If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me."

<sup>2</sup> Aires J.Rover. "*O direito intelectual e seus paradoxos*". Idem, p. 34

<sup>3</sup> João Mítia Antunha Barbosa; Marco Antonio Barbosa. "Proteção do patrimônio cultural autóctone. Direito e conhecimentos tradicionais: o estado da arte na Sociedade da Informação". *O direito na sociedade da*

perspective qui suscite beaucoup d'intérêt, ce qui serait également garanti, selon quelques auteurs, par l'idée de contrepartie expliquée précédemment. Pourtant, d'un point de vue systémique et en tenant compte du contexte de transition actuel, le débat sur l'accès aux informations et aux connaissances, peut susciter et suscite une argumentation contraire à la protection de la propriété intellectuelle en soi, ou, du moins, une redéfinition de ses limites<sup>2</sup>.

Il nous semble donc important d'analyser ces rapports de forces entre l'idéologie « classique » de la propriété intellectuelle et les nouveaux paradigmes qui se présentent à l'heure actuelle. Un des exemples les plus connus et significatifs, nous semble être celui représenté par la polémique entre « copyright » et « copyleft ». Nous réfléchissons, à partir de là, sur la place et la posture adoptée par les peuples autochtones à l'intérieur de cette discussion.

---

*informação III/* Liliana Minardi Paesani, (coord.), São Paulo, Atlas, 2009, p.1-39. Dans cet article nous présentons la distinction entre découverte et invention.

<sup>1</sup> Il existe, néanmoins, une limite éthique à cette mise à disposition des informations. Nous allons voir par la suite, qu'il est important de distinguer des connaissances de différents niveaux. Certaines d'entre-elles ne sont pas des biens monétaires. Elles peuvent être par exemple de l'ordre du sacré. Voir, par exemple, *Le patrimoine culturel religieux, enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, L'Harmattan, 2004.

<sup>2</sup> Un argument qui va dans le sens contraire que celui de la propriété intellectuelle argumente que la Propriété Intellectuelle ne peut pas être justifiée sur les mêmes bases du commerce des idées. L'argument utilitariste pour la Propriété Intellectuelle est que la propriété est nécessaire pour stimuler la production de nouvelles idées, à cause du retour financier. Ce retour financier devrait venir du marché, dont la justification est le commerce des idées. Si, comme les critiques l'affirment, le commerce des idées est affecté négativement par la présence d'inégalités économiques et plus fondamentalement par les créations artificielles qui servent aux producteurs d'idées et légitiment le rôle des élites, alors le cas de la propriété intellectuelle n'a pas de fondement. La Propriété Intellectuelle servirait juste pour accroître l'inégalité sur laquelle elle est fondée. Une société sans Propriété Intellectuelle est plus propice à développer la créativité. La plupart des problèmes imaginés dans une réalité où la Propriété Intellectuelle n'existerait pas – comme par exemple l'exploitation des petits éditeurs qui renoncent au copyright – sont dus aux accords économiques qui maintiennent les inégalités. Le principal argument pour une société sans Propriété Intellectuelle est basé sur une plus grande égalité politique et économique. Cela ne se réfère pas simplement à l'égalité d'opportunités mais aussi à l'égalité de résultats. Cela n'indique pas une uniformité et non plus un nivellement imposé de haut en bas : cela indique au contraire une plus grande liberté et diversité, ainsi qu'une situation où les personnes peuvent obtenir ce dont elles ont besoin. La Propriété Intellectuelle n'est qu'une technique parmi d'autres par laquelle des puissants groupes économiques contrôlent les informations pour pouvoir se protéger et amplifier leurs résultats et leur richesse. Mettre en question la Propriété Intellectuelle est juste une partie, même s'il s'agit d'une grande partie, pour créer une résistance face aux inégalités. (Voir Brian Martin. "Against Intellectual Property". *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 1, n. 5, September 1996, p. 257-270. Univ. of Wollongong, NSW 2522, Australie: [www.eff.org](http://www.eff.org)).

## Section 1. L'invention de la propriété intellectuelle.

La protection des droits d'auteurs des œuvres intellectuelles est une préoccupation assez récente du point de vue du droit positif. Les premières lois à propos du sujet apparaissent à partir de 1710 en Angleterre, 1787 aux EUA, de 1777 à 1793 en France. Les difficultés liées à la reproduction des originaux exerçaient déjà un grand contrôle sur la distribution des idées, puisque naturellement, le nombre de copies était limité par le labeur manuel des copistes. Avec l'invention de l'imprimerie, en 1440, le pouvoir s'est senti menacé par cette subite et imminente propagation de l'information, ce qui a induit les souverains de l'époque à développer un instrument de censure très rusé. Celui-ci consistait exactement à octroyer le monopole sur la commercialisation des titres publiés aux détenteurs des moyens de production. Ceux-ci, en contrepartie, devaient veiller à ce que leur contenu ne menace pas l'ordre établi<sup>1</sup>. Selon Abrão:

En 1557, dix-huit ans après l'introduction de l'imprimerie par William Caxton en Angleterre, Philippe et Marie Tudor ont concédé à l'association des propriétaires de papeteries et de librairies le monopole royal pour la commercialisation des écrits. Cette corporation est alors devenue une précieuse alliée du gouvernement dans sa campagne pour le contrôle de la production imprimée. Ils étaient des commerçants qui, en échange de la protection gouvernementale, manipulaient les écrits des individus et exerçaient une censure sur ce qui était considéré défavorable aux intérêts de la couronne. Ce privilège sur le contrôle des écrits a été baptisé de *copyright*, il consiste en un droit assuré aux libraires et non pas à l'auteur des écrits. Ce système perdurera pendant à peu près deux cents ans. Il marque l'origine des lois (*statuts*) relatives au droit d'auteur, qui furent, plus tard, héritées par les Etats-Unis d'Amérique.<sup>2</sup>

Cette symbiose perverse entre le pouvoir dominant et les propriétaires des moyens de production des livres ne visait en aucune sorte à garantir le droit des auteurs sur leurs œuvres, mais au contraire à assurer le monopole de la reproduction de ces œuvres. De là vient le nom « copyright » (droit de copie).<sup>3</sup> Un contrepoids à cette mentalité « usurpatrice », si l'on peut dire, des droits d'auteurs, commence à se dessiner avec les garanties individuelles parues pendant la période révolutionnaire d'outre-manche.<sup>4</sup> Selon Eliane Abrão, « l'invention de la

---

<sup>1</sup> Tulio Lima Vianna. "A inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor". In: *RT-845*, São Paulo, mars 2006, p. 444

<sup>2</sup> Eliane Y. Abrão. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: do Brasil, 2002, p. 28

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> Idem, p. 30. « Ce sont les concepts issus de la Révolution Française, parallèlement à la Révolution Industrielle,

propriété intellectuelle » remonterait aux origines du système capitaliste, quand, sous la pression des auteurs des œuvres intellectuelles, l'élément immatériel (ou le travail intellectuel) devient une propriété.

La propriété est un institut juridique qui se caractérise fondamentalement par le droit d'utiliser, de jouir et de disposer de la chose avec exclusivité. L'œuvre intellectuelle, comme son nom l'indique, n'est pas tout simplement une espèce parmi d'autres dans le domaine de la propriété. L'œuvre du « travail intellectuel » humain est revêtue d'une dimension et d'une charge symbolique, culturelle et morale qui dépassent largement les limites existantes dans la catégorie « propriété ». L'invention de la propriété intellectuelle a eu donc une fonction idéologique de couvrir ce « travail » d'ordre immatériel et de le revêtir des attributs précis qui fondent la propriété.<sup>1</sup>

Tandis que le travail manuel est basé sur la modification de la matière première – en transformant un objet pour ainsi élever sa valeur – le travail intellectuel n'est soumis à aucune transformation matérielle, puisque les idées sont, bien évidemment, essentiellement immatérielles. Malgré l'immense « valeur d'usage » qui peut être associée à une œuvre intellectuelle déterminée, sa « valeur d'échange » sera soumise à son association à un autre produit (le papier) et d'autres services (la copie, l'impression, la distribution). Une idée reproduite oralement perd donc significativement sa valeur d'échange. Malgré toute la valeur d'usage qu'elle peut avoir, le simple fait de pouvoir être reproduite indéfiniment, fait qu'elle se dissocie d'un présupposé fondamental de l'économie: l'offre n'est pas assez déficitaire pour qu'elle puisse régir la demande dans un marché concurrentiel.

Il est donc clair que dans l'état actuel de notre société la valeur économique d'un bien dépend directement de sa disponibilité sur le marché. L'invention de la presse, comme l'affirme Lima Vianna, a maintenu la nécessité d'acquisition conjointe de biens et de services,

---

qui ont fait l'histoire de l'autre face du droit d'auteur, dans son contenu moral, dans le respect de l'intégrité des idées et du contenu politique, idéologique et fictionnel de l'œuvre intellectuelle. Pierre Recht affirme que c'est à partir du XVI<sup>e</sup> siècle que les auteurs français commencent à revendiquer des droits sur leurs œuvres. Cependant, suivant le modèle anglais, l'édition des livres dépendait encore d'une concession royale [...]. C'est pourtant, la jurisprudence française qui va discipliner les relations entre écrivains et éditeurs, ainsi que les liens perpétuels qui les unissait. Une décision historique détermine que lors des transactions futures, les héritiers des grands auteurs, tels que La Fontaine et Fénelon, devraient participer aux bénéfices. Le 30 août 1777, de nouvelles règles furent établies en France pour régir les droits d'auteurs, des éditeurs et des libraires. Malgré la préservation des privilèges pour la commercialisation, le droit d'éditer et de vendre les œuvres fut reconnu aux auteurs. Recht affirme encore que les nouvelles règles ont établi une limite déterminante dans la nature juridique des deux catégories de privilèges: les auteurs ont un 'droit de propriété' et les éditeurs une 'libéralité' ».

<sup>1</sup> Tulio Lima Vianna, *Idem*, p. 445

puisque la « valeur d'échange » de l'œuvre intellectuelle continue à être dépendante de sa mise en œuvre physique. La radicale réduction des coûts du service de reproduction de l'œuvre obligea les auteurs à aliéner leur « travail intellectuel » aux détenteurs des moyens de production qui, en contrepartie, exigent la concession d'un monopole pour la distribution des œuvres. Dans une certaine mesure, les droits d'auteurs sont plus précieux pour les éditeurs que pour les auteurs eux-mêmes.

L'invention des systèmes informatiques et de l'internet ont bouleversé significativement les mécanismes de divulgation et de distribution des œuvres intellectuelles. Le service qui était traditionnellement réalisé par les éditeurs, les labels et les producteurs, peut à présent être réalisé directement par l'auteur. N'importe quelle personne connectée sur internet peut avoir accès à des livres, des musiques, des films et des programmes informatiques, et cela à des prix considérablement plus accessibles si comparés à ceux de l'acquisition des anciens médias, comme les livres et les disques, par exemple. Plus encore lorsqu'il s'agit d'œuvres qui se trouvent déjà dans le domaine public et à condition que l'accès ne soit pas limité. La contrefaçon se trouve exactement à ce carrefour: entre le monopole de l'expression des idées par les grandes corporations et sa mise à disposition sans des critères bien définis.

Le support physique d'une œuvre, qui était essentiellement le papier, perd significativement sa place pour d'autres dispositifs d'archivage qui ont un prix très bas et une grande capacité de stockage. Cela permet à un plus grand nombre d'individus de conserver des volumes considérables d'informations en format digital. Le service nécessaire pour la reproduction de l'œuvre a été réduit à un niveau qui permet sa réalisation par l'intéressé lui-même.

Le système capitaliste se confronte donc à une réalité qui avait été occultée pendant longtemps. C'est-à-dire que dans le libre marché, la valeur d'échange du travail intellectuel tend vers zéro, puisqu'il peut être reproduit infiniment et sa valeur monétaire n'est plus conditionnée (limitée) par sa rareté. Bien évidemment, il s'agit encore d'une frange relativement petite de la population mondiale qui peut réellement avoir accès à l'intégralité de cette technologie et de cette source quasi illimitée de contenu informationnel/intellectuel. Néanmoins, cette parcelle de la population qui dispose de cette possibilité, correspond en

bonne partie avec le même découpage des grands consommateurs mondiaux<sup>1</sup>. C'est justement là que semble demeurer l'inquiétude – et, immédiatement, les recherches et les nouvelles stratégies de marché – des détenteurs de moyens de production.

Cependant, cette constatation est loin de mettre en péril la rémunération du travail intellectuel des auteurs. Elle démontre tout simplement, que dans le système capitaliste, la transformation physique de l'œuvre intellectuelle est indispensable pour qu'elle puisse avoir une valeur d'échange. Malgré l'offre infinie en modèle digital, la vente de l'œuvre intellectuelle, en association avec d'autres produits (papier) et services (impression), continuera encore à exister pendant longtemps. La numérisation des œuvres n'abolit pas l'impression des livres. Les lois, qui doivent appartenir au domaine public, sont disponibles en abondance sur internet et les éditeurs juridiques continuent à produire et à vendre des codes imprimés, spécialement lorsqu'ils offrent des informations supplémentaires. Si cela est vrai pour les œuvres qui sont du domaine public, la même situation pourra être vérifiée pour les œuvres qui sont encore sous la tutelle du droit d'auteur. Malgré la vaste divulgation en version numérique, il y aura toujours des intéressés par la version matérielle. L'ancien schéma d'aliénation du travail intellectuel, des auteurs aux détenteurs des moyens de production, est ainsi garanti encore une fois. Ces derniers rémunèrent le travail de création afin de pouvoir garder pour soi le surplus sur cet investissement.

Par ailleurs, dans le système capitaliste « virtuel », le travail intellectuel acquiert une valeur d'échange considérable pendant le temps qu'il est maintenu inédit. L'exploiteur pionnier d'une idée possède un avantage par rapport à ses concurrents. Ceci dit, les détenteurs des moyens de production garantissent les profits liés à l'inauguration de l'exploitation d'un « travail intellectuel » inédit, nouveau. Cette propriété du système de marché s'observe nettement dans la dynamique d'emploi des secrets industriels. Le phénomène est particulièrement observable dans le cas des inventions de l'industrie technologique, et plus

---

<sup>1</sup> Les concepts de « fracture numérique » ou de « fossé numérique » illustrent bien cette perspective de disparité d'accès aux technologies de l'information. Cette disparité apparaît d'une part entre les pays riches et les pays pauvres et d'autre part entre les zones urbaines denses et les zones rurales. Même si le thème de la « fracture numérique » apparaît pour certains comme un problème hypocrite (pris en compte, par exemple, que selon certaines statistiques plus de 2,5 milliards de personnes vivent avec moins de 2\$ par jour), elle sert bien à démontrer que les notions de société de l'information, technologie de l'information et de la communication ne sont un sujet que pour une petite parcelle de la population mondiale. Michel Elie. *Le fossé numérique. L'Internet, facteur de nouvelles inégalités?* Collection Problèmes politiques et sociaux. La Documentation française, n° 861, août 2001, p. 32

récemment, dans l'industrie pharmaceutique<sup>1</sup>. Suite à la commercialisation de nouveaux produits, les producteurs sont presque instantanément copiés par la concurrence, surtout internationale. Dans ce contexte, le brevet n'est pas ce qui produit les plus grands profits. Ce sont plutôt les secrets industriels et le fait d'être pionnier qui permet aux investisseurs une grande marge de profit avant l'achèvement, presque inévitable, du « piratage ».

En effet, nous sommes actuellement face à un nouveau défi en ce qui concerne la tutelle juridique du travail intellectuel. D'une part, l'ancien modèle, contrôlé par les lobbyistes détenteurs des moyens de production, se flexibilise pour continuer à exister. D'autre part, les auteurs eux-mêmes, se mobilisent et créent de plus en plus des nouvelles alternatives pour trouver leur indépendance, ou du moins, une résistance et un nouvel équilibre, face aux puissants oligopoles traditionnels. Ils cherchent à éviter ainsi la spoliation des œuvres sans succomber pour autant à l'action prédatrice d'un « mauvais piratage »<sup>2</sup>. Cette nouvelle perspective peut-être bien illustrée par la problématique mise en évidence par le « Logiciel libre ». Cependant, elle ne s'épuise, bien évidemment, pas là. Les questions sur les biotechnologies, la bioprospection et les médicaments, ainsi que l'utilisation des systèmes de savoirs dits traditionnels, dans les divers secteurs de l'économie, sont également emblématiques de cette nouvelle tendance.

## **Section 2. La protection du travail intellectuel et l'accès aux informations: l'exemple du logiciel libre.**

If communism vs. Capitalism was the Struggle of the 20<sup>th</sup> century, then control vs. freedom will be the debate of the 21<sup>st</sup> century.”<sup>3</sup>

Selon Lima Vianna<sup>4</sup>, le nouveau paradigme sur la rémunération du travail intellectuel a commencé à être traité en 1984 aux Etats-Unis, à partir d'un mouvement commandé par Richard Stallman. Son but était de développer un système opérationnel de distribution libre.

---

<sup>1</sup> Etant donné la nouvelle vague de « brevets cassés » pour augmenter la distribution de certains médicaments, particulièrement dans les pays pauvres.

<sup>2</sup> Il est important de noter que selon quelques auteurs le piratage joue récemment un rôle essentiel (dans une certaine mesure) dans l'équilibre des négociations entre créateurs et détenteurs des moyens de production.

<sup>3</sup> Discours de Lawrence Lessig lors du prix « Award for the Advancement of Free Software » de la « Free Software Foundation » en 2002. Lessig est un des créateurs de la « Creative Commons ».

<sup>4</sup> Túlio Lima Vianna. “A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor”. *Revista da AJURIS*, n° 99, Porto Alegre: septembre 2005, p. 243-258



Cette initiative a abouti à la création de la « Free Software Foundation » (FSF) (Fondation pour le Logiciel Libre). La base juridique de ce projet, le « General Public License » (GPL)<sup>1</sup>, fut rédigée pour rompre avec l'ancienne idéologie du « copyright ».

Selon la définition du projet « Gnu's Not Unix » (GNU)<sup>2</sup> le logiciel libre se réfère à la liberté qu'ont les utilisateurs d'exécuter, copier, distribuer, étudier, modifier et perfectionner ce logiciel. Il se réfère, plus précisément, à quatre types de libertés pour les utilisateurs du logiciel:

- 1) La liberté d'exécuter le programme, dans n'importe quel propos (liberté n° 0).
- 2) La liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter aux nécessités personnelles (liberté n° 1). L'accès au code de source est une condition préalable pour atteindre à cette liberté.
- 3) La liberté de redistribuer des copies du programme, pour aider d'autres personnes (liberté n° 2).
- 4) La liberté de perfectionner le programme et de libérer la circulation de ces améliorations, de façon à ce que toute la communauté en bénéficie (liberté n° 3). L'accès au code de source est également une condition préalable pour atteindre à cette liberté.

Dans ce système, la distribution et la modification de l'œuvre sont libres, mais en contrepartie, les nouvelles distributions doivent demeurer fidèles à la même licence. Un programmeur peut très bien modifier un logiciel libre, cependant, ce nouveau programme confectionné à partir du logiciel libre de base devra être mis à la disposition du public selon les termes de la GPL. Selon Lima Vianna, c'est la première fois que l'on consacre juridiquement la réalité économique selon laquelle, dans le système capitaliste, le travail intellectuel en soi n'a pas de valeur d'échange, en vertu d'une offre illimitée.

Ces licences qui garantissent le droit de distribuer et de modifier librement les œuvres intellectuelles ont été baptisées de « copyleft », une nette intention de démontrer la rupture avec les licences traditionnelles de « copyright », qui assuraient le monopole sur le droit de reproduction des œuvres intellectuelles. Ce nouveau concept de libre distribution et appropriation n'a pas tardé à proliférer et s'applique actuellement à d'autres formes de

---

<sup>1</sup> Licence Publique Générale. Voir: GNU. *Qu'est-ce que le software libre?* Disponible sur: [www.gnu.org](http://www.gnu.org).

<sup>2</sup> GNU se réfère à un acronyme récursif qui signifie en anglais "Gnu's Not Unix" (littéralement, GNU N'est pas UNIX) en référence d'une part à sa similitude ou plutôt son accointance avec UNIX et d'autre part à sa volonté d'échapper à toute pression des « propriétaires » d'UNIX.

création intellectuelles, comme les textes, les images, les musiques, les films, entre autres<sup>1</sup>. Cela peut paraître paradoxal dans un premier moment, mais le « copyleft » ne prohibe pas la commercialisation des œuvres sous sa tutelle. Les entreprises, à partir du moment où elles s'engagent à ne pas empêcher la libre distribution et modification des œuvres, peuvent elles aussi exploiter commercialement l'idée par leurs propres moyens. Cela veut dire qu'un éditeur peut éditer et vendre librement une œuvre distribuée sur internet sous « copyleft », d'une façon qui se rapproche des règles de commercialisation des œuvres du domaine public. Pourtant, il ne pourra pas empêcher que le livre imprimé soit copié, ou bien qu'un autre éditeur le publie lui aussi, puisque en principe le monopole est exclu.

Suite au « copyleft », d'autres modalités de licences, distinctes du droit d'auteur traditionnel, apparaissent. Ces nouvelles formes de tutelle des œuvres intellectuelles donnent une importance spéciale à l'attribution obligatoire du nom de l'auteur, à la prohibition de modifier l'œuvre, et encore, au contrôle (ou interdiction) de la distribution à des fins commerciales. Il s'agit, selon de nombreux auteurs, dont Rover, « d'une victoire face à la vieille idéologie de la 'propriété intellectuelle', en faveur d'un nouveau paradigme de protection du 'travail intellectuel' ».<sup>2</sup>

Ce nouveau modèle n'a bien évidemment pas plu aux détenteurs des droits/moyens de production, qui essayent ardemment de maintenir la défense de l'idéologie de la « propriété intellectuelle », pour garder le monopole sur la distribution des œuvres.<sup>3</sup> Le monopole est ce qui maintient l'inabondance des œuvres intellectuelles et qui, par conséquent, donne artificiellement une valeur d'échange à une idée qui pourrait être reproduite *ad infinitum*.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> L'implantation de la *GNU Free Documentation Licence* est largement responsable de cette expansion.

<sup>2</sup> Aires J. Rover. Idem, p. 34

<sup>3</sup> Tulio Lima Vianna, 2006, Idem, p. 449

<sup>4</sup> Selon Aires J. Rover : « De cette façon, un des éléments qui définissent le mieux cette Nouvelle Epoque est la lutte entre la sphère culturelle et la sphère commerciale ; la culturelle privilégiant la liberté d'accès et la commerciale cherchant le contrôle sur l'accès et le contenu de cette production culturelle, toujours dans un but commercial. Nous sommes nettement en pleine période de transition, qui s'effectuera dans le long terme: d'un système basé sur la production industrielle vers un autre basé sur la production culturelle, où le plus important n'est pas la propriété sur le bien, mais l'accès à ce bien (...) Dans ce contexte il existe une abondance de biens culturels et intellectuels. Face à cela, il y a une vieille économie qui agonise, puisqu'elle se base sur la défense irrationnelle de l'industrie culturelle au détriment de la culture et des réels producteurs de la culture, c'est-à-dire, les auteurs intellectuels (...) Qui n'a jamais eu accès aux divers chiffres commandés ou produits par l'industrie culturelle démontrant, *scientifiquement*, les énormes pertes causées par le piratage électronique ? Il nous semble raisonnable d'affirmer, du moins, que les taux élevés de piratage sont un signe qui dénonce les prix disproportionnés de ces produits et qui donne également des indices sur un modèle de commerce équivoqués. Enfin, nous trouvons des opinions dans le sens que la propriété intellectuelle ne doit pas être une valeur absolue et il s'ouvre actuellement un chemin pour ce qui est appelé *piratage légitime*. La discussion sur

Sous prétexte de protéger les « droits d'auteurs », le combat contre le piratage n'est, selon Rover et beaucoup d'autres, en effet qu'un instrument de réaffirmation de la vieille idéologie de la « propriété intellectuelle »: ce combat est le seul capable à légitimer le monopole du droit de copie des détenteurs des moyens de production.

En fait, le monopole du droit de copie (« copyright ») ne protège pas les droits des auteurs. Au contraire ! Une grande divulgation de l'œuvre n'est pas de son intérêt. Il est sûr que ce système ne s'applique pas de façon universelle et équivalente. En France, par exemple, le système différent du droit d'auteur est fondamentalement distinct de celui du « copyright » anglo-saxon. Une différence essentielle tient au fait que dans le système du droit d'auteur continental (Français ou Allemand, par exemple), le bénéfice initial du droit s'attache, sauf exception, à une personne physique (l'auteur ou ses héritiers) et non pas aux personnes morales (à l'exception des œuvres collectives pour lesquelles l'éditeur, personne morale, est le titulaire). Le « copyright » protège le produit en soi, c'est-à-dire l'aspect commercial de l'œuvre, et reconnaît des droits aux éditeurs ou aux producteurs. Somme toute, le « copyleft » représente en quelque sorte le dépassement juridique d'une vieille idéologie et la consécration d'un nouveau modèle de tutelle du « travail intellectuel » qui, suivant l'exemple du droit d'auteur continental, tente de privilégier prioritairement l'auteur au détriment de l'intérêt des entreprises qui détiennent le monopole du droit de copie.<sup>1</sup>

### **Section 3. Pouvoir économique, concurrence et propriété intellectuelle**

La propriété intellectuelle, comme tout produit du travail humain, se modifie dans le temps et selon l'histoire, puisqu'elle est déterminée par ces éléments. Le Droit doit construire une réponse cohérente et raisonnable pour les problèmes qui se posent à partir de ces changements. Toutefois, si son efficacité ne se vérifie pas dans le présent, cela veut dire qu'un facteur donné a été négligé.<sup>2</sup>

Il est important de se souvenir que celui qui possède un brevet, ou un autre droit protégé par la « propriété intellectuelle », possède aussi un avantage considérable sur ses concurrents. Il sera le seul à pouvoir exploiter l'activité relative au droit protégé; l'infraction du

---

ce thème est partout aujourd'hui». Pour l'auteur il existe une opposition au légalisme pur, qui lui, oublie l'histoire de résistance contre les monopoles commerciaux de toute sorte et qui ignore la fonction sociale de la propriété. Aires J. Rover, Idem. p. 35-37.

<sup>1</sup> Túlio Lima Vianna, Idem, p.450

<sup>2</sup> Aires J. Rover. "O Direito Intelectual e seus Paradoxos". Idem, p. 33-37

contrefacteur, par exemple, consiste à dépasser cette barrière imposée. Nous ne sommes pas seulement dans la sphère du droit et des libertés, mais aussi dans celle du pouvoir<sup>1</sup>. L'idéologie des détenteurs du pouvoir économique s'exprime comme un conflit qui se résout entre particuliers, dans l'exploitation d'un bien commun à tous, c'est-à-dire, le marché. Cela peut signifier une atteinte à l'intérêt public, lorsque les actions d'un entrepreneur ou d'un groupe d'entrepreneurs, tendent à éliminer la concurrence. L'accumulation de pouvoir économique est préjudiciable, non seulement aux auteurs et aux consommateurs, mais aussi, à l'Etat lui-même. Celui-ci peut adopter soit une posture « souveraine » et s'opposer aux essais d'*imperium* privé dans la sphère économique, soit se soumettre aux intérêts d'un secteur déterminé. Malgré tout, les oligopoles multinationaux continueront à imposer leurs politiques d'exclusion, à divers niveaux, au détriment du développement social. Actuellement, comme le dit Jean Aubin: « on nomme développement l'accès d'une frange infime de la population à la voiture individuelle et à la maison climatisée (...) »<sup>2</sup>. Et nous pouvons très bien ajouter ici, l'accès aux informations. « On nomme développement l'élargissement de la fracture sociale entre cette infime minorité qui accède à une richesse insolente, et la masse de la population confinée dans la misère »<sup>3</sup>.

Par ailleurs, Borges Barbosa nous propose une analyse de la nature des droits de propriété qui nous semble intéressante et, en quelque sorte, complémentaire par rapport au point de vue précédent. Selon lui, la propriété, en tant que matière juridique, est un segment du droit privé, sans avoir une autonomie suffisante pour se constituer comme un droit à part. Une discussion intéressante repose sur l'applicabilité du régime général des droits réels sur les modalités spécifiques de « propriété », qui dérivent d'une acquisition originaires, par la création d'un privilège (droit d'auteur) ou d'un enregistrement (régime des brevets). Nous verrons par la suite que cette problématisation à propos de la nature juridique des systèmes de propriété *sui generis* est fondamentale lors de l'analyse des droits des peuples autochtones sur leur droits intellectuels, qu'il s'agisse d'un patrimoine matériel, immatériel, culturel ou territorial.

---

<sup>1</sup> Denis Borges Barbosa, *Idem*, 2003, p. 81

<sup>2</sup> Jean Aubin apud Serge Latouche. *Survivre au Développement*. Barcelone: Mille et Une Nuits, 2004, p.34

<sup>3</sup> *Idem*.

Selon l'analyse d'importants ethnologues et anthropologues, comme Philippe Descola<sup>1</sup>, par exemple, il est possible d'en déduire que dans la réalité cosmogonique, culturelle et sociale de divers peuples autochtones, comme par exemple les Krahô<sup>2</sup>, « nature » et « culture » sont deux catégories indissociables. Ce fait comporte en soi des conséquences juridiques non négligeables y compris dans le champ de la propriété. Selon Carla Antunha Barbosa<sup>3</sup>, il existe un contresens, du point de vue du respect du mode de vie traditionnel des peuples autochtones, garanti dans la Constitution brésilienne de 1988, lorsque les juristes cherchent à entrevoir des droits de propriété sur les connaissances traditionnelles des peuples autochtones dans un système séparé de celui qui garantit leurs droits aux terres et territoires<sup>4</sup>. Selon elle, « nature » étant indissociable de « culture », cela implique que la protection des connaissances ne peut être dissociée de la protection du territoire. Cela signifie que l'élaboration d'un système de protection du patrimoine culturel autochtone devrait obligatoirement aller de pair avec les lois déjà existantes, qui reconnaissent et doivent garantir les droits de ces peuples sur leurs terres et territoires traditionnels.

Revenons aux réflexions de Borges Barbosa. Les instruments internationaux utilisent couramment l'expression « propriété » pour désigner les modalités de droit qui découlent des brevets et des marques, revêtus, par les législations nationales, d'une exclusivité. L'utilisation de cette terminologie, propre à la « propriété intellectuelle », ne signifie pas que tous les pays reconnaissent les brevets, les marques et les droits d'auteur de la même façon. La propriété n'est pas toujours admise en référence à l'acception romanistique. Dans certains pays, surtout ceux de culture juridique anglo-saxonne, la notion de propriété peut englober les monopoles légalement reconnus, comme par exemple les concessions de services publics. Elle peut être suffisamment large pour correspondre à l'espace réservé à l'idée d'invention (et son

---

<sup>1</sup> Professeur au Collège de France et auteur de *Par-delà la nature et la culture*. Paris: Gallimard. 2006. Dans ses recherches, il entend dépasser le dualisme qui oppose « nature » et « culture » en montrant que la nature est elle-même une production sociale, et que les quatre modes d'identification qu'il a distingué et qu'il les a redéfinis (totémisme, animisme, analogisme et naturalisme) ont un référentiel commun anthropocentrique fort. Ainsi, l'opposition « nature »/ « culture » ne fait plus sens, et dans cette direction il propose de constituer ce qu'il appelle une « écologie des relations ».

<sup>2</sup> Peuple appartenant au tronc linguistique « Jê » qui vit au Nord-est de l'Etat brésilien du Tocantins avec l'auteur travail depuis 2010.

<sup>3</sup> Carla Antunha Barbosa est avocate indigéniste et auteur de *Terre, Territoire et Ressources: culture, société et politique pour les peuples autochtones* (2000) ; “O território do conhecimento tradicional indígena”. In: Bernardo Mançano Fernandes; Maria Inês Medeiros Marques; Júlio César Suzuki. *Geografia Agrária Teoria e Poder*. São Paulo: Expressão popular, 2007, p.363-376

<sup>4</sup> Comme nous avons vu dans la Partie Préliminaire, malgré les défis pour son application, il existe déjà un système mis en place pour protéger le droit des indiens sur leurs territoires.

utilisation intellectuelle) ou de recherche.

Or, s'il est possible de déployer la notion de propriété pour les conceptions intellectuelles, il est plus difficile de le faire pour les activités commerciales sans les associer aux pratiques monopolistiques. Si nous identifions « propriété » et « monopole », dans le champ spécifique du droit positif brésilien, nous ne pouvons pas exclure les préceptes qui régissent, dans le droit commun, la propriété des choses physiques de ce rapprochement. Selon la démarche intégrative, dans un système juridique, le déficit de règles dans un secteur de la juridicité sera comblé par les normes les plus adéquates d'un secteur compatible. La « propriété » des brevets, des droits d'auteur et des marques est, sauf exception, liée à des droits absolus, exclusifs et de caractère patrimonial. Où pourrions-nous trouver des normes relatives à de telles figures juridiques, sinon, dans les dispositifs relatifs aux droits réels?

Parallèlement, pour la thématique de la protection des connaissances traditionnelles nous pouvons poser une question corrélative: où pourrions-nous trouver des normes aptes à protéger le patrimoine culturel des peuples autochtones, sinon dans les dispositifs relatifs aux droits de propriété? La réponse est intentionnellement évidente. Cependant, le plus difficile est de savoir si les Etats nationaux, et principalement ceux des pays pauvres, sont réellement prêts à faire face aux détenteurs d'un pouvoir économique qui traditionnellement s'infiltré dans le domaine politique, voir même législatif.

Actuellement, un nombre considérable d'initiatives de la société civile cherche à faire face aux défis posés dans un contexte de crise du domaine public. Ces mouvements ont et auront de plus en plus une importance extrême dans l'évolution de la propriété intellectuelle. Un bon exemple est celui des « Creative Commons » qui, suivant l'espace ouvert par le « software » libre, annoncent un manifeste composé de quatre idées essentielles:

- 1) L'idée de domaine public, en tant que réservoir de la culture humaine. Le but est d'éviter les excès de propriété intellectuelle de la part des détenteurs du pouvoir économique et de fomenté la « promesse digitale de dynamisation de l'art collaboratif, soulignant que la créativité et l'innovation dépendent du riche héritage culturel déposé par une production intellectuelle antécédente ».
- 2) L'idée de copropriété, où l'information ne doit pas être appropriée individuellement ni vendue, mais gérée en tant que ressource collective sans la nécessité d'autorisation pour y accéder.
- 3) L'idée de contenu libre, ou bien, de libre accès aux transformations créatives, comme dans le « software » libre (« open source »).

- 4) L'idée de réservoir créatif – il s'agit de l'acquisition d'œuvres qui contiennent une valeur et une importance spéciale pour ensuite les livrer au domaine public. Cela évite l'appropriation individuelle, l'utilisation exclusiviste et stimule l'éthique de répartition des ressources informationnelles et l'interaction créative.

Cela n'est qu'un exemple parmi d'autres diverses actions qui pourraient être citées, comme le « Public Knowledge »<sup>1</sup>, la « Public Library of Science »<sup>2</sup>, la brésilienne « Scielo »<sup>3</sup>, ou bien la « DoBes »<sup>4</sup> (« Documentation of endangered languages »). Il est important de souligner que ce genre d'initiative ouvre d'une part, d'immenses possibilités pour les groupes et les acteurs intellectuels qui se voient exclus d'un système adéquat de protection juridique de leurs biens culturels, scientifiques, intellectuels, artistiques, etc., soit ne sont pas satisfaits par ceux qui existent. D'autre part, ces alternatives créent également une pression face à l'inertie législative de certains Etats-nationaux et un défi, voir même une concurrence, face à la voracité des oligopoles traditionnels.

La relation entre les droits des peuples autochtones, les connaissances traditionnelles et cette problématique/solution inaugurée par la mise au point du « copyleft » s'observe justement dans le fait que les peuples indigènes, d'une manière générale, ne sont pas d'accord avec la pression externe exercée par les grands détenteurs des moyens de production. Ces derniers insistent sur l'aliénation des connaissances (souvent sacrées et ancestrales) dans un système qui ne s'adapte pas à l'éthique de la grande majorité des peuples affectés. Il nous semble que le raisonnement des peuples indigènes serait plutôt de l'ordre suivant: les connaissances sont libres pour ceux qui les valorisent selon un modèle éthique, basé sur le respect et l'ample reconnaissance de sa valeur intrinsèque, qui dépasse la valeur monétaire. Ces connaissances n'ont un sens qu'à partir du moment où elles s'insèrent dans une cosmovision particulière, qui diverge d'une utilisation capitaliste. Un emploi, hors contexte, de connaissances sacrées, peut mener à des conséquences imprévisibles, telle que la folklorisation ou la disparition. Nous observons que lors des négociations de plus en plus fréquentes entre les peuples indigènes et les personnes intéressées par leurs connaissances (comme les bioprospecteurs, les pharmacologues, les chercheurs universitaires, les muséologues, etc.), la réponse est souvent négative pour ceux qui ne respectent pas cette

---

<sup>1</sup> [www.publicknowledge.org](http://www.publicknowledge.org)

<sup>2</sup> [www.plos.org](http://www.plos.org)

<sup>3</sup> [www.scielo.br](http://www.scielo.br)

<sup>4</sup> [www.mpi.nl/DOBES](http://www.mpi.nl/DOBES)

vision. Il est certain qu'il existe divers niveaux/couches de connaissances. Certaines d'entre elles sont absolument « non soumises à la divulgation », « non transférables », et on ne peut pas leur attribuer une valeur monétaire. Ce sont souvent des connaissances sacrées et qui doivent respecter à la « dimension du secret ». D'autres connaissances peuvent être négociées selon les principes du respect à la différence, du consentement libre et informé, tenant compte de la relative « fragilité » de cette partie contractante et selon la conception du traitement inégal aux inégaux.

La question est encore loin d'être posée dans ces termes sur les tables de négociations. Les intéressés veulent à peine discuter les moyens d'accès aux connaissances, et démontrent souvent une avidité qui joue contre leurs propres intérêts. L'alternative des peuples autochtones se résume souvent en ces termes: soit l'aliénation des connaissances/pratiques moyennant une rémunération, avec une clause de cession totale des droits inhérents aux biens culturels – c'est-à-dire, une cession anti-éthique selon le modèle traditionnel de diverses cultures – soit le (bio, ethno, etc.) piratage – qui dans ce cas ne comporte aucun des aspects légitimes de la libre régulation dans un marché saturé.

Si des alternatives utiles et des mécanismes légaux efficaces ne sont pas mis en place dans un court et moyen terme, nous aurons à faire à une nouvelle phase de spoliations, à l'exemple de ce qui a été décrit dans la partie préliminaire de ce travail, avec un résultat assez prévisible cette fois-ci: une usurpation ethnocidaire. L'approche devrait être plutôt de l'ordre de la protection de cultures qui jouent un rôle de réservoir de connaissances extrêmement fragiles et d'intérêt considérable pour les défis<sup>1</sup> mondiaux qui se présentent à l'heure actuelle. Pour de nombreux peuples indigènes le concept de propriété est inexistant, voir même tabou.

Il serait donc judicieux de faire une analyse plus approfondie sur certains aspects du problème de la propriété intellectuelle, pour observer, ensuite, quelles en sont les caractéristiques et les définitions fondamentales, permettant aux sujets intéressés de participer au processus en accord avec les règles établies.

---

<sup>1</sup> Les défis environnementaux, de gestion des ressources, éthiques, d'acceptation et de dialogues interculturels sont quelques exemples.





## **TITRE II. A quoi et à qui servent les droits de propriété intellectuelle?**

Sans doute, on ne perdra jamais de vue qu'une théorie juridique, si prometteuse soit-elle, n'est rien sans la volonté politique de la mettre en œuvre. Le théoricien du droit se gardera donc bien de prendre ses constructions pour la réalité. Il n'en est pas moins vrai, à l'inverse, que l'action politique a besoin de modèles conceptuels pour transformer ses objectifs en solutions opératoires. Il n'est donc pas inutile de se livrer à l'exercice qui consiste à déployer toutes les virtualités d'une catégorie prospective comme celle du patrimoine, même si leur réalisation n'est pas encore assurée. Le serait-elle, du reste, que le juriste devrait, bien entendu, conserver intacte sa vigilance, aucune institution n'étant à l'abri des rapports de force et des luttes d'intérêt, et donc d'éventuels gauchismes.<sup>1</sup>

Ce titre présente un double objectif. D'une part, il cherche à pointer quelques aspects plus précis et descriptifs sur certaines modalités des Droits de Propriété Intellectuelle (DPI). D'autre part, la description nous aidera à réfléchir à propos des parcours suivis par le droit pour aboutir au système contemporain de DPI - et pourquoi pas de la propriété comme un tout. Cette évolution doit créer, entre autres, une stigmatisation de concepts qui auparavant étaient parfaitement admis – même en occident – tel que l'inaliénabilité du patrimoine transgénérationnel. Ce système prédominant n'est généralement pas, il nous semble, partagé par les peuples autochtones. Ce qui n'empêche pas, pour autant, que la loi ne s'impose envers eux aussi, ou plutôt, qu'elle les contraigne à en être exclus. Cela pourrait confirmer, d'une certaine façon, l'idée selon laquelle la loi positive est toujours la forme d'expression supérieure d'un pouvoir installé.

### **Chapitre 1. Les régimes de protection des innovations techniques et des signes distinctifs.**

Ce premier chapitre se focalisera sur les régimes de protection de la propriété industrielle, notamment les brevets: leur application, leurs présupposés, leurs nuances ainsi que les diverses modalités existantes. Il sera également important d'analyser d'autres

---

<sup>1</sup>François Ost. *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*. Paris: La Découverte, 1995, p. 309

systèmes qui se rapprochent de celui des brevets, du moins sous quelques aspects. Ils méritent d'être observés, surtout, lorsqu'ils démontrent une certaine pertinence en ce qui concerne la thématique des droits indigènes. Par ailleurs, une approche correcte de la nature des brevets nous permettra, par la suite, d'approfondir la discussion menée jusqu'à présent. Les connaissances autochtones peuvent-elles être protégées par les DPI? Sont-elles brevetables? Les mécanismes décrits sont-ils suffisants? Quel est l'esprit sous-jacent aux droits de propriété intellectuelle? Les savoirs (patrimoine) indigènes ont-ils un réel intérêt dans ce contexte? Comment se protègent-ils donc?

Nous chercherons à approfondir l'étude du système des brevets afin d'appréhender les nuances des concepts qu'il comporte. Cette démarche nous semble plus intéressante qu'une interrogation à propos de leur hypothétique utilité face aux sujets en question. Il est, bien entendu, plus important dans la présente discussion d'analyser ces concepts (« invention » et « découverte », « nouveauté » et « utilité industrielle » ou « économique », « biotechnologie » et « appropriation du vivant ») que de faire une étude sur le fonctionnement des bureaux de brevet, leurs exigences et les différents délais de protection, surtout si nous considérons que ces aspects-là changent significativement d'un pays à l'autre. Par ailleurs, même en étant extrêmement importants, ces éléments administratifs sont encore loin de représenter une priorité dans l'ordre des thèmes qui doivent être discutés et compris afin de permettre une effective inclusion des indigènes en tant que protagonistes actifs dans le système, dans les revendications, dans la jouissance des mécanismes de protection de la propriété intellectuelle, dans la garantie de leurs connaissances traditionnelles et, pourquoi pas, dans la valorisation d'un patrimoine transgénérationnel.<sup>1</sup>

### **Section 1. Qu'est-ce qui n'est pas une invention et qu'est ce qui, même en l'étant, n'est pas brevetable?**

Avant le XVIIIème siècle, comme nous l'avons déjà mentionné, les droits de propriété intellectuelle étaient basés sur un système de privilèges royaux, le droit des créateurs

---

<sup>1</sup> Patrimoine vivant et dynamique, hérité d'une ascendance ancestrale et qui appartient à toute une collectivité, ainsi qu'aux futures générations; et dont les sociétés traditionnelles en sont, désormais, un important réservoir (gardiens).

ressemblant donc à une espèce de faveur accordée par les souverains. Suite à la Révolution Française et à la cristallisation des valeurs qui l'accompagnent – telle que la liberté – les résultats et les fruits du travail de l'homme acquièrent une importance sans précédents. Selon Ost « dans cette logique, la plus légitime des propriétés est celle des œuvres de l'esprit: inventions, créations artistiques, œuvres littéraires dont l'auteur est le propriétaire naturel »<sup>1</sup>. Les brevets cessent d'être une faveur et acquièrent un statut équivalent à celui de la propriété immobilière. Ils deviennent une façon de récompenser l'inventeur et de le motiver à poursuivre ses recherches. Mais l'inventeur devient-il effectivement le propriétaire de son travail intellectuel? Le monopole octroyé pour l'exploitation de la technologie (économiquement utile) développée serait, néanmoins, limité dans le temps.

C'est en 1791 que l'Assemblée Nationale Française met pour la première fois ce « marché » sous termes:

(...) considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur (...).<sup>2</sup>

Le système décrit ci-dessus se prête à protéger les « inventions », chassant de sa tutelle la protection des « découvertes ». Cette distinction, comme nous le savons bien, est essentielle en matière de brevet. Ces présupposés ont, à la rigueur, peu changé jusqu'à présent. Ce qui varie éventuellement (surtout d'un pays à l'autre ou d'un bloc économique à l'autre) est le temps de protection accordé par la loi au détenteur du brevet avant que son invention ne soit lancée par l'État dans le domaine public<sup>3</sup>. Cependant, ce qui change drastiquement, depuis quelques décennies<sup>4</sup>, c'est la portée et l'élasticité croissantes accordées à la distinction invention/découverte. François Ost pose cette problématique de façon claire:

---

<sup>1</sup> François Ost. Idem, p. 70.

<sup>2</sup> Idem, p. 71.

<sup>3</sup> Actuellement la moyenne mondiale semble fluctuer entre 15 et 25 ans.

<sup>4</sup> François Ost. Idem, p. 73: «En 1930 le Congrès américain met en place le *Plant Patent Act* qui autorise pour la première fois l'utilisation du régime des brevets pour des plantes obtenues artificiellement. La justification pour ce premier pas des brevets dans le domaine du vivant est la suivante: " *Il existe une distinction claire et logique, expliquait-on, entre la découverte d'une nouvelle variété de plantes et certaines choses inanimées comme, par exemple, un nouveau minéral. Ce minéral est totalement créé par la nature, sans l'aide de l'homme. De l'autre côté, la découverte d'une plante, qui résulte de la culture, est unique, isolée, n'est pas répétée par la nature et ne peut être reproduite par elle sans l'aide de l'homme*".»

(...) il s'en déduisait que tout ce qui était inappropriable – et particulièrement l'immense domaine du vivant – échappait au monopole conféré par le brevet. Comment aurait-on pu monopoliser une nature dont le propre est de se développer selon ses propres lois et sa propre initiative? La nature se découvre, pensait-on, elle ne s'invente pas.<sup>1</sup>

L'article 10 de la loi brésilienne 9729/96<sup>2</sup> fait la distinction entre ce qui n'est pas une invention et ce qui, même en l'étant, n'a pas de protection légale. Sous l'empire des codes antérieurs les deux circonstances étaient confondues. L'actuelle loi exclut du champ des inventions:

- 1) Les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques.
- 2) Les conceptions purement abstraites;
- 3) Les schémas/plans, les principes ou les méthodes commerciaux, comptables, financiers, éducatifs, publicitaires, de tirage au sort et de contrôle;
- 4) Les œuvres littéraires, architecturales, artistiques et scientifiques ou autres créations esthétiques;
- 5) Les programmes informatiques en soi;
- 6) Les présentations d'informations;
- 7) Les règles de jeux;
- 8) Les techniques et les méthodes opératoires ou chirurgicales, ainsi que les méthodes thérapeutiques ou bien de diagnostic, pour une application dans le corps humain ou animal; et
- 9) Les êtres vivants naturels (le tout ou partie) et les matériaux biologiques rencontrés dans la nature, y compris ceux qui sont isolés (génome ou plasma germinatif) de n'importe quel être vivant naturel, ainsi que les procès biologiques naturels.

Certains de ces éléments pourraient éventuellement être considérés comme des inventions selon des critères spécifiques. Cependant, la loi brésilienne, respectueuse des impositions de l'accord ADPIC (Aspect des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce ou Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) de l'OMC interdit le brevetage:

---

<sup>1</sup> François Ost. *Idem*, p. 70.

<sup>2</sup> Loi brésilienne de la Propriété Intellectuelle connue aussi sous le nom de Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).

- Des inventions contraires à la morale établie, à la sécurité et à la santé publique.<sup>1</sup>
- Des produits ou bien des procédés destinés à la transformation du noyau atomique.<sup>2</sup>
- Des êtres vivants (le tout ou partie), exceptés les microorganismes transgéniques<sup>3</sup> qui ne représentent pas une simple découverte (c'est-à-dire, qu'ils doivent remplir les exigences de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'applicabilité industrielle). Face à ces limites posées, il est clair, d'emblée, que les dites « créations industrielles virtuelles »<sup>4</sup> sont exclues de la protection de la loi 9729/96. Cette position est assez souvent considérée comme conservatrice face à certains courants de l'économie mondiale.

Il faut observer cependant, que l'application pratique d'un concept abstrait ou d'une idée commerciale, qui, lors de sa réalisation aurait un « caractère technique », peut être sujet de brevetabilité<sup>5</sup>. Comme on le remarquera, les découvertes en tant que simples actes de connaissance (ici nous pouvons inclure les matériaux biologiques retrouvés dans la nature, les techniques opératoires et de diagnostic, ainsi que toute forme de création pratique non industrielles) sont exclues de la protection de la loi 9279/96.

Le brevet de découvertes que soulève l'art. 10 du CPI/96<sup>6</sup>, est universellement interdit dans le système des brevets; en règle générale aucun pays ne devrait accorder le privilège par simple découverte. Ceci est dû au fait que la concession de brevets a pour objectif la promotion de solutions pour des problèmes techniques – des questions d'ordre pratique dans l'univers physique. La protection d'activités purement scientifiques, esthétiques, ou de nature diverse, est faite par le biais d'autres moyens ou encouragements. Pour Chavanne et Burst « seul le produit industriel est brevetable. La découverte d'un produit naturel n'est donc pas protégeable à défaut d'une intervention de la main de l'homme ».<sup>7</sup> Dans le droit nord-

---

<sup>1</sup> La loi précédente (CPI de 1971) prévoyait l'exclusion du système des brevets les cultes religieux et les sentiments dignes de respect et de vénération.

<sup>2</sup> Ce n'est pas, à proprement parler, une interdiction imposée par l'accord TRIPS, mais la prévision est aussi présente dans la loi des États-Unis, et se justifierait plutôt par une question de sécurité nationale.

<sup>3</sup> Sont considérés transgéniques les microorganismes (excepté le tout ou part d'animaux ou plantes) obtenus à partir d'une intervention humaine directe, étant donné que le résultat abouti (observable dans sa composition génétique) ne s'opérerait pas en conditions naturelles.

<sup>4</sup> Tels les programmes informatiques.

<sup>5</sup> La Cour d'Appel de Paris dans une décision du 13 décembre 1990 (PIBD n° 495 III – 126) a annulé une décision du directeur de l'INPI qui avait rejeté une demande de brevet portant sur l'implantation d'une usine de fabrication. La décision de la Cour précise que la revendication ne vise pas une méthode abstraite en tant que telle mais qu'elle donne le moyen concret d'obtenir le résultat recherché. <http://www.aippi.org>

<sup>6</sup> Code de la Propriété Industrielle.

<sup>7</sup> Albert Chavanne; Jean-Jacques Burst. Idem, p. 41

américain la situation est identique.<sup>1</sup> La théorie générale du droit des brevets suit également la même orientation dans le droit suisse. Selon Alois Troller: « les connaissances donnant un aperçu de l'essence des forces de la nature, c'est à dire qui renseignent sur les créations de la nature nées indépendamment de l'activité de l'homme, sont exclues du cercle de la protection ».<sup>2</sup> Douglas Gabriel Domingues nous explique, à son tour, pourquoi la protection du brevet n'est pas attribuée aux découvertes mais seulement aux inventions:

La découverte est une simple révélation de quelque chose qui existe déjà, et qui résulte de l'esprit spéculatif de l'homme, lors de l'investigation des phénomènes et des lois naturelles. Ceci dit, la découverte représente juste un progrès des connaissances de l'homme sur le monde physique, sans satisfaire par conséquent aucune nécessité d'ordre pratique. En outre, la découverte ne résout aucun problème d'ordre technique.<sup>3</sup>

Un microorganisme biologique produit dans un laboratoire serait alors une découverte ou une invention? Quand pour la première fois aux Etats-Unis, la brevetabilité de microorganismes fut autorisée, la question essentielle abordée était exactement celle-ci: - mais, le « *Pseudomonas* » – objet du brevet du Dr. Chakrabarty – ne se rencontrait-il pas dans la nature? Il s'agissait cependant d'un produit biologique nouveau et pas simplement de quelque chose inconnue. Dans ce sens, les Directives de l'OEB<sup>4</sup> (Office Européen des Brevets) nous disent:

Si une propriété nouvelle d'une matière connue ou d'un objet connu est découverte, il s'agit d'une simple découverte qui n'est pas brevetable car la découverte en soi n'a aucun effet technique et n'est donc pas une invention au sens de l'art. 52(1). Si, toutefois, cette propriété est utilisée à des fins pratiques, cela constitue alors une invention qui peut être brevetable. C'est ainsi, par exemple, que la découverte de la résistance au choc mécanique d'un matériau connu n'est pas brevetable, mais qu'une traverse de chemin de fer construite avec ce matériau peut l'être.

---

<sup>1</sup> Robert Choate ; William Francis. *Patent Law*, West Publishing, St. Paul, 1981. p. 471: « Si nous partons de la prémisse que le système de brevet sert à promouvoir le progrès utile des arts, la conclusion peut-être suivie c'est qu'elle ne récompense pas les découvertes scientifiques basiques exception faite à celles incorporés aux systèmes d'utilités ».

<sup>2</sup> Alois Troller. *Précis du droit de la propriété immatérielle*, Bâle et Stuttgart: Helbing&Lichtenhahn, 1978, p. 37

<sup>3</sup> Douglas Gabriel Domingues. *Direito Industrial- Patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 31.

<sup>4</sup> L'Organisation Européenne des Brevets est une organisation intergouvernementale qui a été instituée le 7 octobre 1977 sur la base de la Convention sur le Brevet Européen (CBE), signée en 1973 à Munich. Elle comprend deux organes : l'Office européen des brevets et le Conseil d'administration, qui exerce un contrôle sur les activités de l'Office. L'Organisation compte actuellement avec 34 Etats membres.

En tant que particularités de refus à la brevetabilité des découvertes, le Code de la Propriété Industrielle brésilien de 1996 déclare que le tout ou partie des êtres vivants « naturels » ne sont pas des inventions, de même que les matériaux biologiques, « tels qu'ils sont rencontrés dans la nature » ou « isolés », et les procédés biologiques « naturels ».

C'est donc avec le développement de la biotechnologie (et bien évidemment de son intérêt économique et du lobby politique qui l'accompagne), que la nature du brevet se voit progressivement bousculée.

### • § 1. Isolement de Matériaux rencontrés dans la Nature

La loi 9.279/96, dans son article 10, XI interdit le brevetage de matériaux biologiques et des êtres vivants rencontrés dans la nature – même si isolés. Il s'agit de découvertes. Il faut cependant faire attention à une certaine tendance à éliminer cette restriction. Selon l'OMPI:

Un produit qui n'a pas encore été suffisamment divulgué au public avant la date du dépôt ou de la période de priorité de la sollicitation du brevet, mais comme il est partie intégrante d'un matériel préexistant, ne sera pas considéré une découverte, ni déficiente dans les critères qui définissent la nouveauté, simplement parce qu'elle est séparée du matériel préexistant<sup>1</sup>

Les progrès du secteur technoscientifique (la manipulation génétique en est un bon exemple) d'une part, et la pression économique exercée par le secteur industriel correspondant d'autre part, créent de nouvelles distinctions épistémologiques qui étaient auparavant inimaginables. Aujourd'hui, il est possible, par exemple, de faire allusion à une « Nature naturelle » en opposition à une « Nature artificielle ». Cette confusion terminologique démontre l'embarras où se trouvent les normes juridiques classiques, ce qui très certainement n'est pas involontaire. Les pratiques scientifiques et biotechnologiques actuelles créent de nouvelles perspectives éthiques ainsi que de nouvelles opportunités de marché. Plus précisément, elles permettent la fabrication du vivant. Selon Bachelard, nous sommes aujourd'hui face à une « science d'effets plutôt qu'à une science des faits<sup>2</sup> ». Les représentations humaines à propos du vivant changent, elles-mêmes de façon significative.

Galloux<sup>3</sup> nous parle de la portée des possibilités matérielles scientifiques destinées à suppléer aux nécessités humaines; citons le « chèvrouton ». La loi se voit incontestablement

---

<sup>1</sup> OMPI WO/INF/30-II, p. 9

<sup>2</sup> Bachelard *apud* François Ost. Idem, p. 72

<sup>3</sup> Galloux *apud* François Ost. Idem, p. 75



obligée à s'adapter, ou du moins, à créer des nouvelles marges d'interprétation pour ses anciens postulats. Cette opportunité interprétative se trouve exactement dans cet espace, situé entre une croyance de la création divine et plus récemment par des vérités scientifiques et dont les inventeurs du vivant s'accaparent à présent. Or, selon les règles de la propriété industrielle, ce qui s'invente s'approprie. Les limites de la brevetabilité accompagnent désormais ce flux.

De nombreux auteurs soutiennent actuellement la position selon laquelle la différenciation entre « découverte » et « invention » ne représentent plus un critère efficace de limitation de la brevetabilité. Une situation parallèle se vérifie dans le domaine emblématique de la biologie en ce qui concerne les « procédés purement biologiques » (non brevetables) et les « procédés microbiologiques » ou « transgéniques » (brevetables). La portée de ce qui peut être inventé est si vaste que la notion de « découverte » perd considérablement sa fonction limitative à l'intérieur du régime des brevets. Selon ces paramètres, « peu importe, dès lors, qu'une substance 'inventée' existe déjà dans la nature, pourvu qu'elle soit encore inconnue et industriellement utile »<sup>1</sup> et le brevet dans ces cas peut porter sur la substance ou son application aux fins de produire tel résultat.

Il est toutefois indéniable que l'acte de manipuler la nature et les espèces, tant végétales qu'animales, avec des obtentions originaires de l'effort humain<sup>2</sup> sur le domaine naturel, remonte à des temps immémoriaux. Plusieurs recherches, que nous analyserons par la suite, démontrent par exemple que la disposition de nombreuses espèces uniques, obtenues à partir de la manipulation humaine, existantes dans des locaux précis de la forêt amazonienne, correspond à l'occupation traditionnelle des habitants qui vivaient ou vivent encore dans ces territoires. La diversité de variétés de manioc (aipim, castelinha, macaxeira, mandioca doce, mandioca mansa, maniva, maniveira, aiapuã, caiaban) en est un exemple. Par contre, ce qui change considérablement, ce sont les intérêts (économiques) liés à chacune de ces modalités d'exploitation de la nature. Qu'en est-il actuellement? Ces obtentions biologiques traditionnelles pourraient-elles susciter des intérêts économiques d'un niveau équivalent à ceux des « génies génétiques » contemporains et qui ont bouleversé les limites de la brevetabilité? Ou bien les problèmes demeurent ailleurs?

Pour pointer de manière plus précise ces limites il faut toujours souligner un des

---

<sup>1</sup> Directives d'examen de l'Office Européen des Brevets, in François Ost, Idem, p. 79

<sup>2</sup> C'est-à-dire, au-delà des procédés naturels tout court.

avantages remarquables des obtentions biologiques traditionnelles qui est celui du temps de recherche, considérablement abrégé avec l'aide des connaissances traditionnelles des populations autochtones. Le temps est un facteur d'importance primordial pour les intérêts économiques.

## **Section 2. Quelles sont les conditions pour un brevet d'invention?**

L'article 27.1 de l'accord sur les ADPIC dit: « un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ».

La loi nationale brésilienne sur les brevets contient également certains présupposés techniques afin de concéder les brevets d'invention et de protéger le droit d'exclusivité des inventeurs. Ces présupposés suivent, en règle générale, les exigences établies par le droit international, à savoir:

### **• § 1. La nouveauté**

La nouveauté est l'essence de la protection d'une solution technique. Selon Frédéric Poullaud-Dulian<sup>1</sup>, elle présuppose qu'une technologie déterminée ne soit pas encore mise à disposition du public, de sorte qu'un technicien, en ayant connaissance de la matière, puisse la reproduire. La nouveauté peut être classifiée selon divers critères, comme, par exemple, celui qui prend en compte le territoire ou bien le contenu des connaissances antérieures. Les principales classifications décrites par la doctrine brésilienne sont:

- La nouveauté latente: elle exige que la technologie sous analyse ne soit pas encore accessible pour le public dans les limites territoriales pertinentes.
- La nouveauté économique: il s'agit de l'accessibilité de la solution technique dans un marché; par exemple, un médicament qui n'a pas encore été vendu sur le marché brésilien serait nouveau dans ce contexte.
- La nouveauté relative: celle qui prend en compte une seule région géographique limitée,

---

<sup>1</sup> Frédéric Poullaud-Dulian. *La Brevetabilité des Inventions*. Paris: LITEC, 1997, p.89.

un laps de temps déterminé, un environnement spécifique et qui crée une restriction à l'égard des technologies décrites, publiées et qui pour cela sont devenues publiques.<sup>1</sup>

▪ La nouveauté absolue: c'est la nouveauté sans limites spatiales ou temporelles – il s'agit d'une technologie inédite, pas encore connue, et jamais utilisée nulle part et en aucun temps.

Selon Gama Cerqueira<sup>2</sup> « la nouveauté, en tant que présupposé pour la concession de privilèges est un concept purement légal. Il peut varier d'un pays à l'autre. L'invention peut être 'nouvelle', dans le sens légal, sans pourtant être 'originale', dans le sens donné au terme par certains auteurs ». L'affirmation inverse peut également être soutenue, c'est-à-dire, l'invention peut être nouvelle dans cette dernière conception sans l'être légalement. L'adoption d'un paramètre ou d'un autre varie selon le secteur spécifique producteur de technologie que l'on prétend privilégier: l'inventeur individuel ou l'entreprise, l'activité industrielle locale ou l'importation, les connaissances traditionnelles ou bien des connaissances à plus haute valeur ajoutée.

Ceci dit, les lois nationales peuvent protéger des technologies qui jusqu'alors ont été universellement ignorées. Elles peuvent par ailleurs limiter leurs exigences aux innovations inédites dans leur pays ou attribuer des brevets (pour des technologies connues ou pas) aux individus qui importent et installent une technologie nouvelle sans concurrents dans le pays. Le Brésil, ainsi que la France, suivent actuellement le principe de la nouveauté absolue en matière de brevet<sup>3</sup>. En règle générale, une technologie déjà introduite techniquement dans d'autres lieux et dates ne pourrait pas obtenir le privilège d'un brevet. Selon le Code de la Propriété Industrielle de 1996, une invention ou un modèle d'utilité ne seront considérés nouveaux que lorsqu'ils ne sont pas compris dans « l'état de la technique »<sup>4</sup>, également connu sous le nom « état de l'art ». Ce sont, en d'autres termes, les technologies connues de l'homme et aptes à être utilisées pour résoudre des problèmes techniques spécifiques.

Certaines technologies peuvent être de libre accès et utilisées par le public. Ces technologies libres à la connaissance et à l'emploi économique intègrent le domaine public.

---

<sup>1</sup> C'est le cas des connaissances traditionnelles où la nouveauté pourrait être perçue vis-à-vis des publications et autres manifestations qui décrivent fonctionnellement ces connaissances pour les non indigènes.

<sup>2</sup> João da Gama Cerqueira. *Tratado de propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952. v, II, t. I, parte II, p. 69

<sup>3</sup> Nous verrons, cependant, que d'autres classifications sont également utilisées dans certains cas éparés.

<sup>4</sup> En matière de brevet, l'état de la technique désigne l'ensemble des informations accessibles au public avant la date du dépôt de la demande de brevet, au regard desquelles sont appréciées la nouveauté et l'activité inventive d'une invention.

Les autres technologies connues ne pourront pas être employées sans l'autorisation du titulaire des brevets respectifs ou autres droits corrélatifs. La solution technique inconnue et inédite est nouvelle. Son créateur pourra donc solliciter un brevet<sup>1</sup>, à condition de remplir encore deux autres exigences : « l'activité inventive » et « l'utilisation industrielle ».

• **§ 2. Activité Inventive**

Il s'agit d'un des trois présupposés pour la concession de brevets par l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) - avec la « nouveauté » et « l'utilité industrielle ». Il s'agit également de l'originalité provenant de l'activité inventive humaine. Il est convenu que la création (brevetable) ne doit pas être une conséquence évidente de l'état de la technique, observable par un spécialiste ou un technicien dans le domaine de la technologie en question.

L'article 13 de la loi 9279/96 définit l'activité inventive de la façon suivante:

L'invention est dotée d'activité inventive lorsqu'elle n'est pas déductible de façon claire et évidente à partir de l'état de la technique.

En dépit de l'apparente cohérence de cette formule légale, de nombreux auteurs la considèrent insuffisante car elle ne comporte pas la possibilité de mettre sous tutelle certaines technologies modernes plus sophistiquées<sup>2</sup>. Cette critique permet, selon nous, d'établir un parallèle avec la pratique courante dans de nombreuses recherches d'industries biotechnologiques, qui consiste à observer les pratiques autochtones d'utilisation de l'environnement (végétal, animal, etc.) afin de réduire le temps des recherches et d'optimiser les potentialités d'obtention de résultats industriellement et économiquement rentables. Ces recherches permettent de détecter des principes actifs utiles à l'industrie et qui pourront, par la suite, être facilement isolés. L'isolement de ces principes actifs donne origine à des brevets pour des futurs produits qui seront commercialisés dans le marché pharmaceutique, cosmétique, de produits « Bio » et autres. Selon « l'Instituto Socioambiental » (ISA), les exemples récents d'appropriation de ressources génétiques, associées à des connaissances traditionnelles, sont multiples<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Le créateur peut, d'autre part, décider de livrer la technologie qu'il a développée au domaine public, option choisie par Sir Alexander Fleming par exemple, à qui est attribuée l'invention de la pénicilline.

<sup>2</sup> Denis Borges Barbosa, 1983, Idem, p. 382

<sup>3</sup> Un cas notoire est celui présenté lors de la campagne « Les Limites éthiques pour le registre de Marques et Brevets sur les Ressources Biologiques et les Connaissances Traditionnelles de l'Amazonie » relatif à la

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Un exemple classique est celui du « Curare » (*d-tubocurarine*). Ce nom provient des mots indigènes, « woorari », « woorali », « urari », qui signifient poison. Le chercheur Walter Raleigh et d'autres explorateurs de l'Amérique du Sud ont constaté son utilisation parmi les indiens. C'est le géographe Alexander Von Humboldt qui enregistre pour la première fois cette toxine, en 1807. En réalité, le « Curare » est une désignation générique pour de multiples préparations, qui incluent plusieurs éléments. Les éléments les plus fréquents sont le poison mortel retrouvé dans les feuilles de *strychnos toxifera* ou *s. guianensis* et dans la *menispermaceae*, spécialement le *chondrodendron tomentosum* ou la *sciadotenia toxifera*. La méthode usuelle de préparation consiste dans la combinaison des jeunes feuilles de *strychnos* et de *menispermaceae* avec d'autres fragments de feuilles ou poison animal. Le mélange est porté à ébullition pendant près de deux jours afin de faire évaporer le maximum de liquide pour obtenir une pâte sombre et épaisse qui sera utilisée lors de la chasse et des combats.



Photo 1 : Homme Nukak chassant des singes en utilisant une sarbacane dont les flèches sont empoisonnées avec du curare. Photo: Luca Zanetti pour le New York Times.

---

sécrétion cutanée du « sapo verde » - « crapaud vert » - (*Phyllomedusa bicolor*). La sécrétion est utilisée par les populations indigènes de l'Amazonie brésilienne et péruvienne afin d'éloigner le mauvais sort lors des chasses. Elle fut l'objet de nombreuses recherches depuis les années 1980 par des laboratoires internationaux. Ces recherches ont constaté que la sécrétion contient un grand nombre de substances jusqu'alors inconnues de la science occidentale, remarquables notamment par ses propriétés analgésiques, antibiotiques et immunologiques. Les principes actifs isolés furent démembrés en dix différents brevets internationaux, quatre d'entre eux nord-américains. Nous pourrions citer également l'exemple de la « découverte » du caoutchouc (Pour plus d'informations voir le site [http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria\\_casos.htm](http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_casos.htm)).

Le pouvoir du poison a été testé, par exemple, en comptant les sauts qu'un crapaud était capable d'effectuer suite à la contamination par une flèche. En 1811, Benjamin Brodie constate que pendant l'infection par le « curare » le cœur continu à fonctionner, ce qui démontre que la fonction cardiaque n'est pas interrompue sous les effets de la toxine. Si la victime est soumise à une respiration artificielle elle peut facilement se récupérer sans dommages majeurs. Les principaux éléments chimiques du « curare » sont des alcaloïdes qui affectent la transmission neuromusculaire. Parmi les divers alcaloïdes présents, les plus communs sont la « curarine » et la « tubocurarine ». Celle-ci fut isolée en 1897, produite sous forme cristalline à partir de 1935 et ensuite commercialisée sous les noms de « Tubarine », « Metubine iodine », « Tubadil », « Mecostrin astracurim » (produite par Wellcome) et « Vecuronium » (produite par Organon). Néanmoins, le « curare » n'a commencé à être utilisé en tant qu'anesthésique qu'à partir de 1943, quatre ans après l'isolement de son principe actif, le « d-tubocurarine ». La « Wellcome », la « Abbott » et la « Elli Lilly » détiennent les brevets des relaxants musculaires basés sur l'invention ancestrale des amérindiens. Ces drogues sont utilisées comme relaxants des muscles du squelette pendant certaines chirurgies afin de contrôler les convulsions<sup>1</sup>. En 1948, à peine isolé le principe actif, environ huit mille patients avaient déjà été anesthésiés avec l'aide des dérivés du « curare ». Le chiffre actuel est, bien évidemment, incalculable, ainsi que les gains provenant de sa commercialisation. Le « curare » n'est pas une découverte. Il a été produit d'après les connaissances indigènes pour répondre à des nécessités quotidiennes et techniques spécifiques (chasse, pêche etc.). Les laboratoires l'ont utilisé plus tard pour d'autres fins (l'anesthésie etc.) sans considérer ou sans reconnaître que le « curare » était un produit déjà manipulé.

Profitons de ces exemples pour poser une problématique qui sera centrale tout au long de notre analyse. Le produit synthétique « inspiré » de connaissances traditionnelles est-il, effectivement, représentatif d'une plus grande activité inventive que la manipulation (immémoriale) de la substance *in natura*, ou bien sommes-nous face à une question d'interprétation des formules légales? Le problème posé ne sous-entend pas que des brevets devraient être délivrés aux indigènes pour la manipulation de leur patrimoine biologique<sup>2</sup>. Il

---

<sup>1</sup>Deyler Meira Goulart. *Contribuição à história da anestesia no Brasil*. Guanabara, 1968; [http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria\\_casos.htm](http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_casos.htm); [www.tropilab.com/curare.html](http://www.tropilab.com/curare.html)

<sup>2</sup> D'une part, parce qu'il nous semble pas que ce soit une revendication recourante, et d'autre part, par ce que, comme nous verrons par la suite, les présupposés pour l'autorisation d'un brevet ne se vérifient réellement souvent pas dans leur cas.

suggère plutôt que les limites qui définissent « l'activité inventive » sont certainement plus floues et interprétatives lorsqu'il s'agit d'intérêts économiques puissants. Les détenteurs de connaissances traditionnelles affirment souvent que la prohibition de breveter une manipulation *in natura* – soit par son ancestralité (il n'existerait donc pas de nouveauté), soit par le fait de considérer cela comme une appropriation du vivant – consiste en un contresens, puisque les mêmes substances peuvent être brevetées si leur principes actifs sont isolés et transformés en polymorphes (forme cristalline). Souvenons-nous que la loi détermine que « les êtres vivants naturels (le tout ou partie) et les matériaux biologiques rencontrés dans la nature, y inclus ceux qui sont isolés (génomome ou germoplasme) de n'importe quel être vivant naturels, ainsi que les procédés biologiques naturels » ne sont pas des inventions.

Le paramètre généralement utilisé pour déterminer ce qui est une « activité inventive » expressive ou pas est le professionnel spécialisé dans le domaine, détenteur de connaissances académiques communes et qui opère dans le secteur industriel pertinent et la littérature spécialisée qui commente ses activités. Le scientifique expérimental n'est certainement pas le paramètre. La technique du « screening »<sup>1</sup> chimique ou biologique est largement connue et répandue dans le secteur de biotechnologies, ainsi que dans l'industrie pharmaceutique, cosmétique, etc. Cette technique est aussi efficace que pour déterminer les propriétés biochimiques de substances minérales, végétales et animales. Par conséquent sa simple application ne peut être considérée, en elle-même, comme un facteur démonstratif de grande « activité inventive ». L'activité inventive énoncée dans l'article 13 de la loi 9279 serait dans ce cas nettement à revoir. Le fait que des produits biochimiques polymorphes puissent être assez facilement brevetés dépasse le simple fait qu'ils relèvent de produits obtenus à partir d'une intense « activité inventive ».

Le troisième présupposé de la brevetabilité (celui de l'utilité industrielle) pourra peut-être nous fournir d'autres pistes pour comprendre les mécanismes d'obtention de tels droits. Le présupposé de « l'activité inventive », qui consiste en une technologie non évidente, implique d'autres contenus qui côtoient des questions *de facto* et de droit. Il existe, selon Wolff<sup>2</sup>, quatre facteurs déterminants pour l'analyse de l'innovation: 1) le contenu et la portée

---

<sup>1</sup> Pour plus d'information voir:

<http://www.phytonpathos.com/regroupement/chimie/screening%20et%20purification%20chimique/screen.php>  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-20611997000400015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-20611997000400015&lng=en&nrm=iso)

<sup>2</sup> Maria Thereza Wolff. “Matéria Obvia e Suficiência Descritiva em Invenções de Biotecnologia”. *Revista da ABPI*, n° 26 – Jan./Fev. 1997. p. 17

des technologies précédentes; 2) les distinctions entre ces technologies (ancienne/nouvelle); 3) le niveau de complexité dans le domaine technique auquel appartient l'invention; 4) le temps écoulé depuis que la technologie précédente (dans le même domaine) a été mise au point. Le résultat inattendu ou bien surprenant, l'économie de temps, le perfectionnement des résultats et l'apport de considérables avantages techniques et économiques<sup>1</sup> sont également d'autres indices qui définissent une innovation. Ce dernier indice qui prend en compte les avantages économiques qui découlent de l'innovation est assez controversé. Selon de nombreux auteurs il ne peut pas constituer une gêne à l'exercice du droit de brevetage des inventions. Ce genre de garantie qui vise à protéger le professionnel innovateur, malgré la non applicabilité économique immédiate de son invention, serait, selon ce même courant doctrinal, une tendance envisageable.

### • § 3. Application industrielle

L'article 15 du CPI brésilien énonce: « L'invention et le modèle d'utilité sont considérés susceptibles d'application industrielle lorsqu'ils peuvent être utilisés ou produits dans tout type d'industrie ». La législation nationale brésilienne exige, directement ou implicitement (par des stipulations latérales), que l'invention soit une solution à un problème technique. C'est-à-dire que cette technologie doit être applicable dans la sphère industrielle. L'invention doit être donc passible de fabrication en série et doit avoir le marché consommateur comme destination finale. La simple utilisation de moyens industriels lors de son exécution n'est pas suffisante pour considérer l'invention comme utile à l'industrie. « L'utilité industrielle » renvoie à l'ensemble des avantages que peut présenter une invention. D'une part, il doit exister une utilisation de moyens industriels lors de l'exécution et d'autre part, un caractère industriel pour le résultat qui est obtenu à partir de l'exécution de l'invention. Il ne suffit pas que l'invention soit liée à l'industrie, elle doit produire un résultat industriel.

Il existe, néanmoins, une réserve en ce qui concerne la reproduction. L'utilité industrielle ne peut pas se restreindre à la production massive de biens. Elle doit également s'appliquer lors de la production d'un produit, de certains produits ou de nombreux produits. Selon José Carlos Soares, il peut y avoir utilité industrielle pour la fabrication d'une seule

---

<sup>1</sup> Wiseman apud Maria Thereza Wolff, Idem, p. 18



machine, d'un équipement ou plus spécifiquement d'une turbine et d'un générateur.<sup>1</sup>

Pour Gama Cerqueira<sup>2</sup>, la terminologie « utilité industrielle » s'applique à toute invention que l'on peut « privilégier », c'est-à-dire, l'invention de nouveaux produits, de nouveaux moyens de production ainsi que de nouveaux procédés, de nouvelles applications et de nouvelles combinaisons pour des techniques déjà connues, avec lesquelles des résultats industriels puissent être obtenus. Les « produits » comprennent ce qui peut être objet de fabrication ou d'exploitation industrielle et les « moyens » renferment « ce qui peut être objet d'application lors d'une opération industrielle; tous les moyens qui sont destinés à obtenir un produit ou bien un résultat industriel ».<sup>3</sup> Encore selon Cerqueira, l'expression « industrielle », utilisée par la loi, sert à caractériser l'utilisation faite de cette invention. Grosso modo, elle sert plutôt à exclure de sa tutelle les créations intellectuelles purement scientifiques, littéraires et artistiques.

Le caractère industriel de l'invention se réfère à son ensemble propre de particularités, qui la distingue essentiellement des créations intellectuelles de genre divers ; celles-ci ne touchent pas directement à l'industrie et ne sont pas destinées à la satisfaction de nécessités d'ordre pratique ou technique.<sup>4</sup>

Ces définitions sont assez limitées du point de vue des intérêts commerciaux. Cela explique la tendance actuelle de les élargir dans le sens du vendable et du succès commercial. En d'autres termes, tout ce qui se vend devient « utile ». Selon Plasseraud et Savignon :

(...) la notion d'utilité a évolué vers la forme marchande du succès commercial: est réputé utile tout ce qui est susceptible de trouver un marché; dans le monde contemporain, la notion d'utilité est d'ailleurs encore présente dans la législation relative aux inventions de certains des pays à économie de marché (...)<sup>5</sup>.

Le brevet est, en effet, un pouvoir économique qui confère à son titulaire un droit exclusif (mais temporaire) sur un produit. Pendant la durée du brevet, le détenteur peut empêcher la production, l'utilisation et la vente de ce produit par des tiers. Le même effet

---

<sup>1</sup> José Carlos Tinoco Soares. *Tratado de Propriedade Industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 281

<sup>2</sup> João da Gama Cerqueira. *Idem*, p.100-104

<sup>3</sup> *Idem*

<sup>4</sup> *Idem*

<sup>5</sup> Yves Plasseraud et François Savignon. *L'état et l'invention – histoire des brevets*. Paris: Documentation française, Institut National de la Propriété Industrielle, 1986, p. 10. De toute façon il est possible de breveter une invention qui n'aura aucun succès commercial et ni même aucune utilité réelle.

s'observe pour les brevets de procédés<sup>1</sup>. Ainsi, le brevet dépasse le simple droit concédé à l'inventeur. Il représente l'accès et le contrôle sur une parcelle du marché. Notons que les brevets peuvent être achetés, vendus, loués ou octroyés sous licence. En effet, les institutions et les entreprises qui disposent de moyens pour investir dans la recherche obtiendront inévitablement la plus grande part des privilèges qui découlent des inventions, de la commercialisation des produits et de l'emploi des procédés industriels innovateurs. En ce qui concerne le marché mondial, les résultats à court terme sont souvent privilégiés par rapport à un (supposé) bien-être économique postérieur. La stratégie courante consiste à contrôler les connaissances, afin de garantir des intérêts économiques. Le domaine biotechnologique, comme nous le verrons par la suite, n'échappe pas à cette règle. Cela explique l'existence de brevets qui permettent non seulement le monopole de « matériel vivant », mais également, l'invasion de la sphère des droits d'agents économiquement plus fragiles dans le contexte du marché global. La manutention de la dépendance technologique des Etats non-industrialisés et des entreprises sans fonds pour la recherche, dérive de l'hégémonie des grands groupes entrepreneurs en tant qu'exclusifs propriétaires de la technologie et des connaissances<sup>2</sup>.

D'une part, l'analyse des brevets en biotechnologie nous permettra d'appréhender dans quelle mesure la garantie des produits issus de ce genre de recherche relève d'une reconnaissance d'inventions ou de simples phénomènes chimiques. Il sera intéressant d'autre part, d'analyser les cas où il s'agit d'une appropriation du vivant ou de procédés industriels. Les conditions imposées, lors de la concession de brevets à certains secteurs, en ce qui concerne la nouveauté, l'activité inventive et l'utilité industrielle<sup>3</sup>, sont aussi difficilement vérifiables dans le domaine de la biotechnologie, et cela, en partie, à cause de la spécificité du matériel manipulé. Les présupposés sont souvent partiellement remplis mais, malgré cela, les brevets sont nombreux. Un approfondissement sur ce thème serait donc essentiel pour mieux comprendre les mécanismes qui commandent cet instrument de la politique industrielle. Pour ce faire, nous devons d'abord faire le tour des catégories existantes de brevets, afin de pouvoir examiner chaque branche de l'industrie dans sa modalité spécifique de protection,

---

<sup>1</sup> Nous analyserons ces différentes formes dans la prochaine sous-section.

<sup>2</sup> Luiz Otavio Pimentel. *Las funciones del derecho mundial de patentes*. Argentina: Advocatus, 2000.

<sup>3</sup> Lors d'une analyse plus approfondie de ces exigences il serait nécessaire d'y inclure d'autres conditions, telles que « l'Action Humaine », la « Possibilité de Reproduction », « l'Unité de l'Invention » et le « Concept Inventif », énoncés non seulement dans la doctrine et la jurisprudence, mais aussi dans la pratique des organismes de brevetage.

pour ensuite en pointer les failles et comprendre ce qu'elles indiquent.

### **Section 3. Autres régimes de protection des innovations techniques.**

Il existe plusieurs types de brevets décrits par la doctrine. Ils peuvent être catalogués d'après leur objet (procédés, produits, etc.), selon la nature de la solution technique en question ou d'après leur finalité (invention, modèle d'utilité ou petits brevets, certificat d'invention). Cependant, certaines de ces modalités – comme les modèles d'utilité - ne sont pas des brevets au sens strict du terme. Les brevets peuvent encore, selon le cas et les pays, prendre la forme de brevets d'importation, de brevets et de certificats de perfectionnement, etc. Les exemples ici mentionnés ne constituent pas nécessairement des catégories distinctes de brevets et au sens strict, ce ne sont pas des brevets, puisque généralement, les demandes de registre englobent plusieurs de ces idées en un seul brevet. Cette précision est importante dans la présente étude. Elle nous permettra, *a posteriori*, de répondre à des questions telles que: les brevets (ainsi que les autres DPI) peuvent-ils être des instruments utiles aux peuples autochtones afin de sauvegarder leurs connaissances traditionnelles? D'autres sujets peuvent-ils utiliser ces instruments pour s'en approprier des créations fondées sur des connaissances autochtones? Quels instruments juridiques pourraient être employés dans le cas affirmatif?

Nous analyserons par la suite les catégories de brevets énoncés à partir d'une observation descriptive. Néanmoins, la spécificité du thème nous oblige, en plus, à tenir compte de la procédure mise en œuvre lors d'une demande de brevet. Un brevet coûte cher et la délivrance dépend de l'accompagnement, voire de l'engagement d'un spécialiste. Il se peut que ces aspects soient déjà une limitation préalable. Une des principales difficultés dans le cas des peuples indigènes vient du fait que le procédé d'obtention d'un brevet et d'autres variétés de demandes – qui implique des paiements pour déposer et pour examiner la demande, ainsi que pour obtenir la délivrance – est long et coûteux. Par ailleurs, le brevet obtenu devra être renouvelé périodiquement. La problématique de l'accessibilité au droit est d'ailleurs une constante dans la réalité des peuples indigènes brésiliens et, à part quelques exceptions, du monde. Dans la sphère de la propriété intellectuelle la situation n'est pas différente. Cela nous obligera donc à prendre en compte cet aspect, qui dépasse celui du droit positif en soi, afin d'aborder le thème de façon cohérente et responsable.

A présent, considérons quelques variétés de brevets et ensuite certains autres régimes de

protection des innovations techniques.

• **§ 1. Les modalités de brevets.**

▪ **A) Brevets de produits:** désigne un objet physique déterminé tel qu'une machine, un médicament, un produit chimique, le mélange de plusieurs éléments, un microorganisme. Ce type de brevet saisit toute utilisation du produit, même celles qui, éventuellement, n'ont pas encore été dévoilées. La protection du produit assure au titulaire son exclusivité, peu importe la façon comme il sera produit.

▪ **B) Brevets de procédés:** se réfèrent aux technologies utilisées pour l'obtention d'un certain résultat technique, à partir d'une action sur la nature. L'objet du brevet dans ce cas sera l'ensemble des actions (humaines, mécaniques ou chimiques) employées afin d'obtenir un résultat. Il garantit donc l'exclusivité de l'utilisation de ce procédé lié à n'importe quel produit. Cependant, il ne protégera pas l'invention obtenue à partir d'autres techniques ou moyens.

▪ **C) Brevets d'utilisation:** vise une seule utilisation définie. Toute autre application postérieure de cette invention est exclue de la protection octroyée.

▪ **D) Brevets de produit obtenu:** il ne porte que sur les produits obtenus à partir du procédé préalablement décrit et inscrit dans le registre.

• **§ 2. Modèles d'utilité ou petits brevets.**

Cette catégorie de protection n'est pas exactement un brevet et elle est généralement restreinte aux améliorations d'équipements, d'outils, de pièces etc. C'est une modalité qui sert aux petits inventeurs, aux ouvriers et ingénieurs dans la chaîne de production, aux artisans etc. Les critères de concession des Modèles d'Utilité (MU) sont beaucoup moins exigeants que ceux demandés lors de la concession de brevets. Cependant, le temps et la portée de la protection sont également restreints. Selon l'OMPI, si le critère de nouveauté doit être rempli, l'exigence relative à l'activité inventive ou à la non-évidence peut être moins importante, voire inexistante. Dans la pratique, la protection par modèle d'utilité est souvent demandée pour des innovations à caractère plutôt complémentaire, qui ne remplissent pas éventuellement les

critères de brevetabilité. La durée de la protection par modèle d'utilité est plus courte que celle accordée aux brevets et varie d'un pays à l'autre (en règle générale, entre sept et dix ans sans possibilité d'extension ou de renouvellement). Dans la plupart des pays où la protection par modèle d'utilité est accordée, les offices de brevets n'examinent pas les demandes sur le fond avant l'enregistrement. Cela signifie que la procédure d'enregistrement est souvent sensiblement plus simple et plus rapide et dure en moyenne six mois. Les modèles d'utilité sont beaucoup moins coûteux à obtenir et à maintenir en vigueur. Dans certains pays, la protection par modèle d'utilité ne peut être obtenue que dans certains domaines techniques et uniquement pour des produits et non pour des processus.

Selon loi brésilienne 9279/96, le MU est « l'objet d'utilisation pratique, ou une partie de celui-ci, susceptible d'être utilisé dans l'industrie, présentant une nouvelle forme ou disposition et qui contient une activité inventive qui fournit une amélioration fonctionnelle dans son utilisation ou dans sa fabrication ». Au Brésil, une grande partie des demandes de brevets nationaux est classifiée en tant que « Modèles d'Utilité », puisque la notion d'invention y est clairement couverte. Malgré sa reconnaissance dans plusieurs pays (tels que l'Argentine, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, l'Espagne, la France, le Japon), l'unité des règles et du système international (pactes, accords) de cette modalité de protection est encore fragile.

### • § 2. Droits d'obteneurs.

Les paramètres du système général des brevets et ceux des lois de cultivars<sup>1</sup> sont nettement distincts. La protection de cultivar n'est pas, pour ainsi dire, un brevet de nouvelles variétés végétales. Au Brésil, les obtentions végétales (ou cultivars) sont protégées par la loi 9456 du 25 avril 1997 et réglementées par le Décret 2366 du 5 novembre 1997. Le Ministère de l'Agriculture est chargé d'enregistrer (ou pas) le cultivar par le biais du Système National de Protection de Cultivars (SNPC).

Les droits d'exclusivité concédés par la loi ne peuvent pas empêcher l'utilisation de l'obtention, ni à des fins de recherche, ni pour l'obtention par des tiers de nouveaux cultivars. Ils peuvent se passer du consentement du détenteur du droit, ce qui n'est pas la règle commune lorsqu'il s'agit de brevets.

En droit international, les « Droits de l'obteneur » (DO) sont définis par la Convention

---

<sup>1</sup> Un cultivar est une variété de plante obtenue en culture, généralement par sélection, pour ses caractéristiques réputées uniques.

de l'Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV). Selon l'UPOV, l'obtenteur est celui qui a produit un cultivar (volontairement ou involontairement). Cette plante « nouvelle » doit remplir les conditions suivantes:

- 1) Stabilité: cela veut dire qu'elle doit se maintenir en conformité avec la description déposée après des reproductions ou des multiplications successives;
- 2) Homogénéité: pour ce qui est de sa reproduction sexuée ou de sa multiplication végétative propre;
- 3) Distinction: par rapport aux autres variations de son espèce et de toute autre variété notoirement connue.

De plus, la variété est réputée nouvelle uniquement:

Si à la date du dépôt de la demande de droit d'obtenteur du matériel de reproduction ou de multiplication végétative ou un produit de récolte de la variété n'a pas été vendu ou remis à des tiers d'une autre manière, par l'obtenteur ou avec son consentement, aux fins de l'exploitation de la variété; 1) sur le territoire de la Partie contractante auprès de laquelle la demande a été déposée, depuis plus d'un an ; 2) sur un territoire autre que celui de la Partie contractante auprès de laquelle la demande a été déposée, depuis plus de quatre ans ou, dans le cas des arbres et de la vigne, depuis plus de six ans.

Les DO interdisent la vente et les améliorations génétiques portées aux cultivars par d'autres obtenteurs. Un des grands inconvénients du système de DO de l'UPOV, soulevé par de nombreuses ONG internationales<sup>1</sup>, vient du fait qu'il ne prend pas en compte le travail de sélection de milliers de générations d'agriculteurs et de jardiniers. Un semencier pouvant s'approprier une grande partie du bénéfice de ce travail, le privatiser et le commercialiser, ce qui est parfois considéré comme de la biopiraterie.

La plupart des pays signataires de cette convention sont des pays développés. Les pays en développement, tel que le Brésil (qui est, paradoxalement, membre de l'UPOV depuis 1999) et la grande majorité des pays africains, ont jusqu'à présent privilégié les formes nationales de DO.

Un grand nombre de connaissances traditionnelles autochtones que l'on pourrait éventuellement appeler invention ou innovation (c'est-à-dire, celles que l'on pourrait

---

<sup>1</sup>Telles que Kokopelliet le « Réseau Semences paysannes »: ils plaident pour un autre système de protection juridique des obtentions végétales, qui soit en même temps moins défavorable aux semences reproductibles (différentes des hybrides stériles) et plus responsable de "sécurité alimentaire", avec les agriculteurs qui se trouvent "chaque fois plus dépendants vis-à-vis des firmes semencières", et avec le "maintien de la biodiversité végétale".

rapprocher du système des brevets) sont le plus souvent de l'ordre de la manipulation d'organismes existant à l'état naturel. Selon Posey et Dutfield :

(...) certaines pharmacopées traditionnelles ou autres à base de substances naturelles pourraient être considérées comme des modifications ou des combinaisons (des procédés), et les brevets relatifs aux procédés pourraient être obtenus dans leur cas. Cependant, cela n'est possible que dans le cas de nouvelles inventions et du moment que des individus<sup>1</sup> peuvent en être dits les "inventeurs". Dans cette mesure, les peuples autochtones pourraient breveter un certain nombre de leurs propres connaissances<sup>2</sup>

Cependant, il ne faut pas perdre de vue les aspects budgétaire et bureaucratique comme déterminants essentiels de l'accès aux instruments légaux de protection du patrimoine intellectuel. Dans le cas présent, cela est une barrière fondamentale qui doit obligatoirement être additionnée aux limites imposées par la loi. Les difficultés qu'ont les peuples indigènes pour faire breveter leurs produits biochimiques ou biotechnologiques (soit par le non accomplissement des conditions légales imposées par le droit et par les bureaux de brevetage, soit par le manque de moyens financiers, d'accès aux informations et de compétence technique dans le domaine des DPI) libèrent la voie pour que les sociétés économiques puissent approprier certains savoirs. Faute de possibilité d'enregistrement des produits, procédés ou composés *in natura*, les entreprises pharmacologiques ont la simple tâche (et les moyens) de présenter aux bureaux de brevetage un produit synthétisé par un procédé techniquement banal.

Dans certains pays industriels, toutefois, un produit qui a été modifié d'une façon quelconque est brevetable. Par conséquent, après avoir isolé le principal élément d'une substance, une société peut le modifier et s'en servir dans l'élaboration d'un nouveau composé synthétique qui est peut-être plus stable ou moins toxique que la substance originale. Une "invention" de ce genre peut être brevetée par la société.<sup>3</sup>

Il ne s'agit pas à présent de dénoncer une pratique, vraisemblablement courante, mais plutôt de s'interroger sur les alternatives de protection que peuvent et que doivent utiliser les

---

<sup>1</sup> La problématique soulevée par les termes que nous avons soulignés sera encore détaillée dans un chapitre à part.

<sup>2</sup> Darrell Posey; Graham Dutfield. *Le Marché Mondial de la Propriété Intellectuelle, Droits des communautés traditionnelles et indigènes*. Suisse: WWF, 1997, p. 87

<sup>3</sup> Darrell Posey; Graham Dutfield. *Idem*.

pays « mégadivers »<sup>1</sup> et multiethniques afin de prendre des précautions face à ce genre de piratage voilé sous les auspices de la loi et de la pratique marchande.

#### **Section 4. La protection des signes distinctifs**

Il existe encore un grand nombre de DPI qui méritent d'être décrits afin d'étudier les nuances et les traits communs entre eux. Cette analyse nous permettra d'esquisser un bref panorama des principaux instruments de protection des biens intellectuels existants. Ces dispositifs peuvent éventuellement fournir aux peuples autochtones des pistes, des vecteurs d'inspiration ou des modèles à éviter, pour une efficace protection de leur patrimoine culturel et matériel, selon les intérêts singuliers de chaque peuple considéré. Il est bien évidemment difficile de cataloguer l'ensemble des instruments de protection de la propriété intellectuelle existants. Cela nous oblige à adopter une liste concise, contenant quelques modalités consacrées et que nous jugeons indispensables dans la discussion des droits des peuples autochtones.

##### **• § 1. Les marques de Commerce.**

Les marques sont également une importante modalité de protection de la propriété intellectuelle. Dans chaque marque de produit ou service, dans chaque nom d'entreprise, dans chaque appellation d'origine ou indication géographique, il existe une valeur commerciale et concurrentielle précise. Celle-ci varie selon la réputation, l'ancienneté, la qualité ou par le simple fait d'avoir investi sur une stratégie de marketing. Les marques sont des signes distinctifs qui s'associent à des produits commercialisés ou à des prestations de services. Elles permettent donc l'association de ces produits et de ces services à un certain titulaire. Suite à l'enregistrement de la marque, celle-ci s'intègre à la sphère de la propriété industrielle de son titulaire. Contrairement aux diverses autres modalités de propriété intellectuelle, les marques ne sont pas limitées à un laps de temps défini, quoique le maintien de la protection est subordonné à un renouvellement régulier. Le fait que la protection des marques ne soit en

---

<sup>1</sup> Les pays mégadivers sont un groupe de pays qui détiennent la majorité des espèces végétales et animales, et sont donc considérés comme les plus riches de la planète en matière de diversité biologique. Le Centre de Surveillance de la Conservation de la Nature (UNEP-WCMC), agence du programme des Nations Unies pour l'environnement, a identifié 17 pays mégadivers, la plupart situés dans les tropiques.



principe pas limitée dans le temps peut-il jouer un rôle dans la réflexion à propos de la protection de connaissances traditionnelles ? La marque continue à être un signe distinctif, pas une «connaissance» !

Cette catégorie porte au moins une aptitude assez compatible avec une des principales revendications réitérées par les « caciques » indigènes lors des nombreuses réunions sur le thème de la préservation de leur patrimoine<sup>1</sup>. La marque est très souvent associée à un outil que les sociétés commerciales utilisent pour revendiquer le caractère « authentique » ou « distinct » de leurs produits en comparaison avec des produits semblables d'autres entités commerciales<sup>2</sup>. Cependant, cette image peut être vue sous un autre prisme, où le (droit du) consommateur tiendrait une place privilégié par rapport aux sociétés commerciales. Selon Ascarelli:

La protection de la marque ne représente pas le prix d'un effort de création intellectuelle, qui puisse être protégée de soi-même, ni un prix pour les investissements en publicité ; c'est plutôt, un instrument qui sert à faire la différenciation concurrentielle et qui a pour fondement ultime la protection des consommateurs (...)<sup>3</sup>

Cette affirmation, sauf exception, est sans doute discutable mais elle permet d'ouvrir le débat sur un aspect intéressant et peu débattu à propos des marques: le rôle et le pouvoir qui sont dans les mains du consommateur. Le droit français privilégie le contrat entre les parties et l'équilibre entre les contractants. Le droit allemand, par exemple, privilégie la responsabilité des contractants et la culpabilité, cela signifie que celui qui offre un produit doit fournir toutes les informations à propos de ce produit et doit répondre de celles-ci.

Le secteur pharmaceutique, encore une fois, fait preuve de la pertinence de l'affirmation antérieure. Selon Borges Barbosa, actuellement, plus de 40% des marques existantes se trouvent dans le secteur des médicaments ou semblables. Aux 700 médicaments brevetés aux Etats-Unis correspondent plus de 20.000 marques. Ces marques ont pour rôle de créer une distinction – très souvent artificielle – entre produits cliniquement homogènes.

L'investissement financier versé dans le seul but de faire la promotion (marketing) de ces marques représenterait 25% des recettes totales du secteur. Cela équivaut à un des plus

---

<sup>1</sup> Position présentée dans la « Lettre des Pajés » lors de la réunion de São Luiz do Maranhão en 2001. Voir <http://www.amazonia.org.br/arquivos/13228.pdf>

<sup>2</sup> Darrell Posey; Graham Dutfield, Idem, p. 94

<sup>3</sup> Túlio Ascarelli. *Teoría de la competencia e de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosh, 1970, p. 438-439

hauts taux d'investissements, sur un seul département, de tout l'ensemble du secteur industriel. Cette aptitude à inciter la clientèle à tel ou tel comportement de consommation s'avère extrêmement complexe dans l'actuel contexte où toute une génération de brevets de pharmaceutiques arrive à expiration. C'est tout un chemin ouvert pour l'industrie de génériques qui, libres de la barrière des brevets, offrent des produits – désignés par leurs noms scientifiques ou génériques - à des prix beaucoup plus bas que les concurrents classiques. Ce phénomène est également observable dans le système des obtentions végétales, qui selon les règles établies, doivent avoir, en plus du nom de la marque de commerce, une désignation générique spécifique correspondante à chaque création nouvelle.<sup>1</sup>

La présente discussion soulève l'importance d'autres figures juridiques qui pourraient, du moins dans la spécificité des peuples indigènes<sup>2</sup>, éviter des abus liés à la confusion générée par la profusion des marques<sup>3</sup>. Comme par exemple les figures juridiques de l'authentification, des certifications, des marques collectives et de l'étiquetage.

• **§ 2. Étiquetage de marques collectives.**

Le CPI brésilien de 1996 inaugure un système de protection des marques collectives et de certification. Son article 124, XII, prohibe de façon explicite l'enregistrement de marques qui puissent se superposer à un signe qui a déjà été enregistré en tant que marque collective ou en tant que marque de certification par un tiers.

Une marque collective sert, donc, à attester le caractère collectif d'un produit ou d'un service. Ceux-ci doivent obligatoirement provenir des membres d'une entité, comme par exemple, un syndicat, une coopérative, une association, une communauté autochtone, un quilombo<sup>4</sup>, etc. C'est plus précisément l'article 128 de la loi 9279, qui porte cette prévision, en disant que l'enregistrement d'une marque collective devra être fait « par une personne

---

<sup>1</sup> Denis Borges Barbosa. *Idem*, p. 801-802

<sup>2</sup> « De nos jours, beaucoup de gens choisissent d'acheter des produits compatibles avec leurs valeurs éthiques. Une marque de commerce peut être conçue de manière à indiquer que l'achat de produits qui portent cette marque est un appui donné à une bonne cause. (...) Une association commerciale ou une alliance autochtone formée de représentants de différentes communautés qui vendent des produits similaires pourrait enregistrer une marque de commerce que toutes les communautés participantes auraient le droit d'utiliser. Cette marque de commerce deviendrait ainsi une sorte de marque d'authentification » Voir Darrell Posey; GrahamDutfield. *Idem*, p. 96-97

<sup>3</sup> Soit inauthentiques, soit copieuses, soit illégitimes, soit inutiles, etc.

<sup>4</sup> Les « quilombos » ont commencé au Brésil avec la réunion des esclaves fugitifs ou libérés qui sont partis ensemble pour des endroits distants ou cachés dans les bois. Dans ces endroits nommés « quilombos » ils ont développé leur propre système agricole et communautaire.

juridique » qui soit représentative d'une collectivité. La certification atteste, par ailleurs, qu'un certain produit est fabriqué ou manufacturé selon des règles préétablies, qui confirme sa provenance, qui établit les matériaux utilisés et qui détermine quelle est la technique ou la méthodologie empruntée pour obtenir ce résultat précis.

Selon Darrell Posey et Graham Dutfield, l'authentification et l'étiquetage « sont tout simplement des moyens de prendre position à l'égard d'un produit susceptible d'intéresser un client.(...) un objet d'artisanat peut porter une marque indiquant de quelque façon que c'est une pièce authentique ».<sup>1</sup> Ce genre de certification présume, bien évidemment, l'interposition d'un organisme sans intérêts commerciaux vis-à-vis du produit, puisqu'il attestera l'authenticité et attribuera ou reconnaîtra la marque collective ou l'étiquette. Ce mécanisme est une garantie de véracité pour le producteur et le consommateur<sup>2</sup>. Sans doute, l'attribution d'une telle authenticité et d'une étiquette correspondant à cette authenticité (sur laquelle une valeur pourra être ajoutée), doit être effectuée par une institution objective, impartiale et distanciée. Au Canada, par exemple, des demandes furent intentées, depuis les années 70, afin de démontrer que des étiquettes, créées sans la médiation d'un organisme impartial et portant des mentions du type « fait à la main », « authentique » ou « produit artisanal », s'apprêtaient à simuler des produits incontestablement faits par des indigènes. Cette fraude contre les vrais producteurs autochtones et contre les consommateurs fut réfrénée en établissant des marques d'authentification officielles qui attestent l'originalité des œuvres des peuples autochtones. Un exemple en est la marque attribuée par le ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canadien aux sculptures et gravures Inuit. Ces objets sont non seulement marqués et numérotés mais aussi produits en quantité limitée, selon les critères établis par les coopératives communautaires. Cela permet, par ailleurs, d'écarter les problèmes liés à la mauvaise qualité et aux bas prix d'une production massive.<sup>3</sup>

### • § 3. Indications Géographiques et Appellations d'Origine.

Selon l'article 177, de la loi 9279/96 (qui insère les appellations d'origine, jusqu'alors

---

<sup>1</sup> Darrell Posey; Graham Dutfield. Idem, p. 101

<sup>2</sup> Idem. Il arrive que des imitateurs posent des étiquettes trompeuses sur les produits. L'authentification devrait aider les acheteurs à distinguer les faux produits des véritables et de donner aux commerçants la possibilité d'intenter des poursuites contre des tiers qui utilisent la marque sans autorisation.

<sup>3</sup> Valda Blundell. "Aboriginal empowerment and souvenir trade in Canada". *Annals of Tourism Research*. Pergamon, 1993, p. 78. & Erica-Irene Daes. "Protection du patrimoine des populations autochtones". *Série d'Études sur les Droits de l'Homme* - n° 10 des Nations Unies. New York et Genève, 1997, p. 9.

inédites, dans le système brésilien de DPI) « l'indication de provenance » est le nom géographique d'un pays, d'une ville, d'une région ou d'une localité, connu comme le centre d'extraction, de production, de fabrication d'un produit ou d'une prestation de service déterminée. Appellation d'Origine, à son tour, désigne le nom géographique d'un pays, d'une ville, d'une région, d'une localité, qui soit responsable d'un produit ou service dont les qualités et les caractéristiques sont dues exclusivement ou essentiellement à un milieu géographique propre, considérant ses aspects naturels et humains.

Les deux figures juridiques sont traitées parallèlement. Cependant, dans le cas de « l'Appellation d'Origine Contrôlée », une plus grande importance est attribuée aux indices de qualité du produit, tandis que pour « l'Indication Géographique » seul le milieu compte. Citons le cas emblématique des vins<sup>1</sup>, où les registres pertinents ne se limitent pas à la délimitation exacte de la plantation (qui très souvent se fait au mètre près), mais aussi aux indices d'insolation, de qualité des ceps, de distance entre les vignes, de savoir-faire de l'agriculteur de la région, etc. Cette figure juridique vise à valoriser les éléments essentiels qui fondent un terroir<sup>2</sup>, c'est-à-dire, une terre et des hommes.

En somme, lors d'une application d'un registre d'origine, celui-ci devra contenir une description des qualités et des caractéristiques du produit ou du service, ainsi que la méthode d'obtention du produit ou du service, qui devront à leur tour « être locaux, constants et fidèles au savoir-faire décrit ». Ces éléments font preuve d'une structure locale et traditionnelle de contrôle sur une production, réalisée par ses habitants/producteurs.

Les « Indications Géographiques » et les « Appellations d'Origine » sont actuellement largement diffusées dans plusieurs pays développés et représentent un important instrument de protection des cultures<sup>3</sup> locales et de reconnaissance de leur rôle singulier. Très probablement, sans un tel dispositif, les terroirs se verraient rapidement balayés dans le contexte agroindustriel prédominant. Il est important de noter que, même dans les pays développés, sauf pour quelques terroirs dont le succès (économique) est notoire, la tâche de se maintenir vivant dans le marché concurrentiel est ardue pour un petit producteur local.

---

<sup>1</sup> Nous pourrions parler également du café, du fromage, du cacao, et pourquoi pas du guarana, du mate, de l'çaï.

<sup>2</sup> Le terroir est une notion (d'origine française) qui définit un espace concret et cartographiable, qui possède par ailleurs, une dimension culturelle marquante, puisqu'elle reflète directement la société humaine qui y vit et l'exploite.

<sup>3</sup> Ici le terme culture doit être compris dans un sens large, puisqu'il se réfère aussi tant à la tâche de l'agriculteur qu'à la leur forme traditionnelle de vie.

Lorsque nous nous déplaçons vers les pays pauvres la situation du producteur local s'avère encore plus dramatique. Dans ces pays, les AOC jouent très souvent un rôle inverse à celui pour lequel il fut originellement conçu. Ils protègent souvent, voir même encouragent, des petites cultures exogènes destinées à une production de luxe là où les inégalités abondent. Rares sont les exemples, jusqu'à présent, de réels produits locaux soutenus par les « Indications Géographiques » et les « Appellations Géographiques ». Un long chemin est encore à faire<sup>1</sup> jusqu'à ce que la loi<sup>2</sup>, déjà mise en place, puisse atteindre une grande échelle et les buts auxquels elle devrait se destiner.

Le second chapitre de ce deuxième titre sera donc destiné à cette double tentative de discussion critique. Nous chercherons à mettre en avant, tant les aspects qui se révèlent aptes à inspirer de manière constructive la formulation d'idées pour un système qui touche les revendications et les nécessités contemporaines des peuples indigènes, que les limites intrinsèques d'un modèle qui se fige à soutenir les prérogatives du secteur industriel classique.

---

<sup>1</sup> L'initiative doit bien évidemment partir aussi de ceux qui veulent avoir leurs terroirs reconnus comme tels, d'où l'importance d'un travail d'éducation, de conscientisation et de compétence sur la matière dans les milieux pertinents.

<sup>2</sup> Internationalement, les « Indications Géographiques » ont un régime complexe, dont l'origine est la Convention de Paris (art. 1<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup> et 10 (1)) d'après un accord spécifique de 1891 (version de Madrid) sur les indications d'origine, dont le Brésil est signataire depuis son origine.

## Chapitre 2. Les DPI: simples instruments de politique industrielle?

Ce n'est point un droit extérieur à ma puissance qui me fait légitime propriétaire, mais ma puissance elle-même, et elle seule: si je la perds, l'objet m'échappe. Du jour où les Romains n'eurent plus la force de s'opposer aux Germains, Rome et les dépouilles du monde que dix siècles de toute-puissance avaient entassées dans ses murs appartinrent aux vainqueurs, et il serait ridicule de prétendre que les Romains en demeuraient néanmoins légitimes propriétaires. Toute chose est la propriété de qui sait la prendre et la garder, et reste à lui tant qu'elle ne lui est pas reprise; c'est ainsi que la liberté appartient à celui qui la prend. La force seule décide de la propriété.<sup>1</sup>

Cette section nous aidera à comprendre quels sont les instruments du système de la propriété intellectuelle (et autres catégories juridiques associées) apparaissant comme des outils, d'ores et déjà, profitables<sup>2</sup> pour les peuples indigènes et leurs communautés, en vue d'une protection juridique de leurs biens matériels et immatériels (ainsi qu'à leurs futures générations), en particulier ceux qu'ils ont l'intention (libre et informée<sup>3</sup>) de faire participer à ce système. L'analyse de l'applicabilité de ces instruments servira de base pour faire un contrepoint à partir du discours, des politiques et des valeurs soutenues par les partisans du maintien (et, éventuellement, du durcissement) du modèle actuel. Il est important de se demander si cet apparent affermissement du système classique de DPI serait par ailleurs associable à des pratiques économiques qui tendent à amoindrir les barrières et les limites (nationales) imposées par les lois de la propriété intellectuelle, en faveur du secteur industriel, et qui, simultanément, se veulent conservatrices lorsqu'il s'agit de mettre en avant la valeur sociale inhérente aux divers systèmes de propriété<sup>4</sup>.

Si nous admettions, par exemple, l'hypothèse selon laquelle la protection « naturelle » des innovations se réalise par le biais du secret, l'octroi, de la part de l'Etat, d'une exclusivité légale pour l'exploitation des créations et des technologies serait alors un mécanisme

---

<sup>1</sup> Max Stirner. "L'Unique et sa Propriété" (1845). Edition électronique réalisée du livre publié en 1845, *L'Unique et sa Propriété*. Traduction Française de l'Allemand par R. L. Reclaire, décembre 1899. Paris: P.V. Stock, Editeur, 1899, 438 pages. Collection Bibliothèque sociologique, n° 23. [http://classiques.uqac.ca/classiques/stirner\\_max/unique\\_propriete/Stirner\\_unique\\_propriete.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/stirner_max/unique_propriete/Stirner_unique_propriete.pdf)

<sup>2</sup> Malgré les difficultés matérielles classiques envers l'application du droit, lorsqu'il s'agit des peuples indigènes; à savoir: le préjugé social qui se reflète souvent dans l'attitude des fonctionnaires du pouvoir judiciaire et d'autres, les difficultés financières pour se procurer les services de spécialistes, la difficulté de compréhension du système juridique en soi, etc.

<sup>3</sup> Le concept de « consentement libre et informé », mis au point lors des forums internationaux sur la thématique des droits des peuples indigènes, est actuellement présent dans la législation brésilienne sur l'accès aux connaissances traditionnelles associées à la biodiversité (Mesure Provisoire 2186-16/2001).

<sup>4</sup> Sur cet aspect, l'attention spéciale sera focalisée sur le système juridique brésilien.

artificiel, destiné à protéger un investissement. Cette concession représenterait, finalement, un simple instrument de politique industrielle. Cependant, il est vrai que le brevet permet aussi, à l'expiration du délai de protection légale – le plus souvent 20 ans – à la société de profiter de l'innovation. Par ailleurs, le secret ne pouvant pas toujours être conservé, le brevet protège souvent de manière plus efficace – même si limitée dans le temps – celui qui a innové.

Le défi qui se présente est justement de faire la part entre ce qui se trouve dans le champ des libertés assurées par le droit, et ce qui se trouve exclusivement dans la sphère de décision d'un certain pouvoir économique ou politique.

### **Section 1. Les DPI peuvent-ils être utiles aux peuples autochtones?**

La question de l'utilité des DPI vis-à-vis des nécessités des peuples autochtones peut paraître à première vue ingénue et précipitée, si l'on considère la position socio-économique et politique que très souvent ces peuples occupent à l'intérieur des Etats nations qui les enserment. De nombreux indigénistes en activité soutiennent la position selon laquelle il existe une question qui devrait être posée d'avance: ont-ils accès aux mécanismes, ont-ils la capacité financière et, surtout, ont-ils accès aux informations qui permettent de pénétrer dans le système des DPI ? Le même secteur indigéniste semble, néanmoins, avoir une réponse toute prête à cette question. Ce qui justifierait, donc, ce mouvement vers de nouvelles figures et une nouvelle tendance juridique capable de fournir des solutions viables aux besoins de ces sujets de droit spécifiques. Cet exercice est effectivement d'une grande importance, puisque de nouveaux chemins<sup>1</sup> devront inévitablement être tracés pour qu'il existe, à court et moyen terme, une réelle protection du patrimoine traditionnel autochtone dans toute son acception. Or, est-ce réellement cette construction théorique qui résoudra le problème matériel de l'accessibilité au droit? L'accessibilité au droit semble être, somme toute, un problème en soi, et cela dépasse le mérite des figures juridiques en question.

Par ailleurs, la problématique ainsi posée fournit les éléments qui servent à justifier la valeur informative d'une analyse à propos des DPI qui soit non hermétique et accessible au-delà des circuits spécialistes. Selon Horkheimer et Adorno, dans l'ouvrage *La dialectique de*

---

<sup>1</sup> Ces nouvelles perspectives légales seront encore étudiées dans cette étude.

*la raison*<sup>1</sup>, les principes de vérité, de justice, de liberté, d'humanité perdent progressivement leur valeur – au fur et à mesure que l'homme domine la nature et accroît sa productivité économique – pour devenir de simples mots sans vertu. Selon ces auteurs, à partir de là, l'ambition de réaliser ces principes dans le monde social se vide: « celui qui ne sait pas ce qu'est la liberté n'est pas non plus en mesure de lutter pour elle sur le plan politique ». Cette idée pourrait être confrontée à l'affirmation de Stirner<sup>2</sup>, selon laquelle: « toute chose est la propriété de qui sait la prendre et la garder, et reste à lui tant qu'elle ne lui est pas reprise; c'est ainsi que la liberté appartient à celui qui la prend ».

La juxtaposition de ces notions peut aider non seulement à justifier l'importance d'une complète compréhension de ce que sont les DPI et de ce qui empêche leur utilisation par les peuples indigènes, mais elle aide, également, à mettre en évidence ce qui, théoriquement, n'exerce pas d'interdiction; ce qui dans la pratique est défendu par des moyens autres que le simple fait de ne pas s'adapter aux facultés d'actions mises à disposition par le droit positif. L'entendement dont nous parlons devrait représenter une porte ouverte sur de nouvelles constructions revendicatives, surtout sur ce vaste champ de la propriété. Malgré les difficultés perçues jusqu'à présent, lorsqu'il s'agit de l'utilisation du système de DPI par les peuples autochtones, il n'est pas sans mérite d'insister sur l'importance de la complète assimilation<sup>3</sup> de ses méandres avant de se lancer, sans des repères consistants, vers la quête de nouveaux horizons. C'est la compréhension du système actuel et de ses bases intrinsèques qui permettra, plus tard, d'évoquer les pistes vers des modèles plus adaptés, puisque construits par les propres acteurs du système de droits envisagé.

Le but de cette section, suite à toute l'analyse déjà faite à propos du système des DPI, est justement de faire le tri des figures juridiques qui semblent servir de point de départ à ces nouveaux systèmes, dits *sui-generis*. Il est pourtant indispensable d'attirer l'attention sur les marges de manœuvre disponibles pour tous ceux qui connaissent les fondements du système et savent s'en servir sur des bases dialectiques. Ceci englobe, bien évidemment, l'adéquate utilisation des instances aptes à prendre en compte les arguments revendicatifs dans le cadre d'une procédure précise et conséquente.

Une grande partie des DPI déjà analysés – et qui seront, en quelque sorte, repris ci-

---

<sup>1</sup> Max Horkheimer; Theodor Adorno. *La dialectique de la Raison – Fragments philosophique*. Francfort-sur-le-Main: Gallimard, 1974, p. 16-19/129-176.

<sup>2</sup> Stirner, Idem

<sup>3</sup> Ce qui n'exclut pas l'aptitude contestatrice de cette assimilation.



dessous, selon leur pertinence pour le thème – est administrée dans le cadre de l'OMPI<sup>1</sup> (au niveau mondial). Cet organisme des Nations Unies ajouté aux traités internationaux (ceux déjà cités, et plus récemment l'accord du GATT/OMC<sup>2</sup> et le TRIPS/ADPIC) confèrent une relative unicité à ce système, mais laissent encore une certaine marge d'action aux singularités spécifiques de chaque législation nationale. Certaines organisations non gouvernementales internationales, telles que GRAIN, affirment que l'OMC accroît son influence sur la scène de la propriété intellectuelle, devançant graduellement l'OMPI, qui tente de retrouver sa place. « L'OMC est rapidement en passe de devenir la constitution globale qui l'emportera sur toutes les constitutions nationales »<sup>3</sup>. Les Etats-Unis pour leur part, se positionnent constamment lors des réunions internationales pour le retrait de la clause *sui generis* de l'article 27.3 du TRIPS<sup>4</sup>, afin de favoriser les brevets comme figure par excellence de protection de la propriété intellectuelle.

Au cours des réunions du Groupe de Travail sur les Populations Indigènes de l'ONU, de nombreux leaders maintinrent régulièrement la position selon laquelle les formes actuelles de DPI sont tout à fait inacceptables puisqu'elles se destinent exclusivement à protéger les intérêts des entreprises multinationales. Selon l'affirmation du représentant du Conseil Saami de Scandinavie, la réalité observée est la suivante:

On observe une tendance croissante des gouvernements nationaux à travailler pour les intérêts des sociétés multinationales et contre leurs propres populations, en particulier contre les peuples indigènes (...) les intérêts commerciaux violent très souvent les droits de propriété intellectuelle indigènes. Bien que de telles violations ne constituent pas une infraction formelle à des standards écrits, vu que ni la législation nationale ni les standards internationaux ne reconnaissent les droits des

---

<sup>1</sup> L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle s'est formée en 1967, mais ses origines remontent aux Conventions de Paris et de Berne. Les objectifs sont multiples et nous pourrions citer entre autres l'administration des divers traités internationaux sur la propriété intellectuelle (par exemple la Convention de Paris de 1883 et celle de Berne de 1886, l'Arrangement de Madrid de 1891, l'Arrangement de Lisbonne de 1958, la Convention de Rome de 1961, le Traité de Budapest de 1977, etc), l'aide aux pays signataires pour qu'ils puissent promulguer des lois sur la propriété intellectuelle, cherchant ainsi à harmoniser les lois nationales pour "promouvoir la protection de la propriété intellectuelle dans le monde".

<sup>2</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

<sup>3</sup> Seedling Grain. *La mission impossible de l'OMPI?* Barcelone, vol.15, No 3, Septembre 1998 [www.grain.org/fr/publications/ompi-fr-p.htm](http://www.grain.org/fr/publications/ompi-fr-p.htm).

<sup>4</sup> **Article 27. 3.** Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité: a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux; b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

peuples indigènes, ces entreprises n'en restent pas moins soumises au droit traditionnel indigène. Ce fait ne peut plus être ignoré, ni par les gouvernements, ni par les Nations Unies, ni par les entreprises.

Antonio Jacanimijoy, représentant de la Coordination des Organisations des peuples indigènes du bassin de l'Amazone (COICA), a renforcé cette idée et ajoute que la communauté internationale ne peut pas « continuer à mettre en œuvre et à promouvoir un système de propriété intellectuelle qui reconnaît les contributions de certains mais pas d'autres, creusant davantage le fossé entre les riches et les pauvres »<sup>1</sup>. Un tel système serait, selon ces représentants, fondé sur l'injustice. Ces motifs expliquent encore, selon la COICA, les fondements du désir de voir des modifications radicales dans un système qui s'avère insoutenable.

Par ailleurs, quelques autres dirigeants ont soutenu une position en quelque sorte antinomique, mais également intéressante, d'après laquelle l'OMPI pourrait parfaitement jouer un rôle vital lors de l'établissement de formes de DPI alternatives. Cette aile paraît convaincue que le renforcement des DPI ne peut pas être freiné et que l'action la plus adaptée serait de tenter de tirer le meilleur parti possible d'un « mauvais » système, et d'en tirer au moins certaines compensations avec la reconnaissance de la propriété intellectuelle des peuples indigènes. Les suggestions sur le possible rôle de l'OMPI dans ce processus sont nombreuses et variées. Certains semblent s'accorder sur le fait que les projets de solution pour un système *sui generis* ne seraient pas viables, et que ceux-ci devraient être élaborés conjointement par les gouvernements, les groupes indigènes et les communautés locales pour mieux s'adapter aux complexités culturelles, environnementales et économique particulières à chaque pays ou région. Selon Jacanimijoy, encore une fois: « la mise en œuvre d'un système *sui generis* efficace et équitable est de la responsabilité des Etats ».<sup>2</sup> Il ajoute, cependant, qu'il est important de formuler des principes et des lignes de conduite au niveau international pour faciliter les processus dans la sphère locale. Erica-Irene Daes, ex-présidente du Groupe de Travail des Nations Unies sur les Populations Indigènes, estime que l'OMPI pourrait jouer un rôle dans le renforcement des institutions nationales en ce qui concerne la conception

---

<sup>1</sup> Antonio Jacanimijoy. "Initiatives for Protection of Rights of Holders of Traditional Knowledge, Indigenous People and Local Communities", Voir WIPO/INDIP/RT/98/4E, 1998.

<sup>2</sup> Jacanimijoy, Idem

d'arrangements pratiques spécifiques avec les communautés locales.<sup>1</sup> Actuellement, l'OMPI se veut plus ouverte et préparée pour le débat à propos de la thématique des droits indigènes. Depuis le début de ce siècle elle semble avoir une préoccupation croissante pour les aspects particuliers de cette question<sup>2</sup>. Le document établi lors de la douzième session du Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (Genève, 25-29 février 2008), fait preuve de cette préoccupation<sup>3</sup>.

Néanmoins, ce rapprochement ne peut pas être vu sans un regard critique et sans que les précautions nécessaires soient prises. Cette réserve, plus qu'une mesure de préservation, est une leçon que les populations indigènes, d'une manière générale, ont graduellement internalisée face à l'approximation d'institutions purement occidentales dans leur milieu social et dans leur structure politique. L'infiltration ethnocidaire de l'église catholique et les débuts ethnocentriques de l'anthropologie sociale sont quelques exemples de la pertinence de cette attitude prudente.

A partir de la fin des années 1990 et début des années 2000, l'OMPI annonce la naissance d'un nouveau programme qui vise à étendre les bénéfices des DPI aux peuples indigènes et aux populations locales. Ces dates coïncident d'ailleurs avec le rapprochement entre l'OMPI et l'OMC qui ont, entre autres, l'intention d'assister les pays pauvres lors de l'établissement de l'ADPIC sur leurs territoires. La question qui se pose pour les représentants de ce nouveau groupe de bénéficiaires ciblés par le programme de l'OMPI est justement de savoir si l'objectif du programme est réellement d'aider les peuples indigènes et les populations locales, ou s'il s'agit de jouer simplement le « jeu » de l'OMC en imposant le régime de DPI à de « nouveaux bénéficiaires »?

On ne peut certainement pas répondre à cette question de façon réductrice et manichéiste. Étant donné l'intention librement exprimée par de nombreux groupes, selon laquelle il existe une catégorie de savoirs, de pratiques et d'œuvres qui émanent de l'esprit et de l'intellect des membres de ces groupes, et qui se prête parfaitement à l'échange économique avec les sociétés dites complexes, il est clair que des mécanismes et des procédures propres au système de DPI devront être empruntés en tant que formule *ad hoc* et

---

<sup>1</sup> Seedling Grain, Idem

<sup>2</sup> Ce qui n'était pas le cas il y a dix ans, moment où le corps technique de l'organisme n'était pas minimalement familiarisé avec l'univers et la thématique de droits indigènes.

<sup>3</sup> Voir [http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=14802](http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=14802)

en tant que modèle de base. D'autres systèmes *sui generis*, déjà mis en place et à venir, se voueraient à la protection d'une autre catégorie de biens et de patrimoine. Ceux-ci seront analysés plus profondément dans une section à part. A présent analysons quelques exemples des DPI qui s'adapteraient le mieux à certains aspects de la première catégorie mentionnée.

## **Section 2. La protection des droits d'auteur et les peuples autochtones**

La Convention de l'Union de Berne (CUB), mise en place en 1886, relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques, a établi la reconnaissance réciproque du Droit d'Auteur entre les nations souveraines. Avant son adoption, les nations se refusaient fréquemment à reconnaître les droits d'auteurs des œuvres étrangères. Depuis l'avènement de la CUB, les auteurs originaires d'autres pays signataires de la Convention sont assimilés aux auteurs locaux. Cette Convention fut révisée plusieurs fois. À partir de 1967 elle est incorporée et le droit d'auteur, à l'exemple d'autres DPI, est administré au sein de l'OMPI.

Il faut noter que, malgré la considérable uniformisation du système international du droit d'auteur, accentuée suite à l'adhésion massive des nations à l'OMC<sup>1</sup> (elle compte 164 pays en 2011), ce système consent encore un certain espace aux particularités locales et historiques des législations nationales. Un des exemples démonstratifs de cette marge concédée est celui relatif au délai de protection accordé aux œuvres dans les différents pays. Cet élément est, néanmoins, loin d'en être le seul. Il suffit d'attirer l'attention sur le fait que les pays anglo-saxons (plus particulièrement l'Angleterre et les EUA) ont mis plus de cent ans pour adhérer effectivement à la CUB pour en déduire que cette obligation internationale ne pourra jamais se prétendre strictement contraignante. Une telle rigidité serait non seulement inadmissible du point de vue du respect des singularités propres à chaque nation et à chaque peuple considéré – compte tenu de leurs parcours historiques et juridiques particuliers - mais aussi, non envisageable d'un point de vue de l'applicabilité matérielle du droit dans les sphères locales.

Un des aspects les plus évidents de ces disparités locales, lorsque l'on compare le système des pays anglo-saxons à celui du système continental européen, se réfère aux droits

---

<sup>1</sup> L'OMC, à son tour, exige que ses membres acceptent pratiquement toutes les conditions de la Convention de Berne, principalement celles relatives à ses aspects commerciaux.

moraux inhérents au droit d'auteur et à la question de la subordination obligatoire à l'avis de « copyright ». Soulignons d'ailleurs, que les droits d'auteur ne sont pas précisément les mêmes que ceux compris dans le « copyright ». Celui-ci est justement, comme nous le savons bien, le système classiquement privilégié dans les pays qui se soumettent à la « Common Law », ayant pour but principal la prohibition de la reproduction non autorisée de l'œuvre.

D'un côté nous avons, donc, le droit à la copie (d'où le terme « copyright ») ou à la reproduction, et de l'autre, le droit d'auteur proprement dit (basé sur une tradition d'origine romano-germanique). Ici l'intention prioritaire est de protéger l'auteur lui-même, et non pas l'objet du droit (l'œuvre). Cette distinction entraîne à elle seule des conséquences théoriques et matérielles qui mériteraient une analyse à part. Cependant, un tel approfondissement – essentiel pour une complète compréhension de la nature juridique du droit d'auteur – nous écarterait du centre thématique de cette étude. Il est toutefois notoire que les controverses suscitées par l'analyse du droit d'auteur et du « copyright » soulèvent des débats qui touchent autant à la sphère économique, si l'on considère la prérogative patrimoniale des œuvres à partir du droit de reproduction, qu'à la détermination de la nature juridique proprement dite de tels droits. S'agirait-il d'un authentique droit de propriété ou d'un élément qui compose les droits de la personnalité<sup>1</sup>?

Selon le courant doctrinaire majoritaire au Brésil, il s'agirait plutôt d'un « authentique » concept de la propriété intellectuelle de nature hybride et *sui generis*<sup>2</sup>. Ce qui signifierait qu'il s'agit, en fait, d'une figure juridique qui comporte en soi deux dimensions: une dans le champ des droits moraux – donc absolument inaliénable, perpétuelle et imprescriptible – et une autre dans la sphère des droits patrimoniaux<sup>3</sup>; celle-ci, par conséquent, facilement associable aux idéologies qui justifient le rôle fondamental du droit d'auteur dans la consolidation des monopoles privés.

Le plus important à présent est de souligner que, malgré l'existence d'un corps juridique international, hautement spécialisé et considérablement unifié, la CUB prévoit une marge pour le « traitement national » du droit d'auteur. Le pays d'origine de l'œuvre, dont la loi sera appliquée, doit suivre néanmoins des présupposés minimums imposés par la Convention. Au-

---

<sup>1</sup> L'objet du droit est la personne même du titulaire, avec une attention spéciale du point de vue moral.

<sup>2</sup> Le jeu de mots sert à illustrer que c'est un « authentique droit inauthentique », c'est-à-dire, qui ne permet pas de le cataloguer ni dans l'enceinte des droits réels ni dans celle des droits de la personnalité *stricto sensu*.

<sup>3</sup> Il s'agit, cependant, d'une catégorie spéciale de droits patrimoniaux puisqu'elle présente des exceptions qui la diffère des droits réels présents dans la propriété privée.

dehors de ces limites, chaque nation a la liberté de s'orienter selon les frontières imposées par ses propres statuts légaux internes, et a, en outre, le droit d'avoir les œuvres originaires de ses limites territoriales également reconnues à l'extérieur. En d'autres termes, le principe du « traitement national », prévu dans l'article 5 de la CUB, exige que les œuvres ayant pour pays d'origine l'un des États contractants de la Conventions doivent bénéficier dans chacun des autres États contractants, de la même protection que celle qui est accordée par lui aux œuvres de ses nationaux.

Le Brésil en tant que pays signataire de la CUB et membre de l'OMC, n'échappe pas aux règles établies. Comme il a déjà été dit antérieurement, le système de protection des droits d'auteurs au Brésil est réglementé par la loi 9610 de 1998, subsidiaire au Code Civil<sup>1</sup>. Cette loi prévoit, dans son article 7, la protection des créations de l'esprit, exprimées par n'importe quel moyen ou fixées sur n'importe quel support tangible ou intangible, connues ou qui soit inventées dans le futur, telles que:

- I. Les textes des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques;
- II. les conférences, les allocutions, les sermons et autres œuvres de même nature;
- III. les œuvres dramatico-musicales;
- IV. les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, dont l'exécution scénique soit fixée par écrit ou sous n'importe quelle autre forme;
- V. les compositions musicales avec ou sans paroles;
- VI. les œuvres audiovisuelles, sonorisées ou pas, y compris les œuvres cinématographiques;
- VII. les œuvres photographiques et celles produites par des processus analogues à ceux de la photographie;
- VIII. les œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de lithographie et les arts cinétiques;
- IX. les illustrations, les cartes géographiques et autres de même nature;
- X. les projets, les ébauches et les œuvres plastiques qui concernent la géographie, l'ingénierie, la topographie, l'architecture, le paysagisme, la scénographie et la science;
- XI. les adaptations, les traductions et autres transformations des œuvres originelles, et qui soient présentées en tant que création intellectuelle nouvelle;

---

<sup>1</sup> Celui-ci ne porte aucune disposition expresse sur la matière.

XII. les programmes pour ordinateur;

XIII. les collections ou les recompilations, les anthologies, les encyclopédies, les dictionnaires, les bases de données et les autres œuvres, qui, dus au travail de sélection, d'organisation ou de présentation de son contenu, représentent des créations intellectuelles (...)

§ 3° « dans le domaine scientifique, la protection repose sur la forme littéraire ou artistique et ne couvre donc pas le contenu scientifique et technique en soi (...) ».

Il faut souligner que cette liste n'est pas exhaustive, servant plutôt d'exemple. La protection octroyée par la loi nationale du droit d'auteur peut encore couvrir d'autres champs de la propriété immatérielle qui ne sont pas expressément cités dans son texte ou qui n'ont même pas encore été mis en place sous quelque forme que ce soit. Malgré tout cet éventail de prérogatives légales décrites, quelques spécialistes, dont Posey, soutiennent la position selon laquelle « le droit d'auteur classique est d'une utilité limitée comme moyen d'empêcher l'exploitation de la culture populaire, bien qu'un certain nombre de pays aient cherché à incorporer cette culture dans leurs lois nationales (...) »<sup>1</sup>.

Le Brésil est justement un de ces pays<sup>2</sup> qui cherchent à incorporer non seulement la culture populaire et le « folklore » dans la législation nationale sur le droit d'auteur, mais aussi les créations des populations indigènes, des populations locales de « ribeirinhos »<sup>3</sup> et des communautés traditionnelles afro-descendantes (« quilombos »). Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas mis sous la même tutelle juridique que les représentations de la culture populaire ou le « folklore ». En effet, une telle association – c'est-à-dire, la folklorisation des connaissances traditionnelles autochtones (ou des autres connaissances dites « ethniques » et « traditionnelles ») – représente une interprétation de la législation nationale qui, malgré son inexactitude, est souvent utilisée.

Selon l'article 45 de la loi 9610/98:

Outre les œuvres dont le délai de protection a expiré, appartiennent au domaine public celles dont:

---

<sup>1</sup> Darrell A. Posey; Graham Dutfield. Idem, p. 94

<sup>2</sup> D'autres pays utilisent aussi le droit d'auteur pour protéger les connaissances traditionnelles. Nous pourrions citer l'Australie et le Canada, où les artistes aborigènes et autochtones peuvent invoquer ces droits pour démontrer l'inauthenticité de certaines pièces qui imitent leurs motifs traditionnels, ainsi que pour reconnaître l'authenticité des leurs et contrôler la distribution.

<sup>3</sup> Riverains : populations locales qui habitent les fleuves inondables du bassin amazoniens, et qui de par leur isolement ont développé des caractères culturels variés.

- I – les auteurs décédés n'ont laissé aucun successeur;
- II – les auteurs ne sont pas connus, excepté la protection légale sur les connaissances ethniques et traditionnelles.

Le droit d'auteur est calqué sur un principe essentiel d'après lequel l'auteur de l'œuvre est celui qui détient le pouvoir de décision sur sa destination, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. Cela comprend toute forme d'utilisation de cette création : sa commercialisation, son aliénation, sa mise à disposition dans le domaine public, son exploitation personnelle ou dans un circuit particulier, l'utilisation communautaire ou rituelle, etc. De plus, il existera toujours un lien, qui dépassera celui de la simple possession matérielle, rattachant l'auteur à son œuvre *ad aeternam*. Tant que cette information de « filiation » est préservée, l'auteur doit pouvoir être associé à son œuvre<sup>1</sup>. Cet aspect moral est un élément absolu, comme il a déjà été dit, du domaine des droits d'auteur, et constitue, très souvent, des droits qui demeurent affectés au créateur de l'œuvre longtemps après sa mort.

L'aspect moral du droit d'auteur renferme en soi cinq grandes dimensions mises en évidence par la doctrine, et qui pourraient être brièvement résumées par les définitions suivantes:

- « Droit de paternité »: qui est celui de voir sa qualité d'auteur mentionnée lors de toute utilisation de l'œuvre.
- « Droit discrétionnaire de divulgation »: c'est un pouvoir absolu qu'a l'auteur de déterminer le moment et les moyens de divulgation de son œuvre.
- « Droit de retrait et de repentir »: ce qui pourrait être synthétisé dans la prérogative de restreindre ou de réaliser, catégoriquement, le retrait d'une œuvre qui a été déjà divulguée ou commercialisée<sup>2</sup>.
- « Droit à l'intégrité de l'œuvre »: l'auteur a le droit de s'opposer à toute altération de sa création.
- « Droit à la sauvegarde de la réputation »: il s'agit du droit de s'opposer et de rétorquer à toute atteinte ayant pour base le contenu de l'œuvre qui puisse «blesser» la dignité et la réputation de l'auteur.

---

<sup>1</sup> Dans le système brésilien, de l'article 49 (I) de la loi 9610/98 établi que : « la transmission totale comprend tous les droits de l'auteur, sauf ceux de nature morale et ceux expressément exclus par la loi ».

<sup>2</sup> Ceci implique, bien évidemment, des redevances sous forme d'indemnités ou compensations pour ceux qui ont subi des préjudices.



Le système du droit d'auteur brésilien est fondamentalement déterminé par deux grandes prémisses selon lesquelles l'œuvre mise sous protection doit, d'une part, résulter de l'effort et de la créativité d'un individu ou d'un ensemble déterminable d'individus et, d'autre part, elle doit également démontrer que cet effort créatif, issu du talent et du génie individuel de l'auteur<sup>1</sup>, a géré un résultat unique, qui permet de la distinguer de toutes autres œuvres préexistantes. L'objectif majeur de la loi est évident. Elle vise à protéger les œuvres qui soient non seulement uniques mais qui dérivent également d'un effort intellectuel qui doit être lui-même unique et, le plus souvent, individuel. Dans le cas des œuvres collectives, une grande partie de la doctrine soutient que ce qui est pris en compte prioritairement sont les apports individuels qui ont permis la constitution d'un résultat original, issu de ce rassemblement créatif. Il est vrai que le système cherche à attribuer la titularité du droit d'auteur à un nombre défini d'individus qui soient parfaitement identifiables. Par ailleurs, si l'auteur n'est pas identifiable il s'agit généralement d'une création qui appartient à un auteur anonyme et, de ce fait, libre à l'utilisation de qui que ce soit, sans avoir recours à aucune autorisation préalable. C'est ainsi que sont définies, très fréquemment, les œuvres appartenant au « folklore » populaire. Ce sont, bien entendu, des œuvres placées dans le « domaine public ».

Cependant, il faudrait noter que certains auteurs contemporains, dont Vanessa Marceron et Antonio Carlos Morato, soutiennent la position selon laquelle il existe des nuances essentielles qui doivent être établies entre les œuvres qui font appel à une pluralité d'auteurs. La distinction entre œuvre collective et œuvre de collaboration est claire. Il serait donc important de faire cette distinction essentielle entre « l'œuvre collective » et « l'œuvre de collaboration ». Il existe là deux catégories distinctes d'œuvres intellectuelles puisque, selon la doctrine pertinente, dans l'œuvre de collaboration il est possible de discerner une indépendance ou une fusion éventuelle des contributions individuelles, tandis que dans l'œuvre collective nous aurions affaire à la fusion de toutes les contributions dans une œuvre finale. Dans cette dernière figure, il existerait donc, d'un côté, un travail (réalisée à l'initiative d'une personne physique ou morale) de différents collaborateurs qui accomplissent un résultat « organique » achevé et unique, et, d'un autre côté, il existe une impossibilité de déterminer quelle est la part exacte qui correspond à la contribution de chacun de ces collaborateurs

---

<sup>1</sup> Cette caractéristique est justement celle qui relève des aspects moraux de la création.

assemblés. Elle est donc indivisible en permanence et ne permet pas d'attribuer des droits distincts pour chacun des réalisateurs. A ces deux catégories nous pourrions encore ajouter une troisième, qui met l'accent sur des créations nouvelles, auxquelles ont été incorporées des contributions d'une œuvre préexistante, sans que l'auteur de celle-ci soit un collaborateur dans l'action qui a abouti à ce nouveau résultat. Ce sont les dites « œuvres composites ».

Les conséquences de ces distinctions sont multiples et touchent, dans un de ses aspects les plus intéressants, nous semble-t-il, à la possibilité d'attribuer la titularité des droits d'auteur à une personne morale<sup>1</sup>. Ce n'est pas une nouveauté que de dire que, actuellement, il existe une vaste base doctrinale, jurisprudentielle et légale, dans de nombreux pays, qui admet que les droits de la personnalité peuvent être attribués (soit expressément dans le texte légal, soit tacitement et par analogie à d'autres figures juridiques) aux personnes morales. Au Brésil, l'article 52 du Code Civil (loi 10.406/2002)<sup>2</sup> ne laisse pas de doute à ce propos. Il est tout de même vrai que, malgré cela, l'œuvre collective fait encore l'objet d'une adjectivation qui la qualifie d' « anomalie », ou encore « d'un intrus dans le droit d'auteur »<sup>3</sup>.

Le fait est que les législations nationales peuvent admettre ou non l'existence d'un système de protection des œuvres collectives, celui-ci peut encore être ou non indépendant du système de protection des œuvres de collaboration<sup>4</sup>, pouvant en plus appartenir à la sphère de droits (non seulement patrimoniaux mais moraux) des personnes morales.

Selon la législation brésilienne, comme il a déjà été dit, il existe des précédents assez solides qui admettent l'attribution de certains droits patrimoniaux et, principalement, extrapatrimoniaux (ou moraux) – appartenant typiquement aux personnes physiques (en tant qu'auteurs) – à des personnes morales. Certains auteurs soutiennent même la position polémique selon laquelle une personne morale pourrait être considérée comme l'auteur d'une œuvre collective là où il est impossible de distinguer les participations individuelles du travail développé. Selon la NBR<sup>5</sup> n° 6023/2000, approuvée par l'Association Brésilienne de Normes Techniques (ABNT), dans sa définition n° 3, l'auteur est la personne physique responsable

---

<sup>1</sup> Une personne morale ne peut être regardée comme un auteur. En revanche, elle peut être titulaire des droits d'auteur.

<sup>2</sup> Art. 52: La protection des droits de la personnalité s'applique aux personnes morales lorsque cela est possible.

<sup>3</sup> Antonio Carlos Morato. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XVII.

<sup>4</sup> L'œuvre de collaboration, selon le pays, peut absorber le cas de l'œuvre collective. Selon Antonio Carlos Morato (Idem, p. 6), au Brésil, ce qui est appelé œuvre collective, sera nommé œuvre de collaboration en Allemagne. Si une entreprise veut se réserver les droits sur cette œuvre, elle devra le faire par l'intermédiaire d'un contrat

<sup>5</sup> Dénomination des normes de l'Association Brésilienne de Normes Techniques.

par la création du contenu intellectuel ou artistique d'un document, et « l'auteur entité » est l'institution, l'organisation, l'entreprise, le comité, la commission, entre autres, responsable des publications où il n'est pas possible de particulariser (personnellement) l'auteur ou les auteurs.

Une extension de cette vision pourrait sans doute entraîner des conséquences cruciales en ce qui concerne la garantie des droits d'auteur collectifs (ou, plutôt, collectifs/composites) des peuples indigènes. Il est important de noter qu'en 1971 la Convention de Berne a été modifiée et, depuis cette date, elle permet aux pays signataires de désigner quelles sont les « autorités nationales compétentes » pour protéger les œuvres du « folklore populaire », et aptes à assurer le contrôle de licences, afin de gérer l'utilisation saine d'un tel patrimoine. L'OMPI définit le terme « folklore » comme étant « les manifestations traditionnelles de la culture [d'un peuple], qui sont l'expression de son identité nationale »<sup>1</sup>. Selon Erica-Irene Daes, cependant, « les populations autochtones n'apprécieraient certainement pas que l'Etat gère leur 'folklore' comme une partie du patrimoine national, et encaisse des redevances à la place de leurs propres communautés »<sup>2</sup>. Il serait plus légitime, selon l'auteur, que chaque Etat membre confie aux peuples autochtones la tâche d'autoriser l'exploitation sous licence des expressions de leur « folklore ». Cependant, si cette possibilité se heurte au principe de limitation dans le temps du droit d'auteur, il faut savoir si les Etats sont capables de respecter l'autodétermination des peuples autochtones de gérer leur folklore en accord avec les lois internes des pays et les Conventions internationales signées.<sup>3</sup>

Depuis les années 1970 – période des premiers tâtonnements de l'OMPI dans la protection des expressions culturelles du « folklore » – et même depuis la fin des années 1990<sup>4</sup>, la discussion a beaucoup avancé et dans quelques pays, dont le Brésil, il est actuellement considéré inadéquat, voire même significativement péjoratif d'emprunter le terme « folklore »<sup>5</sup> pour faire allusion aux créations des peuples autochtones<sup>1</sup>. Ce qui est

---

<sup>1</sup> «Protection of expressions of folklore», OMPI, document GIC/UK/CNR/VI/12).

<sup>2</sup> Erica-Irene Daes. *Protection du patrimoine des populations autochtones*. Documents des Nations Unies, New York et Genève, 1997, pg. 19.

<sup>3</sup> Article 231 de la C.F.B., articles 3,4 et 5 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, de 13 septembre 2007. Art. 3 : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

<sup>4</sup> Quand l'ex-Présidente du Groupe de Travail sur les populations autochtones a fait les commentaires cités.

<sup>5</sup> Selon le dictionnaire Larousse, « folklore » (terme étymologiquement originaire de l'anglais et composée des mots « folk », peuple et « lore », science) signifie: « Ensemble de traditions populaires et des coutumes relatives à la culture et à la civilisation d'un pays où d'une région; étude scientifique de ces traditions.

toujours d'actualité, malgré tout le parcours théorique suivi depuis les trois dernières décennies dans le domaine des droits indigènes, est que de nombreux peuples indigènes n'ont pas, à ce que tout indique, un véritable accord avec une supposée insertion dans ce domaine folklorique englobant l'ensemble des expressions culturelles qui forment le « coloré national », comme il est familièrement convenu de se référer (particulièrement au Brésil) à cette prétendue composante de « l'Unicité Nationale »<sup>2</sup>. Il existe certainement des groupes qui défendent une telle insertion - soit par une authentique conviction d'appartenance à la représentation du « Peuple Brésilien », soit parce que leur situation géopolitique les pousse à opter pour une stratégie qui passe par l'acceptation de la condition « d'Indiens intégrés » – mais ceci ne permet en aucune sorte des généralisations. Il suffit de réfléchir à la situation de profond isolement (géographique, économique et culturel) par rapport à la société brésilienne dans lequel vit une grande partie des peuples indigènes. Une telle insertion leur semble, le plus souvent, arbitraire et fallacieuse, donnant le sentiment d'un retour à l'idéologie intégrationniste vécue pendant la période de l'ancienne constitution (1967, 1969).<sup>3</sup>

Il n'est pas difficile de se rendre compte que, lorsque nous considérons le cas des œuvres indigènes, la réalité qui se présente ne s'adapte pas exactement au modèle de droit d'auteur classique présenté auparavant. Selon Fernando M. Baptista et Raul S. T. do Valle, spécialistes du droit d'auteur et d'image des peuples indigènes de « l'Institut Socio-Environnemental » (ISA), les œuvres qui émanent de l'esprit, de l'effort intellectuel ou de l'entendement esthétique de ces peuples sont le reflet de leur originalité « artistique » (ou artisanale) et d'un génie créatif propre, et, pour cela, doivent être protégées par le droit

---

Manifestation d'un pittoresque superficiel. Pour folklorique, le même dictionnaire porte la suivante définition familière: « Pittoresque mais dépourvu de sérieux ».

<sup>1</sup> Dans le contexte historique et légal de nombreuses nations plurinationales, la mise en équivalence du terme « folklore » (malgré sa composition étymologique) avec le patrimoine culturel traditionnel des peuples autochtones, permet la décaractérisation de biens qui, selon ces peuples, ne composent pas un patrimoine appartenant à l'Etat. Il s'agirait d'un patrimoine appartenant « individuellement et exclusivement » (individuel ici renvoyant à l'unité collective) à chaque peuple et à lui seul, en conséquence de leurs droits, internationalement reconnus, à la libre détermination et à disposer d'eux-mêmes.

<sup>2</sup> Les peuples indigènes semblent avoir une préoccupation prioritaire pour la défense de leur propre patrimoine collectif et singulier, vu qu'ils se revendiquent souvent en tant que peuples autonomes, sinon nations. Leur condition d'insertion dans un Etat qui les circonscrit est fréquemment décrite comme une soumission forcée « manu militari ». Le discours ouvertement proféré par divers représentants du peuple Mapuche, qui occupent aussi bien le territoire chilien qu'argentin, est un bon exemple de cette situation conflictuelle.

<sup>3</sup> Cette idéologie est progressivement dépassée (tant dans les politiques publiques officielles que dans les théories sociologiques) avec l'avancée de la Constitution de 1988. Ce qui ne veut pas dire que les traces destructives de cette pratique (l'intégrationnisme) idéologiquement proactive, et qui a perduré pendant des siècles, soient complètement et partout oubliées. Le manque d'égards vis-à-vis du *droit à la différence* afflige encore de nos jours les peuples traditionnels qui vivent sur le territoire brésilien.

d'auteur. Ces créations diffèrent considérablement d'autres œuvres sur deux grands aspects primordiaux:

- elles n'ont pas, du point de vue du système classique, un auteur ou un ensemble d'auteurs immédiatement identifiables, puisque la création, dans ce cas, est le résultat de successives réadaptations engendrées au cours des générations; et
- La reproduction suit des modèles similaires, même si des variations peuvent être constatées, transmis, également de génération en génération<sup>1</sup>. Ces modèles doivent être compris, d'une manière générale, comme une expression culturelle qui sert à créer une identité particulière à un groupe ethnique spécifique.<sup>2</sup>

A première vue, on pourrait penser que le droit d'auteur ne comporte pas le cas des droits d'auteurs collectifs des peuples indigènes, puisqu'il n'aurait pas été conçu pour pénétrer le champ des droits collectifs. Cette approche se base principalement sur l'article 5°, incise VIII, alinéa b de la loi 9610/1998:

Art. 5° - Pour les effets de cette loi, est considérée:

(...)

VIII - œuvre:

(...)

b) anonyme – quand il n'existe pas d'indication à propos du nom de l'auteur, selon son désir ou parce qu'il est inconnu; (...)

Si l'on adopte comme base cette règle, il est évident que les créations indigènes restent sans protection, puisqu'elles sont de nature collective et ne présentent généralement pas de titulaire légitime à titre individuel. C'est justement sur ce dispositif légal que se fondent les arguments des adeptes de la doctrine classique du droit d'auteur qui veulent classer l'art et les autres créations de l'esprit des peuples indigènes en tant qu'œuvres du « folklore ». Cette interprétation de la situation juridique en question défend ainsi l'insertion du patrimoine

---

<sup>1</sup> Fernando M. Baptista et Raul S. T. do Valle, *Os povos indígenas frente ao direito autoral et de imagem*. Documentos ISA. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2004, p. 17.

<sup>2</sup> Idem : « Cela signifie que, malgré l'éventuelle production individuelle d'un artisan, qui utilise, certes, son talent et son habilité individuelle, la conception artistique et esthétique de l'œuvre n'est pas le fruit de sa créativité individuelle. Elle provient, plutôt, d'un héritage créatif culturel et social, et qui, donc, ne se restreint pas à une simple addition de contributions individuelles ». Cela ne nous permet pas de contester la qualité d'auteur d'un artiste individuel intéressé par la reconnaissance de ses droits d'auteurs. Mais il nous semble que dans la plupart des cas nous aurons des difficultés pour distinguer des requêtes d'intéressés isolés des revendications de sa collectivité. La question ici est d'un autre ordre: ces sociétés reconnaissent les créations individuelles, mais cela ne les intéresse pas de privilégier quelqu'un au sein de la communauté à propos d'une particularité individuelle, parce que cela peut créer un déséquilibre dans les relations. Normalement le déséquilibre de ces sociétés provient de la rémunération différenciée entre les membres de la même communauté.

artistique (et pourquoi pas littéraire et scientifique) indigène dans la sphère du domaine public, et donc libre d'accès à quiconque, sans aucune redevance pécuniaire à qui que ce soit, comme il a été dit antérieurement. Bien évidemment, il ne serait pas juridiquement raisonnable d'affirmer que les peuples indigènes n'ont pas de droits sur leurs créations artistiques et qu'ils sont dépourvus de protection dans ce domaine. Cela correspond à une fausse interprétation des divers textes légaux qui créent formellement une réserve garantissant la sauvegarde des expressions du patrimoine collectif qui révèlent des « connaissances ethniques ou traditionnelles », qu'elles soient matérielles ou immatérielles. La Constitution Fédérale proclame, dans ses articles 231 et 232, que sont reconnues aux peuples indigènes leurs « coutumes », leurs « langues », leurs « croyances » et leurs « traditions », et que « (...) leurs communautés et leurs organisations sont parties légitimes pour agir en justice pour la défense de leurs droits et intérêts (...) ». Cela représente d'une part la nécessité de veiller sur les intérêts de nature collective des peuples indigènes, et reconnaît d'autre part la personnalité juridique de leurs organisations sociales. Chaque communauté indigène est donc une personne morale apte à agir en justice et à être titulaire de droits au nom de ses intégrants<sup>1</sup>. Cette affirmation n'est pas sans fondement doctrinal et jurisprudentiel, comme l'ont démontré les nombreux cas où la communauté indigène fut le demandeur à une action judiciaire.

Selon Dalmo de Abreu Dallari:

Il est, tout d'abord, important de considérer que les communautés indigènes n'ont pas seulement une existence de fait mais aussi de droit. La loi fédérale n° 6.001, du 19 décembre 1973 (« Estatuto do Índio ») affirme de nombreuses fois que les communautés indigènes peuvent être propriétaires (collectivement) de terres, ce qui démontre, ainsi, leur personnalité juridique.<sup>2</sup>

La capacité processuelle appartient à la communauté indigène. Elle n'aurait donc pas besoin d'avoir recours à des formalismes préalables qui la constituerait en tant que personne morale, comme par exemple un enregistrement statutaire. Il convient ici de reprendre encore une fois les leçons du professeur Dallari, pour éclaircir quelques points douteux sur la matière:

Une donnée importante, que les juristes plus attachés au formalisme ne considèrent

---

<sup>1</sup> Il est certain, tout de même, que personne ne peut les contraindre à accepter cela quand ce n'est pas de leur intérêt.

<sup>2</sup> Dalmo de Abreu Dallari. "Índios, Cidadania e direitos". In *O Índio e a Cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 12.

pas, c'est qu'une communauté indigène est une forme spéciale d'association, qui ne se subordonne pas aux formalités exigées pour d'autres formes d'association. Le "Estatuto do Índio", à plusieurs reprises, détermine que les us, les coutumes et les traditions des communautés indigènes doivent être respectées. Aucune loi ne dit comment doit fonctionner une communauté indigène, cependant, le droit brésilien reconnaît les communautés comme des entités existantes et leurs assure divers droits. Ceci dit, il serait absurde de prétendre que les communautés indigènes doivent avoir des statuts inscrits dans les archives pour qu'elles puissent avoir leur existence et leur personnalité juridique reconnues. La loi n'exige pas cela.<sup>1</sup>

Le « Statut de l'Indien » (« Estatuto do Índio » - loi 6.001, du 19 décembre 1973), comme nous l'avons déjà précisé dans la partie préliminaire de ce travail, comporte quelques dispositions qui furent élevées à la catégorie constitutionnelle. L'une d'entre elles est justement celle de l'actuel article constitutionnel n° 232, qui porte sur la capacité qu'ont les peuples indigènes et leurs communautés d'agir en justice, ce qui, par conséquent, équivaut à reconnaître leur personnalité juridique. Selon Marco Antonio Barbosa:

[...] ce n'est pas l'article 232 de la Constitution de 1988 qui attribue pour la première fois la capacité d'agir en justice aux communautés indigènes. Les communautés avaient déjà utilisé les recours au pouvoir judiciaire lorsque la loi 6.001/73 était en vigueur. En effet, ces informations sont d'autant plus importantes qu'elles permettent d'établir une archéologie des 'mécanismes collectifs de défense de droits dans l'ordre juridique brésilien'. Les auteurs des actions judiciaires<sup>2</sup> eux-mêmes indiquent l'année de 1981 comme celle où apparaissent les premières initiatives en leur nom propre.<sup>3</sup>

Ceci dit, pour que l'on puisse bien saisir l'intention du législateur constituant, il est essentiel que la règle de la charte majeure (qui indique nettement l'intention de voir sauvegardées les traditions des peuples indigènes) soit analysée et interprétée parallèlement aux autres textes légaux infraconstitutionnels. Le patrimoine artistique et culturel des peuples indigènes est catégoriquement exclu (puisque distinct) du domaine folklorique national, que ce soit formellement, dans les figures juridiques exposées, ou matériellement, dans les pratiques populaires.

Contrairement au folklore, les œuvres qui dérivent du patrimoine artistique indigène ont une source identifiable, qui n'est pas individuelle, mais collective. Le

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Barbosa se réfère plus précisément au procès relatif aux terres de la communauté guarani de « l'Aldeia do Ribeirão Silveira », Municipalité de São Sebastião, dans l'Etat de São Paulo, où il était avocat de la communauté.

<sup>3</sup> Marco Antonio Barbosa. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Fapesp/Plêaide, 2001, p. 104.

graphisme corporel des Xikrin, par exemple, appartient à la collectivité formée par l'union indivisible de tous ceux qui appartiennent au peuple Xikrin, qui est parfaitement indétectable et distinct des autres ethnies indigènes, ainsi que du reste de la société nationale. Il est ainsi possible d'identifier un titulaire pour ce graphisme corporel: le peuple Xikrin.<sup>1</sup>

Il est donc fondamental que les confusions provoquées par une mauvaise interprétation de la loi, permettant de verser les arts et le patrimoine culturel indigène dans le domaine public, soient abandonnées une fois pour toutes. La loi d'auteur reconnaît, non seulement, le caractère distinct des droits portant sur les connaissances traditionnelles et ethniques (ce qui les empêche formellement d'être lancées dans le domaine public), comme elle prévoit aussi la possibilité de protéger les œuvres qui ont un caractère collectif. L'atteinte aux droits des communautés, due à une telle application de la loi, est encore plus blâmable si nous ajoutons à cela la possibilité prévue (art. 11 de la loi 9610-98<sup>2</sup>) d'attribuer la titularité des droits de l'œuvre à une personne morale. Le raisonnement est assez simple et analogue à celui qui reconnaît la titularité originaire (celle de l'auteur: morale) - et pas simplement celle qui est dérivée (qui peut être acquise par un tiers: patrimoniale) – des droits inhérents à l'œuvre à une personne juridique. Citons ici comme exemple les éditeurs de dictionnaires et d'encyclopédies, les compilateurs d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques.

Selon Vanessa Maceron:

Ainsi, la notion d'œuvre collective s'est effacée pendant la 2<sup>ème</sup> moitié du 19<sup>ème</sup> siècle et pendant la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, toutefois, le débat concernant cette notion est réapparue avec force avec l'apparition des œuvres cinématographiques, nouvelle catégorie d'œuvres protégées par le droit d'auteur<sup>3</sup>.

Notons cependant qu'en droit français il s'agirait ici plutôt d'une œuvre de collaboration. Somme toute, dans un projet spécifique où il n'est pas possible de déterminer la part des participations individuelles, nous aurions affaire à une œuvre dont la qualité d'auteur appartiendrait à la personne juridique en charge ou à la direction de l'entreprise. Cette conclusion est due, entre autres choses à « l'obsolescence » de la théorie de la fiction face à « l'affermissement » de la théorie de la réalité en matière de personnalité juridique.

---

<sup>1</sup> Fernando M Baptista e Raul S. T. do Valle, *Idem*, p. 20.

<sup>2</sup> Art. 11. L'auteur est la personne physique créatrice de l'œuvre littéraire, artistique ou scientifique.

Paragraphe unique. La protection attribuée à l'auteur peut s'appliquer aux personnes morales dans les cas prévus par la Loi.

<sup>3</sup> Vanessa Maceron, *apud* Morato. *Idem*, p. 30.



Si nous admettons que ces communautés ont une personnalité juridique, comme le veut l'article 232 de la Constitution Fédérale, il n'y aurait pas de motif cohérent pour interdire aux communautés indigènes la titularité des droits patrimoniaux et moraux d'une œuvre intellectuelle qui émane de l'esprit de leurs membres à titre collectif; dans certains cas, à titre collectif et composite, lorsqu'il s'agit d'une œuvre collective qui s'inspire (incorpore) d'une œuvre préexistante, ce qui est souvent le cas des créations traditionnelles indigènes.

Il faut souligner qu'il n'est pas du tout inconcevable qu'un artiste issu de cette communauté puisse revendiquer un droit à titre individuel. Dans ce cas il devra être en mesure d'expliquer ses motifs au sein et dans les instances compétentes de sa propre communauté. La proposition peut paraître originale à première vue, mais elle devient, en quelque sorte, plus plausible si nous nous permettons d'établir un bref parallèle avec d'autres figures juridiques, présentes depuis déjà quelque temps au Brésil.

### **Section 3. Les actions collectives au Brésil**

En effet, ce qui a été décrit auparavant se rapproche des figures juridiques très présentes dans la loi brésilienne des Droits du Consommateur (Code de Défense du Consommateur – Loi n° 8078 du 11 Septembre 1990) et dans la Loi d'Action Civile Publique (Loi n° 7.347, du 24 juillet 1985). Cette branche du droit opère traditionnellement avec la notion de droits collectifs mais aussi avec celle de droits diffus<sup>1</sup>. Elles sont toutes deux qualifiées de droits « transindividuels » et « indivisibles ». Ces concepts révèlent des caractéristiques essentielles pour la réflexion à propos des droits indigènes pour deux motifs principaux. Le premier, et le plus évident, résulte tout simplement du fait de l'applicabilité matérielle concrète de ces figures, malgré leur considérable originalité. Le deuxième motif, plus substantiel, se rapporte exactement au contenu cognitif novateur de ces concepts. Tout d'abord, d'un point de vue

---

<sup>1</sup> Ruy de Aguiar Rosado Jr. « L'accès du consommateur à la justice au Brésil ». *Rapport présenté au Cinquième Congrès sur le droit du consommateur* – Toronto, Canada, 25-27 mai, 1995, pg. 5 et 6. Le Code de Défense du Consommateur de 1990 a maintenu les principes de base innovateurs introduits par la Loi de 1985, mais a été plus détaillé et minutieux dans l'exposition du thème, hormis le fait d'innover sur certains points. Le Code a ainsi défini les hypothèses de défense collective: I – Les intérêts ou droits diffus sont transindividuels, de nature indivisible, dont sont titulaires des personnes indéterminées et liées par des circonstances de fait. I – Les intérêts ou droits collectifs, comprenant ainsi les intérêts et les droits transindividuels de nature indivisible, dont est titulaire un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles ou contre la partie adverse par une relation juridique-base.

subjectif, ils sont détenus par plusieurs personnes. Deuxièmement, leur objet ne permet pas de fractionnement. En outre, la conséquence immédiate de ces particularités fait que l'atteinte au droit d'un intéressé entraîne simultanément la lésion au droit de tous les autres.

Luis Roberto Barroso, nous présente une distinction très claire de ces deux notions. Selon lui, les droits diffus:

(...) se confondent, souvent, avec l'intérêt de la société comme un tout. Ses titulaires sont un nombre indéterminé de personnes, liées entre elles par des circonstances factuelles, tel que le fait d'habiter dans une même ville, de jouir d'un même paysage ou de dépendre d'une même rivière pour l'approvisionnement en eau. Des exemples typiques de ces droits diffus sont le droit à un environnement sain, à une publicité qui ne soit pas trompeuse, à des produits qui ne soient pas nocifs. Le fait qu'un droit soit diffus n'empêche pas qu'une personne ayant souffert un préjudice puisse introduire une action individuellement, comme dans le cas d'une personne qui subit un dommage direct du fait de la pollution d'une rivière ou de l'achat d'un médicament qui ne contenait pas d'avertissement sur les risques pour la santé qu'il pouvait provoquer<sup>1</sup> (...)<sup>2</sup>

Tandis que les droits collectifs:

(...) également transindividuels et indivisibles, sont détenus par: "un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles ou contre la partie adverse par une relation juridique de base" (Loi n° 8.078/90, art.81, II). Leur trait distinctif par rapport aux droits diffus est la possibilité de déterminer les titulaires du droit en raison du caractère plus restrictif des personnes affectées. Nous citerons maintenant quelques exemples de personnes liées entre elles par une relation juridique de base<sup>3</sup> (victimes d'un préjudice collectif). Il peut s'agir d'actionnaires d'une société affectés par une décision illégale de la direction ou de copropriétaires d'un immeuble victimes d'une exigence déraisonnable de la mairie. L'hypothèse d'une relation juridique de base contre la partie adverse peut être illustrée par la situation d'un groupe d'étudiants handicapés d'une université revendiquant la construction d'un accès spécial pour leurs chaises roulantes (...).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Une affaire qui a causé un grand émoi au Brésil en 2003 a été celle d'un fabricant de pilules anticonceptionnelles qui, par méprise, a mis dans plusieurs emballages un placebo au lieu du médicament. De nombreuses femmes sont tombées enceinte involontairement et ont intenté des actions contre le laboratoire responsable.

<sup>2</sup> Luis Roberto Barroso. «Intervention proférée à la Cour de Cassation française» dans le cadre du colloque *Les actions collectives: points communs et divergences des expériences américaines et européennes*. Paris. 2005, p. 5.

<sup>3</sup> La relation juridique de base préexistante ne se confond pas avec la relation juridique qui découle du préjudice porté au droit collectif et qui génère la responsabilité de celui qui l'a causée. Voir: José Carlos Barbosa Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos" (L'action populaire du droit brésilien comme instrument de protection juridictionnelle des droits dénommés diffus), In: *Temas de direito processual*, 1<sup>o</sup> série, São Paulo, 1977; Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Junior e Zelmo Denari, *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 1999, p.722.

<sup>4</sup> Luis Roberto Barroso. Idem, p. 6; On peut observer dans cet exemple qu'il n'y a pas de relation juridique des élèves entre eux, mais seulement entre eux et l'université. Les intéressés sont déterminés ou déterminables, ce

Il ne s'agit pas ici d'approfondir la matière des droits diffus et collectifs présents dans l'ordre juridique brésilien. Ces exemples servent seulement à illustrer qu'un effort vers des démarches législatives audacieuses et, principalement, ajustées aux cas concrets<sup>1</sup>, unissant une certaine rupture novatrice face à des standards juridiques classiques (inadaptés) et un dynamisme matériel positif, est possible, et désormais indispensable dans le contexte de *lutte* pour les droits des peuples indigènes. « Les juges et les tribunaux jouent aujourd'hui un rôle plus actif dans la création du droit de par leur travail d'interprétation et d'argumentation des 'clauses ouvertes' et des principes de droit »<sup>2</sup>. Ajoutons, d'ailleurs, que cela n'est pas simplement vrai dans les sphères du pouvoir judiciaire et législatif, mais devrait paraître, également, dans l'agenda des politiques publiques de l'exécutif<sup>3</sup>.

Revenons à présent au champ du droit d'auteur proprement dit, pour exposer quelques considérations finales d'intérêt pour le thème, avant d'examiner les autres notions juridiques importantes pour le débat. Soulignons d'abord que tout le parcours analytique élaboré dans cette sous – partie ne vise pas imposer une seule vision sur le thème, en prétendant que le problème est résolu. L'apport d'autres éléments de fait et de droit doit essentiellement être pris en compte pour que le débat soit consistant sur une base dialectique. L'étude proposée est nettement controversée et d'actualité indéniable<sup>4</sup>; ce qui est démontré par la situation d'évidence où est progressivement placé le patrimoine immatériel, surtout dans l'actuel contexte d'intérêt culturel et de mondialisation<sup>5</sup>. Il ne s'agit pas ici de défigurer des notions, mais de les considérer amplement et d'en détacher, si possible, des aspects qui soient utiles aux peuples indigènes. L'interrogation sur la capacité qu'aurait la personne morale pour figurer comme titulaire des droits d'auteur de l'œuvre artistique, littéraire et scientifique<sup>6</sup> nous semble être un de ces aspects prometteurs, puisque d'une part, quasiment toute la base qui

---

qui exclut l'hypothèse de droit diffus. Et l'indivisibilité est évidente: ou bien on construit des rampes et tous les intéressés sont satisfaits ou on ne les construit pas et aucun ne l'est.

<sup>1</sup> Ce qui englobe, bien évidemment, des procédures juridiques également précises.

<sup>2</sup> Luis Roberto Barroso. Idem, p. 3-4

<sup>3</sup> Sous la forme, par exemple, d'un programme national du corps législatif et juridique pour les questions qui touchent aux droits indigènes, écartant, surtout, les permissivités qui autorisent, encore, des manifestations qui démontrent une conception interprétative de la matière basée sur l'évolutionnisme social et le préjugé.

<sup>4</sup> Malgré la relative précarité d'examens dans cette « micro-tranche » du sujet.

<sup>5</sup> Il suffit d'observer l'intensité des débats internationaux à ce propos et qui ont finalement abouti, en 2001, dans la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, et en 2003, dans la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*.

<sup>6</sup> Même si on considère la distinction auteur/titulaire.

conteste cette condition à la personne morale a été construite préalablement à l'ascension de la théorie de la réalité<sup>1</sup>, et d'autre part, puisqu'un des principaux reproches faits à l'utilisation du droit d'auteur dans le domaine du patrimoine indigène se base sur une supposée difficulté de définir qui représente la collectivité et, donc, qui est le titulaire de ce droit. Considérant que la personne morale peut être légitime propriétaire de droits d'auteurs et que toute communauté indigène est une personne morale, il y a encore du débat en perspective.

Notons qu'en effet des lacunes législatives persistent sur divers points de l'applicabilité du droit d'auteur pour les sujets en question, ce qui fait que certaines de leurs principales revendications restent encore sans une réponse précise. Malgré cela les experts dans le domaine fournissent des pistes qui nous semblent pour le moins intéressantes. Un exemple se réfère à la question de l'imprescriptibilité des droits patrimoniaux revendiquée par les peuples indigènes lorsqu'il s'agit de mettre leur patrimoine culturel au service du public. Selon les peuples indigènes et les juristes qui soutiennent cette position, les droits patrimoniaux sur les œuvres culturelles doivent perdurer indéfiniment, tant qu'il existe un descendant du groupe qui l'a créé. Ils affirment que: « Une collectivité indigène, une ethnie, n'a pas d'âge, n'est pas mortelle comme un individu l'est. C'est ainsi que leurs droits, en tant que collectivité, sont imprescriptibles »<sup>2</sup>.

Leur argument veut faire comprendre que les droits collectifs indigènes sont des droits qui insèrent un élément culturel intrinsèque et indélébile. Il s'agit d'un « patrimoine qui se transmet de génération en génération », dont jouit un ensemble déterminé ou déterminable d'individus (le groupe, la communauté ou le peuple) dans le présent (aspect « collectif-composite »), mais dont doit impérativement pouvoir jouir, également, un nombre indéterminé d'individus dans le futur (aspect « diffus »). La mise à disposition de ces droits patrimoniaux (moyennant, par exemple, une contrepartie pécuniaire) dans un système marqué par la limitation de ces droits dans le temps (les soixante-dix ans post mortem du système classique brésilien) représenterait une injustice et un tabou éthique envers les générations futures.

Cette intention de voir préservé l'aspect patrimonial de leurs droits d'auteur se base sur

---

<sup>1</sup> Et donc, basée sur la théorie de la fiction, qui est actuellement dépassée, malgré le nombre d'adeptes qu'elle possède jusqu'à présent, surtout dans le domaine du droit d'auteur.

<sup>2</sup> Fernando M. Baptista e Raul S. T. do Valle. Idem, p. 37-38

le dispositif constitutionnel qui affirme que « l'Union (État) est tenue (...) de protéger et de faire respecter tous leurs biens ». Soulignons, encore une fois, l'article 45 de la loi de droit d'auteur brésilienne:

Outre les œuvres dont le délai de protection a expiré, appartiennent au domaine public celles dont:

I – les auteurs décédés n'ont laissé aucun successeur;

II – les auteurs ne sont pas connus, excepté la protection légale sur les connaissances ethniques et traditionnelles.

Le texte légal est assez clair et il impose l'exclusion des « connaissances ethniques et traditionnelles » de la possibilité de tomber dans la sphère du domaine public. Cependant, malgré la clarté de la norme, il est encore très difficile de trouver une base consistante dans cette ligne à l'intérieur de la doctrine classique. L'hypothèse risque d'ailleurs d'être mal perçue sur le plan international, selon l'argumentation que ce genre de patrimoine, qui se veut « imprescriptible » sur le plan patrimonial, devrait être, également, « indisponible ». Il s'agirait, sous ce prisme, d'une catégorie de biens hors commerce (puisque rituels, sacrés, religieux), et qui s'adapterait donc mieux aux sauvegardes établies par les conventions de l'Unesco, par exemple. Une revendication qui cumule simultanément les prérogatives de la disponibilité (pécuniaire principalement) des droits patrimoniaux sur l'œuvre artistique, scientifique ou littéraire avec celle de « l'imprescriptibilité » de ces droits, semble encore extravagante pour les critères de la propriété intellectuelle et du droit international. Une telle requête<sup>1</sup> devra être accompagnée, non seulement d'une argumentation juridique et historique<sup>2</sup> solide, mais principalement d'un énorme groupe de pression internationale qui l'avalise.

Dans le contexte actuel, les artistes autochtones et leurs communautés doivent être matériellement et formellement aptes à utiliser les mécanismes légaux et les instruments de pression politique existants, afin de préserver un patrimoine hautement valorisé. Il ne s'agit pas d'adopter une simple posture défensive, mais une attitude et des actions proactives. Les communautés autochtones et leurs organisations doivent être en mesure d'utiliser les

---

<sup>1</sup> Il en existe d'autres, citons celle qui plaide pour ne pas considérer l'attribution d'une date précise pour la création de l'œuvre. Effectivement, considérant que l'œuvre est indigène et collective, et que jamais elle ne pourra tomber dans le domaine public (art. 45, II, L. 9610-98), la détermination d'une date précise pour sa création perd significativement sa finalité matérielle.

<sup>2</sup> Dans le sens où ces sociétés furent systématiquement dépouillées de leurs richesses matérielles et culturelles et qu'une telle attitude (et opportunité) représenterait la reconnaissance d'une dette matérielle des nations hégémoniques envers eux. Une telle approche n'est, pour l'instant, qu'un mirage de ce que Nathan Wachtel (Idem, 1971) appellerait de « La vision [historique] des vaincus ».

instruments à leur disposition et d'agir en justice (collectivement ou individuellement) afin de sauvegarder cet ensemble spécifique et fragile de connaissances. Il s'agit sans doute d'un patrimoine qui n'a très souvent pas de vocation à s'installer dans les marchés globaux. Il peut bien évidemment être commercialisé selon le cas, mais cela devra être fait selon des critères plus subtils. Une telle absorption par le marché, sans limites dignes de leur contenu, représentera inévitablement une dévalorisation et, par conséquent, la privation de leur complète utilisation par les générations futures. Les autres effets en seront d'autant plus graves, pouvant aboutir à un démantèlement complet du système culturel et social qui assure l'existence du groupe.

Darrell A. Posey et Graham Dutfield nous offrent un bon exemple pratique d'action (individuelle) menée par des représentants de communautés autochtones australiennes dans le but de garantir leur patrimoine culturel collectif:

Bulun-Bulun contre Nejlam Pty Ltd

L'art autochtone est aujourd'hui une importante source de revenus pour de nombreuses communautés en Australie. L'industrie ainsi créée donne de l'emploi à des milliers de personnes, notamment à des artistes et à des employés de centres d'art où les œuvres sont vendues. Un grand nombre de ces personnes ne sont pas autochtones. Les ventes au détail se sont élevées à plus de 18 millions \$AU en 1988 (1,315 \$AU = 1\$US), dont 7 millions ont été reçus par les artistes. Selon Golvan (1992), "les œuvres des artistes autochtones sont devenues nos symboles artistiques nationaux". "Aujourd'hui", ajoute-t-il, "l'ouverture de tout immeuble public important est inconcevable sans la présence d'une forme quelconque d'art autochtone."

Malheureusement, dans de nombreux cas, des non-autochtones ont produit des versions déformées et banalisées des œuvres d'art indigènes. En 1989, John Bulun-Bulun, qui avait découvert qu'un fabricant de t-shirts avait imprimé une reproduction de deux de ses peintures sans autorisation, a poursuivi ce dernier pour violation du droit d'auteur. La société et deux magasins qui avaient vendu les t-shirts ont convenu de les retirer de la vente. Par la suite, 14 autres artistes ont déposé des plaintes contre la même société. Ces cas ont été réglés hors cour, les artistes recevant 150 000 \$AU en frais d'indemnisation et pour couvrir leurs coûts.

Ce recours à la loi par les artistes autochtones désirant protéger leurs droits a eu pour résultat positif de mettre fin aux reproductions non autorisées de dessins autochtones sur vêtements. Cela n'a toutefois pas empêché certaines personnes de continuer à produire et à vendre des imitations grossières de dessins autochtones. La conséquence la plus importante, c'est que ces peuples autochtones sont conscients que la loi n'est pas nécessairement contraire à leurs intérêts et peut même les aider à se défendre. Le plus difficile pour eux, c'est de trouver les ressources financières pour poursuivre une société devant les tribunaux<sup>1</sup>.

Il est vrai qu'il s'agit ici des droits individuels d'un artiste, mais l'exemple de l'utilisation de la loi dans son intérêt représente déjà une avancée significative qui pourrait

---

<sup>1</sup> Voir Golvan (1992), ECOSOC (1993) apud Posey et Dutfield, Idem, p. 95.

servir d'inspiration pour des futures actions collectives.

A présent, l'intention de pérenniser des droits d'auteur, pour que des futures générations puissent en faire un usage économique, doit être envisagée parallèlement à d'autres figures stratégiques. Les marques de commerce, les indications géographiques, les appellations d'origines, l'authentification et l'étiquetage, comme nous l'avons déjà dit, sont aussi de bons exemples et seraient assez facilement utilisables, si accompagnés d'une bonne stratégie d'action. Ces figures créent un interstice durable pour la conservation de biens patrimoniaux et peuvent être maintenues sous la garde d'un même possesseur (personne morale). Toute cette base juridique mise en évidence sert à montrer que des initiatives pour une protection effective des droits d'auteur indigènes peuvent être d'ores et déjà prises. L'insistante problématisation de l'applicabilité de figures juridiques existantes, dans le cas concret des droits des populations indigènes, sert le plus souvent à dévier l'attention du problème réel et urgent, qui est l'éventuelle appropriation et induite de biens culturels. Rien n'empêche, formellement, que de telles controverses soient résolues au fil d'un processus qui chercherait la solution la plus adaptée au cas concret.

### **TITRE III. Quels sont les savoirs et les biens traditionnels à protéger et quelle est leur importance?**

L'anthropologie ne peut pas être une 'science' de l'homme sans courir à nouveau le risque de définir l'humain, l' 'anthropos'. Une fois ces contrastes avivés, nous pourrions revenir à la table de négociations avec d'autres propositions de paix: 'Voilà, selon nous, ce qui constitue 'notre' humanité, qu'en est-il de la vôtre?' C'est pourquoi l'exotisme est une mauvaise méthode d'enquête autant qu'une erreur politique: il oblige à se tromper sur soi autant que sur les autres. Loin de porter nos regards sur les aspects périphériques, amusants, archaïques, folkloriques de ces sociétés modernes, loin de les forcer à tenir dans le cadre étroit des rituels et des symboles, nous devons rechercher ce qui en fait le cœur: la science, la technique, le marché, et bien sûr le droit.<sup>1</sup>

Les peuples indigènes, ainsi que d'autres populations culturellement différenciées à cause de leur relatif isolement face aux pressions du marché (qui modifient substantiellement les modes de vie), ne peuvent pas être réduits à des simples éléments auxiliaires des écosystèmes où ils vivent. Il s'agit dans les faits, d'artisans, d'artistes, de techniciens dans les domaines agraires et agricoles les plus divers, d'écologistes et écologues, et, pourquoi pas, d'habiles économistes lorsqu'il s'agit des ressources qu'ils ont l'intention de préserver. Cette condition de fait se confirme dans la mesure où ils furent capables d'aménager plus rationnellement les potentiels de la diversité naturelle - soit en contrôlant des fléaux, soit en promouvant l'hétérogénéité des espèces, ainsi qu'en vivant de façon durable avec leur environnement et en ayant des pratiques aussi flexibles qu'harmonieuses avec leurs visions cosmogoniques propres. La terre et le territoire détiennent une importance équivalente, à l'intérieur desquels le culturel et l'économique sont non détachables. Selon les paroles du « pajé » (« xeramõi ») Guarani José Fernandes (Kambá): « Nous ne sommes absolument rien sans la Terre, mais la Terre ne serait et ne sera certainement rien sans nous ».<sup>2</sup>

La tâche d'élaborer une classification et une description des savoirs autochtones présente de vraies difficultés et devra inévitablement emprunter une série d'instruments analytiques pluridisciplinaires, dans la mesure où elle évoque de multiples dimensions. Les dimensions épistémologique, sociologique, économique, politique, géopolitique, éthique, religieuse et scientifique en sont quelques-unes. Néanmoins, cette analyse, aussi rigoureuse

---

<sup>1</sup> Bruno Latour. *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*. Paris: La Découverte, 2004, p. 264

<sup>2</sup> Réflexion transmise par le leader Guarani lors d'une interview à propos des problématiques soulevées par la recherche.



soit-elle, sera toujours partielle et partiale. Les savoirs traditionnels – malgré l’actuelle reconnaissance de leur scientificité<sup>1</sup> sur le plan objectif<sup>2</sup>, notamment ceux qui se réfèrent à la valeur de l’expérimentation et de leur haut « coefficient d’empirisme » – en règle générale, ne semblent pas comporter des catégorisations étanches. L’administration par un « pажé » d’un médicament issu d’une plante thérapeutique, dont l’utilité pharmacologique est déjà démontrée selon les méthodes scientifiques<sup>3</sup> classiques, ne va certainement pas se passer des rituels, des mots, des mouvements, des gestes et des actes qui l’accompagnent obligatoirement, du simple fait qu’il existe une vérification selon les « rituels » exogènes.

Si l’on considère la logique de catégorisation que sous-tend la construction de bases de données afin de conférer au savoir traditionnel une utilité pour le développement, il est possible d’observer que la première démarche sera la séparation de ce savoir utile des autres connaissances, des pratiques, du milieu, du contexte et des croyances culturelles avec lesquelles il se combine dans les faits. Cela représente, bien évidemment, une transformation de ce que ce savoir signifie. Selon Agrawal, « cette détection et cette mise à part des savoirs utiles constituent l’opération [qu’il appelle] de ‘particularisation’ »<sup>4</sup>. Cette étape de particularisation représente la première par laquelle doivent passer les savoirs traditionnels afin d’être finalement légitimés par la logique instrumentale du développement. Ces savoirs devront encore être « testés et validés à l’aide des critères qui sont appropriés au regard de la science et qui font partie intégrante de tout énoncé particularisé sur les pratiques autochtones considérées comme savoir ».<sup>5</sup>

Le premier problème qui se pose, pour aborder le thème de la description proprement dite des « savoirs traditionnels », est terminologique. Comment catégoriser, classifier et nommer les différentes sortes de connaissances, de savoirs, de savoir-faire, de pratiques, de techniques, d’objets, de lieux, qui composent le « patrimoine culturel vivant » des peuples et

---

<sup>1</sup> Arun Agrawal. “*Classification des savoirs autochtones: la dimension politique*”. In: *Les savoirs autochtones. Revue Internationale des sciences sociales*. N° 173. Unesco/ères Septembre, 2002. p. 331: « De fait, il n’est pas difficile de voir que le recours à des critères scientifiques pour définir et classer certaines formes de savoir comme autochtones est une concession à l’idée que la science et ce qui figure dans une base de données sont directement commensurables. Dégager de la multitude des pratiques dites autochtones les éléments scientifiques valides qu’elles recèlent n’est jamais qu’une entreprise scientifique comme une autre. Elle est scientifique, non pas parce qu’il y a en elle quoi que ce soit d’évidemment vrai, mais parce qu’elle se conforme aux procédures par lesquelles la science se reproduit et certains énoncés sont qualifiés de savoirs ».

<sup>2</sup> Contrairement à la science, la technique n’a pas pour vocation d’interpréter le monde, elle est là pour le transformer, sa vocation est pratique et non théorique.

<sup>3</sup> Tel le curare.

<sup>4</sup> Idem. p. 328.

<sup>5</sup> Idem.

des populations dites traditionnelles, locales, autochtones, indigènes, « indiens », sans pour autant réduire leur contenu, qui est incontestablement hétéroclite?

Face aux éternels dilemmes linguistiques, la terminologie générique adoptée dans le milieu spécialiste fut celle de « patrimoine culturel immatériel ». Cependant, selon de nombreux experts et personnes qui s'intéressent au thème, il s'agit d'une solution fragmentaire à la problématique, mais qui fut quand même adoptée dans le cadre spécifique de discussions et de création de normes internationales, commandées surtout par l'Unesco. Cette option terminologique pour cadrer le patrimoine culturel traditionnel se prête, dans ce contexte particulier, à contrebalancer les mauvaises interprétations liées « aux termes folklore, patrimoine oral, culture traditionnelle ou populaire », par exemple. Cependant, une importante critique faite à l'option terminologique adoptée se réfère au fait que, comme l'affirme Richard Kurin: « la plupart des gens, qu'ils soient des experts cultivés dans des domaines non culturels ou même des membres de la communauté qui possède ce patrimoine, ne sauront pas ce que l'expression 'patrimoine culturel immatériel' veut dire. »<sup>1</sup> Il s'agirait, selon l'auteur, d'un choix technique, mais sans aucun attrait populaire ou de marketing.

La question étymologique « pure » est certainement très importante puisqu'elle définira les limites à l'intérieur desquels la thématique pourra évoluer, mais l'approfondir trop nous écarterait de notre thème. Cette brève introduction à propos des problèmes suscités par telle ou telle option terminologique (et par conséquent de catégorisation) sert également à nuancer la nomenclature que nous avons adoptée<sup>2</sup>, sujette à des critiques que nous aurons l'occasion de considérer plus profondément dans nos développements. Notons, juste à titre informatif, la suggestion de Aziza Bennani<sup>3</sup>, pour une éventuelle utilisation d'un terme plus adapté, comme par exemple celui de « patrimoine culturel vivant ».

---

<sup>1</sup>Richard Kurin. «Les problématiques du patrimoine culturel immatériel». In: *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*. Québec: Babel, 2004, p.59-60.

<sup>2</sup> Le patrimoine immatériel *tangible* et le patrimoine immatériel *intangibile*: option inévitablement réductrice, partielle et simpliste sur de nombreux aspects.

<sup>3</sup> Ambassadeur permanent du Maroc auprès de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO).

## Chapitre 1. Le patrimoine immatériel tangible.

La terminologie choisie ci-dessus est volontairement antinomique et devra nous aider à définir quelques éléments et concepts<sup>1</sup> qui seront par la suite analysés. Cependant, comme il a déjà été dit, toute nomenclature visant la catégorisation et la fragmentation des connaissances et du patrimoine culturel sera inexacte; celle-ci l'est également. Ce n'est pas la matérialité d'une œuvre, d'un objet ou d'un lieu qui exclura ses propriétés intangibles. Tout objet culturel palpable intègre également une dimension symbolique qui est intangible, immatérielle donc. Selon Jérôme Fromageau, dans ses commentaires à propos de *La protection du patrimoine mondial religieux*<sup>2</sup>, « (...) la prise de conscience de la responsabilité collective à l'égard d'un patrimoine universel remonte à une bonne quarantaine d'années ». Cette prise de conscience serait issue, selon l'auteur, de deux principaux événements: d'une part la conférence d'Athènes organisée en 1931 dans le cadre de la Société de Nations (pour ce qui concerne le patrimoine culturel) et, d'autre part, la conférence de Brunnen en 1947, avec la création à Fontainebleau de l'Union internationale de la conservation de la nature (IUCN), destinée, comme son nom l'indique, prioritairement à la nature.

Cependant, ce n'est qu'à partir de 1972, avec l'adoption au sein de l'Unesco de la convention relative à la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, que ces deux sphères se concilient.

En effet, auparavant, il était habituel d'opposer culture et nature: la prise de conscience en faveur de la protection de la nature dans les années 1960 avait même un aspect de révolte contre la prédominance de la culture, c'est-à-dire contre le monde fabriqué par des humains et qui devait avoir le pas sur les systèmes naturels et leur environnement.<sup>3</sup>

Nous allons actuellement vers une reconnaissance de la nécessité d'une vision interactive entre l'être humain et les environnements naturels, sur les bases de l'équilibre et de la responsabilité. Un des aspects les plus originaux de cette convention<sup>4</sup> est justement le fait

---

<sup>1</sup> Tels ceux d'authenticité, de restitution et de sacralité.

<sup>2</sup> Jérôme Fromageau. "La protection du patrimoine mondial religieux". In: Brigitte Basdevant- Gaudemet; Marie Cornu; Jérôme Fromageau (dir.). *Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L'Harmattan, 2006, p. 35

<sup>3</sup> Idem, p. 36

<sup>4</sup> Selon l'article 2 de cette convention, "sont considérés comme *patrimoine naturel*: les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une

de conjuguer dans un même texte le besoin et l'intention de sauvegarder « des biens culturels tangibles et la protection de la nature ». Les Nations signataires de cette convention s'engagent à identifier et à présenter au comité du patrimoine mondial les sites susceptibles d'être classés comme « patrimoine naturel » ou « culturel ». Les États parties ont également le devoir de veiller à « la bonne conservation des sites qui se trouvent sur leur territoire »<sup>1</sup>.

Le 20 octobre 2004 à Nara, le Directeur général de l'UNESCO, Koïchiro Matsuura, a participé à la cérémonie d'ouverture du symposium international « Sauvegarder le patrimoine culturel matériel et immatériel: vers une approche intégrée ». Il a insisté sur la nécessité: « de faire attention à la totalité du patrimoine culturel des pays et des communautés afin que des mesures de protection ne soient pas seulement adaptées à chaque partie prenante mais puissent être appliquées au plus grand nombre ». A cet effet, le développement de la coopération entre les deux principales Conventions de l'UNESCO ayant trait à la protection et à la sauvegarde du patrimoine matériel et immatériel est de la plus grande importance. M. Matsuura a rappelé que cette question avait été abordée par le Comité du patrimoine mondial lors de sa session à Suzhou, Chine, où il avait eu lui-même l'opportunité « de défendre la nécessité d'une harmonisation des définitions et du développement d'une panoplie efficace de politique patrimoniale ». Il a conclu son intervention en remarquant qu' « une vision nouvelle et unifiée du patrimoine » et « une approche intégrée, qui respecte la diversité des cultures et qui reconnaît les interdépendances des patrimoines matériel et immatériel ainsi que leur autonomie, devront être étudiées et traduites en mesures concrètes de mises en œuvre »<sup>2</sup>.

Dans ce sens, il est intéressant de noter que, malgré leur attitude très souvent

---

valeur exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique; les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétales menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation; les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle”.

Parallèlement, “sont considérés comme *patrimoine culturel*:-les monuments: œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologiques, inscriptions, grottes et groupes d'éléments qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art et de la science;-les ensembles: groupes de construction isolées ou réunies qui, en raison de leur architecture, de leur unité ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;-les sites: œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologiques ou anthropologique.”

<sup>1</sup> Jérôme Fromageau, Idem, p. 38

<sup>2</sup> Unesco. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001372/137245f.pdf>.

conservatrice en ce qui concerne la politique indigéniste, les pays Nord-américains<sup>1</sup> possèdent quelques mécanismes légaux considérablement avancés en matière de protection du patrimoine autochtone, notamment dans les domaines de la garantie de l'authenticité des objets d'art et d'artisanat, de la protection et de la récupération des objets rituels, de la récupération et réinhumation des restes humains, ainsi que dans la garantie et la préservation des sites sacrés. Un bon exemple de cette posture, malgré toute la polémique qui l'entoure, est la loi états-unienne de 1990 appelée « Native American Graves Protection and Repatriation Act » (NAGPRA)<sup>2</sup>. Le NAGPRA a été établi afin de mettre un terme aux pillages de sites historiques des peuples autochtones situés sur le territoire des EUA, en exigeant que les biens culturels, rituels, ainsi que les restes humains déterrés de ces peuples leur soient remis. La principale critique à cette initiative repose sur l'accusation faite par des archéologues et autres chercheurs américains qui considèrent que la NAGPRA restreint considérablement les recherches scientifiques sur les origines de l'occupation humaine du continent américain puisqu'elle ne laisse qu'un très court délai de temps pour les analyses archéologiques des objets déterrés avant qu'ils ne soient « rendus » et réensevelis par les populations natives<sup>3</sup>.

Il serait donc intéressant d'analyser et d'illustrer quelques-unes de ces idées afin de tracer un panorama plus précis des principaux dilemmes contemporains qui marquent la question de la protection du patrimoine des peuples autochtones, son importance holistique, ainsi que les énormes défis pour l'appréhender de façon responsable.

### **Section 1. Les sites sacrés et l'évaluation des impacts socio-environnementaux des projets « développementistes »**

---

<sup>1</sup> Nous analyserons plus tard dans quelle mesure ces solutions légales sont une tendance propre aux pays anglo-saxons et qui actuellement met en évidence une grande disparité dans le traitement de l'éthique et de la propriété du patrimoine muséologique, par exemple.

<sup>2</sup> En français: loi fédérale sur "*La protection et le rapatriement des tombes des natifs américains*".

<sup>3</sup> Le cas de l'homme de Kennewick est emblématique: L'"homme de Kennewick" est le nom donné aux restes d'un homme préhistorique retrouvés près du fleuve Columbia, à côté de la ville de Kennewick, dans l'État de Washington au nord-ouest des États-Unis. Son interprétation fait l'objet de controverses dans la mesure où certains auteurs considèrent qu'il présente des traits anatomiques le rapprochant des Européens plutôt que des Asiatiques et qu'il pourrait donc traduire une vague ancienne de peuplement de l'Amérique depuis l'Europe: Vicki Cassman; Nancy Odegaard. «Human Remains and the Conservator's Role". *Studies in Conservation*, Vol. 49, N. 4. London: Published by International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works.2004, p. 271-282.

Un grand nombre de pays possède déjà des mécanismes internes assez efficaces de reconnaissance des sites importants du point de vue naturel, historique, culturel ou religieux. Cependant, selon Erica-Irene Daes, ces procédures sont encore loin d'être idéales lorsqu'il s'agit de préserver des biens naturels ou culturels pour lesquels les peuples autochtones démontrent une estime spéciale, soit dans le cadre de leur cosmogonie, soit dans le cadre d'un aménagement spécifique de leur territoire. Selon Daes, ces procédures « ne sont pas toujours appliquées de façon systématiques aux sites présentant un intérêt pour les peuples autochtones et n'empêchent pas toujours les pouvoirs publics eux-mêmes de disposer de ces sites ou de les mettre en valeur à d'autres fins ».<sup>1</sup>

Les exemples illustratifs de l'antagonisme entre les initiatives gouvernementales d'occupation du territoire (à des fins industrielles, agricoles, d'exploitation de ressources naturelles, touristiques ou de distribution de terres à des populations non indigènes) et le désir des peuples autochtones de préserver leurs sites sacrés selon des modèles qui leurs semblent plus convenables sont nombreux dans le monde. Parallèlement aux événements – particulièrement violents et assez médiatisés grâce aux intenses débats publics que cela a suscité – qui tournent autour du thème de l'énergie provenant des combustibles fossiles originaires de « territoires indigènes sacrés » en Bolivie, un autre incident, sur lequel la presse brésilienne reste assez discrète, se déroule centré sur les deux plus grands projets de génération d'énergie électrique du Brésil: les usines hydroélectriques de « Belo Monte »<sup>2</sup>, dans l'Etat du Pará et celles de « Santo Antonio » et « Jirau », celles-ci faisant partie du complexe hydrographique du fleuve Madeira.

Selon le gouvernement fédéral brésilien, le projet sur le Madeira, qui prévoit la construction de deux usines ainsi que la création d'une voie fluviale pour le transport de céréales produites dans la région, devrait générer presque 6500 MW/an en inondant une vaste région de 217 km<sup>2</sup>. Le bon déroulement de ces projets dépendrait, néanmoins, d'études approfondies des impacts socio-environnementaux (ce qui au Brésil est une attribution de l'IBAMA<sup>3</sup>) et d'une large série de consultations et d'étude du « composant indigène »

---

<sup>1</sup> Erica-Irene Daes. "Protection du patrimoine des populations autochtones". *Doc. Nations Unies-Office of the High Commissioner for Human Rights-Study Series 10*, Genève, 1997, p. 5

<sup>2</sup> Le projet de *Belo Monte* prévoit la génération de 11 mille MW/an à partir d'un barrage de 440km<sup>2</sup> sur les eaux du Rio Xingu.

<sup>3</sup> IBAMA: *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis*, est un organisme fédéral lié au Ministère de l'environnement. Il est responsable de la réalisation des études d'impact environnementaux et des concessions de licences environnementales pour les ouvrages qui ont un impact sur l'environnement.

(attributions institutionnelles de la FUNAI), démontrant les réels impacts dans la vie des peuples (Kayapó, Xikrin et autres) qui vivent dans la région. Selon la législation nationale et internationale, l'autorisation pour la réalisation de telles œuvres est fondamentalement conditionnée à la consultation et au consentement des populations traditionnelles et des peuples indigènes qui vivent dans les régions affectées par l'inondation prévue à l'occasion des travaux de construction des usines hydroélectriques. Malgré le discours des deux organismes de l'État responsables des études et des consultations nécessaires (IBAMA et FUNAI) – affirmant la légalité de la procédure – la hâte et les pressions exercées par le gouvernement central, par les entreprises responsables des constructions et les divers autres intérêts économiques et politiques existants ont fait que les procédures administratives et légales nécessaires soient complètement sous-estimées et bafouées, au détriment des intérêts développementistes prônés par le gouvernement central. Face à ces irrégularités, mises en évidence par les populations affectées, par la société civile en général et par le Ministère Public Fédéral<sup>1</sup>, le Brésil risque de faire objet des procédures devant le tribunal de la cour interaméricaine de droits humains<sup>2</sup> ; ce qui, malheureusement, ne semble pas bouleverser les intentions du gouvernement fédéral actuel. Les violations des droits humains et les irrégularités dans le procès d'autorisation de l'usine hydroélectrique de « Belo Monte », dont la construction fut autorisée au début de 2011, ont été également présentées au Conseil de Droits Humains de l'ONU le 2 juin 2011. Les communautés traditionnelles et les peuples indigènes de la région, conduits par l'emblématique figure du « Cacique Raoni », manifestent constamment depuis le début du projet leur préoccupation par rapport à l'inaction du gouvernement brésilien face aux mesures de précaution nécessaire et aux demandes de reconsidération ordonnées par la Commission Interaméricaine de Droits Humains (CIDH) de l'Organisation des États Américains (OEA). Même face aux demandes de cette Commission, des dénonciations face à l'ONU et de la possibilité de procès devant la Cour Interaméricaine de Droits Humains de l'OEA pour que le Brésil accepte de suspendre les travaux jusqu'à ce que le droit de consultation et de consentement préalable, libre et informé des peuples et des communautés locales soit assuré, l'Etat semble jusqu'à présent irréductible dans ses intérêts.

---

<sup>1</sup> La principale allégation du Ministère Public pour bloquer les démarches de l'entreprise responsable de l'ouvrage, l'Eletronorte, est basée sur la prémisses constitutionnelle non accomplie par le Congrès National, qui prévoit la consultation en audiences préalables des populations atteintes, lorsqu'il s'agit de projets qui ont un impact sur des Terres Indigènes (TI).

<sup>2</sup> En avril 2011, suite à de nombreuses dénonciations, la Commission Interaméricaine de droits Humains (CIDH) a demandé la suspension de l'ouvrage afin de garantir le droit des peuples indigènes.

Le gouvernement brésilien ignore les avis de la communauté scientifique, de la société civile organisée, des environmentalistes, des populations riveraines, des peuples indigènes, du Ministère Public et des organisations nationales et internationales de droits humains, démontrant le parti pris vers un modèle de développement considéré dépassé par un grand nombre d'experts. Une autre question qui se pose est : comment le pays pourra-t-il défendre plus tard une position pour le renforcement des organismes multilatéraux et de consensus sur les droits humains, s'il viole systématiquement lui-même les décisions prises à l'intérieur des instances dont il est signataire ?

L'importance économique et stratégique de ces projets est en cause. Les spécialistes affirment néanmoins que l'usine ne pourra pas produire ce qu'annoncent les constructeurs et le gouvernement, puisque selon leurs analyses, pendant environ 60% du temps, les eaux de ces rivières sont en phase de reflux, tandis que les calculs présentés se basent strictement sur les chiffres obtenus pendant la saison des pluies. La capacité de production de 11.000 MW/an d'énergie, divulguée par les défenseurs de l'entreprise, peut chuter à 4400 MW si l'on considère effectivement ce que les spécialistes appellent « d'énergie fixe » et qui prévoit à l'avance les saisons sèches. Cela ne représente en effet que 40% de ce qui a été annoncé préalablement par le gouvernement.

Selon « l'Instituto Socioambiental » (ISA), les travaux de l'usine hydroélectrique de Santo Antonio, sur le Madeira, à Rondônia, se déroulent en rythme accéléré, avec 5.200 ouvriers travaillent sur trois tours intercalés. On estime que plus de mille familles (indigènes et riveraines) devront être déplacées. En décembre 2008, le consortium a reçu une amende de R\$ 7,7 millions de l'IBAMA, suite à la mort de 11 tonnes de poissons dans les lieux où sont construites les bases du barrage<sup>1</sup>.

Le premier groupe à se mobiliser pour contrer les impacts environnementaux et sociaux d'un tel projet, notamment en ce qui concerne les prévisions de pollution des eaux qui approvisionnent la ville de Porto Velho, fut justement celui composé des communautés indigènes et riveraines des régions proches de la ville. Selon la FUNAI, il existe dans le Brésil 156 projets dans le secteur électrique qui peuvent affecter, à court ou moyen terme, des territoires indigènes. Parmi ces projets, 65% se trouvent dans la région nord du pays. Une grande partie des protestations des communautés affectées est due aux inondations prévues ou

---

<sup>1</sup> Manchetes Socioambientais, 20/07/2009; Globo, 19/07, Economia, p.27 et 28; Folha de São Paulo p, 19/07, Dinheiro, p. B6.



réalisées lors de l'installation des barrages hydroélectriques. Ceci représente soit la submersion de territoires sacrés, tels les cimetières, soit la prolifération de fléaux et moustiques qui entraînent une augmentation significative de maladies infectieuses comme le paludisme, ainsi que la réduction des aires de chasse et de terres arables. Un autre problème associé aux projets énergétiques est l'augmentation de l'indice d'invasion de terres indigènes par des non indigènes.<sup>1</sup>

Cette tendance à l'expansion du secteur énergétique (principalement les hydroélectriques avec les lignes de transmission et le pétrole – « Pré-Sal »<sup>2</sup>) au Brésil entraîne historiquement la délocalisation de groupes vers d'autres régions, la rupture avec les modes de vie locaux, ainsi que de nombreuses autres situations de conflit direct ou latent. Le PAC (Programme brésilien d'Accélération de la Croissance) indique et représente la création d'un vrai réseau qui intègre divers projets de développement de l'économie et de l'infrastructure productive nationale. Selon les populations affectées, ces projets créent des bénéfices directs pour les régions productives du pays (énergie par exemple) et laissent des impacts permanents (sans aucun retour social ou économique) dans les régions économiquement pauvres, mais qui étaient jusqu'à présent riches du point de vue environnemental et des ressources naturelles. Ce modèle de développement est considéré obsolète principalement parce qu'il emporte les ressources naturelles des régions relativement bien conservées et par conséquent les moyens de survie des populations autochtones locales - sans y laisser ou offrir aucune compensation économique, dédommagements financiers justes et permanents (lorsqu'il s'agit d'impacts permanents), contreparties infrastructurelles ou socio-environnementales - afin d'approvisionner une infrastructure mal engendrée et dépassée, produisant l'élévation des indices de pollution, de consommation des ressources naturelles et, surtout, nuisant à la protection de la sociodiversité. La région du bassin amazonien, celle qui canalise les plus vastes réserves hydriques disponibles dans le pays, est également celle qui concentre le plus grand nombre de projets dans le secteur énergétique (figure 1). Il existe une prévision pour l'implantation de 121 usines hydroélectriques dans cette région, dont 85 sont déjà en phase

---

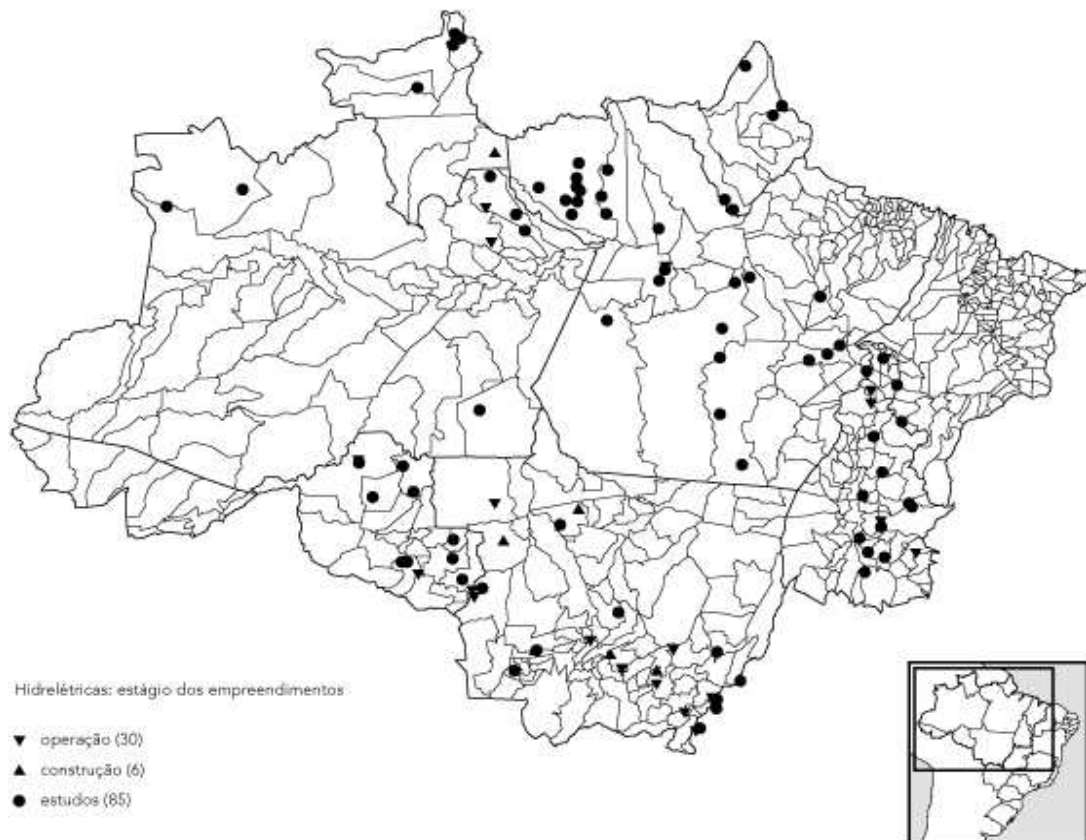
<sup>1</sup> La littérature anthropologique a largement travaillé sur ce type d'expériences multiples au Brésil ainsi que dans d'autres régions de la planète (Darcy Ribeiro, Idem, 1970, Shelton Davis, Idem, 1977), surtout pendant la période appelée le miracle brésilien. Jerry Mander et Victoria Tauli-Corps-2005 et autres analysent certains aspects des impacts de la mondialisation sur les populations locales: augmentation des problèmes de santé, de la pauvreté, de violations de droits humains, de l'environnement, etc.

<sup>2</sup> Pré-Sal: projet pour l'exploration du pétrole dans le pré-sal géologique de la zone maritime brésilienne de l'océan atlantique.

d'étude. La région est habitée en caractère immémorial par un grand nombre de peuples indigènes – nettement dans les zones d'incidence des futurs projets - d'où les prévisions de lourds impacts sociaux, environnementaux, écologiques, économiques et épidémiologiques qui affecteront désormais ces populations. Selon les estimations de la FUNAI il existerait un total de 117.837 indigènes pouvant être atteints par l'expansion du secteur en question. Cela représente un tiers de la population indigène du Brésil. Plus précisément, les principaux dangers résident dans la construction des usines hydroélectriques (67% des cas documentés) et dans les divers effets nocifs des lignes de transmission de haute tension à travers les terres indigènes ou dans les régions limitrophes.

Figura 1

Hidrelétricas na Amazônia. Localização geográfica dos empreendimentos.



Obs: as hidrelétricas que não constam no mapa não estão georreferenciadas.  
Fonte: ELETROBRÁS, Plano 2.015 (apud Couto, 1996).

Les expériences récentes de cette dernière décennie révèlent une série de menaces pour la biodiversité, pour les conditions de vie, de santé, la culture et la survie des populations atteintes par les projets énergétiques, notamment les populations indigènes. Cela demande une

réflexion plus approfondie ainsi que l'ouverture d'un dialogue plus intense avec la société civile – où s'insèrent tous les groupes directement affectés. Cette initiative dialogique doit représenter l'ouverture vers une modification dans le processus de génération et de distribution d'énergie, qui devra tenir en compte des mesures alternatives présentées par les divers spécialistes et par les populations locales, afin de limiter les impacts nocifs pour la société en général, et en particulier pour les nations indigènes.<sup>1</sup>

Quelle est l'importance des savoirs traditionnels lors de l'évaluation des impacts environnementaux du développement? Cette question commence à se poser de façon assez récurrente dans divers contextes et exige des réponses chaque fois plus rigoureuses.

Rayna Green<sup>2</sup> questionne, dès 1982, le rôle de l'évaluation de l'impact social des projets de développement dans les réserves indigènes:

Est-ce que les évaluations d'impact environnemental et social peuvent être un peu plus que des plaisanteries ou un peu moins que des exercices pour connaître l'ennemi? Peuvent-elles être autre chose qu'un cauchemar gouvernemental de 'négos' et 'coûts-bénéfices'?<sup>3</sup>

Selon Roué et Nakashima, le problème de l'impact socio-environnemental des projets de développement infrastructurel commence à se dessiner dans les années 60 et 70 avec le début de la crise énergétique qui frappe à l'époque aussi bien les États-Unis que le Canada. Aux EUA, l'année 1973 est le point culminant de cette crise et marque le moment où les peuples indigènes nord-américains se mettent en alerte pour réagir de façon énergique face aux menaces systématiques d'exploitation des ressources qui se trouvent sur leurs territoires. En 1975 est créé le Conseil sur les ressources énergétiques de tribus<sup>4</sup>. Cependant, la problématique des effets négatifs des projets de développement sur la vie des communautés indigènes à peine surgie « (...) nul n'ose encore à cette époque se pencher sérieusement sur l'intégration des savoirs de ces mêmes peuples autochtones dans les études d'évaluation environnementale et sociale »<sup>5</sup>. La question de l'utilité des savoirs autochtones face aux défis

---

<sup>1</sup>Sergio Koifman. "Electric power generation and transmission: the impact on indigenous peoples in Brazil". In: *Cadernos de Saúde Pública*, V. 17, n° 2. Rio de Janeiro. Mars / Avril 2001. pg 10-14

<sup>2</sup> Indienne cherokee de l'Oklahoma et directrice du Centre de ressource scientifique autochtone américain du Collège de Dartmouth.

<sup>3</sup> Geisler et al.apud Marie Roué; DouglasNakashima. "Des savoirs traditionnels pour évaluer les impacts environnementaux du développement moderne et occidental". In:*Revue Internationale des sciences sociales*, n° 173, septembre 2002. Les savoirs autochtones. UNESCO/érés. p. 377

<sup>4</sup> Council of Energy Resource Tribes-CERT, avec une grande participation des indiens Navajo.

<sup>5</sup> Idem.

sociaux et environnementaux du « développement » a beaucoup évolué depuis cette date. De plus en plus, les connaissances « traditionnelles » des peuples autochtones sur leur milieu commencent à être prises en compte pour le maintien et la préservation des écosystèmes où ils vivent. Notons d'ailleurs que ces connaissances dites traditionnelles ne doivent pas être prises pour des « savoirs immuables et figés dans la tradition », il s'agit tout d'abord de savoirs particulièrement en équilibre avec le milieu, c'est-à-dire également avec tout changement d'aménagement du territoire, géopolitique, économique, démographique, etc. C'est justement en raison de cette proximité et de cette expertise en relation avec les milieux concernés que surviennent les récentes lois qui obligent à la consultation préalable des populations locales lors d'une intervention sur leurs territoires. Ces lois, lorsqu'elles sont observées, représentent simultanément une reconnaissance de la valeur de la compréhension des populations locales de projets qui ont un impact socio-environnemental (en tant qu'experts formellement capables d'émettre un avis décisif), et un respect vis à vis des habitants quotidiennement responsables de la préservation des biomes en question.

Une des initiatives pionnières dans ce sens peut être illustrée par la démarche empruntée, à partir de 1974, par un juge canadien lors de l'enquête préalable à un projet d'oléoduc traversant la vallée de la rivière Mackenzie. Le juge Berger s'est rendu personnellement dans trente-cinq villages peuplés par des Amérindiens afin de recueillir le témoignage de ses habitants. Selon Roué et Nakashima le juge a parcouru ces villages entre 1974 et 1977 et a écouté environ un millier d'habitants en sept langues différentes, décidant à la fin de recommander une remise du projet pendant une durée de dix ans afin de permettre aux peuples locaux de négocier un accord plus convenable. Selon les auteurs, cette initiative est tout à fait innovatrice puisqu'elle a pour la première fois permis de présenter à la société civile « la crédibilité des chasseurs autochtones en tant qu'interprètes rigoureux de la nature »<sup>1</sup>.

Berger laisse transparaître ces idées tout au long du livre qu'il fit publier et qui est le fruit des enquêtes réalisées avec les peuples autochtones, non seulement pour l'étude préalable au projet d'oléoduc mais également pour le projet colossal du barrage de la baie James.

Tout au long de l'Enquête, j'ai constaté le défaut de connaissances au sujet de l'environnement du Nord, des répercussions d'ordre environnemental et des

---

<sup>1</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima, *Idem*, p.377-378

techniques de construction dans le pergélisol et dans un climat arctique.<sup>1</sup>

Nonobstant une solide argumentation qui privilégie les connaissances écologiques des peuples autochtones (dans un contexte d'aménagement économique d'un territoire que ces *natifs* connaissent mieux que quiconque), il est intéressant de noter que les piliers fondamentaux du raisonnement de Berger semblent reposer plutôt sur "le droit des autochtones à l'autodétermination et la légitimité de leurs revendications."<sup>2</sup> Cela révèle une approche non fragmentaire du thème de la protection du patrimoine des peuples indigènes et leur droit à disposer d'eux-mêmes. Les rapports dressés sur la consistance des savoirs autochtones sur un territoire auquel ils appartiennent (et qui leur appartient) montrent à l'évidence que l'idée même de les déloger de cette région est une agression et une absurdité.

La légitimité de revendiquer la possession et le bien-être sur un territoire, ainsi que la préservation du « cordon ombilical » qui lie ce territoire aux savoirs, inscrivent ces deux notions indissociables sur une lignée ancestrale et « transgénérationnelle ». Il ne s'agit bien évidemment pas d'un territoire dont ces héritiers sont propriétaires au sens occidental du terme. Nous sommes face à une situation où il existe des territoires que ces peuples ont "acquis" en les connaissant et en les pratiquant, et avec lesquels ils ont une relation basée sur l'inexorable nécessité d'en tirer parti tout en prenant soin. Il s'agit en somme d'un lien affectif, souvent de parenté, et d'une responsabilité (mutuelle) qui lie les hommes, la nature et les connaissances. L'éventualité de rupture de cette liaison représenterait une opération particulièrement blessante<sup>3</sup>.

Selon Roué et Nakashima, « les Cris nous ont parlé de deuil à propos des territoires inondés. Tous ceux qui ont un parent dont les restes ont été ensevelis sous les eaux des réservoirs en ont conçu d'intenses souffrances ».<sup>4</sup> Par ailleurs, Berger met l'accent sur une double problématique touchant aux dimensions éthiques et économiques qui s'enchaîneraient

---

<sup>1</sup> Thomas R Berger apud Marie Roué; Douglas Nakashima, Idem, p.378

<sup>2</sup> Marie Roué et Douglas Nakashima. Idem, p. 378

<sup>3</sup> Le récit d'un vieux chasseur cris interviewé par Berger traduit bien cette vision: "J'ai un *Imiskuuschiy* (territoire de chasse au castor). J'ai inscrit ce territoire, où mon père assurait sa survie, à mon nom. À chaque fois que je suis là et que je vois ce morceau de terre, tous les endroits où il avait coutume de *nthuhu*, tous les lieux où nous chassions, pêchons, piégions ensemble, je me souviens de lui et me rappelle ce qu'il m'a enseigné quand nous étions là [...]. Si le projet de barrage des rivières continue, ses restes seront sous l'eau. Son corps sera dans la partie la plus profonde du réservoir. À la lumière de tout ceci, où puis-je trouver le moindre consentement au plus profond de moi-même pour être en paix, avec l'érection de barrages sur ce territoire? Idem, p.380

<sup>4</sup> Idem

de la décision d'aménagement des territoires ciblés par les projets « développementistes » en question. Il s'agit de déterminer « si le Nord est une terre bonne à exploiter ou la patrie des autochtones ». Cette résolution devrait, cependant, être prise par « la population permanente du Nord », contrairement aux intentions des industriels du Sud, puisqu' « ils y sont nés, ils y mourront ».<sup>1</sup>

Un bon exemple de l'insuffisance des connaissances purement scientifiques pour traiter certaines questions relatives à l'écologie des milieux où vivent les peuples autochtones se fait sentir dans un des divers témoignages<sup>2</sup> recueillis par Berger lors des entretiens dans le delta du Mackenzie parmi les indiens Inuk de Holman<sup>3</sup>. Le rapport élaboré par Berger démontre une quantité surprenante de données, de nomenclatures spécifiques, de systèmes taxonomiques qui servent à distinguer les différences à l'intérieur d'un écosystème<sup>4</sup> ou d'un même spécimen (sexe, âge, couleur, habitât, mœurs, comportement saisonnier, nourriture). « Le savoir écologique Cris ne se réduit pourtant pas à nommer et classer »<sup>5</sup>. Les descriptions et le croisement de concepts en langue indigène sur le milieu et les habitats déterminés sont tellement rigoureux et minutieux que la tâche de les traduire en langue française pour élaborer un simple glossaire terminologique deviendrait un réel exercice de linguistique. Notons seulement qu'il existe plus de quatre-vingts<sup>6</sup> variations Inuit ayant un rapport avec les catégorisations d'une même espèce de renne, selon l'âge, la formation des cornes, la couleur, le sexe, les mœurs, etc.

---

<sup>1</sup> Thomas R. Berger apud Marie Roué; Douglas Nakashima. Idem, p. 378

<sup>2</sup> Ce qui est très souvent pris par le secteur scientifique comme un manque de rigueur et de maîtrise du sujet abordé.

<sup>3</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima. (Idem, p. 378) transcrivent le témoignage d'un Inuk de Holman recueilli par Berger, qui dit: « S'il y a des déversements [de pétrole], ils s'étendront, c'est certain. (...) Les crevettes, elles, ne survivront pas, car ce qu'elles mangent sera détruit. Les phoques survivront un peu plus longtemps. La nourriture des poissons et des baleines ne survivra pas [...]. Il y a dans l'eau beaucoup d'*amogak*, vous savez, ces crevettes. Eh bien, les phoques et les baleines en mangent... Quand on voyage sur l'océan, par temps calme, et qu'on regarde dans l'eau, on voit ces petites bêtes gélatineuses à tête rouge, longues comme ceci, qui nagent comme ceci... Elles servent de nourriture aux baleines et aux phoques ». Ce bref récit, émis avec une spontanéité flagrante garde en lui la notion précise d'une chaîne alimentaire spécifique et très bien connue par ces pêcheurs locaux.

<sup>4</sup> Notons d'ailleurs qu'il s'agit d'une chaîne alimentaire dont les autochtones font eux-mêmes partie. Ne serait-ce que pour ce motif, la légitimité des revendications - dans le sens du maintien équilibré de cet écosystème dont les peuples autochtones locaux prélèvent leurs sources protéiques et énergétiques vitales - paraîtrait tout à fait claire.

<sup>5</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima. Idem, p. 381

<sup>6</sup> Beatrice Collignon. *Les Inuits – Ce qu'ils savent du territoire*. Paris: L'Harmattan, 1996. L'œuvre étudie la relation des Inuit avec un territoire qui couvre la Laponie, la Sibérie, l'Alaska, l'Arctique Canadien et le Groenland.

L'important ici, par ailleurs, serait de retenir certains concepts relevés par le juge Berger parmi les représentants des villages indigènes visités lors de ses entretiens sur leurs visions des impacts des projets prévus. Toutes les considérations manifestées par ces chasseurs et écologues expérimentés découlent d'une observation empirique, systématique et ancestrale indispensable à la survie de ces peuples dans un environnement assez fragile et parfois inhospitalier, malgré son énorme richesse en ressources énergétiques (bois, rivières, minerais) et alimentaires (faune et flore). Les descriptions, les prévisions et les notions révélées font preuve d'un attachement holistique avec le milieu, qui dépasse la simple approche techniciste d'un spécialiste recruté par les consortiums responsables ou par l'Etat lui-même. Les impressions enregistrées laissent transparaître une franche préoccupation du bien-être des animaux et des espèces qui partagent ce même environnement et qui occupent une place d'équivalente importance dans le panthéon de leur cosmogonie spécifique. Ces êtres sont, selon eux, également des sujets, et méritent alors le respect et la garantie de leur survie. Les témoignages révèlent une responsabilité éthique des hommes à l'égard des animaux, qui sont, au même titre que les humains, d'abord des êtres vivants comme tous les autres<sup>1</sup>.

Kawapit trace dans le détail un répertoire précis des espèces et des nourritures préférées de chacune d'elles, afin de décrire les conséquences en chaîne des atteintes à l'écosystème. Les connaissances de ce vieux chasseur englobent les diverses espèces de mammifères (loutre, vison, marmotte, renard, ours, écureuil, caribou, castor), d'oiseaux (hibou, faucon, corbeau, aigle, goéland), ainsi que les poissons (brochet, meunier, corégone) et les conditions de vie indispensables pour que les créatures qui vivent sur ce territoire puissent se nourrir, nicher, hiberner et se reproduire:

Dans chaque cas, il signale les lieux et espèces qui sont menacés par le projet [hydroélectrique], ce qui permettrait d'établir, outre une base de données écologique, une véritable cartographie du territoire et des habitats importants et menacés.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>«L'ancien Cri, William Kawapit, nous fait part de cette vision prédictive et englobante: Chaque sorte de créature qui vit dans cet environnement doit être considérée: nous devons examiner à fond et étudier les effets que cela aura sur sa vie. Laquelle des nourritures de cette créature sera détruite? Quels sont tous les autres effets que cela aura sur sa vie quand l'inondation surviendra et que le paysage changera? Il nous faut trouver chaque perte d'habitat de ces créatures quand cela passera, et où sont les meilleurs lieux où chaque créature/animal avait l'habitude de vivre et qui seront perdus dans l'inondation. Si l'habitat des animaux est détruit, ils seront sans maison et misérables quand leur nourriture sera détruite en même temps que tout le reste»: Thomas R. Berger apud Marie Roué; Douglas Nakashima, Idem, p.380-381.

<sup>2</sup> Marie Roué et Douglas Nakashima. Idem, p. 384

Tout d'abord, les rapports recueillis chez les Inuit (ainsi que chez les Cris, dont nous avons déjà parlé) permettent de vérifier leur parfait entendement – sous une forme différente de la science occidentale - d'un concept écologique fondamental : celui de chaîne alimentaire.

La menace qui pèse sur chaque baie, nénuphar, ou espèce animale consommée par d'autres espèces, est en effet notée, non seulement par elle-même, mais aussi pour sa place dans une chaîne où chaque élément est nécessaire à l'ensemble.<sup>1</sup>

Le concept d'habitat détient également une grande importance dans les observations des Inuit sur la dynamique du milieu. L'exercice (ou la science) analytique des Inuit lors de la conception de cette notion [d'habitat], exposée de façon claire, ne contient pas seulement des traits descriptifs superficiels et centrés sur la place de l'homme dans le milieu; au contraire, elle est appréhendée et enrichie à partir d'un effort pour se placer à l'exact endroit physique et spirituel où se trouve chaque « créature », compris ici en tant que sujet au sens plein.

Ce n'est pas seulement de tel ou tel type de lacs dont les castors ont besoin, mais bien de matériaux spécifiques pour construire leur environnement, plus précisément encore pour tenir leur *maison* chaude et sèche pendant qu'ils élèvent leurs petits. La loutre, elle, a besoin d'un endroit particulier d'où elle aime sortir de l'eau. Tous ces lieux spécifiques sont nommés en langue crie, ce qui a comme conséquence, comme nous l'a précisé la directrice de l'école, notre traductrice, que la perte du territoire entraîne irrémédiablement celle de la langue et de la culture crie. Comme dans toute société à tradition orale, ce n'est qu'au travers des pratiques que l'on transmet. Celles de la chasse sont intimement liées au territoire. Un territoire amenuisé, tronqué, inondé, c'est aussi une langue et une culture menacées.<sup>2</sup>

Selon Descola, qui a étudié les Jivaro Achuar de l'Amazonie, pour ces peuples indigènes les forêts et les champs cultivés, ne représentent pas seulement des endroits d'où l'on tire les moyens de survie. Ils constituent la scène d'une sociabilité subtile, dans laquelle quotidiennement les êtres – qui se distinguent de l'homme principalement par la dissemblance de leurs apparences – se séduisent mutuellement<sup>3</sup>. Notons encore que, pour divers peuples, les êtres humains peuvent devenir des animaux et vice-versa. L'auteur souligne encore que la cosmogonie d'un grand nombre de peuples amazoniens ne fait pas de distinction ontologique entre les humains d'un côté et un grand nombre d'animaux et de plantes de l'autre. Descola

---

<sup>1</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima. Idem, p.384

<sup>2</sup> Idem, p. 385

<sup>3</sup> Philippe Descola. "Diversité Biologique, Diversité Culturelle". *Nature Sauvage Nature Sauvée? Ecologie et peuples autochtones*. Paris: Ethnies, 1999, p. 213-234



affirme que l'idée de liaison entre les espèces est gouvernée par un vaste *continuum* marqué par le principe de la sociabilité, où l'identité des êtres humains, morts ou vivants, des plantes, des animaux et des esprits est absolument relationnel, et donc sujette à des mutations.<sup>1</sup>

Lévi-Strauss souligne, lui aussi, l'importance des connaissances traditionnelles des peuples indigènes en remarquant que l'élaboration de techniques fréquemment très complexes permettent par exemple la transformation de grains où de racines toxiques en aliment. Selon lui, il existe chez ces groupes humains une réelle attitude scientifique, une curiosité assidue et alerte, une envie d'accumuler des connaissances, puisque à peine une fraction infime des observations et des expériences pourront fournir des résultats pratiques et immédiatement utilisables. Il s'agit donc d'une pensée scientifique qui est incontestablement distincte de la nôtre, mais qui ne correspond nullement à un stade arriéré dans la « chaîne de l'évolution » de l'esprit humain. Il s'agit plutôt de façons stratégiques distinctes d'emprunter des connaissances scientifiques pour appréhender la nature. Les connaissances traditionnelles indigènes et les connaissances scientifiques occidentales seraient donc épistémologiquement très proches l'une de l'autre, dans la mesure où leurs bases reposent largement, toutes deux, sur la constatation empirique.<sup>2</sup>

Cela indique finalement la grande préoccupation de ces peuples avec des notions d'ordre philosophique et éthique, la nature faisant partie « d'un univers sociocosmique, dont eux-mêmes sont un des éléments ».

Le Créateur a donné aux Cris ce monde-là pour qu'ils en tirent parti et en prennent soin, ce qui pour un Cri est un pléonasme. Les Indiens cris, tout comme les Inuits et les peuples circumpolaires, ne considèrent pas les animaux qu'ils chassent comme des proies. Dans leurs représentations du monde, les animaux en effet se donnent à eux. [...] Ce traitement respectueux permet que le cycle continue, et que l'âme de l'animal, qui est immortelle, puisse se réincarner pour se présenter à nouveau au chasseur qui bénéficiera une fois de plus de ce don de nourriture. C'est seulement si l'on comprend cette notion de partenariat respectueux entre les humains et les animaux que l'on peut pleinement apprécier les propos (...). De cette relation sociale entre humains et animaux, les humains étant obligés des animaux qui les nourrissent, de cette homologie entre êtres vivants humains et non humains, découle un principe de responsabilité morale. Les hommes ne doivent pas par leur entreprises détruire les animaux, non seulement parce qu'ils en ont besoin, eux et les générations futures qu'ils engendreront, mais aussi par un simple principe moral.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Philippe Descola. "Ecologia e cosmogonia". In: Edna Castro; Florence Pinton (org.). *Faces do trópico úmido* Belém: CEJUP, 1997, p. 446

<sup>2</sup> Claude Lévi-Strauss. *O pensamento selvagem*. Campinas: Papyrus, 1989

<sup>3</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima. Idem, p. 385

Les contours actuels des divers projets hydroélectriques, qu'ils soient au Brésil, au Canada ou aux Etats-Unis, semblent relayer au second plan le fait qu'ils feraient disparaître sous les eaux des réservoirs ces lieux d'une importance culturelle pour les peuples qui y habitent, où ils célèbrent les cultes à l'esprit de leurs ancêtres et qu'ils tentent de préserver pour l'avenir.

Cependant, à partir de 1992 avec le Sommet de la Terre (ECO-RIO, 92) un mouvement plus intense de résistance internationale contre les actions et les intentions des secteurs ayant une vision strictement « développementiste », commence à se dessiner et à prendre force. Dans ce contexte, la problématique de la reconnaissance du rôle stratégique des savoirs indigènes dans les débats écologiques se fait progressivement une place. La Convention sur la Diversité Biologique et son article 8(j) confirment cette tendance: les connaissances traditionnelles des peuples autochtones sont alors à l'ordre du jour.

Selon l'Article 8(j) de la CDB:

Chaque signataire se doit de préserver et maintenir le savoir, les innovations et les pratiques des communautés locales et indigènes.”

Depuis 1994, « l'International Association for Impact Assessment<sup>1</sup> » (IAIA) inaugure un département permanent sur les peuples autochtones. Ce département est sur la même longueur d'onde que les buts établis par la CDB et définit ses objectifs de la façon suivante: « réseau de praticiens des évaluations environnementales (EE) intéressés, de façon à partager outils, techniques et leçons apprises dans leur pratique ». Lors des diverses conférences internationales organisées par l'IAIA (Nouvelle Orléans, 1997; Glasgow, 1999; Stavanger, 2006; Corée, 2007; Perth, 2008; Accra, 2009) la préoccupation de l'implication des peuples indigènes fut constante. Il est possible de souligner également le programme de travail adopté depuis l'an 2000 par la Conférence de Parties où sont faites des recommandations concernant les évaluations d'impact social, environnemental et culturel qui prennent en compte les savoirs indigènes. Ces instances internationales citées sont que quelques-unes des différentes instances qui sont préoccupées par ce thème.

---

<sup>1</sup> Organisation internationale des évaluations d'impact et majoritairement américaine.

Selon les paroles de Roué et Nakashima encore une fois: « À la lecture de tant de textes similaires prônant la relation évaluations environnementales/savoir indigène, on pourrait pourtant craindre de rester au royaume des bonnes intentions ». <sup>1</sup> Les auteurs affirment par ailleurs que:

Les Indiens cris, tout comme de nombreux autres peuples autochtones, n'ont pas besoin d'une révolution paradigmatique pour devenir interdisciplinaires. Alors qu'il nous a fallu attendre que la science occidentale souffre de sa trop grande compartimentation pour envisager une construction de l'objet qui prenne en compte l'ensemble des disciplines nécessaires à sa compréhension, les savants locaux que sont les experts autochtones ont d'emblée une vision intégrée et systémique du fonctionnement des écosystèmes dont ils se considèrent comme partie prenante. Cette vision ne peut elle-même être séparée d'une pensée sociocosmique ou religieuse qui intègre une éthique environnementale. La protection de la nature ne peut en effet se concevoir comme un domaine séparé lorsque l'on conçoit sa propre survie comme une conséquence d'un don de soi des autres êtres vivants. <sup>2</sup>

Par ailleurs, selon Jérôme Fromageau, la création de parcs nationaux à partir de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle (notamment aux Etats-Unis) crée une coupure entre un monde sacré (naturel/sauvage) et un monde profane sans contraintes. Il affirme encore que cette « position de l'espace est la plupart du temps étrangère dans bon nombre d'autres sociétés » <sup>3</sup>. Dans la perspective de ces sociétés, et en particulier dans la vision des peuples amérindiens, il n'existerait pas de distinction entre la vie matérielle et la vie spirituelle. Les objets rituels ainsi que le patrimoine sacré « sont perçus comme des moyens de communication avec des mondes extra humains et les temps mythiques », et ceci malgré leur éventuel aspect ou support matériellement tangible. De plus, ces mêmes espaces sacrés sont ceux où circulent la vie sociale quotidienne, matérielle, l'écologie et l'économie. Ils sont simultanément sacrés et destinés à puiser ou créer les moyens de subsistance.

Cependant, une bonne partie des parcs inscrits sur la liste du patrimoine mondial et qualifiés de "sites naturels" ne contient plus aucune trace culturelle (humaine) vivante et tangible. Les activités humaines de jadis sont devenues progressivement indignes de partager les mêmes espaces que cette « nature dé-naturée » <sup>4</sup>. Cette tendance de patrimonialisation

---

<sup>1</sup> Marie Roué; Douglas Nakashima. Idem, p. 379

<sup>2</sup> Idem, p. 387

<sup>3</sup> Jérôme Fromageau. "La protection du patrimoine mondial religieux". In: *Le patrimoine Culturel Religieux. Enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Paris: L'Harmattan, 2006, pg. 44-45.

<sup>4</sup> Terme emprunté par Jean Dorst pour faire allusion au progressif divorce entre l'homme et la nature.

stérilisante des sites naturels<sup>1</sup> semble avoir des parallèles avec l'appropriation d'objets traditionnels, sauvegardés et figés dans les plus diverses collections contemporaines.

## **Section 2. Les collections archéologiques et muséologiques face aux revendications internationales: récupération d'objets rituels, restitution et réinhumation de restes humains.**

C'est un comportement habituel des primates que de s'intéresser à tout élément étrange ou nouveau de leur environnement, et même de désigner cet inhabituel à leurs congénères. Nous autres, humains, éprouvons un plaisir certain à raconter nos explorations et nos découvertes à nos semblables. Mais ces autres ne se laissent pas forcément convaincre par les beaux parleurs, ce qui conduit à la recherche et à l'accumulation de preuves. Ce besoin de preuves, joint au souci de faire partager l'émotion et le plaisir de la découverte, est sans doute à l'origine du besoin de collectionner et d'accumuler qui lui-même a conduit à la naissance des collections privées, des cabinets de curiosités, puis des musées.<sup>2</sup>

Il est notoire que de nombreuses collections muséologiques actuelles, présentées en grand nombre principalement dans le monde occidental, furent abondamment approvisionnées avec les butins des grandes expéditions européennes réalisées à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle et ensuite avec la nouvelle expansion coloniale débutée au XIX<sup>ème</sup> siècle. Ces collections, ou amas matériels, composés de toute sorte de « débris » pittoresques (restes d'animaux, végétaux, humains ainsi que des productions d'autres sociétés) ramassés dans ces contrées lointaines – ainsi que les expositions universelles postérieures du type « expositions coloniales »<sup>3</sup> (où figuraient d'ailleurs des exemplaires humains) du XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles

---

<sup>1</sup> Soit en tant que source de matières premières et ressources énergétiques, soit en tant que domaine de l'intouchable.

<sup>2</sup> André Langaney. « Collection humaines et sciences inhumaines: échantillons et reliques ». In: Nicolas Bancel; Pascal Blanchard; Gilles Boëtsch et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 374

<sup>3</sup> Selon Vincent Dourmec. «La France coloniale et les zoos humains». In: *L'histoire par l'image* - <http://www.histoire-image.org/site/oeuvre/analyse.php?i=885#contexte>: "Les expositions coloniales cherchent à répondre à cette curiosité de la population. L'année 1906 voit l'organisation d'une exposition à Paris mais également à Marseille. Le principe en est simple: il s'agit de reconstituer des espaces dédiés à la découverte des territoires colonisés. Tous les domaines sont concernés: l'architecture, les modes vestimentaires, la façon de vivre, les pratiques rituelles... Pour ce faire, de véritables villages indigènes sont construits et des personnes sont déplacées pour 'peupler' ces décors factices. Quelques animaux caractéristiques accompagnent ces populations. La représentation est prête, les spectateurs peuvent affluer, les zoos humains sont à la mode". Voir Pascal Blanchard, « Les zoos humains aujourd'hui? » In: Nicolas Bancel; et al. *Zoos humains. Au temps des exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 417: A partir de 2002 le terme *zoos humains* se popularise pour désigner ce genre d'exhibition suite à l'ouvrage *Zoos humains*, écrits par plusieurs historiens français spécialistes du phénomène colonial. Dans leur acception historique et étymologique les zoos humains

(surtout de 1830 à 1940) – assurent traditionnellement la double fonction de répondre aux fantasmes et aux inquiétudes de l'occident sur l'autre et sur l'ailleurs, et donnent une réalité ainsi qu'une légitimité à l'entreprise coloniale. Cette même démarche stratégique, c'est-à-dire la réalisation d'un compte rendu « scientifique » sous la forme d'une exposition publique, servira plus tard à conforter les bases d'un discours racial (ancré sur le sens commun) alors en construction<sup>1</sup>.

Une grande partie des systèmes juridiques en vigueur depuis la nouvelle expansion coloniale, ainsi que celui en vigueur pendant la période de « Conquête de l'Ouest » aux Etats-Unis, établit que « tout ce qui est trouvé dans le sol appartient, en règle générale, soit à l'Etat, soit au propriétaire du terrain ».<sup>2</sup> Cette règle a autorisé de nombreux explorateurs et archéologues à fouiller et s'approprier de multiples objets et squelettes retrouvés dans les sépulcres autochtones. Aux Etats-Unis, par exemple, ces endroits n'étaient pas encore reconnus juridiquement comme des cimetières, étant donc dépourvus de toute protection en tant que tel. La collecte de toute sorte d'objets sacrés ainsi que de restes humains autochtones lors de la guerre non déclarée du gouvernement américain face aux Amérindiens, vulgarisée et blanchie sous le nom de « Conquête de l'ouest », fut très à la mode pendant une grande période de l'histoire nord-américaine. Ces objets, ainsi « qu'un grand nombre de crânes et autres restes humains sont toujours aux mains de propriétaires privés »<sup>3</sup> ou des institutions muséales parsemées dans le monde.

Daes illustre la banalité et la récurrence avec lesquelles était pratiqué ce genre de saccages et d'attentes aux sites et aux objets de culte des peuples autochtones nord-

---

correspondent à une période précise, du premier tiers du XIX<sup>ème</sup> siècle aux années 1930. Ce phénomène commence avec les premières exhibitions structurées et professionnalisées de populations « exotiques » - entre 1830 et 1880 en Europe et aux Etats-Unis – et disparaît progressivement avec les grandes expositions coloniales de l'entre-deux-guerres (Marseille en 1922, Glasgow en 1925, Paris en 1931, Porto en 1940).

<sup>1</sup> C'est le cas par exemple des études et des exhibitions de restes humains et de leur morphologie (anthropologie physique) ou des expositions humaines proprement dites: et cf. Langaney. op. cit. pg. 375. «Les collections doivent faire l'objet de rangements, puis d'inventaires, dont la rationalisation exige l'étude systématique des objets, et dont la qualité s'améliore si la collecte se fait avec des objectifs et des critères correspondant à un questionnement systématique. L'ordre et la nomenclature de la collection peuvent être arbitraires, mais aussi se nourrir de propriétés des objets qui la composent, propriétés que la collection met en démonstration, conduisant ainsi à l'élaboration d'un discours scientifique sur ces objets. La partie prise par les cabinets de curiosités, puis les herbiers et collections zoologiques dans la condition des sciences du vivant et de la découverte de la théorie de l'évolution est ainsi bien connue. Ce n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres dans les sciences physiques et naturelles. [...]Le XIX<sup>ème</sup> siècle a fait entrer l'étude de la diversité physique des humains dans le domaine des sciences de la nature et de l'évolution. Il devenait donc cohérent de constituer des collections de spécimens humains comparables à celles d'animaux et de plantes naturalisés.»

<sup>2</sup> Erica-Irene Daes. *Protection du patrimoine des populations autochtones*. Genève: Nations Unies, 1997, p. 6

<sup>3</sup> Erica-Irene Daes, Idem, p. 7

américains. Un des exemples cités se passe au cours de l'année 1908, lorsqu'un mineur qui travaillait en Alaska, déterre les restes humains (des momies) ensevelis dans le territoire inoupiat<sup>1</sup> et ensuite les exhibe pendant de nombreuses années dans le cadre d'une exposition itinérante de curiosités. Un autre cas s'est déroulé pendant les années 30, où des fouilles faites dans le territoire pawnee, proche de la ville de Salina au Kansas, ont dévoilé l'existence d'un cimetière avec les squelettes des ancêtres de ce peuple. Ces squelettes furent exposés comme attraction touristique locale jusqu'en 1989, année où les leaders pawnee « sont parvenus à faire fermer les tombes ». <sup>2</sup> Une centaine d'autres exemples dans cette même catégorie de violation et de profanation d'un « patrimoine » qui constitue indubitablement l'une des plus intimes et délicates « figures » de culte dans quasiment toute société humaine, peut être abondamment retrouvé dans les plus divers sources et récits relatifs à l'histoire de l'expansion et de la domination coloniale. « La récolte d'un tel 'matériel', essentiellement des crânes et squelettes, ainsi que des 'parties molles' conservées de façon peu appétissante dans le formol, entrainait souvent en conflit avec les rites funéraires des populations concernées ». <sup>3</sup>

L'important pour le sujet qui nous intéresse est de se demander si d'un point de vue raisonnable et éthique, on pourrait considérer que de tels comportements peuvent passer inaperçus (ou alors être assimilés en quittant la mémoire affective et les sentiments des membres d'une société quelconque ayant l'information d'une telle violence infligée) et devenir tout simplement une accoutumance ou des faits accomplis? Quelle est donc la part de responsabilité qui retombe sur l'actuelle génération non seulement de muséologues et de conservateurs, mais également de chefs d'États et société civile à propos des actes (« contre la morale ») légués par nos aïeux?

Selon André Langaney trois grands arguments servirent de base afin « d'ignorer ou de violer les scrupules éthiques qui auraient dû arrêter les collectionneurs de dépouilles, ou du moins modérer leurs ardeurs »:

L'alibi médical, d'abord, avait fait admettre, depuis longtemps en Occident, la nécessité de collections de référence de spécimens humains. Ensuite, la reconnaissance de l'existence d'humains fossiles 'antédiluviens' et leur statut intermédiaire, entre les singes et humains, proposé par les applications sommaires

---

<sup>1</sup> Cette région traditionnellement habitée par des populations Inuit se situe dans l'Alaska, Etat plus au Nord des Etats-Unis, et englobe les régions arctiques du *North Slope Borough*, *Northwest Arctic Borough* et le détroit de Béring.

<sup>2</sup> Erica-Irene Daes. Idem

<sup>3</sup> André Langaney. Idem, p. 376

de la théorie de l'évolution conduisaient à refuser à ces humains préhistoriques le statut d'humains évolués, lequel leur aurait ouvert des droits éthiques ou religieux<sup>1</sup>.

Les collections d'arts « premiers » ou « primitifs », d'anthropologie physique ainsi que celles des musées coloniaux – dont le patrimoine intègre actuellement les dits « musées des cultures du monde » – existent jusqu'à présent et cela se déroule souvent indépendamment de la volonté des individus qui ont la tâche délicate de les conserver. Si des générations d'explorateurs, de chercheurs, de collectionneurs ont collecté d'innombrables objets (très souvent sacrés et voués à disparaître dans leur culture originelle), exhumé et transporté dans leurs pays des corps, des momies, des squelettes, des crânes, ou encore, gardé chez eux les corps des « exemplaires » qui ont péri au cours des activités des « Grandes Expositions Coloniales », il est néanmoins possible d'imaginer que très peu d'entre eux étaient capables, ou préoccupés, de mesurer la gravité et les conséquences de leurs gestes.

Du *zoo humain*, c'est-à-dire le transfert d'hommes, de femmes et d'enfants dans les zoos parisiens ou londoniens, aux corps momifiés ou empaillés sur place avant d'être transférés vers l'Europe, un grand nombre d'individus ont ainsi pris place dans les réserves des musées. C'est un secret bien gardé car aujourd'hui il n'est guère possible de savoir si nos réserves de musées comptent ces *restes humains* par dizaines ou par centaines. Ce qui était accepté comme une démarche scientifique légitime nous paraît au regard de l'histoire du XXème siècle comme l'un des plus grands scandales de l'histoire occidentale.<sup>2</sup>

Ce qui est clair, toutefois, c'est qu'un grand nombre de ces objets et de ces individus exhumés font actuellement et périodiquement l'objet de demandes de rapatriement ou de

---

<sup>1</sup>André Langaney. Idem, p. 374-375: (...) comme les “chaînon manquant” cherchés frénétiquement manquaient parmi les fossiles connus à l'époque, on eut l'idée de leur substituer des populations humaines actuelles réputées primitives ou peu évoluées, témoins de stades dépassées depuis longtemps par les ancêtres des colonisateurs européens. On trouve ainsi des gravures “ darwiniennes ” de la fin du XIXème siècle représentant un “nègre” dans un arbre, entre un macaque et un chimpanzé, dont ce n'est d'ailleurs pas non plus l'habitat usuel! Il devenait donc heuristique, pour les premiers évolutionnistes, de repousser vers l'animal le “nègre” en question et vers l'humain le chimpanzé. Celui-ci était souvent représenté très anthropomorphe et appuyé sur un bâton miraculeusement doté d'une feuille fraîche...Enfin, pour justifier cet évolutionnisme et la primitivité de ceux que l'on massacrait sans scrupules dans les guerres coloniales, il importait de mesurer fiévreusement des corps, vivants ou morts, ainsi que des crânes et des squelettes, plus pratiques pour servir de preuves pérennes des théories scientifiques avancées, et en particulier de celles concernant l'inégalité des races et de leurs aptitudes, ou bien leur statut intermédiaire entre le singe et l'humain, pour cause de prognathisme par exemple. Quand les victimes des combats n'y suffisaient pas, il suffisait de piller les tombes ou reliquaires, ce que l'on faisait sans scrupules tant qu'il s'agissait de païens.”

<sup>2</sup> Jean-Yves Marin. “Statut des restes humains, les revendications internationales”. In: *Le patrimoine culturel religieux. Enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Paris: L'Harmattan, 2006, pg. 339, 340.

restitution<sup>1</sup> vers leurs pays d'origine. De plus, il nous semble essentiel de préciser que le recul dont nous disposons actuellement, face à ces pratiques qui peuvent facilement être qualifiées de blâmables selon les « critères éthiques » contemporains, ne nous exempte pas de réfléchir à propos du sort que nous réservons nous-mêmes à ces objets et à ces individus qui sont désormais intégrés aux collections et aux patrimoines nationaux des pays qui ont un passé colonial, qu'ils soit interne (EUA, Brésil) ou externe (Portugal, Espagne, Grande Bretagne France), et belliqueux envers les populations autochtones.

La principale question est simple: que faire des biens culturels volés ou illicitement exportés? Certaines initiatives légales et pratiques locales constituent des éléments de réflexion intéressants: le NAGPRA<sup>2</sup>, la Convention d'UNIDROIT du 24 juin 1995<sup>3</sup>, les changements dans le « Human Tissue Act », la création du « Guidance of the care of Human Remains in Museums »<sup>4</sup>, le nouveau Code d'éthique britannique proposé par l'association de musées en 2002<sup>5</sup>, ainsi que de nombreuses autres initiatives nationales ou locales. Si nous

---

<sup>1</sup> Notons que ces demandes sont parfois faites dans des contextes politiques ou religieux très délicats, et de plus en plus inspirés par des mouvements indigénistes dont les motivations peuvent être bien éloignées de la bonne foi qu'ils affichent.

<sup>2</sup> *Native American Grave Protection and Repatriation Act*.

<sup>3</sup> C'est sous l'impulsion de l'UNESCO que l'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), à Rome, a élaboré la convention. Elle est le résultat de travaux qui ont duré dix ans et auxquels ont participé un grand nombre de spécialistes, de représentants gouvernementaux et d'organisations. Elle a été adoptée le 24 juin 1995 lors d'une conférence diplomatique qui s'est tenue à Rome.

Cette Convention est un *traité multilatéral* qui règle la restitution des *biens culturels* qui ont été *volés, exportés illicitement* ou qui sont *issus de fouilles illicites*. Une action en restitution ne peut être introduite que si le bien culturel se trouve sur le territoire d'un Etat contractant *après qu'il a été volé* dans un autre Etat partie ou *illicitement exporté* d'un Etat contractant. La convention protège avant tout le *premier propriétaire*. Le possesseur de bonne foi qui doit restituer le bien culturel a droit au paiement d'une *indemnité équitable*. La convention ne s'applique pas à la *production artistique contemporaine* ni au commerce des œuvres d'art contemporaines. La convention *n'a pas d'effet rétroactif*: elle ne s'applique pas aux biens culturels qui ont été volés ou exportés illicitement avant son entrée en vigueur. Ces deux dernières caractéristiques restreignent considérablement le champ d'action de la Convention lorsqu'il s'agit du patrimoine des populations autochtones, principalement celui qui se trouve en possession de musées ou d'anciennes collections.

<sup>4</sup> «La déclaration commune des premiers ministres de Grande-Bretagne et d'Australie visant, en juillet 2001, à favoriser le rapatriement des restes humains vers les communautés autochtones australiennes, a initié la mise en place d'un groupe de travail sur la question des restes humains dans les collections britanniques. Sa mission visait à étudier le statut actuel de ces dépouilles dans les collections publiques et à envisager les modifications législatives souhaitables pour clarifier et faciliter les démarches en cas de demande de restitution de la part d'une communauté ou d'un pays. Suivant les recommandations du groupe de travail, le gouvernement prit la décision en 2004 d'ajouter une clause au *Human Tissue Act* (équivalent de nos dispositions bioéthiques), autorisant neuf musées nationaux – dont le British Museum et le musée de Londres, soit deux des collections les plus riches du Royaume-Uni en restes humains- à pouvoir, en cas de nécessité pour eux et sous réserve de justifications, aliéner les restes humains âgés de moins de mille ans sans avoir recours à une procédure de déclassement.": Laure Cadot. «Les restes humains: une gageure pour les musées?» In: *Lettre de l'OCIM*, n. 109, janv. fev, 2007, p. 10

<sup>5</sup> Ce nouveau code invite ses membres à «respecter les intérêts des communautés d'origine en ce qui concerne les éléments de leur patrimoine [*heritage*] culturel présents ou représentés dans les musées. Impliquer les



repreons les exemples de Daes cités ci-dessus, il est possible d'observer la variété des récentes solutions pratiquées à propos du thème des restitutions.

Dans le cas de « momies inoupiat » exhumées en Alaska, le conflit fut spontanément résolu en 1993 par la famille du mineur qui les avait découvertes. Elle prit la décision de contacter les chefs de la communauté inoupiat par l'intermédiaire du musée d'histoire naturelle de Cincinnati pour ainsi pouvoir restituer les deux corps qui furent par la suite réensevelis dans les cimetières traditionnels, conformément aux croyances de ce peuple.

A propos de l'acquisition de cimetières indigènes et par conséquent de leurs contenu (squelettes et objets rencontrés) par des particuliers, très souvent des archéologues, profitant de la situation de vide juridique couvrant ces lieux sacrés, Daes met l'accent sur les premières décisions des tribunaux américains en faveur des autochtones, de leurs sites sacrés et du respect de leur mémoire affective:

En 1986 (...), un tribunal de l'Etat de Louisiane a décidé que le contenu de plusieurs sépultures de Tunicas-Biloxis appartenait aux membres survivants de cette tribu indienne. La Cour a estimé que l'inhumation ne constituait pas une intention d'abandonner tous droits sur le corps et les objets enterrés avec lui. La question de savoir si la communauté conserve des droits sur la sépulture après l'inhumation doit être déterminée par la culture et les coutumes du peuple en question. Les Tunicas-Biloxis avaient montré qu'ils avaient conservé un attachement culturel et religieux pour leurs sépultures, bien après la disparition de toute marque indiquant leur emplacement. Plusieurs autres Etats des Etats-Unis ont maintenant adopté des lois protégeant les sépultures autochtones (...)<sup>1</sup>.

Il faut signaler d'ailleurs, que selon des rapports établis par le Congrès des Etats-Unis, il existerait encore des milliers de restes humains collectés dans les sites sacrés autochtones américains et gardés dans des collections muséales ainsi que dans des institutions scientifiques du pays. « La collection de la Smithsonian Institution comprendrait, à elle seule, les restes d'environ 18500 individus »<sup>2</sup>. C'est parmi les collections de cette même institution,

---

communautés d'origine, quand cela est praticable, dans les décisions à propos de la façon dont le musée conserve, effectue les recherches, expose, ou utilise d'autre façon les collections et l'information à leur propos”.

Les musées doivent encore “informer dans la mesure du possible les communautés d'origine des objets en leur possession”. Cela veut dire que les musées doivent “envisager de restreindre l'accès à certaines pièces spécifiques, en particulier celles qui ont une importance cérémonielle ou religieuse, dans les cas où un accès non restreint peut causer une offense ou un trouble [*distress*] aux descendants réels ou culturels.” (Museums Association, *Code of Ethics*.)

<sup>1</sup> Erica Irene Daes. Idem, p. 7

<sup>2</sup> Idem

le « Smithsonian Institution National Museum of Natural History »<sup>1</sup>, que les Alutiiqs, peuple autochtone originaire de « Larsen Bay », dans l'archipel de Kodiak Island, également en Alaska, ont découvert les squelettes de 756 individus issus de leur groupe. Les ossements et objets furent déterrés entre 1920 et 1930 par le déjà célèbre Ales Hrdlicka, théoricien de la migration asiatique vers l'Amérique par le Détroit de Béring et de la physiologie des Amérindiens. Ces sépultures comptaient souvent à peine dix ou vingt ans selon les récits des vétérans de l'archipel.

Les leaders autochtones se sont servis du « Native American Rights Fund » (NARF)<sup>2</sup> afin de faire valoir leur intention d'obtenir la restitution de leur patrimoine détenu irrégulièrement par le musée. Les représentants de la Smithsonian Institution, afin de s'opposer à la restitution, argumentaient que les restes humains revendiqués étaient beaucoup trop anciens pour qu'un lien entre eux et les impétrants puisse être avéré. Suite à deux ans de litiges avec l'institution, les Alutiiqs ont enfin obtenu le droit de récupérer les restes mortels de leurs ancêtres. Daes souligne le fait que: « même après avoir accepté de les rendre, les représentants du musée ont déclaré qu'ils devaient être préservés dans un musée en Alaska au lieu d'être à nouveau ensevelis ». Cela semble être d'ailleurs une préoccupation récurrente des institutions muséales qui se trouvent face à des demandes de restitution<sup>3</sup>.

Cependant, « les Alutiiqs l'ont finalement emporté et ont enseveli ces restes en 1991, mais d'après des estimations, il a fallu dépenser plus de 100 000 dollars des Etats-Unis pour établir le bien-fondé de leurs revendications »<sup>4</sup>. Ces décisions peuvent être considérées comme les bases fondatrices de la NAGPRA. Il s'agit, en effet, d'une intention plus politique que juridique, que de reconnaître un « égarement éthique » du passé et d'essayer de traiter le mieux possible cette charge affective qui pèse sur ceux qui ont la conscience que leurs

---

<sup>1</sup> Ancien *U.S. National Museum*, dont Ales Hrdlicka est le fondateur et premier curateur dans le champ de l'anthropologie physique.

<sup>2</sup> Le Native American Rights Fund est un organisme de services juridiques dirigé par des autochtones créé en 1970. Il s'agit du plus ancien et plus grand bureau nord-américain ("non-profit") dédié à l'accompagnement et à la défense des droits des individus, des peuples et des organisations indigènes. Les pratiques de la NARF se concentrent sur cinq grandes instances : la préservation de l'existence tribale, la protection des ressources naturelles des peuples autochtones, la promotion du droit humain des peuples autochtones, la responsabilité et la responsabilisation ("accountability") gouvernementale envers les peuples autochtones, ainsi que le développement du droit indigène et l'éducation du public à propos des droits indigènes, de lois et autres thèmes.

<sup>3</sup> Des spécialistes de ce thème constatent qu'effectivement certains objets restitués par les musées sont promptement enterrés soit afin d'offrir la destination rituelle adéquate au corps, soit afin de se débarrasser d'un objet porteur de mauvais sort en raison de son parcours.

<sup>4</sup> Erica-Irene Daes. Idem..

objets/sujets de culte demeurent en dehors des contextes auxquels ils se destinaient. Rappelons encore qu'il s'agit d'une situation de profanation continuée. Il existe cependant d'innombrables autres interrogations implicites dans ce débat et qui dépassent celle relative à la réelle appartenance des objets, des ossements ou autres biens présents dans les collections muséales du monde.

Il est possible d'aller au-delà, et de se demander: le corps devrait-il être compris en tant qu'objet ou sujet dans ces cas ? Comment quantifie-t-on les dégâts et les dommages moraux causés par les atteintes et profanations commises? Peut-on et doit-on le faire? Sur qui retomberait donc cette responsabilité? Quelles devraient être les « critères » et les stratégies en vue d'un dédommagement des pertes subies?

Ce sont des points délicats à propos d'épisodes assez récents, sinon en cours, et difficiles à évoquer. Cette difficulté est en partie due à la charge éthique et déontologique qu'ils portent en eux, et en partie à cause de l'ampleur matérielle que représenterait la décision de placer la question des restitutions ethniques dans un agenda politique cohérent. En dépit de leur importance, ces thèmes sont encore assez difficiles à traiter et à résoudre. Il ne serait pas question ici de proposer une solution conclusive. Notons seulement que, malgré leur notoriété, les génocides amérindiens ou australiens, par exemple, ne figurent pas parmi ceux qui sont reconnus sur le plan international par les instances juridiques dépendantes de l'ONU. Le thème de la destination du patrimoine autochtone pillé au long des derniers siècles devrait peut-être passer d'abord par une telle reconnaissance.

Selon Benoît de l'Estoile<sup>1</sup>, les institutions de conservation et les musées gardent et exhibent ces biens, souvent inaliénables, appartenant à d'autres sociétés, communautés ou cultures. Celles-ci peuvent correspondre effectivement à une « simple » communauté locale mais peuvent être aussi des États-Nation avec tous leurs appareils. Le fait d'intégrer un musée reconfigure cet objet approprié en un « bien inaliénable », maintenant au sein de cette nouvelle société et sous le joug d'une toute nouvelle organisation juridique. Lorsqu'ils cessent de circuler, ces objets se transforment en éléments constitutifs de l'identité collective du groupe dans lequel ils se trouvent. « Ils incarnent un [nouveau] Nous ».

Cette situation peut être assez bien illustrée par l'écho provoqué par l'affaire de la tête

---

<sup>1</sup> Benoît De L'Estoile. *Le goût des autres. De l'exposition coloniale aux arts premiers*. Paris: Flammarion. Paris. 2007.

maori détenue par le Musée d'histoire naturelle de Rouen<sup>1</sup>. Ce musée était en possession depuis 1875<sup>2</sup> d'une tête tatouée et momifiée (« toi moko ») de guerrier maori<sup>3</sup>. Cependant, le gouvernement néo-zélandais avec l'aide du musée national « Te Papa Tonga Rewa » a fait des demandes, depuis 1992, de restitution et de rapatriement de tous les restes de dépouilles autochtones dispersés dans le monde. Le peuple maori réclamait ces têtes afin de les inhumer dignement dans le respect des coutumes locales. Après Londres, Copenhague, Sidney, c'est Rouen qui répond à cet appel, devenant ainsi la première ville française à entreprendre une telle démarche. Rien de plus naturel, considérant en plus qu'il s'agit d'un peuple contemporain, qui existe toujours!<sup>4</sup> Cependant, la France n'a finalement pas rendu la tête maorie comme promis.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> De par sa richesse et la diversité de ses collections, il peut être considéré le deuxième plus important musée d'histoire naturelle de France après celui de Paris.

<sup>2</sup> La tête tatouée fut offerte dans cette année-là au Musée d'Histoire Naturelle de la capitale normande par un collectionneur français.

<sup>3</sup> Les chefs Maoris de haut rang ainsi que les guerriers étaient, et sont parfois encore, tatoués. Sur ces tatouages sont inscrits les signes de leurs villages et leur histoire. Selon les traditions maories la tête est considérée comme la partie la plus sacrée du corps et le tatouage représente une signature sociale et religieuse. Ces têtes tatouées sont conservées et exposées dans un endroit spécifique consacré à leur mémoire et où chaque parent et membres du groupe peut les vénérer jusqu'au moment où l'âme du défunt soit enfin partie. A ce moment les têtes peuvent alors être inhumées dans les cimetières traditionnels du village respectif selon encore d'autres rites funéraires.

<sup>4</sup> Selon le rapport élaboré par Catherine Morin-Desailly au Conseil Municipal de la ville de Rouen dans la séance du 19 octobre 2007 et par l'intermédiaire du maire de l'époque Pierre Albertini a été ordonnée la restitution de cette tête. Cette promesse de restitution fut d'ailleurs faite en présence de l'ambassadrice néo-zélandaise et du «chef suprême maori», qui avait remercié la France pour sa décision. La décision semblait consensuelle et représentait un geste d'apaisement (permettant aux ancêtres de trouver leur paix culturelle) ainsi que de condamnation du commerce de restes humains de l'époque coloniale. Il s'agissait, selon les représentants du pouvoir public et du musée rouennais, d'une prise de position «en faveur de l'éthique». Effectivement, selon la loi de 1994, «le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent pas faire l'objet d'un droit patrimonial». Cela veut donc dire que le principe de l'inaliénabilité des collections, qui s'applique aux œuvres classées dans les collections publiques ne serait pas opposable dans le cas des *toi moko*, puisqu'il s'agit incontestablement de restes humains «acquis lors de trafics injustifiables». En outre, la *toi moko* ne serait ni propriété de l'Etat français, ni celle du Musée de Rouen.

<sup>5</sup> Le ministère de la culture, alors dirigé par Christine Albanel et s'appuyant sur une décision du tribunal administratif de Rouen du 27 décembre 2007, a bloqué tout transfert de la *toi moko*. Le ministère reprochait aux responsables de la démarche de restitution de n'avoir pas observé l'exigence préalable qui consiste dans la consultation d'une commission scientifique<sup>5</sup>, selon les termes de la loi Tasca, de 2002, sur les musées. Cette loi du 4 janvier 2002 prévoit dans son article 11 que «les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de leur domaine public et sont, à ce titre inaliénables». Le jugement du 27 décembre 2007 (T. Adm) décide donc que la *toi moko* appartient au domaine public des œuvres d'art appartenant à l'Etat, et qu'elle est donc à ce titre inaliénable, malgré le fait qu'elle soit un reste humain d'une société vivante. La loi de 2002 affirme encore que: «toute décision de déclassement d'un de ces biens ne peut être prise qu'après avis conforme d'une commission scientifique dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par décret»<sup>5</sup>. Or, selon un article du 01/07/2009, intitulé *Une proposition de loi visant à restituer des têtes maori inquiète les musées*, publié par *Le Monde*: « (...) Rouen n'a pas saisi cette commission. Il est vrai que ladite commission n'a jamais fonctionné et que les gens qui la composent sont réputés réfractaires à toute restitution<sup>5</sup>. »

Ce problème ne semble cependant pas se limiter à une simple question de procédure. La véritable motivation des autorités françaises paraît être celle d'éviter la multiplication de demandes de rapatriement de « trésors nationaux ». En effet, les musées français contiennent, entre autres, une grande quantité de pièces égyptiennes et précolombiennes de grande valeur. En revanche, tout indique que l'heure est à la restitution et au respect d'une nouvelle éthique muséologique. Les pays qui maintiennent un tel raisonnement contraire aux restitutions sont de plus en plus isolés par rapport au diapason de l'éthique muséale contemporaine<sup>1</sup>.

C'est, en grande partie, grâce à la ténacité de la sénatrice Catherine Morin-Desailly que la possibilité d'une restitution de la « toi moko » gardée dans le Muséum de Rouen n'a pas été définitivement écartée. Le 29 juin 2009, elle est parvenue à faire voter à l'unanimité du Sénat une proposition de loi visant à restituer à la Nouvelle-Zélande les têtes maories momifiées qui figurent parmi les objets des musées français. Il s'agirait, selon les experts, d'une vingtaine de têtes gardées par exemple au Musée de l'Homme de Paris, au Musée de la Rochelle, au Musée du Quai Branly, etc. Cette proposition a inquiété les milieux muséologiques et les conservateurs d'art, notamment à cause de ses articles 2, 3 et 4, prévoyant certaines modifications dans la composition des commissions scientifiques de déclassement et introduisant des personnalités élues ou « qualifiées ». L'intention semblait justement être celle « d'élire » des personnalités plus flexibles, ou plus sensibles à la cause des restitutions, que les conservateurs.

Selon Philippe Richert, rapporteur devant la commission des affaires culturelles du Sénat, « aucun argument valable ne pouvait s'opposer à la sortie de ces têtes momifiées et tatouées des collections des musées de France et à leur restitution à la Nouvelle-Zélande, qui souhaite le retour de ces restes humains sur la terre de leurs ancêtres ». Finalement, une loi a pu être votée par l'Assemblée nationale le 4 mai 2010, avec le soutien du nouveau Ministre de la Culture, Frédéric Mitterrand. C'est donc l'ensemble des têtes maories qui seront alors déclassées pour pouvoir retourner vers leur terre d'origine. Après celle de Rouen, les autres têtes que détient la France (à Paris, Marseille, Nantes, La Rochelle et Lyon) seront rendues début 2012, à l'issue d'une grande exposition qui doit avoir lieu au musée du Quai Branly :

---

<sup>1</sup> La sénatrice Catherine Morin-Desailly, une des principales représentantes de la lutte pour la restitution des restes humains conservés en France, affirme que la tendance dans les musées d'Europe et des Etats-Unis est à une restitution massive des restes humains, que l'on montre de moins en moins (le Musée du Quai Branly possède huit têtes, qu'il ne montre pas). En effet, « 322 têtes sur les 500 répertoriées dans le monde auraient été rendues depuis vingt ans » (Le Monde, 01/07/2009).

« *Maoris: leurs trésors ont une âme* ».

Néanmoins, il faut noter que la dite loi concerne uniquement les têtes maori, et pas d'autres objets ou restes humains en possession de l'Etat et des Musées. Cet aspect ponctuel et restrictif de la loi lui a quand même rendu un écho favorable parmi quelques responsables de musées. Stéphane Martin, président du musée du Quai Branly, qui, comme l'ex ministre de la Culture, Christine Albanel, s'opposait à la restitution des têtes des guerriers Maoris conservées en France (et notamment dans son musée), affirme tout de même que: « les musées doivent s'adapter aux pratiques des pays d'origine [des pièces/corps] ». Frédéric Mitterrand, à son tour, a utilisé son premier discours en tant que ministre de la culture pour affirmer que: « on ne construit pas une culture sur un trafic, sur un crime. On construit une culture sur le respect et l'échange ».

Toutes ces manifestations s'alignent dans le sens de la nécessité d'une reconnaissance de la spécificité des restes humains et des objets « d'art » non occidentaux, détenus par les réserves muséologiques ou scientifiques du monde, dans le contexte et en vue d'un paysage patrimonial nouveau, plus éthique. Cette spécificité annonce un changement paradigmatique qu'il conviendrait d'envisager avec l'esprit ouvert afin d'atteindre un dialogue réel entre les différents acteurs de ce domaine, étant donné que les principes défendus aujourd'hui doivent être réactualisés pour qu'ils puissent « rester en phase avec l'évolution de nos mentalités »<sup>1</sup>. Selon Laure Cadot « le retard accumulé par la France dans ce domaine ne fait que souligner l'urgence de la mise en place d'une réflexion à l'échelle nationale sur l'éthique et la déontologie à mettre en pratique dans la prise en charge et la préservation de ces collections sur le long terme ».<sup>2</sup>

En fait, certains spécialistes (dont Jacques Rigaud) affirment que le principe de l'inaliénabilité des collections publiques est appliqué en France depuis l'édit de Moulins de 1566. Ce principe passera, néanmoins, par de successives réaffirmations depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, spécialement suite au « tournant colonial de la République ».<sup>3</sup> Selon Benoît de l'Estoile, c'est précisément à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle que les nations désireuses de se

---

<sup>1</sup> Laure Cadot. « Les restes humains: une gageure pour les musées? » In *La lettre de l'OCIM (Office de Coopération et d'information Muséographiques)*. N° 109, 2007, p. 13

<sup>2</sup> Laure Cadot. Idem., p. 14

<sup>3</sup> Terme emprunté dans l'ouvrage: *1885: le tournant colonial de la République*. Jules Ferry contre Georges Clemenceau, et autres affrontements parlementaires sur la conquête coloniale. Paris: La Découverte/Poche, 2007.

constituer en État se dépêchent de former leur « Musée National ». Il affirme encore que la splendeur du musée et de ses réserves est un élément qui doit manifester la grandeur de la nation qui les possède. De plus, « c'est parce que le musée est un dépôt de tout ce qui est lié de près ou de loin à l'histoire nationale que les objets qui s'y trouvent doivent être accessibles à tous. Et c'est pour la même raison qu'ils sont tenus d'être préservés ».<sup>1</sup>

Sans doute, une des tâches primordiales du musée est traditionnellement celle de former un patrimoine inaliénable pour la nation. Dans cette perspective, il est d'abord et avant tout responsable face à la nation qu'il représente. Face aux autres nations, face aux peuples dont il détient les objets, face à « l'humanité », ou face à un présumé « universalisme » (éléments qui figurent souvent parmi les missions énoncées par ces entités), la volonté nationale de renforcement et de légitimation d'une certaine identité apparaît prioritaire.

En ce qui concerne le cas spécifique de la France, Benoît de L'Estoile fait une analyse intéressante pour illustrer cette vision classique du rôle du musée national. Selon l'auteur, la Nation, en faisant sortir les trésors voulus de la sphère privée, devient elle-même propriétaire des objets. « Une telle affirmation s'inscrit dans la lignée du musée révolutionnaire, où l'universalisme revendiqué pour la nation française se traduit par le devoir de rassembler sur le territoire national les trésors de toute l'humanité ».<sup>2</sup>

Les paroles émises en 1794 par Boissy d'Anglas laissent bien transparaître cette idée, lorsqu'il soutient le projet de conservation des « monuments des arts, des sciences et de la Raison », en affirmant « qu'ils attestent à la fois et perpétuent les richesses de l'esprit humain; ils fixent au milieu de vous et naturalisent sur votre territoire le résultat des plus belles conquêtes du génie et des plus profondes méditations de l'étude ».<sup>3</sup> Cette conception d'un « universalisme philosophique et scientifique » typiquement républicain et surtout postrévolutionnaire servira à légitimer la disposition au « prélèvement organisé d'œuvres d'art dans toute l'Europe conquise par les armées républicaines et napoléoniennes », ainsi que dans les nouvelles colonies, quelques années plus tard. Notons d'ailleurs que d'Anglas affirme, encore dans le même discours, que « [...] c'est à Paris qu'il faut organiser pour les siècles et pour l'univers l'école suprême de l'Homme ».<sup>4</sup>

Plus de deux siècles après, le musée du Quai Branly semble maintenir une certaine

---

<sup>1</sup> K. Poiman *apud* Benoît de L'Estoile Idem p. 328

<sup>2</sup> Benoît de L'Estoile. Idem, p. 329

<sup>3</sup> Boissy d'Anglas, lettre à la Convention; cité par Benoît de L'Estoile. Idem, p. 329

<sup>4</sup> Benoît de L'Estoile, Idem.

tradition léguée de ses prédécesseurs. Actuellement, les collections de ce musée comptent plus de 300 000 objets distribués en grande partie entre les quatre grands secteurs permanents: Amérique, Asie, Afrique et Océanie. La « 'naturalisation' française des productions du génie humain entraîne logiquement la dissolution du lien qu'elles [les 'œuvres d'art' non occidentales] pouvaient entretenir avec le lieu où le hasard les avait fait naître »<sup>1</sup>. Ainsi que ses prédécesseurs, ce musée – nommé dans le projet original de musée des arts « premiers » – est un « musée national des Autres ». Cependant, contrairement à ses prédécesseurs directs (le Musée de l'Homme et le musée d'Afrique et d'Océanie), d'où il obtient une grande partie de ses collections, le Musée du Quai Branly semble avoir l'intention de devenir un point touristique national et international, voué au loisir et au divertissement, accessible au grand public. Ce dessein institutionnel se donne, selon les critiques qui s'opposaient au démantèlement des anciennes collections ethnographiques, au détriment des considérations scientifiques et en faveur d'un choix esthétique et esthétisant. Il n'est donc pas difficile de comprendre les motifs qui ont produit le retrait précoce d'un grand nombre de chercheurs de l'ancien Musée de l'Homme, « dilapidé » avec les transferts des pièces considérées « primitives », c'est-à-dire, les non européennes.<sup>2</sup> A cet effet, une importante question se pose: Que veut-on faire comprendre par « arts primitifs » ou « arts premiers »? La notion est évidemment sujette à interrogation puisqu'elle pourrait tendre à faire passer les peuples qui les ont produites comme « antérieurs » et « primitifs » par rapport à d'autres. Cette conception évolutionniste est absolument remise en cause aujourd'hui. Malgré l'opinion consensuelle des milieux académiques (notamment dans l'anthropologie) dans le sens du refus de la qualification de « Musée des arts premiers »<sup>3</sup>, souvent avancé au début du projet, le terme « arts premiers » semble néanmoins être rentré dans le langage courant.

En effet, selon les affirmations de Bernard Dupaigne, directeur du Laboratoire d'Ethnologie du Musée de l'Homme de 1991 à 1998, et qui a publié le livre<sup>4</sup> *Le scandale des arts premiers: la véritable histoire du Musée du Quai Branly*<sup>5</sup>, cela n'est pas la seule

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Ilana Goldestein. "Reflexões sobre a arte "primitiva": o caso do Musée Branly". in *Horizontes Antropológicos*. Vol. 14. N° 29. Porto Alegre. Jan./Junho 2008. p.7-8

<sup>3</sup> Puisqu'il est tout simplement impropre scientifiquement de le dénommer ainsi.

<sup>4</sup> Livre qui est, selon quelques analystes, plein de rancune, malgré le très grand nombre d'informations.

<sup>5</sup> Paris: Edition Mille et une nuits, 2006.



controverse qui plane autour du projet lancé par le Président Chirac<sup>1</sup>. Entre autres choses, le Musée et son directeur Stéphane Martin furent accusés d'acquérir des objets d'origine illicite provenant du Nigeria. L'accusation faite pendant la période de construction du Musée porte plus particulièrement sur l'acquisition, à des prix millionnaires, de trois sculptures nok de terre cuite. Ces sculptures viennent des régions du nord du Nigeria (Katsina et Sokoto), endroit où se trouvent les vestiges de la culture nok (900 a.c.). Les acquisitions auraient été réalisées de façon illégale puisque la loi nigériane prohibe la vente de ce genre de sculpture provenant de son territoire. Selon la loi du pays, tout vestige archéologique retrouvé dans le territoire national appartient à l'État, étant par conséquent inaliénable. Cependant, dans la pratique, des pièces nok peuvent être assez facilement retrouvées dans des enchères à prix élevés (chaque pièce coûte plus d'un million d'euros) hors du Nigeria.

Admettre que les communautés d'origine ont un droit sur les objets, et sont par conséquent en droit d'imposer tel ou tel mode de présentation [et nous pourrions ajouter également ici les éventuelles demandes de rapatriement], est ressenti par la plupart des conservateurs comme une remise en cause des principes fondateurs du musée national.<sup>2</sup>

« Tous les hommes sont égaux, mais il y en a de plus égaux que les autres ». Cette construction de George Orwell semble dans ce cas plus réaliste que la prétendue naturalisation « des plus belles conquêtes du génie » et « des richesses », soit disant universelles, « de l'esprit humain ». Sous une telle optique, l'universalisme républicain mentionné deviendrait en effet un sophisme dans la mesure où il n'est universel qu'en France.<sup>3</sup>

Gilles Manceron soutient la thèse selon laquelle le « paradoxe » perceptible dans les notions « d'unité de l'espèce humaine » et « d'égalité de droits » aurait vu le jour quelque part entre les siècles XV<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècle, surtout en Europe occidentale, simultanément aux voyages de découverte, « de commerce et de conquête ». C'est pendant cette période, qui est également celle de la traite et de la colonisation, que commence à se dessiner la tenace « réticence à étendre la notion d'Homme à certains peuples ». Ces « autres » sont beaucoup trop « sauvages » et « arriérés » pour être perçus comme des égaux.

---

<sup>1</sup> Selon le Journal Le Figaro du 1<sup>er</sup> octobre 1996: "Jacques Chirac à la tête de l'Etat, veut laisser sa marque [...] Ce sera la signature de son septennat, dans le domaine culturel. Comme Beaubourg pour Georges Pompidou, Orsay pour Valéry Giscard d'Estaing, ou le Grand Louvre pour François Mitterrand" (Ilana Goldstein. Idem, p. 9)

<sup>2</sup> Benoît de L'Estoile. Idem, p.330.

<sup>3</sup> Mais qui a néanmoins servi de base théorique lors de la formation d'un grand nombre d'Etats Nation.

Mais reste qu'en Europe, de la Renaissance à la Révolution industrielle, en passant par l'époque des Lumières, quand on parle de l'humanité, ce n'est le plus souvent pas à ces Autres qu'on pense. Quand on évoque l'*Homme*, ce n'est pas d'eux qu'il est question. On a donc vu l'Europe donner à la fois naissance à des concepts universels émancipateurs et à des représentations mentales qui autorisent leur négation<sup>1</sup>.

Dans cette perspective, il est possible de se demander dans quelle mesure la réaffirmation, dans les temps actuels, du principe de l'inaliénabilité<sup>2</sup> d'un patrimoine acquis furtivement dans un contexte colonial ne permettrait pas de mettre en cause le discours assurant que la relation de pouvoir entre les anciens États coloniaux et les nations dominées est, de nos jours, formellement surmontée?

(...) Les objets conservés dans les musées des Autres, qu'ils soient d'art, d'ethnographie ou d'histoire, deviennent de façon croissante des enjeux dans les processus contemporains d'affirmation d'une identité par référence à un passé. Autrement dit, les objets des Autres détenus chez nous sont désormais revendiqués par ces Autres en tant qu'un symbole d'un Nous. Une telle situation entraîne pour les musées une série de questions non résolues<sup>3</sup>.

Cette persistante relation de pouvoir, si elle se démontre, ne se manifesterait pas seulement dans le cas emblématique (par son agressivité) de la possession indue et du refus au rapatriement des objets ou restes humains appartenant au patrimoine culturel, moral et biologique d'autres peuples. La relation de force apparaîtrait encore sous d'autres formes mieux voilées qui peuvent être la fabrication « d'arts traditionnels » non authentiques, le mépris envers la destination (très souvent éphémère) des créations traditionnelles, leur « décontextualisation » lors de l'exposition dans des conditions antagonistes de celles de leur culture créatrice, l'appropriation ethnocentrique de concepts ou thèmes non occidentaux dans l'art occidental récent<sup>4</sup>, allant jusqu'au tourisme ethnique et au désir de reconfigurer le traditionnel selon des attentes culturelles trop subjectives. Ces exemples ne seraient rien d'autre que le déguisement actuel de l'évolutionnisme social, appliqué dans les plus divers

---

<sup>1</sup> Gilles Manceron. «Les “sauvages” et les droits de l'homme: un paradoxe républicain». In: Nicolas Bancel et al. *Zoos Humains. Au temps des exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 399

<sup>2</sup> Par l'intermédiaire de la loi Tasca, de 2002, par exemple.

<sup>3</sup> Benoît de L'Estoile. Idem, p. 327

<sup>4</sup> Nous ne condamnons pas la dynamique d'inspiration réciproque typique de la création artistique. L'art n'est pas statique! Il s'agit juste de faire mention de l'importance esthétique de certaines œuvres non occidentales et leur absorption dans l'héritage artistique contemporain, notamment dans les milieux modernistes.

secteurs (notons le droit) et les plus modernes filons du marché global contemporain.

D'autre part, de l'analyse des conditions de vie d'une grande partie des populations indigènes du globe nous pouvons facilement en déduire que l'insuffisance économique, l'ignorance sur les questions relatives au commerce et la perte de terres les mène souvent à réaliser des négociations non équitables en échange de leur patrimoine. Privés d'autres moyens de subsistance, certains individus (chacun en particulier) se sentent séduits, voire réduits, à vendre des biens qui représentent un patrimoine collectif inaliénable. Ce phénomène fait figure bien évidemment de commerce illicite. « Les lois coutumières interdisent en général la vente de ces objets par des particuliers (...), il est [néanmoins très] difficile et onéreux de retrouver et de récupérer ces objets une fois qu'ils ont quitté la communauté ».<sup>1</sup> En effet, s'il ne s'agit pas d'un problème de légalité, permettant l'acquisition de pièces déterrées et décontextualisées, la préoccupation devrait se porter sur les éléments qui mettent en évidence la disproportion de moyens économiques entre peuples et nations. Ce déséquilibre devrait également susciter une prise en considération plus sérieuse des acquéreurs du contexte économique, historique, politique et juridique de ceux qui vendent ou trafiquent des pièces qui composent le patrimoine identitaire de peuples et nation économiquement plus vulnérables. La Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés semble être un pas important dans ce sens, mais elle ne résout certainement pas tous les problèmes.

Dorénavant, outre l'exploitation systématique et illégale des sites archéologiques pour trouver des objets anciens exotiques, ancestraux et donc désirables et commercialisables, les peuples autochtones doivent lutter sans cesse contre les marchands d'objets d'art, contre l'impertinence du tourisme ou toute autre sorte de manque de respect de leur vie privée. Dans cette perspective, est-ce que le terme « zoos humains » aurait encore un sens de nos jours, afin de désigner d'autres modalités ou « filtres déformant notre regard sur l'Autre » que ceux présents aux XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles?

---

<sup>1</sup> Erica Irene Daes. *Idem*, p. 7: A ce propos nous pouvons souligner un cas retenu par Daes: En 1984, un galeriste a persuadé plusieurs Tlingits (peuple du sud-est de l'Alaska traditionnellement organisés en plusieurs clans), qui vivaient à Chilkat, d'enlever quatre mats totems sculptés et un grand panneau sculpté de la Maison de la baleine (bâtiment célèbre du clan Ganaxteidi [corbeau] bâti vers 1830). Ces objets ont ensuite été expédiés à Seattle pour être vendus, mais le village a obtenu d'un tribunal fédéral une ordonnance suspendant temporairement leur vente au motif que leur enlèvement avait peut-être été illégal. Le tribunal fédéral a, par la suite, décidé que la question de la propriété des mats totems et du panneau devait être tranchée par le village lui-même, par l'intermédiaire de son propre tribunal. En conséquence, le tribunal du village a tenu des auditions sur la question de la propriété et entendu les dépositions d'anciens et d'anthropologues au courant des lois traditionnelles tlingites.

## Chapitre 2. Le patrimoine immatériel: savoirs intimes.

C'est la plus vieille spécialisation sociale, la spécialisation du pouvoir, qui est la racine du spectacle. Le spectacle est ainsi une activité spécialisée qui parle pour l'ensemble des autres. C'est la représentation diplomatique de la société hiérarchique devant elle-même, où toute autre parole est bannie. Le plus moderne y est aussi le plus archaïque<sup>1</sup>.

Lorsque nous nous référons à un patrimoine intangible, ainsi que pour ce qui est d'un patrimoine plus concret puisque palpable, il ne s'agit pas d'une catégorie étanche. La désignation se prête à signaler une classe de biens, des catégories et des concepts qui se trouvent sur un plan moins évident que ceux dont on peut, en plus ou tout simplement, toucher de la main (tel un bout de terre, un territoire, un objet ou un corps). C'est un patrimoine singulier puisqu'il a un rapport avec l'image et les représentations, avec la vie privée et l'intimité, avec les idées et les conceptions, avec l'authenticité et l'exotisation.

L'approche d'un tel sujet nous invite à réfléchir à des notions très délicates qui peuvent être relativisées, reformulées ou mises en échec, selon le contexte « géophilosophique »<sup>2</sup> à partir d'où elles sont empruntées, ou bien selon le lieu et le temps vers où nous décidons de les appliquer. Dans l'aire spécifique de la discussion des droits des peuples autochtones, quelques grandes interrogations se posent. Qu'est-ce que la « traditionalité »? Quand les notions de « culture » et de « local » perdent-elles en sens afin de désigner et de mesurer l'appartenance d'une pratique déterminée à un endroit spécifique?

Si les exhibitions publiques de membres de communautés autochtones dans des zoos n'est plus une pratique courante, ou n'est pas praticable aujourd'hui, cela ne veut pourtant pas dire que l'autochtonie et l'exotisme ne sont plus empruntées pour attirer l'intérêt touristique ou ne sont plus un thème intéressant pour certaines stratégies commerciales. « Dans de nombreux pays, les populations autochtones sont présentées comme une curiosité pour attirer les touristes des pays étrangers, sans même avoir été consultés, et ne disposant d'aucun

---

<sup>1</sup> Guy Débord. *La Société du Spectacle*. Paris: Gallimard, 1992, p. 25

<sup>2</sup> Nous empruntons ici le terme de Gilles Deleuze et Felix Guattari utilisé dans le livre "Qu'est-ce que la philosophie?" Paris: Minuit, 1991 (op.cit.) afin de porter la lumière sur une perspective qui estime que "penser se fait plutôt dans le rapport du territoire et de la terre". Dans ce sens, les auteurs se demandent si "(...) contempler, réfléchir, communiquer, est-ce autre chose que des opinions qu'on se fait sur la pensée, à telle époque et dans telle civilisation?"

moyen juridique ou institutionnel d'exercer un contrôle sur ces arrivées massives »<sup>1</sup>.

### **Section 1. Tourisme et respect de la vie privée**

Sous un maquillage politiquement correct, les agences de tourisme offrent des avantages « voyage plus immersion ethnique », où se cachent certainement d'anciens préjugés qui sont, malgré tout, encore loin d'être surpassés. Il s'agit de vendre (que ce soit du tourisme, de l'art, ou des guérisons) un produit qui est parfaitement ajusté avec ces préjugés persévérants, le plus souvent ayant trait à une supposée tradition mythique qui semble parfois habiter plutôt l'imaginaire occidental que les peuples ciblés par ce désir.

Les exemples, dans le cas du marché du tourisme, sont nombreux et avoisinent presque toujours le caricatural:

- Les randonnées dans le Sinaï: avec les Bédouins dans les régions montagneuses.
- Les circuits écologiques et autochtones: expéditions et safaris au Panama.
- Les voyages d'études et programmes VIP au centre et au Sud de l'Alaska: l'histoire du pays et des Premières Nations.
- Les Pueblos au Nord du Nouveau-Mexique: voyager et s'instruire.
- Le circuit des Andes: Les habitations de l'Amazonie en Equateur, en Bolivie et au Pérou.
- Invités chez les Maoris: chez l'habitant en Nouvelle-Zélande.
- Fait partie du Programme de Inuit au Nunavut au Canada: voyages d'aventure en kayak dans l'Arctique.
- Dakota du Sud, Etats-Unis: voyages individuels dans les réserves Sioux.
- L'écotourisme au Bangladesh: chez l'habitant dans les villages des Chittagong Hill Tracts.
- Les circuits dans le comté de Navajo: plus de 2700 sites archéologiques en Arizona.
- Les vacances dans le Chief Bald Eagle Ranch dans le Dakota du Sud: habiter dans un tipi, faire connaissance des traditions indiennes et visiter des lieux historiques.
- La gastronomie des Andes. L'Equateur: visite des quatre communautés indiennes et de la découverte de l'aventure, des traditions, de la gastronomie, des plantes médicinales et de chamans.

---

<sup>1</sup> Erica Irene Daes. Idem, p.12

- Les vacances dans les villages des communautés autochtones des îles Fidji.
- Les circuits du commerce équitable des Quechuas au Pérou: aller à cheval et en voiture au Machu Picchu.<sup>1</sup>

Paradoxalement, il est possible de constater que tandis que l'on vante aux touristes l'importance de la culture locale, de nombreuses violences continuent à être exercées envers ces peuples « marchandisés ». C'est le cas de certains pays de l'Afrique, de l'Amérique Centrale, de la région andine, mais aussi du Brésil, du Mexique, de l'Inde, du Canada, des Etats-Unis, de l'Indonésie.

(...) les Hawaïens sont victimes d'une déperdition importante de leur culture et de leur langue, processus entamé sous le règne missionnaire au XIX<sup>ème</sup> siècle, sous lequel la pratique de la langue et des traditions culturelles – notamment le *hula* - fut découragée activement. A présent, c'est surtout le tourisme qui représente la principale menace, non seulement par la commercialisation de certains aspects de la culture autochtone pour de millions de touristes qui débarquent à Hawaï chaque année, mais encore par le type de développement ainsi favorisé, atteignant les zones rurales où un mode de vie davantage axé sur l'économie de substance traditionnelle a pu se maintenir jusqu'à un certain point<sup>2</sup>.

En effet, les agences, afin de faire vendre leurs paquets touristiques, se soucient peu de transmettre et de stimuler des images dégradantes et en désaccord avec l'intégrité morale des peuples autochtones. La stratégie commerciale la plus vulgaire, et également la plus pratiquée, consiste à transférer ces peuples et leurs activités créatrices vers des localités (situées dans la sphère mentale des touristes) fictives, arriérées et décontextualisées, éveillant ainsi un sens commun mystifié et des images vulgaires. A partir de là, il est facile de modeler le produit (c'est-à-dire l'image du traditionnel à vendre) et le désir correspondant des consommateurs, de façon précise la plus intéressante pour atteindre les buts commandés à cette étude de marché. Cette vision marchande se maintient sans doute mieux si sa routine commerciale aboutit à un degré considérable d'homogénéisation du produit, mais aussi, plus grave, de sa demande; cela représente en effet une homogénéisation imposée et une prédétermination des désirs inculqués dans l'imaginaire des consommateurs. Debord affirme:

Le spectacle soumet les hommes vivants dans la mesure où l'économie les a

---

<sup>1</sup>Imtiaz Muqbil. «Le tourisme autochtone : plus qu'un marché touristique différent».In:*Le Tourisme Autochtone. Information de presse spéciale*. Berlin: ITB, 2009, p. 3.

[http://www1.messe-berlin.de/vip8\\_1/website/Internet/Internet/www.itb-kongress/pdf/Spezialpressediens/ITB\\_Le\\_tourisme\\_autochtone.pdf](http://www1.messe-berlin.de/vip8_1/website/Internet/Internet/www.itb-kongress/pdf/Spezialpressediens/ITB_Le_tourisme_autochtone.pdf)

<sup>2</sup> Isabelle Schulte-Tenckhoff. *La question des peuples autochtones*. Paris: Bruylant, 1997, p. 78.

totalément soumis. Il n'est rien que l'économie se développant pour elle-même. Il est le reflet fidèle de la production des choses, et l'objectivation infidèle des producteurs<sup>1</sup>.

Latouche appelle ce phénomène de paradoxe de la création de besoins et l'illustre en affirmant que « non seulement l'imaginaire économique invente littéralement la 'rareté', mais encore la pauvreté vécue constitue une condition de la croissance »<sup>2</sup>. Selon Eric Wolf, techniquement, la création d'une idéologie présuppose l'imposition d'un « surcode ». Il s'agit effectivement d'une surcharge de connotations et de métaphores à propos de dénnotations<sup>3</sup>. Cette coercition comprendrait donc la réduction de l'éventail potentiel de connotations à quelques infimes significations. « Dans ce sens, la création d'une idéologie est une forme d'appropriation, d'aliénation, de vol. Le mythe, comme l'affirme Roland Barthes, est 'langage volé' »<sup>4</sup>.

Selon ces auteurs, ce que cette forme de communication instaure – que ce soit dans l'art, la musique, la philosophie, le rituel, le mythe, la science – c'est une redondance qui sert à amplifier des contextes ou des occasions qui proclament une même et insistante fiction. Cependant, ce processus ne serait pas une simple question linguistique, artistique ou psychologique; il s'agirait également d'une question de pouvoir. Alban Bensa, par ailleurs, pose une intéressante question qui résume assez bien la problématique soulevée: « La parole indigène ne devient-elle pas un mythe quand on efface systématiquement l'identité de celui qui la profère? »

### **Section 2. Les œuvres plastiques et le droit aux motifs traditionnels**

La question précédente semble avoir une importance fondamentale lors d'une approche plus profonde des œuvres indigènes (ou non occidentales de façon générale) – qu'elles soient plastiques, intellectuelles ou politiques – de leurs sens et des implications de leur utilisation et

---

<sup>1</sup> Guy Debord. *La Société du Spectacle*. Paris: Gallimard, 1992, p. 22.

<sup>2</sup> Serge Latouche. *Survivre au développement*. Paris: Mille et Une Nuits, Unesco, 2004, p. 79

<sup>3</sup> Wolf explique le concept à partir de l'idée de Geertz, selon lequel le pouvoir d'une métaphore découle précisément de l'intégration entre les significations discordantes qu'elle oblige symboliquement à faire rentrer dans une structure conceptuelle unitaire. Cette coercition est bien réussie lorsqu'elle réussit dépasser la résistance psychique que la dite tension sémantique avait inévitablement opérée sur tout individu en position de s'en apercevoir.

<sup>4</sup> Eric R. Wolf. In: Bela Feldman-Bianco e Gustavo Lins Ribeiro (org.) *Antropologia e Poder. Contribuições de Eric R. Wolf*, São Paulo: Universidade de Brasília, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo e Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 298.

commercialisation selon le modèle économique hégémonique. Dans le champ de l'art, ou pour être plus précis des créations plastiques, il est possible de noter que la quasi-totalité des expositions d'œuvres dites exotiques reflètent assez clairement un sentiment et une intention, qui laisse transparaître un certain mépris envers les aspects infra-collectifs de ces œuvres. C'est-à-dire que des critères vagues et englobants d'identification (spatiale, temporelle ou sociale) sont privilégiés en détriment de précisions plus claires. « Les mentions 'Afrique', 'aire subsaharienne', 'Dogons', sont aux objets [autochtones/'primitifs'] ce que sont les étiquettes 'Rembrandt', 'Poussin' ou 'Champagne' placées à côté des peintures [occidentales] »<sup>1</sup>. Cette pratique ou stratégie, qui consiste à noyer les œuvres dans « l'anonymat du tout ethnique », rend plus facile leur appropriation, non seulement de leur valeur en tant qu'objet d'art, mais aussi leur contenu et valeur en tant qu'objets symboliques et politiques.

Pour justifier ce schéma dualiste grossier, ses thuriféraires avancent des arguments d'ordre à la fois technique et idéologique. Faute de sources écrites, on ne pourrait ni dater les œuvres ni les attribuer à des auteurs précis et, quand bien même disposerait-on de textes ou d'observations contextualisées, il serait vain de chercher dans les sociétés dites traditionnelles des créateurs bien identifiables, tant ces univers non occidentaux ou paysan seraient, par essence, prompts à nier l'importance de l'individu. En Inde comme en Amazonie, dans la vieille paysannerie européenne comme dans les îles du Pacifique (...), l'homme traditionnel et *a fortiori* la femme ne pourraient dire un récit, sculpter, peindre, chanter, tresser une natte, etc., qu'au nom des toutes-puissantes entités dont il ou elles ne seraient qu'un simple appendice. La "notion" d'individu, éminemment "moderne" dit-on, ne saurait concerner ces exécutants d'une partition composée on ne sait trop comment par ce sujet collectif appelé race, peuple ou culture selon les époques. Si l'histoire sociale et intellectuelle de cette construction idéologique reste encore largement à faire, ses effets théoriques et muséographiques sont aujourd'hui aisément mesurables<sup>2</sup>.

Cela n'est, tout d'abord, pas une question simple, et non plus une affaire qui ne touche qu'aux collectionneurs et aux muséographes. Elle est souvent beaucoup plus proche et dirigée par l'artiste et l'observateur ou l'admirateur commun d'art eux-mêmes. Leurs regards, incapables de faire la correction de certaines erreurs de « parallaxe »<sup>3</sup> déterminées par leur place dans une société précise, sont des marques fondamentales du maintien d'une approche

---

<sup>1</sup> Alban Bensa. *La fin de l'exotisme: essais d'anthropologie critique*. Toulouse: Anacharsis, 2006, p. 285

<sup>2</sup> Idem, p. 286

<sup>3</sup> « Parallaxe » est le déplacement apparent d'un objet lorsque l'on change le point d'observation. Slavoj Žižek. *A visão em parallaxe*, São Paulo: Boitempo, 2008



ethnocentriste que la déontologie et le droit occidentaux se chargent à leur tour d'imposer aux créations indigènes (ou non occidentales). Si nous examinons les premières décennies du XXème siècle, il est possible de s'apercevoir que l'intérêt des artistes envers d'autres cultures était déjà très accentué, cependant cela n'incluait généralement pas un plus grand questionnement politique ou moral à leur propos<sup>1</sup>. Il est notoire qu'il y a une ressemblance entre les faces anguleuses, géométriques et colorées des « Demoiselles d'Avignon » (1907) de Picasso et certains masques africains. Parmi les fauvistes il y avait également plusieurs collectionneurs d'art non-occidental.<sup>2</sup>

Selon Eric Wolf, « nous n'attaquons pas la réalité simplement avec des outils et des dents; nous la captions également avec le forceps de l'esprit – et nous le faisons socialement, en interaction sociale et à partir de la communication culturelle avec nos compagnons et nos ennemis »<sup>3</sup>. Il est intéressant de noter que l'auteur attire ici notre attention vers une nouvelle perspective et une nouvelle vision à propos des œuvres indigènes, traditionnelles ou paysannes. Bensa corrobore aussi cette idée dans la mesure où il soutient que les œuvres collectives indigènes ne doivent pas être retirées de leur contexte politique et historique afin d'être réduites à des « simples pièces d'art », et il ajoute encore que les œuvres indigènes ne devraient pas être non plus résumées comme des œuvres collectives tout court. Selon lui, toutes ces simplifications soustraient de nombreux éléments polyvalents et pragmatiques présents dans les œuvres dites traditionnelles. Le terme traditionnel entrerait ici en conflit avec les faits puisqu'il induit constamment à remettre ces œuvres vers une affection à une tradition antérieure, non contemporaine.

Les œuvres dites traditionnelles comportent également certaines caractéristiques qui portent des innovations individuelles qui peuvent supporter un message esthétique ou politique inédit, actuel et révélateur vers de nouveaux horizons identitaires. Ces aspects individuels et innovateurs ne retirent nécessairement l'aspect communautaire de l'œuvre.

---

<sup>1</sup> Ilana Goldstein. Idem, p.3

<sup>2</sup> Matisse, Vlaminck et Derain ont acquis, en même temps que Picasso, des pièces d'Afrique et d'Océanie. Dans la peinture des trois, l'influence des masques rituels se reflète, par exemple, lors du choix des yeux en format de losange et les visages stylisés. Quelques années plus tard, aussi chez les surréalistes, on note un fort intérêt pour les *primitifs*. Goldstein cite encore Gill Perry pour soutenir l'idée selon laquelle, l'absence d'une iconographie ou d'une historiographie accessible des objets ou des thèmes dits "primitifs" ou "traditionnels" secondait leur facile absorption dans une culture artistique moderne. Il est intéressant de noter que selon cette interprétation, les créations plastiques "primitives" anonymes (ou rendues anonymes) ont donné l'opportunité pour que certains "modernistes" déterminables puissent cueillir leurs lauriers (Ilana Goldstein. Idem, p.3).

<sup>3</sup> Eric R. Wolf. Idem

Cette situation s'approcherait de ce que le droit classifie en tant que travail dérivé ou œuvres composites. Il s'agit donc d'une œuvre créée à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes et qui suppose une transformation, modification ou adaptation qui constituerait par elle-même une création susceptible d'être protégée par le droit d'auteur.

Compris dans cette optique, les phénomènes culturels autochtones consolident l'idée selon laquelle la « flèche du temps traditionnelle » indique également (ainsi que dans lesdites sociétés complexes) la direction du futur et d'une construction identitaire vivante, dynamique, complexe et toujours en phase avec des événements supra locaux. Réduire les œuvres autochtones ou traditionnelles à leur aspect individuel permet que des violations soient commises contre leur propre substance. Cela est également vrai si nous les soumettons à des attentes réductrices purement collectivisantes, d'ancestralité ou artistiques. Il est essentiel, lors tout jugement de valeur à propos des caractéristiques des œuvres traditionnelles, d'adopter d'une attitude qui prenne en compte toute erreur de parallaxe prévisible, afin d'élucider l'aspect multi-prismatique compris dans leur manifestation, minimisant ainsi les préjugés qui finissent par les déprécier sur de multiples aspects.

Lorsque des objets sont associés à un artiste particulier, on a tendance à leur donner une plus grande valeur et il est plus facile de leur accorder une protection juridique en tant que propriété individuelle de l'artiste. Cependant, il arrive que les peuples autochtones considèrent de manière toute différente le rôle de l'individu dans l'art. Cela fait par exemple longtemps que les femmes pueblos aux États-Unis et les femmes quechuas en Equateur fabriquent et exportent des poteries caractéristiques. Dans ces deux cultures, le style de potiers s'inscrit dans un cadre traditionnel aisément reconnaissable, mais les images qu'un potier sculpte ou peint sont très individualisées. C'est pourquoi le groupe comme l'individu ont intérêt à protéger la valeur artistique et commerciale de ces produits.<sup>1</sup>

La consultation préalable des légitimes détenteurs des droits héréditaires et moraux sur les œuvres semblent être encore la méthodologie la plus adéquate face aux problématiques soulevées. Quelle est la valeur éthique ou esthétique de l'œuvre? Quelle est sa valeur historique, politique, culturelle? Quelles autres valeurs doivent participer dans la négociation? Qui est l'auteur? Qui sont les détenteurs des droits moraux sur l'œuvre? Quelles sont les principales revendications éventuellement contenues dans l'œuvre et soulevées par le(s) auteur(s)? Où doivent-elles rester? Quelle est la meilleure manière de les exposer?

---

<sup>1</sup>Alban Bensa, Idem

Malgré son aspect relativement intuitif, si nous considérons le cadre d'une relation où le respect et la reconnaissance existent, ce genre de méthodologie semble encore loin d'être la pratique courante lors du dialogue avec les auteurs et les légitimes détenteurs de droits moraux sur les « œuvres traditionnelles », du moins au Brésil.

Marx affirme encore que:

Dans le processus de production, les êtres humains ne travaillent pas seulement sur la nature, mais également les uns sur les autres. Ils entrent en connexion et dans des relations définies les uns avec les autres, et leur effective influence sur la nature fonctionne seulement à l'intérieur de ces connexions et relations sociales<sup>1</sup>.

Des artistes comme Léopold Senghor ont critiqué intensément ce genre de perspective strictement artistique, en affirmant qu'il s'agit d'une vision eurocentrique de l'art et des créations artistiques. Selon lui, dans l'esthétique noire africaine, il n'existerait pas de l'art qui ne soit pas fonctionnel. « Dans l'Afrique noire, 'l'art pour l'art' n'existe pas ».

La notion 'd'art primitif' n'apparaît pas plus crédible que celle de 'mentalité primitive' ou de 'pensée mythique'. Pourquoi sculpteurs, peintres, musiciens, Inuits, Aborigènes ou Pygmées, verraient-ils leur travail échapper à toute condition sociale et politique de production? Au nom de quelle inspiration originelle, décontextualisées, première, les créateurs de ces peuples seraient-ils protégés de toute ambition, de toute querelle d'écoles, de toute capacité d'innovation impulsée par des conflits de statuts, de segmentations sociales, des migrations forcées?<sup>2</sup>

Au Brésil, ce genre de critique à un supposé art apolitique peut être considéré une des sources inspiratrices d'un contre mouvement artistique (et qui devint le mouvement moderniste brésilien) qui s'autoproclame « mouvement anthropophage », s'appuyant sur le « Manifeste Anthropophage » du poète et agitateur culturel Oswald de Andrade. Ce mouvement à la fois satyrique, politisé et social prône la « déglutition »<sup>3</sup> de la culture de l'Autre externe (telle celle des nord-américains et de européens) et de l'Autre interne (la culture amérindienne, des afro-descendants, des euro-descendants, des descendants orientaux); il ne s'agit pas de nier la culture étrangère, mais elle ne doit pas non plus être

---

<sup>1</sup> Karl Marx *apud* Eric R. Wolf. Idem, p. 300

<sup>2</sup> Alban Bensa. Idem, p. 287

<sup>3</sup> D'où le caractère métaphorique du terme "anthropophage"

imitée ou « macaquée »<sup>1</sup> (« macaqueada », selon le néologisme créé dans le contexte du mouvement). En réponse au slogan « rassasié » de « l'art pour l'art », les modernistes brésiliens affirment:

Seule l'anthropophagie nous unit! Socialement. Economiquement. Philosophiquement. Unique loi du monde. Expression masquée de tous les individualismes, de tous les collectivismes. De toutes les religions. De tous les traités de paix<sup>2</sup>.

En effet, les critiques modernistes brésiliennes ne semblent pas non plus offrir une réponse satisfaisante à la problématique du droit indigène à leur patrimoine, dans la mesure où il s'agit d'une affirmation artistique et d'un nationalisme culturel tout aussi arbitraire en relation aux peuples autochtones que celui exercé par les premiers arrivants. Les peuples indigènes ne seront pas plus brésiliens qu'ils ont été portugais. Selon Wolf, encore une fois:

Sous l'égide des relations capitalistiques, la fiction selon laquelle la force de travail est une marchandise comme n'importe quelle autre, produite pour être vendue dans le marché du travail, crée le vecteur conceptuel du 'fétichisme de la marchandise'. Les individus sont conçus comme de vrais biens, idées, voix, et la société est comprise comme un contrat maintenu par les stratégies sociales des individus, des firmes et de groupes sociaux. Dans cette perspective, une grande partie de ce que les anthropologues ont appelé 'culture' signifie 'idéologie en production', 'rationalisation', crée pour conférer l'existence pratique de la vie quotidienne une direction imaginaire, une résolution pacifique<sup>3</sup>.

Ceci dit, comme nous avons essayé de le montrer lors de la partie préliminaire, il serait important de porter encore une fois un regard plus précis sur les multiples acceptions de la notion de 'culture' pour pouvoir faire le tri entre les situations où le terme est emprunté

---

<sup>1</sup> Pour citer le manifeste: *Anthropophagie – La transformation permanente du Tabou en Totem*. L'anthropophagie, selon Oswald de Andrade est une inversion du mythe du bon sauvage de Rousseau, qui était pur, innocent et édenique. L'indien passe à être malin, puisqu'il cannibalise l'étranger, le digère et le fait partie de sa chair. Le Brésil devient ainsi un pays cannibale. Ce point de vue est intéressant dans la mesure où il subvertit la relation colonisateur (agent actif)/ colonisé (agent passif). Le colonisé digère ici le colonisateur. En outre, ce n'est pas la culture occidentale, portugaise, européenne, blanche, celle qui occupe le Brésil, c'est l'indien qui digère tous ce qui lui arrive. Lorsqu'il assimile et absorbe les qualités des étrangers il devient plus fort et devient enfin brésilien. En effet, il s'agit d'une nécessité de définir ce qu'est la culture brésilienne, ce qui signifie se sentir brésilien et quels sont ses modes propres d'expression. Au fond le mouvement cherchait ce que Herder a défini en tant que l'âme nationale (volksgeist). Ceci dit, malgré son caractère considérablement nationaliste, selon quelques analystes il ne devrait pas être considéré xénophobe, comme le veulent d'autres, mais *xénophagique*. "Seul m'intéresse ce qui n'est pas à moi. Telle est la Loi de l'homme. La loi de l'anthropophagie."

<sup>2</sup> Oswald de Andrade. Manifesto Antropofagia. In: *Revista de Antropofagia*, Ano 1, N. 1, maio, 1928.

<sup>3</sup> Eric R. Wolf. Idem, p. 303.

vulgairement afin de décrire encore un produit exogène introduit artificiellement et qui sera commercialisé dans le marché culturel au bénéfice de tiers, ou bien s'il s'agit d'un élément représentatif d'une manifestation sociale qui émane réellement<sup>1</sup> des membres auxquels cet élément dit culturel affirme se rattacher.

### **Section 3. L'authenticité, l'exotisation et le respect de la confidentialité des informations intimes**

La problématique engendrée par l'augmentation significative du tourisme dans les régions du globe habitées par des peuples autochtones affecte également et directement la question relative à ce que nous pourrions, grossièrement, appeler d'arts du spectacle traditionnels. Il est certain que la préoccupation de l'opinion publique ainsi que celle des spécialistes se tourne de préférence vers le thème des objets, mais la question des arts du spectacle fait également partie du débat. Un bon exemple de la gravité de ce point est celui qui se réfère aux danses et les rituels traditionnels de l'Indonésie, chaque fois plus présentés à des fins purement commerciales. Par « la suite de l'engouement des touristes pour le peuple Toraja de Sulawesi, dans les années 70, les funérailles traditionnelles des Toraja seraient devenues des spectacles commerciaux dénués de toute spiritualité »<sup>2</sup>. Ce qui rend la situation d'autant plus grave c'est le fait que la curiosité et l'intérêt populaire pour ce genre de culture autochtone ont stimulé « l'incorporation d'éléments de musique et de danses traditionnelles dans des œuvres produites par des artistes-interprètes non autochtones »<sup>3</sup>. Ceux-ci possèdent très souvent les droits d'auteur sur les œuvres commercialisées en détriment des concepteurs et des légitimes héritiers culturels.

Anthony Seeger, déjà en 1991, exprime sa préoccupation devant la vente irrégulière de thèmes musicaux autochtones et traditionnels, enregistrés et commercialisés à leur insu. Depuis cette date, avec la consolidation des instruments et de la pratique de la piraterie, les

---

<sup>1</sup> Cela signifie surtout qu'il doit agir au profit des membres de la collectivité à laquelle il se relie (selon leurs critères de ce qui est profitable), plus qu'une appartenance stricte à un héritage culturel fermé, qui est à notre avis inexistant puisque toute culture est perméable par des influences externes. L'important dans cette perspective serait donc de savoir quelle est la finalité principale liée avec la décision d'emprunter le terme *culture* ou *traditionnel* dans chaque situation précise.

<sup>2</sup> Érica Irene Daes, *Idem*, p. 11.

<sup>3</sup> *Idem*.

profits de ce marché mal réglementé ont certainement connu une hausse considérable. Néanmoins, une recherche plus précise afin de découvrir quelle est l'ampleur réelle de l'affaire reste à faire. La brèche légale se trouve justement sur un point déjà évoqué: les distributeurs commerciaux des enregistrements se basent sur l'ancienneté des chants traditionnels – ce qui est ethnologiquement et juridiquement discutable – afin soutenir la thèse selon laquelle ces œuvres ne seraient plus soumises à des redevances pécuniaires. En effet, nous sommes là, à nouveau, dans une hypothèse où la difficulté principale est justement celle d'avoir accès aux moyens et aux instances adéquates pour faire face à ces problèmes. L'inaccessibilité au droit rend impossible la création de jurisprudence en faveur de la reconnaissance des apports autochtones contemporains aux chants et aux thèmes traditionnels. Par ailleurs, il arrive fréquemment que des artistes non autochtones adaptent des mélodies traditionnelles, qu'ils peuvent alors déposer comme œuvres « nouvelles » ou « originales »<sup>1</sup>. Au Brésil cette situation prend une ampleur encore plus dramatique du fait de la place marginale laissée aux peuples autochtones au milieu de l'ensemble de la culture populaire nationale et, notamment, en comparaison avec la position privilégiée et exaltée par le public, où se trouvent certains artistes de la musique populaire brésilienne qui empruntent une esthétique syncrétique afin de vendre le métissage attendu. « En dépit de la grande popularité que connaît la musique amazonienne depuis quelques années, les populations autochtones n'en ont que très rarement bénéficié sous forme de redevances »<sup>2</sup>.

Il existe cependant certaines initiatives louables d'artistes largement reconnus qui vont à contre-courant de cette tendance et qui méritent d'être soulignées en raison de leur caractère pionnier dans le sens d'une reconnaissance explicite, ponctuelle et utile, ainsi que dans l'attribution de valeur symbolique et matérielle aux contributions artistiques de peuples autochtones parallèlement responsables de la création d'œuvres de grand succès. Citons un cas qui devint emblématique au Brésil: « (...) l'album de Milton Nascimento, intitulé 'Txai', qui est inspiré de musiques traditionnelles de peuples amazoniens et dont la vente a été affectée, en vertu d'un accord conclu avec la 'União das Nações Indígenas do Brasil', à une collecte de fonds destinée à promouvoir les droits des populations autochtones »<sup>3</sup>. Certains

---

<sup>1</sup>Anthony Seeger. apud Érica Irene Daes, Idem, p. 11

<sup>2</sup>Érica-Irene Daes, Idem

<sup>3</sup> Érica-Irene Daes. Idem, p.12.

peuples autochtones brésiliens (dont les Kisêdjê/Suya<sup>1</sup>) possèdent des règles coutumières à propos de la protection des chants et de leurs thèmes musicaux absolument distinctes de celles établies dans les normes nationales. « Chez le peuple Suyá (...) le droit d'utiliser un chant appartient à la fois au compositeur et au chanteur qui le chante en public pour la première fois. En outre, l'utilisation des chants associés à des cérémonies est contrôlée par les clans »<sup>2</sup>. Ce droit coutumier, qui relève des formes propres de protection d'un patrimoine spécial et à caractère confidentiel, mériterait sans doute une analyse plus consistante.

L'accès aux connaissances sacrées est habituellement réservé à certaines personnes et organisations au sein de la communauté, qui sont soit initiés soit des membres de sociétés religieuses spéciales. Cela peut poser deux types de problèmes. D'une part, aucune personne n'est jamais au courant de tous les problèmes culturels qui peuvent exister au sein de la communauté et il est parfois nécessaire d'organiser toutes sortes de consultations avec différents groupes et avec des aînés pour arriver à savoir si un site, un objet ou un dessin ou modèle est important. D'autre part, les informations nécessaires sont parfois confidentielles et ne peuvent être entièrement révélées à un *étranger* ou même aux autres membres de la communauté<sup>3</sup>.

Actuellement, les spécialistes, les entreprises et le marché d'une façon générale sont parfaitement conscients de l'intérêt croissant porté par les consommateurs pour ce que nous pouvons nommer d'art primitifs, d'art premier, d'arts primordiaux, d'art brut, d'art naïf, de produits traditionnels, produits d'origine, produits certifiés, produit de terroirs, savoir-faire traditionnel, etc. Les entreprises qui exploitent cette opportunité de marché ont comme principal défi celui de faire transparaître dans leur marchandise un caractère original ou exotique et qui puisse être certifié de par son authenticité. Pour ce faire il existe toute une démarche et un appareil logistique qui doivent accompagner le produit lui-même. Parmi ces « arts », la danse est capable de nous fournir de bons repères afin d'appréhender de façon intéressante les différentes problématiques qui entourent la question de l'absorption de manifestations étrangères, et considérées étranges, dans un univers économique, politique et esthétique assez différents. « Bien qu'elle occasionna une réévaluation des critères esthétiques propres aux formes occidentales (...), la découverte des danses exotiques s'effectua au travers d'une perception tronquée et imaginaire de l'altérité »<sup>4</sup>. En raison, d'une part de la stratégie de

---

<sup>1</sup> Seul peuple du tronc linguistique Jê à habiter le Parc Indigène du Xingu.

<sup>2</sup>Idem

<sup>3</sup>Idem, p. 13.

<sup>4</sup> Anne Decoret-Ahiha. "L'exotique, l'ethnique et l'authentique". *Civilisations*  
<http://civilisations.revues.org/index600.html>.

marketing utilisée par les producteurs de spectacles et d'autre part des idées préconçues très présentes dans l'imaginaire populaire, le public est très souvent amené à croire qu'en assistant à un spectacle de danse exotique, il sera en mesure de découvrir d'authentiques traditions des peuples (« primitifs ») lointains. Il s'agit en effet d'une configuration qui repose sur le principe du « faux authentique ». Selon David Brown, l'idée est basée sur la formule suivante: « bien que tout soit faux, le sentiment d'authenticité s'impose parce que le dispositif touristique éveille des émotions profondes et authentiques »<sup>1</sup>. En effet, que ce soit un vin, un cidre, du boudin, une danse ou un chant, le spectacle associé au discours, contribuera beaucoup à marquer les produits du « caractère authentique », si cher aux yeux du marché. La clientèle de produits traditionnels ou exotiques ne cherche « pas seulement de l'art, mais un art vecteur de tradition et d'aboriginalité »<sup>2</sup>.

Selon Daes, qui se fonde sur un rapport de 1998 intitulé *Aboriginal Arts and Craft Industry*, du Département des affaires aborigènes australien, le marché d'objets d'art aborigène serait de l'ordre de 12,5 millions de Dollars (EUA), faisant travailler environ 5000 artisans autochtones natifs. Ces chiffres ont certainement connu une hausse considérable depuis ce rapport. Il serait également intéressant de se demander quel pourcentage du commerce mondial de produits fabriqués par des peuples autochtones est effectivement représenté par ces chiffres. Toutefois, ce qui est certain c'est que cette variété de commerce d'arts exotiques est dominée par de grands importateurs ou producteurs de spectacles spécialisés chacun dans leur catégorie. Ils revendent les objets artisanaux ou les spectacles ethniques à un prix beaucoup plus élevé que celui qu'ils payent aux artistes, aux artisans et aux interprètes. D'autre part, certaines organisations, souvent non gouvernementales, se dédient également au commerce de produits des peuples autochtones, sauf qu'ici, c'est avec le but de financer leur développement. Dans ce dernier cas des sommes plus avantageuses sont payées aux producteurs autochtones, mais subsiste le problème qui fait que, selon les estimations, leurs ventes ne représenteraient que 10% du commerce total de produits autochtones. Il ne faut pas oublier non plus que les contrefaçons, les imitations et les fraudes en tout genre engendrent encore des déficits monétaires et moraux pour ces peuples, influençant d'autre part un commerce et une stratégie de marketing qui tente d'endogénéiser,

---

<sup>1</sup> David Brown apud Anne Decoret-Ahiha. Idem, p. 13.

<sup>2</sup> F.Sequestra. «La Peinture Moderne Aborigène: une Peinture Authentique?» In J. P. Warnier. *Le Paradoxe de la Marchandise Authentique. Imaginaire et Consommation de Masse*. Paris. L'Harmattan, 1994, p. 99-118.



c'est-à-dire, d'inculquer chez le consommateur un concept perceptuel<sup>1</sup> de l'authenticité. S'il s'agit de commercialiser des créations traditionnelles authentiques, la tâche principale devient donc celle de vendre un produit qui puisse être perçu comme authentique. En effet, l'authenticité *stricto sensu* (en tant que valeur transcendante de pureté et de tradition) est une catégorie discutable, sinon inexistante. Cet objet authentique *stricto sensu* est de difficile appréciation en de nombreux aspects. Entre autres choses, les créations esthétiques contemporaines peuvent parfaitement être authentiques aux yeux du spécialiste avisé, mais la plupart du temps ce ne sont pas celles-ci que le consommateur commun à tendance à rechercher. Comme nous l'avons déjà dit, le client de produits traditionnels cherche généralement un objet qui le transpose vers un passé mythique et nostalgique.

Mais l'authenticité vendue n'est pas obligatoirement l'authenticité vraie. En effet, les objets purement authentiques se font rares voire inexistants sur le marché. Seules les régions inexplorées, ou tout au moins inexploitées, peuvent prétendre à ce caractère absolu. D'où la nécessité de s'attarder à l'authenticité perçue et plus particulièrement à ses antécédents. Le paradoxe de la marchandise authentique révélant que *stricto sensu* l'objet authentique est inestimable et n'est donc pas à vendre, il apparaît judicieux de connaître les variables liées à l'achat et susceptibles de conférer de l'authenticité aux produits<sup>2</sup>.

Face à cette demande et à cette pression grandissantes, « les peuples autochtones doivent être en mesure d'interpréter leur propre culture, de défendre son intégrité et, s'ils le désirent, d'obtenir une indemnisation juste et équitable en cas d'utilisation de leurs manifestations culturelles par les autres ».<sup>3</sup> Le fait de connaître les mécanismes qui influencent la décision et le goût du consommateur de produits exotiques peut certainement jouer un rôle décisif afin de permettre aux peuples autochtones et leurs organisation de participer de façon active dans ce domaine, que ce soit pour le rejet soutenu et consistant de cette forme de mystification ou pour son appropriation consciente en profit propre. La perception claire des facteurs agissant sur l'authenticité perçue représente donc un outil indispensable. Outre le point de vente, l'emballage, l'origine géographique et les étiquettes, il existe une grande variété d'éléments décrits par les spécialistes travaillant sur l'authenticité

---

<sup>1</sup> Qui privilégie la perception par rapport à l'abstraction.

<sup>2</sup> Sandra Camus. *L'authenticité marchande perçue et la persuasion de la communication par l'authentification: une application au domaine alimentaire*. Thèse de Doctorat en Science de Gestion. Université de Bourgogne. Dijon. France. 2003. I.A.E. de Dijon. Actes du 2ème Congrès sur les Tendances (marketing-trends-congress.com.), p. 5

<sup>3</sup> Erica-Irene Daes. Idem, p.8

perçue par les consommateurs. La labellisation est un phénomène qui ne cesse de s'accroître dans les plus diverses régions. A l'exemple des articles « Conditionnés en France » ou « Produit en Normandie » il est déjà possible de repérer certains labels d'authenticité attestant des savoir-faire originaires de l'Amazonie ainsi que d'autres terroirs autochtones de pays sans une large tradition dans l'attribution de certifications. Les certifications d'agriculture biologique du marché traditionnel Ver-o-Peso<sup>1</sup> à Belém do Pará sont un bon exemple, ainsi que le « Aboriginal Arts Management Association » (AAMA) qui a mis au point un programme d'étiquetage afin de garantir l'authenticité des produits comportant les motifs des peuples autochtones australiens. Ce genre d'initiative peut permettre, entre autres, aux artisans et aux producteurs locaux, dans les plus diverses questions relatives au droit d'auteur, d'engager des poursuites en cas de violations.

La plupart des questions présentés dans cette première partie de la recherche révèlent de nombreuses incompatibilités conceptuelles ainsi que des difficultés pratiques liées à l'application des mécanismes juridiques de la propriété intellectuelle dans la protection des connaissances traditionnelles des peuples indigènes. Rendre visible ces difficultés nous semble une démarche nécessaire afin de promouvoir un dialogue plus proche entre ces deux univers.

Faire mention brièvement à certaines visions des peuples indigènes à propos de leur patrimoine culturel, peut aider à penser certains aspects de ce dialogue. À l'extrême opposé des conservationnistes, les Apanyekrá par exemple considèrent que leur culture a pris forme en s'appropriant certains traits des animaux, des figures mythiques, des ennemis indigènes ou des « kupen » (blancs). C'est ainsi que le feu et donc l'acte de cuisiner a été pris par un jeune au Jaguar ; le maïs et donc l'agriculture a été apporté par Katxêkwoi (femme-étoile), qui est descendu du ciel et les a instruit la façon de cueillir les fruits et cultiver les champs. Les Kisêdje racontent qu'à un certain moment du parcours de leur peuple ils ont rencontré un groupe qui leur ressemblait beaucoup, et qui utilisait des disques labiaux et des scarifications corporelles ; mais ils étaient anthropophages. Ils ont incorporé leurs coutumes. Les chants, à

---

<sup>1</sup> Ce marché, qui existe depuis plus de 380 ans, se situe aux marges de la baie du Guarajá. L'ensemble du marché est protégé par l'IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) depuis 1997. Il est connu pour sa grande production de produits médicinaux, cosmétiques, ainsi que pour sa variété de fruits, poissons et d'autres produits agricoles de la région amazonienne.

leur tour, ont été appris des ennemis mythiques et des indiens Kisêdje qui se métamorphosaient en biche ou en porc sauvage.

L'idée que les Apanyekrá et les Kisêdje se font d'eux-mêmes est donc celle d'une société formée à travers l'appropriation sélective de ce qui était bon et beau chez les autres êtres ou peuples. Cette conception de l'appropriation et de la possession des biens culturels se rapproche significativement de certains aspects qui ont été mentionnés dans la partie préliminaire de cette recherche, notamment à propos de la culture dans les sociétés traditionnelles de Mélanésie et tant d'autres sociétés amazoniennes. Les traits culturels des autres, même (ou surtout) lorsqu'il s'agit de non humains, appropriés par ces sociétés font partie d'un large éventail de biens en circulation sur de vastes circuits d'échange. Ceci dit, les relations d'échange, que ce soient de biens tangibles ou intangibles, sont souvent beaucoup plus forts et pratiqués avec plus de régularité que celles liées à l'exclusivité de l'usage. Dans une certaine mesure, cette perspective pourrait permettre d'annoncer des ressemblances entre la conception du patrimoine culturel et des connaissances des sociétés dites « traditionnelles » et les « modernes ». L'appropriation de la culture de « l'autre », appelée d'« anthropophagie » par Oswald de Andrade, pourrait donc être vue comme une caractéristique commune de nombreuses sociétés humaines. Dans ce cas, on pourrait penser que la différence entre la manière « occidentale » et la manière « traditionnelle » de traiter le patrimoine culturel de l'autre, n'est pas tant un problème d'ordre ontologique – comme le prétendent certains conservationnistes –, mais avant tout une question qui demande des solutions juridiques basées sur l'éthique et sur la négociation entre les parties en vue d'un contrat (accord) équilibré.

Les conservationnistes semblent considérer cette négociation une affaire impossible puisqu'ils partent du présupposé d'une altérité radicale entre les sociétés traditionnelles et les sociétés occidentales, comme s'il existait entre elles un obstacle cognitif insurmontable. A l'opposé de ce que nous avons essayé de souligner dans la partie préliminaire de ce travail, où la culture et l'identité sont pensées plus comme des notions relationnelles que comme des entités substantielles, les conservationnistes préfèrent justement les définir à partir de l'idée d'altérité, ancrée sur une supposée rupture ontologique entre « Nous » et les « Autres », fermant la porte à toute possibilité de négociations et de convergence.

Au contraire, à la place de la notion d'« altérité », Jean Bazin<sup>1</sup> propose celle de « différence » qui ne découle d'aucune forme d'une essence culturelle, dans la mesure où la culture et l'identité sont dynamiques et négociées – jamais prédéfinies, pas plus que leur

futur. La « différence » est surtout situationnelle et découle – pour ce qui est des sociétés autochtones – des déséquilibres dans les relations historiques nouées avec les sociétés « occidentales ». Mais, dans cette même perspective, ce déséquilibre dans les relations historiques et économiques est justement oublié par d'autres qui, au contraire des conservationnistes, prétendent qu'il n'existe aucun besoin d'adaptation des normes en vigueur pour la protection des savoirs traditionnelles. Dans ce dernier cas, le postulat soutenu – et qui, à notre avis, est tout aussi erroné – est celui de l'équivalence totale entre peuples indigènes et non-indigènes. Pour les conservationnistes – ceux qui croient au mythe du 'bon sauvage' - l'idée d'altérité radicale, contenue dans leur discours, ferme la porte à toute négociation, alors que les pratiques sociales des divers peuples indigènes, comme nous le voyons dans le cas des Apanyekrá, montre justement l'inverse. Il existe dans la pratique de divers espaces ouverts à la négociation du patrimoine, de biens tangibles et intangibles.

Si nous voulons réfléchir sur des solutions pour la protection des savoirs traditionnels, en aucun moment nous devons imaginer que ces peuples, par des raisons purement cognitives, s'opposent complètement à participer aux régimes déjà existants. En réalité, ces peuples sont tout à fait conscients que du point de vue juridique et économique, ils sont franchement en désavantage, et ce qu'ils revendiquent donc, ce ne sont pas des règles qui empêchent la négociation, mais au contraire, des instruments capables d'assurer un réel équilibre et respect dans les relations, ainsi que des mesures de réparation pour les mauvais traitements et dommages soufferts au cours de l'histoire.

Par la suite, nous allons nous dédier à la discussion et à la problématisation de certains chemins possibles dans cette voie.



## **DEUXIÈME PARTIE**

# **VERS LA CRÉATION DE RÉGIMES LÉGAUX DE PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES**

---

Le problème n'est pas de bien expliquer, ou d'expliquer mieux, ou d'expliquer de la meilleure façon possible, ou d'être honnête avec les populations traditionnelles ou avec les peuples indigènes concernés par la question. Le problème ne repose pas sur les populations traditionnelles, sur l'inadéquation de leur culture et de leurs connaissances en relation à cette matrice technoscientifique et le cadrage légal qui en découle. Le problème n'est pas du côté des indiens. Le problème se trouve de notre côté, c'est-à-dire, dans notre incapacité de reconnaître la valeur de cette différence culturelle non seulement pour eux mais pour nous-mêmes<sup>1</sup>.

Cette deuxième partie cherchera à apporter quelques contributions plus concrètes, pragmatiques et déjà en discussion dans le droit positif de certains pays ainsi que dans le droit international. L'intention est de susciter une réflexion mais aussi de diffuser des solutions légales et des stratégies politiques efficaces et effectives pour la garantie et la promotion des expressions et des droits intellectuels indigènes.

Contrairement à la première partie, où le but a été de contextualiser le sujet dans un cadre juridique, théorique et critique, la tâche principale à présent est d'élucider les principaux défis contemporains pour une protection plausible et respectueuse du patrimoine intellectuel des peuples autochtones, analysant surtout le cas de ceux qui sont au Brésil. Cet objectif central n'exclut évidemment pas un réexamen des questions théoriques abordées dans la première partie, ni de la méthodologie qui consiste à faire l'analyse des discours apparents ou implicites, ce qui peut servir à révéler d'éventuelles disparités de force et la place du pouvoir politique et économique dans ce débat. Cela sera fait ici de préférence à la lumière des obstacles actuels et d'éventuelles solutions expérimentées. Toute solution pour une situation spécifique sera certainement susceptible de critiques dans un autre contexte social ou politique, d'où l'importance d'un renforcement de la méthodologie de l'analyse du discours.

---

<sup>1</sup> Laymert Garcia. "Alternatives de Protection des Connaissances Traditionnelles" (Séminaire). In: André Lima, Nurit Bensusan (org.) *Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003 - Série Documentos do ISA, N. 8, p. 96

La quête de réponses qui tendent à des généralisations n'est aucunement un des objectifs de la recherche. Cette prétention, comme il a déjà été dit, serait certainement chimérique face à la diversité des peuples et des situations sociopolitiques rencontrées<sup>1</sup>.

Soulignons encore qu'il est inconcevable, voir anti éthique, d'imaginer la construction de débats conceptuels, l'articulation de manœuvres politiques, la formulation de lois, le dessin d'agendas politiques et le développement de politiques publiques ou de politiques indigénistes sans une participation active des agents concernés par ces décisions. Ce compromis éthique doit se conforter progressivement avec la reconnaissance des irrégularités commises contre les droits indigènes dans le passé récent et qui ont des conséquences visibles dans la vie de ces peuples jusqu'à nos jours. Reconnaître d'une part qu'il s'agit souvent de peuples et populations culturellement, politiquement et économiquement vulnérables, et d'autre part que nous avons affaire à de multiples sociétés avec des revendications distinctes et spécifiques, signifie que la seule façon de trouver des solutions respectueuses de leurs problèmes est de les traiter au cas par cas, de façon individualisée et sans la prétention de chercher des réponses universelles applicables à toutes les réalités. Le but doit être de doter notre système juridique d'une souplesse et adaptabilité jusqu'à présent médiocres, afin qu'il puisse admettre le dialogue avec d'autres systèmes juridiques contemporains parallèles. La quête d'un système juridique universel (qu'il soit *sui generis* ou autre) opposable à une gamme énorme d'univers sociaux juxtaposés semble être une illusion, ou encore une politique qui pourrait être considéré illégitime du point de vue des peuples autochtones. Le défi est d'écouter et de comprendre les attentes et les revendications spécifiques des divers systèmes librement déterminés et de savoir repérer les voies utiles au dialogue et au respect réciproques. Renoncer à imposer des solutions extérieures au système avec lequel se réalise le dialogue, c'est admettre que ces systèmes juridiques autochtones et traditionnels indiquent une souveraineté ou une juridiction autonome et juxtaposée à celle des Etats nations qui les entourent. Dans cette perspective, il ne s'agit plus de trouver les moyens pour insérer et encadrer ces réalités spécifiques dans notre système juridique et de valeurs, mais de trouver

---

<sup>1</sup> Marie-Angèle Hermitte donne cet exemple de la diversité des situations trouvées: "Un autre défi surgit avec l'apparition des communautés autochtones et locales. Outre la revendication du droit d'être associé à la permission pour autoriser la collecte, ils revendiquent aussi le droit de choisir entre la gratuité et la rémunération<sup>1</sup> ou encore entre les différentes formes de rémunération qui ne sont pas obligatoirement d'ordre monétaire." Marie-Angèle Hermitte. "O acesso aos recursos biológicos: Panorama geral". In: Ana Flávia Barros Platiau; Marcello Dias Varela (org.). *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004 – Coleção Direito Ambiental, 2. p. 9.

les moyens pour que notre système puisse admettre leur pertinence indépendante et écouter quelles en sont les revendications ainsi que les solutions proposées. En faisant le contraire - c'est-à-dire en cherchant à créer un système « parfait » qui puisse gérer convenablement le « droit des peuples autochtones »<sup>1</sup> - ces Etats nations continueront sur l'ancienne voie: celle qui affirme que les populations autochtones représentent un obstacle au développement économique de la nation, justifiant ainsi une politique qui cherche à les intégrer ou les diluer dans le corps social hégémonique.

C'est donc dans cette optique, c'est-à-dire dans le respect de la diversité des peuples, de la multiplicité des situations concrètes ainsi que des revendications spécifiques, que nous essayerons par la suite de présenter quelques réflexions qui puissent enrichir le débat à propos du thème soulevé.

---

<sup>1</sup> Dans ce cas ce ne seront certainement plus des droits indigènes, mais des droits "métropolitains" qui affectent la vie des peuples indigènes.





## **TITRE I - L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle face aux besoins et aux revendications des peuples autochtones.**

Depuis les réflexions pionnières du Groupe de Travail sur les Populations Autochtones (GTPA) de l'ONU et les débats tenus suite à la Convention de Rio-1992, il existe une réelle inquiétude autour de la pertinence de l'élaboration de règles spécifiques en matière de propriété intellectuelle capables de bien exprimer les relations singulières existantes entre les communautés traditionnelles et leur environnement, leurs ressources, leurs connaissances et leurs biens. Malgré les doutes à propos de la réelle volonté politique pour une telle œuvre légale, il est possible d'observer des progrès dans les débats, c'est à dire un certain consensus conceptuel en ce qui concerne le contenu et la nature de ces droits. Les droits des peuples indigènes et des populations traditionnelles seraient donc des droits originaires, basés sur une relation de proximité, presque de dépendance réciproque entre les hommes et les ressources biologiques de leur environnement. Il s'agirait en quelque sorte d'un effort de conservation des ressources sauvages, de connaissance de leurs propriétés médicinales, d'innovation des ressources domestiques (et domestiquées) et de respect envers les propriétés sacrées des biens culturels. La confirmation d'une telle « réalité » et l'adoption de cette perspective ont sans doute des conséquences juridiques non négligeables. Afin de protéger les savoirs traditionnels, en tant qu'œuvres effectivement accomplies, il faudrait donc admettre qu'ils exigent la reconnaissance de leurs droits de nature collective, originaire, qu'il s'agit souvent de biens inaliénables, hérités des ancêtres et sur lesquels reposent des droits imprescriptibles appartenant également aux futures générations. Toutes ces caractéristiques démontreraient qu'il existe un grand écart entre le système envisagé par la plupart des peuples indigènes et le système de DPI en vigueur. Doit-on, néanmoins, relativiser ou questionner encore certains de ces aspects ou certaines de ces idées. Ces perspectives sont-elles réellement vérifiables dans les termes qui commencent à se poser ? Ou bien mettent-elles en avant encore une fois le même sens commun ? A qui appartiennent-elles et qui représentent-elles réellement ? En d'autres termes, cette vision signifie-t-elle effectivement une rupture avec les anciens paradigmes déjà connus ?

L'objectif fondamental du chapitre qui suit est d'éclaircir les principaux points qui configurent ces inadaptations (titularité individuelle ou collective; originalité; durée de protection; etc.) tout en s'interrogeant sur la pertinence des démarches qui se construisent à partir de là.

## **Chapitre. 1 - Des auteurs pluriels et une titularité incertaine**

### **Section 1. La logique tribale ou communautaire de la propriété et les perspectives collectivisantes**

A partir des années 1970 – d’abord avec la création d’organisations non-gouvernementales indigénistes (ONG), ensuite sous l’autorité des organismes internationaux<sup>1</sup> (Groupe de Travail sur les Populations Autochtones - GTPA et le Forum Permanent des Peuples Autochtones - UNPFII<sup>2</sup>) et finalement avec des représentations autochtones indépendantes – les peuples indigènes commencent à être reconnus et écoutés comme des acteurs et des interlocuteurs politiques chaque fois plus forts. Toutes ces coalitions ont participé d’une certaine façon à des résolutions, des recommandations, des déclarations et des lois à propos des droits culturels et intellectuels indigènes. Ces discussions et déterminations ont touché tout d’abord aux questions relatives aux droits culturels sur les arts/artisanats, sur les motifs graphiques et sur les objets archéologiques.<sup>3</sup> Cette étape peut être illustrée par les rapports des organismes de l’ONU, tels l’OMPI et l’UNESCO jusqu’à la fin des années 1980, considérés jusqu’alors comme protecteurs du folklore dans un découpage juridique proche de celui des droits d’auteurs. Ce n’est qu’à partir des travaux qui ont abouti à la Convention sur la Diversité Biologique, c’est-à-dire, à partir des années 1990, qu’apparaissent avec plus de vigueur sur la scène internationale des discussions et des revendications plus larges touchant aux droits intellectuels sur les savoirs, les expressions et les ressources biologiques dites traditionnelles. Des situations et des revendications ponctuelles ont toujours existé, mais « c’est à partir de la CDB que l’on appose les droits de propriété intellectuelle aux savoirs et au patrimoine indigènes »<sup>4</sup>, de façon permanente et organisée sur des agendas politiques plus précis.

Ces précisions chronologiques sont importantes pour confirmer que c’est à partir de ces débats que commencent à proliférer les constructions théoriques selon lesquelles les peuples indigènes et certaines populations traditionnelles ne percevaient pas leur relation avec le

---

<sup>1</sup> L’ONU lance à partir de 1994 la décennie des Peuples Indigènes.

<sup>2</sup> En anglais UN Permanent Forum on Indigenous Issues et en français Instance Permanente sur les Questions Autochtones des Nations Unies.

<sup>3</sup> Tous ce qui englobe la culture matérielle d’une façon générale.

<sup>4</sup> Manuela Carneiro da Cunha. *Cultura com aspás e outros ensaios*. São Paulo: Cosacnaify, 2009, p. 326

patrimoine du point de vue de la propriété occidentale, ce qui est vraisemblablement exact dans une série de conditions. Selon ces communautés, le patrimoine matériel et immatériel ne correspondrait pas tout à fait à des biens, des produits, des objets, des informations et des connaissances dont les individus seraient les propriétaires exclusifs et dont ils pourraient tout simplement retirer des avantages économiques. Comme il a déjà été signalé, la posture face à ce patrimoine doit, généralement, obéir au point de vue de la communauté et à une éthique de responsabilité individuelle. Selon certains spécialistes il serait plus opportun de faire référence au « patrimoine collectif » de peuples autochtones au lieu de vouloir faire allusion à des « biens culturels » ou à une « propriété intellectuelle ». Selon Manuela Carneiro da Cunha il serait plus simple et lucide de parler de « droits intellectuels »<sup>1</sup>, tout simplement. Lorsqu'il s'agit de protéger les connaissances traditionnelles, cette mise en question de la nomenclature juridique classique peut avoir plusieurs justifications. Certains affirment « qu'assurément, les peuples autochtones ne considèrent pas leur patrimoine du point de vue de la 'propriété' – en d'autres termes, comme un bien dont ils sont propriétaires et qui est utilisé pour en tirer des avantages économiques »<sup>2</sup>.

Par ailleurs, il existe un autre problème, associé à celui-là, mais qui le dépasse certainement. La première critique se base essentiellement sur le sens ou la connotation du concept de propriété emprunté au droit occidental, puisqu'il serait inapproprié selon les règles des peuples indigènes. La deuxième critique cherche notamment à établir les fondements de sa problématisation sur l'aspect collectif des droits indigènes, en opposition à la propriété individuelle sur laquelle est fondée la propriété intellectuelle classique. Les populations traditionnelles et autochtones auraient donc un régime de propriété commune ou collective pour gérer leurs ressources, leurs connaissances, leurs créations et leurs richesses. Selon cette vision, le terme qui est mis en cause est surtout celui de propriété individuelle, puisque pour bien cerner la spécificité des peuples autochtones il faudrait avoir en tête que « le patrimoine est habituellement un droit communautaire lié à une famille, un clan, une tribu ou un autre groupe apparenté. Seul le groupe tout entier peut consentir à son partage, par des procédures de prise de décision spécifiques »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Erica-Irene Daes, 1997, Idem, p 4

<sup>3</sup> Idem

Marcello Dias Varella affirme à son tour que malgré les demandes insistantes des populations indigènes pour de nouveaux droits de propriété intellectuelle – capables de protéger leurs connaissances et leurs expressions artistiques et culturelles – cela ne serait pas possible dans les limites de l’actuel cadre normatif international. Selon l’auteur, il serait:

Difficile d’opérationnaliser les caractéristiques de ces droits, parce qu’ils sont collectifs (non individuels et non exclusifs). (...) L’actuelle structure juridique internationale est inappropriée pour garantir des droits collectifs et exige l’identification d’une entité légale spécifique titulaire des droits: un individu, une firme etc. Le droit ne peut pas être attribué à une communauté vaguement définie, ou à des groupes transgénérationnels<sup>1</sup>.

Une grande partie des spécialistes indigènes et indigénistes affirme que les connaissances traditionnelles font partie intégrante d’un patrimoine collectif qui est intimement lié à la notion de territoire, représentant un concept complexe que la notion occidentale de protection proposée par la propriété intellectuelle serait incapable de couvrir. Les connaissances collectives échapperaient à la logique individualiste occidentale et exigent donc le développement de systèmes qui soient en harmonie avec les traditions et les coutumes collectives indigènes. De ce fait, il serait « indispensable d’établir des principes, des critères et des mécanismes spécifiques pour la protection adéquate du savoir traditionnel collectif »<sup>2</sup>.

Selon certaines autorités indigènes, dont Lorenzo Muelas Hurtado, un système *sui generis* de droits collectifs de propriété intellectuelle doit être établi dans l’ordre légal international des droits de propriété intellectuelle. Selon Hurtado, ce système devrait reconnaître et protéger les droits qui renvoient aux communautés indigènes sur leurs connaissances, leurs innovations et leurs pratiques développées selon un processus de conservation et d’amélioration de la biodiversité, dans lesquels il est impossible d’identifier un individu comme auteur ou réalisateur direct<sup>3</sup>. Les droits de propriété intellectuelle entreraient là en conflit direct avec les « droits collectifs » des peuples puisque la plupart des connaissances, notamment sur la biodiversité, sont développées collectivement. L’auteur

---

<sup>1</sup> Marcelo Dias Varella. “Tipologia de Normas sobre Controle do Acesso aos Recursos Genéticos”. In: Ana Flávia Barros Platiau et Marcello Dias Varella (org.). *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004 – Coleção Direito Ambiental - 2, p. 126/127

<sup>2</sup> Lorenzo Muelas Hurtado. Sénateur indigène colombien en conférence à Madrid en novembre 1997. “El conocimiento tradicional”. In: Annie Oehlerich de Zurita, Ibis Dinamarca (org.) *Ni robo ni limosna. Los Pueblos Indígenas y la Propiedad Intelectual*. Santa Cruz: CEJIS, CABI, CIDOB, 1999. p. 28

<sup>3</sup> Idem, p. 29

affirme que « les connaissances appartiennent à tous ceux qui font partie de la communauté et que personne n'a le droit de vendre quelque chose individuellement, puisque c'est une propriété de tous »<sup>1</sup>.

Ces perspectives sont certainement valables dans la mesure où elles démontrent un écart entre le système actuel de propriété intellectuelle et la vision très variée et très variable des populations autochtones à propos de leurs connaissances. Néanmoins, il est nécessaire de nuancer ces propos afin d'éviter encore une fois des approches en quelque sorte intuitives, généralisantes, et qui pour cela risquent de réitérer les mêmes partis pris généralement constatés lorsqu'il s'agit de parler de droits des populations traditionnelles et des peuples autochtones. Ce sont en somme des maladresses qui tendent encore une fois à appliquer des catégories statiques exogènes dans des systèmes très spécifiques et dynamiques. Cela veut dire qu'affirmer tout simplement que les connaissances traditionnelles autochtones sont dépourvues de protection légale parce qu'elles sont invariablement collectives et ancestrales, tandis que le système en vigueur ne protège que les œuvres individuelles et nouvelles, représente également une conclusion réductrice face à la dimension de l'univers dont on parle. D'une part, les connaissances traditionnelles ne sont pas contraintes à représenter l'envers de ce que sont les connaissances occidentales. D'autre part, même s'il s'agit de connaissances distinctes, cela ne veut pas toujours dire que les détenteurs des connaissances classées comme traditionnelles – comme tout autre secteur de la société – n'ont pas l'intention, ou ne sont pas autorisés, de profiter des prérogatives légales de DPI en vigueur. Par ailleurs, et c'est là le principal point, il existe une myriade beaucoup plus vaste de conceptions et de catégorisations à propos de ce que nous appelons ici œuvres intellectuelles, propriété, biens ou patrimoine, et qui ne peuvent pas être résumées par les simples binômes individuel ou collectif, ancestral ou nouveau.

Selon Manuela Carneiro da Cunha, il est possible d'identifier dans les propos de certains spécialistes des droits intellectuels des peuples autochtones ainsi que dans quelques documents internationaux qui abordent le thème, « la marque de l'influence et de l'imagination des idées métropolitaines dominantes ». Elle affirme que cette influence se concrétise de deux différentes façons qui sont en quelque sorte contradictoires. D'un côté elle souligne les récentes revendications et les acquis de certains mouvements indigènes

---

<sup>1</sup> Idem

contemporains, posés cependant dans les « termes d'un langage de droits dominants »<sup>1</sup>. Malgré cela, ils atteignent bien leur but qui est d'être la reconnaissance et la conquête de droits. Cette posture assez récente des indigènes et de leurs représentants – qui pourrait être désignée par « stratégie indigène » – insère dans le débat un discours qui prétend marquer la place, « la spécificité et la différence du savoir traditionnel ». Ce serait exactement le moment où se dévoile le deuxième aspect d'une domination marquée par l'application de concepts dits « métropolitains ». Lorsque nous faisons référence au « savoir traditionnel », et principalement son utilisation au singulier, il existerait là une idée ou une conséquence liée à ce choix terminologique. Cette terminologie induit à admettre « qu'un seul régime juridique puisse représenter une myriade de régimes historiques et sociaux de connaissances traditionnelles distincts »<sup>2</sup>. Selon l'auteur, ces idées créent une unité pour les connaissances traditionnelles dans un modèle similaire à celui qui a historiquement et socialement opéré l'unification des connaissances scientifiques. C'est « l'imagination métropolitaine » en œuvre à travers les modes selon lesquels les peuples traditionnels sont amenés à représenter leur savoir et les droits qui peuvent y être associés. Il n'est pas très difficile de s'apercevoir comment certains secteurs s'imaginent les connaissances indigènes. Carneiro da Cunha affirme encore qu'il s'agit d'une formulation assez simple, selon laquelle: « les connaissances indigènes sont conceptualisées comme l'envers des idées dominantes. Ceci dit, les peuples indigènes semblent être inextricablement condamnés à incarner le revers des dogmes individualistes et de possession du capitalisme »<sup>3</sup>.

En accord avec certaines idées qui furent déjà mises en évidence par des auteurs comme Benoît de L'Estoile<sup>4</sup>, André Langaney<sup>5</sup> ou Serge Latouche<sup>6</sup>, les Indigènes seraient en effet « obligés à porter le fardeau de l'imagination de l'Occident s'ils veulent être écoutés ». Ces auteurs réaffirment la notion de colonisation de l'imaginaire et les dangers de l'exotisation simpliste des peuples indigènes. Selon ce point de vue, lorsque les peuples indigènes « vivent dans un monde de propriété intellectuelle, ils ont peu de chance de libérer de ce monde leur propre imagination. Les concepts ne changent pas réellement, de sorte que

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha, 2009, *Idem*, p. 327

<sup>2</sup> *Idem*, p. 328

<sup>3</sup> *Idem*

<sup>4</sup> Benoît de L'Estoile, 2007, *Idem*

<sup>5</sup> André Langaney. « Collection humaines et sciences inhumaines: échantillons et reliques ». In: Nicolas Bancel et al. *Zoos Humains. Au temps de exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 374-380

<sup>6</sup> Serge Latouche. *L'occidentalisation du monde*. Paris: La Découverte, 2005

l'imagination indigène reste limitée à la réversion de choix ou à l'inversion d'agents »<sup>1</sup>. En fait, il n'est pas question de créer de nouveaux concepts, il s'agit juste de faire de nouveaux choix et de nouveaux cadrages pour les mêmes représentations, faisant en sorte que les indigènes jouent le rôle de nouveaux protagonistes sans l'être effectivement.

Dans l'imaginaire occidental, les concepts et les régimes de connaissance traditionnelle restent attachés à un certain terrain conceptuel courant et assez commode. La logique de catégorisation usuelle du savoir traditionnel fonctionne de manière que « la négation de l'individuel soit toujours le collectif. Le raisonnement est le suivant: en opposition avec notre auteur individuel, la culture et leur savoir doivent certainement avoir un auteur collectif »!<sup>2</sup> La société industrielle occidentale ne serait donc capable de raisonner qu'en termes de constructions ou contributions intellectuelles « endogènes », qu'elles soient originaires du génie individuel ou le fruit du génie collectif d'une société traditionnelle. C'est ce que Carneiro da Cunha appelle la « vision dominante dans les sociétés industrielles à propos du savoir traditionnel ».

Une autre vision dénoncée est celle qui attribue aux peuples indigènes un rôle idéologique qui les place en symboles d'un courant critique qui veut affirmer les aspects négatifs de la propriété et de l'accumulation de capital. Dans cette perspective imaginaire, les peuples indigènes ne connaîtraient aucune notion de propriété, de propriété intellectuelle et seraient le symbole et les défenseurs d'un mouvement en faveur de la libre circulation des connaissances et des informations. Les peuples indigènes seraient là des vedettes et « des paladins des mouvements contre l'OMC (...), érigés en exemple pour le reste du monde et exhibés comme antidote contre la convoitise »<sup>3</sup>. En fin de comptes, dans ce genre de perspectives plus ou moins « imaginatives » il ne resterait aux peuples indigènes qu'une option entre la propriété intellectuelle collective et le régime du domaine public.

Face à ces dilemmes, Carneiro da Cunha pose une série de questions qui, nonobstant leurs aspects non conclusifs, doivent être prises en compte dans les futures discussions à propos de la protection et la promotion des expressions culturelles traditionnelles et indigènes : est-il possible de penser à des droits intellectuels autres que ceux que nous avons connus au long des trois derniers siècles? Est-il possible d'entrevoir un système qui ne soit

---

<sup>1</sup> Manuela Carneiro da Cunha. 2009, Idem

<sup>2</sup> Idem, p. 329

<sup>3</sup> Idem



pas dicté par une logique binaire (« booléenne ») où le choix ne va pas au-delà du « oui ou non » ?

Ces alternatives trop limitées font que les peuples indigènes se voient obligés à s'ajuster dans des « lits de Procuste » et seraient à l'origine du choix pragmatique préférentiellement adopté ou revendiqué par eux jusqu'à présent: des droits intellectuels de propriété collective. La stratégie indigène se réaffirme dans ces limites. Il existerait, néanmoins, une gamme beaucoup plus vaste de régimes pour les connaissances et la culture. Selon Carneiro da Cunha, il suffirait de prendre l'ethnographie un peu plus au sérieux pour le découvrir. Cependant, « afin d'atteindre leurs objectifs, les peuples indigènes doivent se conformer aux attentes dominantes au lieu de les contester. Ils doivent opérer avec les connaissances et la culture tels qu'ils sont compris par d'autres peuples, et affronter les contradictions que cela peut engendrer »<sup>1</sup>.

Cette analyse critique de l'anthropologie contemporaine démontre que le travail qui consiste à chercher des solutions légales pratiques aux problèmes d'applicabilité du système de la propriété intellectuelle – avec son raisonnement – aux situations concrètes vécues par les peuples autochtones, est beaucoup plus complexe que pourrait le laisser supposer un examen juridique techniciste élémentaire et impératif. Il est important de prolonger l'analyse des inadaptations détaillant d'autres éléments qui aideraient à expliquer en quoi consistent ces « lits de Procuste » ou les limitations auxquels sont soumises les expressions culturelles des peuples indigènes. Cela permettra finalement d'examiner d'autres possibles régimes ou stratégies plus intéressantes pour leur préservation et leur valorisation.

### **Section 2. Inadéquation, face à l'auteur défini et individuel, de la propriété intellectuelle classique**

D'une part, le régime juridique de droits d'auteurs, inauguré avec la Convention de Berne, se révèle, en règle générale, inadéquat à la protection juridique des expressions et des connaissances culturelles, artistiques et scientifiques traditionnelles et indigènes. Cette inadaptation est due essentiellement au fait que ce régime reflète les pratiques créatives dominantes dans les sociétés industrielles et les besoins de créateurs individuels. D'autre

---

<sup>1</sup>Manuela Carneiro da Cunha. 2009, Idem, p. 330

part, il est clair que ce régime hégémonique facilite énormément la pratique de l'appropriation culturelle, lorsqu'elle traite par exemple les connaissances, les pratiques et les expressions culturelles traditionnelles comme des manifestations qui intègrent le domaine public et le folklore.

Selon Nebila Mezghani, lors de son analyse sur le « Régime juridique de protection des créations traditionnelles et populaires au Maghreb »:

Un autre problème concernant la titularité des droits d'auteur s'est également posé. Dans le système du droit d'auteur, l'œuvre appartient, en principe, à l'auteur créateur. Or, l'auteur du folklore et du patrimoine culturel traditionnel n'est, en général, pas connu et la question de savoir qui pourrait revendiquer la paternité et la propriété de telles œuvres pourrait surgir. En cette matière, les expressions du patrimoine culturel traditionnel et des œuvres du folklore sont en général le produit d'un groupe ou d'une communauté ou d'une ethnie qui devra peut-être en apporter la preuve.<sup>1</sup>

Le risque que ces créations soient dans le domaine public du fait de leur ancienneté existe. Il paraît en effet difficile d'admettre que ces créations soient éternellement protégées, contrairement aux autres, mais serait-il possible éviter que des protections soient concédées en dehors des communautés qui ont donné origine aux créations?

L'appropriation des expressions culturelles traditionnelles se manifeste soit par leur utilisation en dehors des contextes culturels auxquels ils s'attachent, soit par leur utilisation sans l'autorisation des communautés, soit par la non rétribution ou la non négociation d'une contrepartie socio-économique « juste et équitable ». Une telle appropriation a pour évidente conséquence économique de directement et injustement l'opportunité des communautés de prélever des bénéfices d'ordre matériel de leurs expressions culturelles. En conséquence, cela crée assez promptement une recrudescence de l'introversion culturelle, c'est à dire une diminution de la prédisposition au dialogue et aux interfaces culturelles plus solides avec d'autres communautés, en particulier avec la nation ou la société dominante, considérée expropriatrice<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nebila Mezghani. "La protection des créations traditionnelles et populaires au Maghreb". In: *Intérêt Culturel et Mondialisation. Les protections nationales*. Tome I. Paris: L'Harmattan, 2004, p. 238

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 65

Selon plusieurs auteurs, ces problèmes diminueraient considérablement avec l'adoption du concept du « Consentement Libre, Préalable et Informé »<sup>1</sup> et la mise en œuvre de négociations plus fréquentes sur des contreparties socio-économiques. Un bon exemple de ce genre d'appropriation peut être illustré par le litige judiciaire entre l'artiste plastique Maria Bernadete Conte et l'industrie de bijoux H. Stern. L'affaire a eu lieu au Brésil et s'est déclenchée en 1988 lorsque l'artiste plastique présenta à la H. Stern une collection de bijoux inspirée des motifs d'art indigène. A l'occasion, l'industrie bijoutière n'a pas manifesté d'intérêt pour la collection présentée. Six ans plus tard cependant, cette même industrie lança au Brésil ainsi que dans d'autres pays une collection baptisée « Purãngaw », également inspirée de l'art et des motifs des peuples indigènes qui vivent sur le territoire brésilien. En septembre 1996, suite à cette attitude, Conte a entamé des poursuites judiciaires contre H. Stern devant le pouvoir judiciaire de l'Etat du Rio Grande do Sul. Le fondement juridique de la requête consistait essentiellement dans la violation présumée des droits d'auteurs de Conte. La demande de cette dernière fut rejetée en première instance. En appel cette décision a été infirmée et la demande de Conte a été favorablement accueillie. L'entreprise bijoutière a essayé encore un recours, mais sans suite. Il est intéressant de noter que ce dernier recours signale que:

les bijoux idéalisés par l'auteur [Conte] reproduisent des motifs des tribus *Muirakitãs* (p. 95, 97, 98, 99), *Wai-Wai* (p. 101, 102, 104), *Arumã* (p. 105), *Krixaná* (p. 106, 107), *Karajá* (p. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115), *Maiongong* (p. 126, 127), *Asurini* (p. 136, 137) *Apaiãl* (p. 141, 142) et que les pièces de la Collection Purãngaw traduisent des créations artistiques des tribus *Ashaninka*, *Kadiwéu*, *Kayapó*, *Bororó*, *Nahukuá*, *Kaigang e Ramkokamekra-canela*, *Tukano*, *Carajá*.<sup>2</sup>

En dépit de l'énumération explicite des titulaires des droits moraux sur les motifs en litige, à aucun moment du procès la violation des droits d'auteurs des ethnies citées ne fut mentionnée. En effet, la ligne générale des appréciations émises par la cour va dans le sens

---

<sup>1</sup> Selon le *Forest Peoples Programme*: "Le Consentement Libre Préalable et Informé garantit que les droits et intérêts des peuples autochtones sont pris en compte et respectés. Cela fournit également une base pour assurer que les peuples autochtones bénéficieront de tous les projets extractifs sur leurs terres et que les impacts négatifs seront convenablement évalués, évités et limités. Le CLPI implique également que l'industrie obtienne une 'licence sociale' pour opérer. Sans un accord des personnes, communautés et peuples autochtones touchés, une licence sociale ne peut être obtenue et l'industrie opérera en contravention de ses propres principes." [www.forestpeoples.org/documents/prv\\_sector/eir/eir\\_ips\\_fpic\\_overview\\_mar04\\_fr.shtml](http://www.forestpeoples.org/documents/prv_sector/eir/eir_ips_fpic_overview_mar04_fr.shtml)

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 66. Vote vaincu du juge du tribunal de deuxième instance (Mara Larsen Chechi) du Tribunal de Justice du Rio Grande do Sul (2004).

du soutien du libre accès aux expressions culturelles et artistiques des peuples cités, puisqu'elles intégreraient selon elle le domaine public<sup>1</sup>. Le résultat de ce litige démontre la force de l'idée répandue dans les sociétés industrielles selon laquelle les ressources et les expressions biologiques et culturelles traditionnelles appartiendraient au domaine public. Malgré l'existence de dispositifs légaux qui cherchent également à sauvegarder les intérêts des populations traditionnelles et indigènes, l'interprétation prédominante privilégie et ne protège généralement que les œuvres intellectuelles des auteurs individuels, intégrés dans la société moderne et dans un système fondamentalement marchand. En somme, ce cas ponctuel aide à confirmer la thèse selon laquelle les régimes de protection des droits d'auteurs sont généralement inadéquats, ou inadaptés, lorsqu'il s'agit de préserver les expressions culturelles et les savoirs traditionnels.

Il existe sans doute chez les peuples indigènes de nombreuses initiatives créatrices individuelles, mais cela n'empêche pas que des variations, significatives (d'ordre matériel) ou imperceptibles (d'ordre plutôt immatériel, c'est-à-dire, dans leur perception), soient entamées au fur et à mesure que les nouvelles générations cherchent à créer une façon différente d'exprimer une certaine identité culturelle. Ce genre d'expression et de connaissances traditionnelles vivantes peuvent donc provenir effectivement de processus créatifs communautaires lents, qui se créent cumulativement sur de longues périodes. Cela peut d'ailleurs évoquer un des aspects fondamentaux de ce que l'on nomme ethnicité, avec toutes ses conséquences sociologiques, comme nous l'avons vu dans la partie préliminaire de ce travail. Selon Russel Lawrence Barsh, les expressions culturelles traditionnelles sont des œuvres individuelles qui gagnent une signification collective.<sup>2</sup> Dans la plupart des cas, sans

---

<sup>1</sup> Les termes de la loi appliquée dans ce cas (Loi n° 5988, du 14 décembre 1973 – Brésil) déterminent qu'appartiennent au domaine public brésilien “en plus des œuvres dont le délai de protection des droits patrimoniaux a échoué (...) [celles] dont l'auteur est inconnu, transmises par tradition orale.” (Incise II de l'article 48, Loi 5988/1973). Cependant, les expressions culturelles indigènes qui ont servie base aux œuvres des parties en cause sont fixées sur des supports permanents: pièces d'artisanat, livres, etc. En somme, ce ne sont pas des informations transmises par tradition orale. La loi 9610/1998, qui succède à celle de 1973, retire les expressions culturelles de populations traditionnelles de la liste des œuvres qui intègrent le domaine public. Comme il a déjà été dit, l'article 45, II, dispose qu'appartiennent au domaine public les œuvres dont “l'auteur est inconnu, exceptée la protection légale des connaissances ethniques et traditionnelles.” Selon Edson Beas Rodrigues Junior (op. cit., p. 66) l'expression “connaissances ethniques et traditionnelles” a été utilisée sans la technicité adéquate, ce qui selon lui n'exclut pas la protection envisagée (sauvegarde des expressions culturelles traditionnelles). En effet, la nature artistique de la matière protégée par la loi 9610/1998 démontre que l'expression “maladroite” désigne les expressions culturelles traditionnelles. Le principe de la bonne foi (*Ex resed non ex nomine*) corrobore cette interprétation.

<sup>2</sup> R.L. Barsh. “How do you patent a landscape? The perils of dichotomizing cultural and intellectual property”. In: *International Journal of Cultural Property*. Vol. 8, n.1, 1999. p. 16

doute, l'identification des auteurs individuels à l'origine d'une manifestation créatrice traditionnelle ou de sa conservation contemporaine s'avère impossible. Cette impossibilité formelle d'individualisation, c'est-à-dire la présomption d'anonymat de l'œuvre ou de la connaissance, serait trop flagrante pour justifier l'obtention de droits d'auteurs. Le cas échéant, quand il existe d'éventuels apports contemporains identifiables, ceux-ci peuvent ne pas être suffisamment expressifs vis à vis de l'œuvre originelle, empêchant une sauvegarde juridiquement effective.

Il est clair, comme il a déjà été dit, que les régimes de droits d'auteurs ont pour centre gravitationnel l'auteur individuel: « la protection naît de l'apport créatif individuel et contemporain, qui connecte une œuvre déterminée à un ou plusieurs auteurs identifiables »<sup>1</sup>.

Néanmoins, face à certains milieux d'affaires et aux circonstances économiques récentes, les législations contemporaines commencent à connaître de nouvelles orientations afin de permettre aux organismes collectifs la titularité de droits d'auteurs. Malgré cela, les législations existantes demeurent vaines quand il s'agit de protéger les expressions culturelles et les connaissances traditionnelles indigènes. Une œuvre produite par un organisme collectif doit avoir un coordinateur ou un organisateur contemporain, capable de figurer comme titulaire de l'œuvre, pour qu'elle puisse recevoir la protection prétendue. Les peuples indigènes ne répondraient également pas à cette condition<sup>2</sup>.

L'affirmation selon laquelle les communautés traditionnelles considèrent que la notion même de titularité adoptée par les régimes de droit de propriété intellectuelle ne reflète pas leur conception « plus complexe » est assez courante. Selon ce prisme, la communauté et ses membres ne seraient pas des titulaires de droits au même titre que dans le droit occidental, mais plutôt des « fidéicommissaires ». En d'autres termes, les membres de la communauté seraient investis d'une obligation d'assumer certaines responsabilités (éthiques ou spirituelles) qui les attachent à leurs connaissances et aux expressions culturelles traditionnelles, toujours dans le but de bénéficier à la collectivité. Dans ce type de système traditionnel, et selon une possible interprétation de ce qu'il pourrait représenter, le patrimoine – que ce soit une expression artistique ou culturelle, une connaissance ou un savoir ancestral, ou une ressource biologique – est revêtu d'une dimension collective qui dépasse en

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 67

<sup>2</sup> Si on prend en compte que les expressions culturelles sont appropriées par les individus dans les situations rituelles: parenté, prestige, honneurs, etc

importance celle du génie individuel éventuellement responsable de la paternité primaire de l'œuvre. Le groupe, par le simple fait d'être un groupe, conçoit, autant que l'individu qui lui a donné naissance directe, ce bien, ce patrimoine, ces legs. De ce point de vue<sup>1</sup>, un régime qui valorise et privilégie les apports individuels au détriment de la collectivisation des ressources, selon le prototype du système hégémonique de DPI et de propriété, serait inadéquat et non envisageable. Selon la perspective du régime de protection de la propriété intellectuelle classique, un membre donné d'une communauté peut jouir individuellement et amplement des droits sur les expressions et les inventions qu'il crée. Selon les analyses que nous pourrions appeler « collectivisantes », cette vision change lorsqu'il s'agit de l'optique des communautés traditionnelles: les droits revenant au groupe.

Le fait est que les DPI classiques ignorent le lien existant entre le créateur et la communauté, puisque celle-ci risque de limiter les droits individuels du créateur immédiat. En d'autres termes, le droit d'auteur serait capable d'attribuer des droits de contrôle sur une expression culturelle traditionnelle en faveur d'une personne ou d'une institution différente que celle qui devrait la contrôler, si les normes coutumières de la communauté en question avaient été prises en compte<sup>2</sup>.

Les droits moraux de paternité et d'intégrité, reconnus par la Convention de Berne, ont pour paramètre essentiel les intérêts des auteurs individuels, et pour fondement les droits de la personnalité. La manifestation d'une idée peut se faire de diverses façons, et l'homme par le moyen de sa propre volonté et de sa personnalité unique, peut l'exprimer selon la forme qui lui convient le mieux. La reconnaissance de droits moraux non détachables des manifestations matérielles de la personnalité de l'auteur représente, pour ainsi dire, la reconnaissance sociale du lien qui attache le créateur à sa création. Tandis que les savoirs et les expressions culturelles et artistiques traditionnelles indigènes sont créées par plusieurs individus, souvent non identifiables, mais qui révèlent les attentes artistiques d'un groupe ou d'une collectivité, le système de la propriété intellectuelle, et plus précisément celui des droits d'auteur, protègent l'honneur, la réputation et les intérêts d'auteurs précis et identifiables.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Qui peut sans doute être mis en question, puisqu'il exprime à peine une des visions occidentales de ce que signifierait *patrimoine* ou *propriété* pour lesdites sociétés traditionnelles.

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 68

<sup>3</sup> *Idem*

Cet aspect est sans doute une des principales allégations utilisées lorsqu'il s'agit de justifier l'écart existant entre le système du droit privé classique et les intérêts indigènes de protection de leurs droits intellectuels. Il en existe certainement d'autres.

## **Chapitre 2. L'inexistence de nouveauté ou d'originalité**

Une autre impasse, liée aux conditions de nouveauté (associée au droit de la propriété industrielle) et d'originalité (associée au droit d'auteur), mériterait ici d'être reprise et analysée davantage, étant donné que le non accomplissement présumé de ces critères constitue une des plus importantes difficultés d'adaptation à la protection des œuvres et des droits intellectuels traditionnels. Ces conditions sont très souvent exigées expressément dans les législations de propriété intellectuelle et impliquent l'idée selon laquelle l'œuvre doit d'une part porter l'empreinte de l'auteur et, d'autre part, relever de sa propre création. Cependant, le patrimoine et les créations traditionnelles n'ont pas toujours le caractère original ou nouveau au sens exigé par le droit positif. Les créations des peuples indigènes peuvent découler de traditions transmises au long des générations, ce qui n'empêche pas qu'elles soient aussi en perpétuelle évolution et transformation, bien au contraire. En effet, si nous faisons allusion à une création qui émane d'une collectivité en traduisant des valeurs traditionnelles, ce n'est pas nécessairement le reflet de la personnalité d'un auteur individuel qui s'identifie instantanément.

Cependant, comme il a déjà été dit, cela ne veut pas dire qu'il s'agit forcément du résultat d'un processus impersonnel, témoignage du passé. Dans ce sens, il n'en demeure pas moins que les œuvres inspirées d'un héritage traditionnel peuvent, quant à elles, satisfaire pleinement à la condition d'originalité au sens du droit positif, représentant donc une activité créatrice qui reflète la personnalité d'un auteur.

Cette section doit approfondir -même si de façon concise puisque le sujet a déjà été abordé dans la Première Partie- la discussion à propos des exigences légales d'originalité, de nouveauté ou d'innovation dans l'univers spécifique des droits intellectuels des peuples autochtones, surtout dans les domaines du droit d'auteur, de la propriété industrielle et des obtentions végétales. L'objectif est de mettre en évidence les obstacles imposés par ces

modèles et de souligner les espaces ouverts qui peuvent éventuellement indiquer de nouveaux desseins institutionnels plus viables.

### **Section 1. L'originalité dans l'œuvre traditionnelle**

Toute œuvre artistique ou littéraire, afin de recevoir la protection prévue par le régime du droit d'auteur, doit remplir la condition d'originalité. Une œuvre est considérée originale lorsqu'elle exprime l'individualité de son créateur, c'est à dire lorsqu'elle présente un aspect propre et caractéristique de son auteur. Cet apport individuel exigé est un élément assez simple à démontrer, il suffit que l'œuvre exprime un certain degré de créativité et qu'elle soit le fruit d'un effort personnel de son auteur. En d'autres termes, l'œuvre est réputée originale si elle a été créée de façon indépendante par son auteur, si elle ne représente pas une copie d'une œuvre d'autrui et si son élaboration est capable de révéler une certaine expression créative, même modeste.

Les expressions culturelles traditionnelles sont créées par des individus, mais sont modifiées cumulativement par un grand nombre de générations dans une communauté traditionnelle, afin d'exprimer la personnalité et les attentes propres au groupe auquel appartiennent les auteurs. Très souvent l'auteur des modifications réalisées dans une œuvre traditionnelle n'est pas immédiatement identifiable, ce qui finit par empêcher la reconnaissance de droits. Par ailleurs, il est vrai que les contributions créatives individuelles peuvent ne pas être suffisamment importantes<sup>1</sup> pour que cette œuvre contemporaine puisse être réputée originale face à celle qui l'a inspirée. C'est justement dans cet espace que demeurent les risques liés au domaine public et à la folklorisation. Malgré les critères théoriques liés à l'originalité de l'œuvre –et qui peuvent varier considérablement selon chaque système juridique– dans la pratique les exigences imposées peuvent être assez facilement remplies. Il suffit de démontrer que le créateur contemporain a fait preuve d'une certaine habileté artistique et d'un certain effort intellectuel pour créer une version actuelle de l'expression culturelle traditionnelle. En faisant cela, l'expression contemporaine ne se confond plus avec l'expression culturelle traditionnelle qui pourrait être appelée de base. Cela

---

<sup>1</sup> Ou sinon clairement perceptibles, surtout à travers le filtre de certaines conceptions rigides à propos de ce qui est effectivement original.



veut dire que dans de nombreux systèmes juridiques, comme par exemple le brésilien, même les contributions relativement peu significatives peuvent dévoiler un apport capable de doter la version contemporaine du caractère original nécessaire à la protection prévue par la loi. Il suffit, bien évidemment, d'identifier un auteur. Dans le cas de certains peuples indigènes cette tâche peut représenter le plus grand problème. En effet, malgré la difficulté de voir des expressions culturelles traditionnelles anciennes, ainsi que les reproductions traditionnelles d'expressions culturelles, protégées par les régimes de droit d'auteur, leurs versions contemporaines -porteuses d'une certaine contribution intellectuelle ou artistique face à l'expression culturelle de base, créées par des individus identifiables (appartenant ou pas à une communauté traditionnelle)- peuvent assez facilement satisfaire au critère d'originalité exigé par la loi. Cette possibilité met en évidence un point de vulnérabilité du régime de droits d'auteur: son excessive neutralité. Théoriquement toute personne qui crée des versions contemporaines d'expressions culturelles traditionnelles -propres à un peuple ou à une population spécifique- pourrait avoir une protection légale accordée et par conséquent des droits moraux et patrimoniaux associés à cette œuvre.

Le cas *George M\*, Payunka, Marika et autres contre « Indofurn »* illustre bien le risque d'appropriation indue et les possibilités pratiques d'action (dans les limites de la législation en vigueur) pour éviter cela. Cette affaire, qui a eu lieu en Australie, a été déclenchée en 1993 lorsque des tapis reproduisant le travail de plusieurs artistes indigènes ont été découverts par la « National Indigenous Arts Advocacy Association » (NIAAA)<sup>1</sup>, une association artistique et culturelle indigène – qui agit aussi comme bureau d'avocats – et qui plaide pour la reconnaissance croissante et continue des droits des artistes indigènes. Les trois artistes ont engagé l'action contre l'entreprise d'importation « Indofurn Pty Ltd » (« Indofurn ») située dans la ville de Perth. L'entreprise avait importé les tapis du Vietnam, pays qui n'adhère à la Convention de Berne qu'en 2004. La NIAAA a été renseignée à propos des tapis par un commerçant de Sydney qui voulait avoir des informations sur l'authenticité des pièces. Lorsque les fonctionnaires de la NIAAA ont vu les tapis, ils les ont immédiatement identifiés comme des copies des œuvres de divers artistes aborigènes assez renommés. Suite à cette constatation, la NIAAA a contacté les artistes pour les informer. Les artistes ont annoncé qu'ils considéraient cette forme d'utilisation de leur travail comme une attitude inappropriée

---

<sup>1</sup> Voir le site <http://www.culture.com.au/exhibition/niaaa/about.htm>.

et ont refusé l'autorisation de reproduire des motifs traditionnels. Avec la participation de la NIAAA les artistes indigènes ont entamé une action contre la commercialisation des tapis réalisée par l'entreprise australienne importatrice. La cour australienne chargée de juger l'action a accepté intégralement la demande des artistes indigènes et a condamné l'entreprise à indemniser les dommages soufferts par les artistes et leurs clans. La cour a considéré qu'il existait effectivement des droits d'auteur liés aux œuvres et que la commercialisation des tapis représentait une infraction contre ces droits. Les artistes ont prouvé que 246 tapis inspirés de leurs motifs traditionnels avaient été produits et importés par « Indofurn » entre décembre 1991 et septembre 1994. La seule offre faite par l'entreprise aux artistes représentait environ quatorze dollars par tapis, tandis qu'ils étaient vendus à une somme qui variait entre cinquante et quatre mille dollars la pièce. Ceci dit, les dommages subis ont été estimés à environ 188.640,00 dollars. L'entreprise a été obligée à remettre les tapis non vendus aux artistes et aux familles de ceux qui étaient décédés. Les indigènes ont eu des réactions diverses face à ces objets, étant donné que certains d'entre eux, tels que Banduk Marika, ont eu la première et immédiate réaction de brûler les tapis lors de cérémonies privées. Néanmoins, un de ces tapis a été préservé et installé dans le « Buku-Larrnggay Mulka Museum » pour servir de mémoire de l'affaire, qui revêt une importance significative dans la lutte pour le maintien de la culture et de l'intégrité des œuvres traditionnelles de ces clans autochtones.

La cour, au lieu de les indemniser à titre individuel, a décidé de réaliser un dédommagement collectif des artistes concernés et les a laissés libres de partager la somme selon les règles internes du groupe. Une partie des dédommagements a été attribuée au titre des torts personnels et culturels soufferts par la communauté. Le juge a considéré que l'infraction commise avait infligé une souffrance et représentait un outrage à la culture des artistes, des familles et des clans, puisque la loi indigène, envers laquelle ces artistes ont une ferme responsabilité, empêche la commercialisation de ces symboles dans de telles circonstances. Le savoir-faire qui se trouve inscrit dans la création artistique traditionnelle, ainsi que sur le motif proprement dit, appartient dans ce cas collectivement au clan « Rirratjingu ». Selon l'artiste Banduk Marika:

Mon travail artistique qui a été reproduit sur les tapis par la partie dénoncée est identifié comme le *Djanda Sacred Waterhole*. L'image appartient à mon clan, le *Rirratjingu*, et intègre la mythologie sur la création du *Djangkawu*. L'image a une

grande importance pour mon clan ainsi que pour des clans qui vivent dans des régions voisines, et qui ont eux aussi des droits sur l'image.<sup>1</sup>

L'affaire *George M\* vs. « Indofurn »* a eu pour résultat pratique la consolidation d'une décision de la cour fédérale australienne (« *stare decisis* ») qui marque l'ajustement de la loi de droit d'auteur dans la protection des expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones australiens. Dans ce cas spécifique – comme il est possible de le constater par la documentation du dossier d'étude de cas de l'OMPI – la décision porte sur des tapis qui ne présentaient aucune « originalité » face aux dessins traditionnels des artistes autochtones. Cependant, suite à la clôture de l'affaire, la NIAAA a encore retrouvé un autre tapis commercialisé par « l'Indofurn » et qui est très similaire au travail artistique de *Banduk Marika* (« *Djanda and the Sacred Waterhole* »). Cet autre tapis est une version « orientale » du premier. À la place des iguanes, cette version présente des dragons. Les couleurs et les illustrations de fond demeurent les mêmes.

Face à cette variable, où la contrefaçon se masque sous une apparence d'originalité « *pro forma* », une décision conservant les mêmes garanties que celles antérieurement décrites semble plus difficile à atteindre. Ce problème, qui n'est pas réservé exclusivement aux peuples indigènes, se réaffirme encore si l'on considère, comme André Lucas, que: « l'originalité ne se pèse pas. Il suffit qu'elle existe ». <sup>2</sup> Ironiquement, pour l'instant c'est cette même devise qui permet de reconnaître certains droits d'artistes autochtones contemporains qui donnent leur contribution à des œuvres de base ancestrale.

Dans le cadre de la législation et de la pratique en vigueur, l'affaire décrite ne représente en effet qu'une exception, où les droits des artistes indigènes ont été reconnus grâce à l'achèvement d'une initiative, d'une procédure et d'une décision judiciaire tout à fait pionnières, ce qui certainement n'est pas la règle dans un grand nombre de pays et de cas. La tâche de répertorier toutes les utilisations indues de motifs et d'arts indigènes, dans les plus divers secteurs où elles existent, serait sans doute un immense travail. L'intéressant, néanmoins, est de noter qu'il existe une réelle possibilité de voir certaines œuvres artistiques indigènes protégées par le système de droit d'auteur. Toutefois, il est essentiel dans de tels cas

---

<sup>1</sup>Ms. Terri Janke. *The Carpets Case: M\*, Payunka, Marika & Others vs Indofurn*. Terri Janke and Company Entertainment, Cultural Heritage and Media Lawyers. Sydney - Australia. Written under Commission by the World Intellectual Property Organization, 2000-2001, Geneva, Switzerland.p. 6.

<http://www.wipo.int/tk/en/studies/cultural/minding-culture/studies/carpetscase-main.pdf> (accès: 29/07/2011)

<sup>2</sup> André Lucas; Henri-Jacques Lucas. *Traité de la Propriété Littéraire & Artistique*. Paris: Litec, 1994, p. 88

d'avoir accès à un accompagnement juridique adéquat, comme par exemple celui proposé par la NIAAA.

## **Section 2. Les limites de la nouveauté et de l'état de la technique**

Afin d'approfondir l'analyse du critère de la nouveauté, et son application sur les connaissances traditionnelles, il est important de franchir les limites actuelles imposées (par les modèles légaux) à la brevetabilité des « inventions traditionnelles », surtout dans le domaine des savoirs associés à la biodiversité. Cet aspect (la brevetabilité) a déjà été abordé dans la première partie de cette recherche et portait l'interrogation suivante: le système de la propriété industrielle est-il en mesure de faire face aux récentes revendications des peuples autochtones et, principalement, possède-il réellement les instruments appropriés pour le faire?

Un des objectifs de cette section est de tracer un panorama plus clair à partir du moment où des tiers parviennent « irrégulièrement »<sup>1</sup> à emprunter le système de brevets pour envahir la sphère des connaissances, du patrimoine et du droit des peuples autochtones. Cette situation se concrétise souvent lors de l'octroi de brevets (qui doivent être dénoncés et invalidés) inspirés des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité, au motif qu'ils portent sur des inventions qui respectent la condition de la nouveauté.

En ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées à la biodiversité, ce qui détermine essentiellement si une invention pourra être considérée nouvelle ou pas, ce n'est pas son existence matérielle antérieure à la date de sa divulgation, mais justement l'absence de moyens permettant de déterminer si cette innovation existait réellement ou pas avant la divulgation de « l'invention ». Une invention peut remplir la condition de nouveauté, finalement, si elle n'existe pas dans l'état de la technique. Cependant, le problème persiste puisqu'il n'existe pas une conception universelle de l'état de la technique. En principe, chaque pays est libre d'indiquer les limites de cette notion de façon relativement autonome.

Aux Etats Unis, par exemple, la législation sur les brevets détermine que sont comprises dans l'état de la technique les informations publiées et mises à la disposition du public sur le territoire américain et à l'étranger, et les informations orales utilisées et mises à la disposition

---

<sup>1</sup>L'irrégularité porte ici sur le fait que ces tiers n'ont pas obtenu le Consentement Libre Préalable et Informé des peuples détenteurs des connaissances utilisées.

sur le territoire américain<sup>1</sup>. Cela signifie que la législation américaine admet qu'une « invention » - lorsqu'il n'existe pas assez de documentation à son propos - puisse être réputée nouvelle même si elle a déjà été divulguée oralement dans un autre pays. Par conséquent, une « invention », dérivée d'une connaissance traditionnelle autochtone non publiée, peut être considérée comme nouvelle aux EUA et faire l'objet d'un brevet, à condition qu'elle remplisse les autres conditions<sup>2</sup>.

La Convention sur le Brevet Européen (CBE), par contre, dispose dans son article 54 que:

- 1) Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.
- 2) L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.

Selon cette définition plus large d'état de la technique, la preuve de l'existence antérieure d'une connaissance traditionnelle associée à la biodiversité pourrait, en théorie, servir de base pour réfuter la validité d'un brevet fondé sur ce savoir. Cependant, cette situation ne sera acceptée que s'il est possible de vérifier que la connaissance empruntée a été convenablement rendue publique auparavant. Cela veut dire que le « *modus operandi* de l'invention traditionnelle indûment appropriée doit être divulgué au public avec un niveau de détail tel que des tiers puissent inévitablement arriver sur elle »<sup>3</sup>. Selon Rodrigues Junior, l'argument selon lequel un brevet doit être invalidé parce qu'il se base sur une invention inhérente à une connaissance traditionnelle autochtone, rendue accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet, n'est pas suffisant. En effet, l'examineur de brevets peut avoir de grandes difficultés à obtenir des informations précises à propos des connaissances traditionnelles ignorées par la littérature technique. Face à cet obstacle réel, le fait que la législation théoriquement accepte ou pas une information transmise oralement dans un autre pays (ainsi qu'un usage ou tout autre moyen) comme un élément qui intègre l'état de la technique, représente très peu dans la pratique. Il existe un grand nombre de cas qui démontrent cela.

---

<sup>1</sup> *United States Patent and Trademark Office (USPTO). Conditions for patentability: 35 U.S.C, § 102:*[http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/appx1\\_35\\_U\\_S\\_C\\_102.htm](http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/appx1_35_U_S_C_102.htm).

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 87

<sup>3</sup> *Idem*, p. 88

L'affaire du « neem » ou « margousier » de l'Inde est emblématique et a déjà fait l'objet de nombreuses études. Les propriétés médicinales des feuilles et des graines du « neem » (*l'azadina/Azadirachta indica*) sont connues en Inde, son pays d'origine, depuis des siècles. Les procédés conçus à partir du « neem » ont une grande importance thérapeutique ainsi que diverses utilisations traditionnelles: pesticides, anti-insectes, engrais, remèdes diabétiques, savons etc. Face à cela, il n'est pas étonnant que le « neem » ait éveillé l'intérêt des pays industrialisés. À partir des années 50, un grand nombre de recherches ont été réalisées pour étudier, expérimenter, industrialiser et viabiliser la commercialisation des produits dérivés de cette plante. La rentabilité commerciale des produits dérivés du « neem », particulièrement des pesticides et des produits pharmaceutiques, peut se mesurer par le grand nombre de brevets qui ont été déposés aux Etats Unis, au Japon et en Europe. Ces produits vont des contraceptifs aux dentifrices. Dans les années 90, soixante-quatre brevets sur le « neem » ont été enregistrés, surtout à l'Office européen des brevets (OEB), dont un (sur ses vertus fongicides) par le géant de l'agrochimie W.R. GRACE. Cela explique pourquoi le « neem » est devenu un cas classique de biopiraterie. À l'occasion, la « Fondation France Libertés » a dénoncé « qu'une conséquence directe fut l'augmentation de la demande en graines de 'neem' par ces acteurs. W.R. Grace installa une usine de traitement du neem qui capta une grande partie des graines disponibles, faisant augmenter leur prix au-delà de ce que les populations locales pouvaient payer »<sup>1</sup>. La grande campagne (entamée par des ONG, des organisations écologiques opposées à la biopiraterie, par la classe intellectuelle et la société civile en général) qui s'ensuivit pour faire annuler ces brevets, et spécialement celui de Grace, est une des marques du début de la lutte contre la biopiraterie dans le monde. Les vertus fongicides du neem font partie de l'ensemble de savoirs des peuples autochtones de l'Inde depuis au moins 2000 ans. Face à ce fait, la condition de la nouveauté nécessaire au brevetage des produits dérivés de la plante ne pourrait pas être soutenue sur les critères imposés par la définition européenne d'état de la technique. Néanmoins, il a fallu dix ans de campagne pour que le mouvement -commandé par la scientifique indienne Vandana Shiva, par l'IFOAM – « International Federation of Organic Agriculture Movements » (Linda Bullart) et par les députés verts européens (Magda Aelvoet) - puisse annuler le brevet déposé par Grace auprès de l'OEB, reconnaissant précisément l'antériorité des savoirs traditionnels indiens sur le

---

<sup>1</sup> Voir <http://www.france-libertes.org/Biopiraterie-Cas-emblematisques-de.html>.

« neem ». Le 8 mars 2005, l'OEB confirme la décision du 10 mai 2000 et annule définitivement ce brevet, attestant que rien n'avait été inventé et que la connaissance et l'emploi du « neem » étaient très répandus en Inde et dans d'autres pays depuis longtemps. Cependant, il est très important de souligner que l'appui des lois indiennes fut vital au retournement de cette situation<sup>1</sup>. Selon les spécialistes, le pays a réussi à faire tomber ce brevet parce que, au moment opportun, il a présenté des preuves écrites substantielles à propos de l'état de la technique, démontrant l'absence de nouveauté de « l'invention »<sup>2</sup>.

Très souvent, le langage (voir même la langue) utilisé dans les publications disponibles aux examinateurs de brevets – à propos des connaissances traditionnelles empruntées dans les processus de développement d'une invention — est particulièrement distinct de celui qui est utilisé pour décrire l'invention elle-même. Les connaissances et les sciences traditionnelles peuvent être décrites par des termes populaires ou bien par une taxonomie coutumière hautement spécialisée, complexe<sup>3</sup> et accessible uniquement à certains individus qui la maîtrisent. Pensons juste aux multitudes de langues et de dialectes existant dans des pays tels que l'Inde ou le Brésil. Le fait est que cette nomenclature, cette description et ce genre de divulgation peuvent être extrêmement différents du jargon technique adopté dans le milieu académique classique et, par conséquent, absolument isolés des réseaux consultés par les examinateurs de brevets. En termes pratiques, une invention ne sera réputée nouvelle que si elle est capable de démontrer par des moyens descriptifs, accessibles et techniquement solides qu'elle intègre l'état de la technique.

Face à cette impasse, il existe actuellement un nombre croissant de projets qui veulent rendre accessible aux bureaux et aux examinateurs de brevets des informations utiles sur les savoirs traditionnels et les ressources sur la biodiversité, par le moyen de bases de données digitales. Le « Traditional Ecological Knowledge Prior Art Database »<sup>4</sup> (organisé par la Banque Mondiale et par « l'American Association for the Advancement of Science ») et le « Traditional Knowledge Digital Library »<sup>5</sup> (organisé par le gouvernement de l'Inde), par exemple, se mobilisent pour créer des accords et des conventions avec des offices de brevets

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*.

<sup>2</sup> Il faut noter encore que certains brevets américains demeurent intacts et que la biopiraterie (ainsi que la piraterie et la contrefaçon classique) persistera indépendamment des brevets et des empêchements légaux.

<sup>3</sup> Philippe Descola. *La nature domestique. Symbolisme et praxis dans l'écologie des Achuar*. Paris: Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1986.

<sup>4</sup> Voir <http://ip.aaas.org/tekindex.nsf/TEKPAD?OpenFrameSet>.

<sup>5</sup> Voir <http://www.tkdl.res.in/tkdl/langdefault/common/Home.asp?GL=Eng>.

(notamment l'OEB et l'USPTO) et des instituts de recherche internationaux. L'objectif est d'intégrer les instruments et les systèmes d'examen avec ces nouvelles bases de données, créant ainsi une capillarité et une interface plus concrètes entre ces agences sur le thème des savoirs traditionnels. Selon les promoteurs de ces projets cela doit aider à rendre les connaissances traditionnelles moins hermétiques aux instituts de recherche classiques et à diminuer la délivrance de brevets illégitimes.

En ce qui concerne la délivrance de brevets par erreur, il est possible d'y remédier de façon efficace en améliorant les bases de données destinées à rassembler les ressources génétiques et les savoirs traditionnels connexes qui sont utilisées pour les recherches sur l'état de la technique, et en utilisant de façon plus efficace certains systèmes institutionnels existants, tels que les systèmes de fourniture d'informations et le mécanisme d'annulation en justice<sup>1</sup>.

Malgré ces initiatives, la grande majorité des publications à propos de connaissances traditionnelles associées à la biodiversité n'est pas encore assez spécifique ni convenablement descriptive dans les termes espérés par le système de la propriété industrielle. En effet, il s'agit pour le moment d'une mesure défensive relativement fragile. Défensive puisque généralement ce genre de mesure ne permettra pas la brevetabilité des connaissances traditionnelles en soi et cela pour les motifs antérieurement exposés. L'INPI français affirme que le dossier de dépôt de demande de brevet doit contenir « la description, qui situe l'invention par rapport à l'état de la technique antérieur et qui doit être suffisamment claire pour permettre à un homme de métier de la réaliser »<sup>2</sup>. En d'autres termes, un spécialiste dans la matière doit être capable de reproduire l'invention à partir de l'examen de la publication. Fragile parce que l'existence d'une information orale, d'une utilisation et même d'une publication – démontrant l'existence antérieure d'une connaissance qui intègre l'état de la technique à l'extérieur du pays qui demande le brevet — n'implique pas nécessairement que ce brevet sera refusé ou annulé. L'INPI, encore une fois, établit une liste de seize étapes pour qu'un brevet puisse être délivré en France. La première d'entre elles porte le texte suivant: « Pour être protégeable, votre invention doit être nouvelle. L'une des démarches préalables au dépôt est donc de faire le point sur l'état de la technique au minimum sur les demandes de

---

<sup>1</sup> Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. WIPO/GRTKF/IWG/3/5. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore. Troisième groupe de travail intersessions. Genève, 28 février – 4 mars 2011. Annexe, p. 2

Voir [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf.../wipo\\_grtkf\\_iwg\\_3\\_5.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf.../wipo_grtkf_iwg_3_5.doc).

<sup>2</sup> Voir <http://www.inpi.fr/fr/accueil.html?PHPSESSID=2653f8e247f41488929b0e8affa14b36>



brevets française, européennes et internationales des 20 dernières années ». S'agissant de connaissances ancestrales, l'intervalle temporel de vingt ans<sup>1</sup> est pratiquement dérisoire.

Faisant un bref bilan, il est possible d'en déduire qu'afin d'éviter effectivement l'appropriation illégitime d'une connaissance traditionnelle il aurait fallu que la description publiée à son propos utilise le langage technique des réseaux consultés par les examinateurs de brevets, qu'elle soit presque aussi riche en détails que le serait la demande de brevet elle-même et, en outre, mise à jour avec une certaine périodicité. Néanmoins, « il est improbable qu'un anthropologue ainsi que d'autres professionnels des sciences sociales maîtrisent les instruments nécessaires pour décrire techniquement une connaissance traditionnelle autochtone qu'ils étudient, de façon à ce que toutes les exigences puissent être remplies »<sup>2</sup>. Sauf certaines initiatives sporadiques bien précises, il est presque inutile de penser concrètement à cette possibilité à l'intérieur des communautés indigènes. Pour l'instant, les connaissances traditionnelles et les ressources sur la biodiversité continuent d'être assez facilement appropriables et brevetables par des tiers, au-dehors de la communauté ou du pays d'origine.

Cette incompatibilité est justement le motif pour que certains auteurs et mouvements indigènes redoutent et dénoncent l'initiative de la constitution de bases de données sur les connaissances traditionnelles, soutenant qu'en réalité elles représentent une menace, tant que les législations ne sont pas encore formellement adaptées. Dans cette perspective, « les publications, au lieu de prévenir la délivrance de brevets sur les inventions dérivées de connaissances traditionnelles autochtones, finissent par faciliter le processus »<sup>3</sup>.

À ce propos, il est possible de citer une étude de cas où nous avons eu l'occasion de traiter directement quelques-unes de ces questions. Il s'agit d'une série d'ateliers de formation organisé pendant le deuxième semestre de l'année 2010 avec le peuple Guarani, justement en raison de l'*Inventaire National de Références Culturelles* que prétend faire l'IPHAN – Institut du Patrimoine Historique et Artistique National, sur la culture immatérielle Guarani. Lors de cet atelier, nous avons pu constater une résistance des leaders Guarani à autoriser le registre de certaines pratiques, surtout des pratiques religieuses (dans lesquelles les plantes sont beaucoup utilisées). En outre, ils exprimaient le désir que chaque groupe soit consulté, au cas

---

<sup>1</sup> Cette durée correspond (généralement) à la limite du droit d'interdiction pour l'exploitation d'une invention brevetée.

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 89

<sup>3</sup> *Idem*

par cas, au nom de l'autonomie politique de chacun. Pour eux, le travail de registre de l'IPHAN devrait tenir compte des demandes locales et spécifiques des communautés et écouter ce qu'elles disent sur ce qui peut passer sur les registres ou non. Notre participation à cet atelier s'est faite auprès des peuples Guarani *M'byá*, sous la coordination du Centre de Travail Indigéniste et de l'Institut National du Patrimoine Historique et Artistique, et illustre bien le thème traité. Elle permet une réflexion et un apport juridique à propos des Droits Culturels et Intellectuels Indigènes, insistant particulièrement sur les questions légales qui touchent directement – ne serait-ce que de façon tangentielle – l'univers de la culture immatérielle (et matérielle) du Peuple Indigène Guarani *M'byá*. Ces réflexions proviennent essentiellement de trois ateliers juridiques organisés par le Centre de Travail Indigéniste – CTI – conjointement avec les chefs et autres autorités guarani, dans le cadre des études et débats qui ont précédé, dans une étape préliminaire, l'application de l'Inventaire National de Références Culturelles – INRC - de l'Institut du Patrimoine Historique et Artistique National – IPHAN. Autant dans les ateliers que dans les interventions des participants, nous avons pu relever trois thèmes principaux qui ont orienté la dynamique des travaux réalisés et révèlent la tonalité des préoccupations exprimées lors de ces rencontres. Le système international de la propriété intellectuelle fait preuve tout à la fois d'un caractère universalisant et ségrégationniste vis-à-vis des expressions et des registres culturels des peuples indigènes. Il peut assurer la protection des productions intellectuelles, mais selon des critères exclusivement occidentaux. En dehors de ce schéma, les créations, obtentions et expressions culturelles sont tout simplement à la merci de la biopiraterie, de l'appropriation par des tiers n'appartenant pas à la communauté, ou encore au versement dans le domaine public ou le folklore. Le caractère discriminatoire de ce système est évident lorsqu'il contraint les populations traditionnelles à s'ajuster à des modèles externes, au risque même d'interférer dans leurs pratiques, leurs coutumes et leurs valeurs. Cependant, il est possible de vérifier que certaines initiatives pour réfléchir à ce problème commencent à se dessiner petit-à-petit. Comme il a déjà été dit, depuis la fin des années 70, début des années 80, des organismes internationaux comme l'UNESCO et l'OMPI également, travaillent en collaboration avec les populations locales et les peuples traditionnels dans le but de réfléchir et rédiger un projet cohérent de régime *sui generis* des droits intellectuels visant à protéger de façon efficace leurs diverses expressions culturelles. Les dirigeants Guarani *M'byá* affirment que ce type de réflexion et d'initiative doit être recherché et développé amplement par toutes les institutions qui les appuient, surtout l'IPHAN. L'existence de politiques spécifiques de la part

d'organisations gouvernementales et non-gouvernementales, ne les dispensent pas d'avoir à participer à la recherche d'une législation de la propriété intellectuelle plus juste et adaptée aux demandes des peuples indigènes et des communautés traditionnelles dans leur ensemble. Et il s'agit là d'une revendication constante des dirigeants Guarani *M'byá* qui ont participé au projet. La capacité de rassembler et mobiliser des forces en sa faveur, est une des marques du mouvement indigène national. La Constitution de 1988 en est un exemple, qui a traduit et exprimé la reconnaissance et l'obtention de droits jusque-là inédits pour les peuples indigènes du Brésil. L'article 231 affirme que : « Sont reconnus l'organisation social, les coutumes, les langues, croyances et traditions » des populations indigènes. Et parallèlement l'article 215 : « L'État garantira à tous le plein exercice des droits culturels et l'accès aux sources de la culture nationale, appuiera et encouragera la valorisation et la diffusion des manifestations culturelles. » § 1° - L'État protégera les manifestations des cultures populaires, indigènes et afro-brésiliennes, et de tous les autres groupes participant au processus de la civilisation nationale. » Et finalement, allant dans le sens d'une tendance internationale, établit dans son article 216 que : « Constituent un patrimoine culturel brésilien les biens de nature matérielle et immatérielle, pris individuellement ou conjointement, porteurs de référence à l'identité, à l'action, à la mémoire des différents groupes qui forment la société brésilienne, parmi lesquels : I – les formes d'expression ; II- Les modes de créer, de faire et de vivre ; III- Les créations scientifiques, artistiques et technologiques ; IV- Les œuvres, objets, documents, constructions et autres espaces destinés aux manifestations artistiques et culturelles ; V – Les ensembles urbains et les sites de valeur historique, paysagistique, artistique, archéologique, paléontologique, écologique et scientifique. » § 1° - Le Pouvoir Public, en collaboration avec la communauté, développera et protégera le patrimoine culturel brésilien, par l'intermédiaire d'inventaires, d'enregistrements, de surveillance, de protection et de désappropriation, et d'autres formes de précaution et de préservation. » Cette législation innovante a inauguré une nouvelle tendance, offrant une perspective prometteuse pour la garantie et la sauvegarde des droits intellectuels indigènes. Toutefois, certaines pondérations sont attendues et nécessaires pour répondre à d'autres questions soulevées par les dirigeants indigènes, ce qui éviterait des frictions et des désaccords lors de la phase de réalisation de l'inventaire proprement dit. Suivant le compromis assumé par le § 1° de l'article 216 de la Constitution Fédéral de 1988, l'Etat brésilien a inauguré, en l'an 2000, son Programme National du Patrimoine Immatériel – PNPI, créant, par le décret 3551/00, le Registre de Biens Culturels de Nature Immatérielle, l'Inventaire National de Références Culturelles – INRC, et

les Plans de Préservation. C'est un programme innovateur qui fait suite, comme nous l'avons dit, à l'orientation de la Constitution de 1988, et dont l'objectif est de « contribuer à la préservation de la diversité ethnique et culturelle du pays, et à la dissémination d'informations sur le patrimoine culturel brésilien à tous les segments de la société. » Ses grandes lignes d'orientation renforcent également l'intention de favoriser l'inclusion sociale des détenteurs du patrimoine culturel, élargir leur participation, stimuler la sauvegarde des biens culturels et, par-dessus tout, leur assurer des conditions matérielles de vie dignes, respectant et protégeant leurs droits diffus ou collectifs en rapport avec ce patrimoine. Les grandes lignes de cette politique du PNPI sont : Promouvoir l'inclusion sociale et l'amélioration des conditions de vie des producteurs et détenteurs du patrimoine culturel immatériel ; augmenter la participation des groupes qui produisent, transmettent et actualisent les manifestations culturelles de nature immatérielle dans les projets de préservation et de valorisation de ce patrimoine ; promouvoir la sauvegarde de biens culturels immatériels en améliorant les conditions matérielles qui favorisent leur existence, ainsi que par l'élargissement de l'accès aux bénéfices qu'ils génèrent ; mettre en marche des mécanismes pour protéger les biens culturels immatériels en situation de risque ; respecter et protéger les droits diffus ou collectifs relatifs à la préservation et à l'usage du patrimoine culturel immatériel. Cet ensemble de prémisses de travail de l'IPHAN a été bien accueilli par les dirigeants Guarani *M'byá*. Elles indiquent en effet que le projet de l'Etat brésilien et de l'Institut du Patrimoine Historique National concernant le patrimoine immatériel, dépasse largement le strict inventaire. Cet Inventaire National de Références Culturelles est un instrument important de protection, tout comme le Registre de Biens Culturels de Nature Immatérielle et les Plans de Sauvegarde. Cependant des doutes à leur sujet se sont exprimés lors des ateliers avec les représentants Guarani, ce qui suggère finalement que certaines questions méritent des mises au point. Selon l'article 1<sup>o</sup> du Décret 3551/00 : Est créé le Registre de Biens Culturels de Nature Immatérielle qui constituent le patrimoine culturel brésilien. Suivant le § 1<sup>o</sup> - Ce registre se fera dans l'un des livres suivants : I - Livre de Registre des Savoirs, où seront inscrits les connaissances et savoir-faire appartenant au quotidien des communautés ; II - Livre de Registre des Célébrations, où seront inscrits les rituels et les fêtes qui ponctuent la vie collective du travail, de la religiosité, des divertissements et autres pratiques de la vie sociale ; III - Livre de Registre des Formes d'Expression, où seront inscrites les manifestations littéraires, musicales, plastiques, scéniques et ludiques ; IV - Livre de Registre des Lieux, où seront inscrits les marchés, les foires, les sanctuaires, les places et autres espaces où se concentrent et se

perpétuent les pratiques culturelles collectives. Suivant le § 2° l'inscription dans l'un des livres de registre aura toujours comme référence la continuité historique du bien et sa signification nationale pour la mémoire, l'identité et la formation de la société brésilienne. En accord avec l'idée de l'article 216 de la C.F., transposée dans l'article 1° du Décret 3551/00, le « patrimoine culturel immatériel » Guarani *M'byá* peut (et doit) être reconnu et sauvegardé en tant que patrimoine culturel de la « Nation brésilienne », et particulièrement si cela représente une plus grande garantie de préservation et valorisation des savoirs, connaissances, expressions, traditions et culture Guarani. Mais les responsables et dirigeants Guarani *M'byá* ont exprimé clairement lors des ateliers, que ce patrimoine sacré et ces références culturelles qui pourront faire l'objet de l'inventaire, sont avant tout le Patrimoine du Peuple Guarani *M'byá*. Ils ont même exprimé le désir de la communauté d'enregistrer formellement cette observation dans des documents officiels. Ils comptent pour cela sur l'appui et la collaboration de l'IPHAN et du CTI. Cette position de la part des chefs indigènes est absolument cohérente avec les orientations de la politique du PNPI, et avec les récentes conventions internationales ratifiées par le Brésil, notamment la Convention 169 de l'OIT ou encore avec le paragraphe unique de l'article 9° de la MP 2186-16, qui affirme que : « (...) toute connaissance traditionnelle associée au patrimoine génétique pourra être la propriété de la communauté (...) » . Une telle attitude de fermeté de la part des chefs Guarani exprime leur obligation éthique envers un peuple qui dépasse les frontières du territoire brésilien. Le Peuple Guarani, ainsi que ses expressions culturelles communes, occupe depuis des temps immémoriaux un territoire qui s'étend, au-delà du territoire du Brésil, à celui du Paraguay, Uruguay, Argentine et Bolivie. C'est en ce sens qu'ils tiennent à insister sur le fait de la titularité Guarani de leur patrimoine culturel. Le fait que le Brésil élève ces expressions à la catégorie de patrimoine culturel de la « Nation », signifie qu'elle reconnaît que ce peuple, qui existait avant le propre État, a apporté une contribution historique, politique et culturelle dans la formation du Brésil d'aujourd'hui. Cette reconnaissance et cette valorisation culturelle ne devraient en aucun cas entrer en confrontation avec la volonté du peuple Guarani de préserver la titularité collective de son patrimoine, quoiqu'en pensent certains esprits alarmistes qui prétendent que les dirigeants Guarani, en acceptant la co-responsabilité du projet, renoncent délibérément à leur patrimoine ancestral en faveur de la « Nation Brésilienne », le laissant dériver dans la sphère du folklore et du domaine public. Ce type d'interprétation doit être réfuté – et il revient à l'IPHAN de prendre position pour démontrer son inexactitude – pour que se réalisent de façon librement consentie, les objectifs supérieurs de valorisation et

défense du patrimoine et des expressions culturelles immatérielles Guarani *M'byá*. Les dirigeants Guarani attendent cette définition de l'IPHAN pour pouvoir ensuite présenter formellement le projet à leur communauté ainsi qu'aux anciens, véritables titulaires de ce patrimoine. Les représentants guarani ont affirmé que le projet est une initiative louable et prometteuse, porteur d'un immense potentiel qui signifie une reconnaissance positive et des garanties pour une forme de culture et de vie différente et résistante, qui a su rester vivante et recréer ses traditions, malgré le manque d'appui légal pendant si longtemps. On constate donc un changement progressif, comme le prouve cette initiative qui reconnaît que le Patrimoine Culturel Immatériel Guarani fait aussi partie de l'histoire culturelle de la Nation Brésilienne. Bien sûr, cela signifie aussi que ce changement n'aura d'avenir que si les personnes travaillant dans le domaine dit « culturel » s'engagent pour appuyer les demandes des peuples indigènes et influencer certains domaines du droit, dont celui du droit de la propriété intellectuelle *sui generis* proprement dit. Pour reprendre le thème des Droits Intellectuels, soulignons un autre aspect de la politique de développement du PNPI qui a engendré des doutes lors des ateliers. La Résolution n° 001 (de l'IPHAN), du 03 août 2006, dit dans l'article 10 que : « conformément au Décret n°3551/2000, afin d'assurer au bien proposé au Registre une ample divulgation et promotion, l'institution responsable de l'instruction technique du processus administratif du Registre devra : céder gratuitement à l'IPHAN les droits d'auteur qui seront destinés à la promotion, divulgation et commercialisation sans but lucratif ; et le droit d'utilisation et de reproduction sous diverses formes, des produits et dérivés résultant du travail d'instruction technique, tout en préservant le crédit à l'auteur (...) » Face à cette disposition, les dirigeants indigènes et autres responsables du projet ont affirmé qu'ils n'ont pas l'autonomie nécessaire pour céder à titre personnel ces droits d'auteur. Pour cela, il aurait fallu passer par un accord large de toute la communauté, reconnue comme auteure collective et donc titulaire des droits moraux et patrimoniaux qui en découlent. L'article cité ci-dessus doit donc être discuté avec la communauté, et éventuellement reconsidéré, car cette cession de droits à l'IPHAN accompagnée de la divulgation et commercialisation des informations ne font pas l'unanimité au sein du Peuple Guarani *M'byá*, même s'il s'agit de but non lucratif. Dans ce sens, il serait nécessaire d'appliquer les exigences du Consentement Préalable, Libre et Informé, imposé par la Convention 169 de l'OIT, en respectant également la volonté, la 'dimension du secret' et le 'temps' Guarani. En effet, cet article 10 de la Résolution n° 001/2006 (dans le cas spécifique de ce projet) court le risque d'entrer en conflit avec la lutte pour faire reconnaître les droits d'auteur du Peuple Guarani, avec les déterminations de la

Convention 169 de l'OIT (quant au consentement préalable, libre et informé), et éventuellement avec les propres lignes directrices du PNPI.

Selon les représentants indigènes, cette mise au point ne prétend absolument pas remettre en question la méthodologie et la stratégie adoptées par l'IPHAN. Elle vise tout simplement attirer l'attention sur le fait que la question mériterait une plus ample réflexion et de meilleures explications dans le cas spécifique de ce peuple indigène. Le fait est que beaucoup d'informations possèdent un caractère sacré et sont couvertes par ce qu'il est convenu d'appeler la 'dimension du secret'. Si ces informations doivent être répertoriées, c'est en respectant une dynamique propre de transmission et de divulgation; et leur divulgation ou commercialisation doit se faire avec la plus grande prudence et le consentement des responsables pour ne pas en maculer le caractère sacré et religieux. Ceci dit, nous remarquons que l'ensemble des responsables Guarani *M'byá* venus de différentes régions du Brésil et des pays voisins pour participer aux ateliers, ont démontré qu'ils comptaient sur l'appui de l'IPHAN pour assurer la reconnaissance de leurs droits dans ce domaine et d'autres qui lui sont reliés. Particulièrement sur la question des Droits Intellectuels *sui generis* et celle des terres et territoires qui sont la principale base de sustentation de leur existence et du maintien de leur culture. Rappelons l'une des lignes directrices de la Politique de Développement du PNPI, définie comme priorité par l'IPHAN, et qui a retenu l'attention des dirigeants présents : « promouvoir la sauvegarde de biens culturels immatériels par l'intermédiaire de la protection aux conditions matérielles qui favorisent leur existence, ainsi que par l'élargissement de l'accès aux bénéfices générés par cette préservation ». Nous rapportons ici l'intervention de l'indienne *Xejary Doralice*, du Village de Ribeirão Silveira, pour qui « sans terre et sans forêt, le savoir (la connaissance) ne peut exister ». En plus du vif intérêt manifesté par les responsables indigènes pour que continue un projet qui, par le seul fait d'avoir permis des rencontres, des échanges de savoirs entre générations et d'amples discussions, a déjà provoqué une ample satisfaction, ces responsables ont senti qu'ils devaient planter quelques repères au nom de leur peuple. Citons le souhait de tenir leurs connaissances et leurs expressions éloignées du folklore et du domaine public, l'idée de débattre amplement les régimes de droit de la propriété intellectuelle et de sauvegarde du patrimoine (y compris la question du régime *sui generis*), la demande d'aide et d'attitude de la part de l'IPHAN pour élargir le débat et faciliter des demandes connexes (y compris d'ordre matériel et programmatique), comme par exemple l'importance des rencontres entre générations, entre

responsables et entre villages, ainsi que les questions liées à la terre, à la territorialité et à la réalité transfrontalière Guarani.

En effet, la mise en place de bases de données sans le soin méthodologique et les adaptations légales nécessaires peut jouer le rôle de fournisseurs de pistes aux chercheurs ou bioprospecteurs en quête de connaissances qui étaient peut-être bien gardées auparavant. Ce risque est effectivement présent. Le destin de ces informations, absolument démunies de support légal, peut effectivement être un office des brevets ou la simple contrefaçon. « Aux EUA, par exemple, il est [légalement] possible de revendiquer une protection pour une combinaison de connaissance traditionnelle et de ressource de la biodiversité, toutes deux intégrées dans l'état de la technique, à condition que la combinaison finale soit encore inconnue »<sup>1</sup>. Cette possibilité semble se reproduire également en droit français.

Théoriquement, s'il n'existe aucune information publique à propos d'une connaissance traditionnelle déterminée, la communauté (ou un individu choisi par la communauté) détentrice du savoir pourrait parfaitement déposer une demande de brevet sur une invention associée à ce savoir et revendiquer les droits qui l'accompagnent. Cependant, la réalité est bien autre. Les analystes estiment que le coût pour obtenir un brevet aux Etats-Unis peut dépasser les dix mille dollars<sup>2</sup>. Compte tenu que les brevets ont une validité territoriale, il serait nécessaire – malgré les conventions internationales (« Patent Cooperation Treaty », par exemple) – d'obtenir un brevet sur chaque territoire d'intérêt pour que l'invention soit effectivement protégée dans les diverses juridictions. À cela il faudrait éventuellement ajouter des coûts pour les mesures de surveillance des utilisations non autorisées, ainsi que pour proposer une action en cas d'infraction. Comme il a déjà été dit, face à ces empêchements logistiques et financiers, les brevets sur des inventions indigènes sont actuellement presque inaccessibles et n'auraient en plus aucune valeur pratique.

Un courant de la protection de droits intellectuels traditionnels et indigènes défend encore la transformation des règles de la propriété industrielle afin d'orienter le système dans le sens de permettre que des connaissances transmises oralement et sans la description généralement requise par les modèles actuels, soient aptes à invalider la preuve de nouveauté de certains brevets. Rodrigues Junior affirme que cette hypothèse risquerait de créer une certaine insécurité juridique dans l'ensemble du système dans la mesure où la brèche ouverte

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> En Europe cette somme peut être beaucoup plus importante, du fait, notamment des traductions.



permettrait aux entreprises déloyales de détourner le dessein prétendu de la réforme afin de bloquer les brevets de ses concurrents.

Concrètement, il semble que l'insistance sur la nécessité d'adaptation d'un système qui n'a nettement pas vocation à protéger ses réalités diverses, représente également un grave problème. Au lieu de batailler pour adapter un modèle qui a été créé avec une finalité spécifique, ne serait-il pas plus avantageux de penser à un autre modèle plus audacieux (*sui generis*) et moins défensif ou réactif, et qui soit en mesure de gérer de manière dynamique les porosités et les zones d'interface (actuelles zones grises) entre ces deux systèmes parallèles? Ceci est certainement l'une des questions les plus fréquentes sur le thème mais la réponse est encore loin d'être unanime.

Il est sans doute injuste d'octroyer des droits exclusifs à ceux qui, inspirés par des connaissances traditionnelles, isolent techniquement une molécule bioactive. Cependant, le brevet conféré sur la molécule isolée, en principe, ne va pas interrompre l'utilisation de la ressource dans son lieu d'origine.<sup>1</sup> Il existe là quelques questions. Tout d'abord, le système des brevets est très efficace lorsqu'il s'agit de promouvoir les intérêts des inventeurs et des producteurs industriellement et économiquement intéressants pour le marché, et cela reste pour le moment l'ultime objectif du modèle en vigueur. Il ne semble pas stratégique ni avantageux de vouloir s'attaquer formellement à cette forteresse.<sup>2</sup> Finalement, il existe des droits intellectuels inhérents aux savoirs et au patrimoine traditionnel. Ces droits sont encore quasiment dépourvus de reconnaissance pratique. Un des motifs de cela vient du fait que cet univers<sup>3</sup> n'est pas encore en mesure d'attirer les sommes pratiquées par le secteur industriel. Malgré ses fortes particularités et les grandes potentialités, les caractéristiques des droits intellectuels traditionnels sont généralement différentes du « comportement » dicté par le modèle de la propriété industrielle; mais ces droits singuliers réclament quand même une place ainsi que certaines reconnaissances. À l'exemple d'autres branches du droit – tels les droits diffus et collectifs dans le droit de la consommation, les appellations d'origine protégée européennes sur les produits issus de terroirs et porteurs d'un savoir-faire particulier – les droits intellectuels sur le patrimoine et les savoirs traditionnels des peuples autochtones doivent être reconnus, protégés et promus. Pour ce faire, il existe un double impératif.

---

<sup>1</sup> Idem, p. 88-90.

<sup>2</sup> Il existe, d'ailleurs, des espaces spécifiquement destinés pour cela.

<sup>3</sup> Même s'il n'existe pas une réelle unité, cet ensemble est considéré du point de vue du mouvement international et de l'articulation interinstitutionnelle et interethnique pour l'obtention de la reconnaissance de droits.

Premièrement, les spécificités indigènes ainsi que l'autonomie des systèmes juridiques autochtones doivent être amplement et continuellement reconnus et respectés. Deuxièmement, les espaces institutionnels progressivement conquis par les mouvements indigènes et indigénistes doivent être développés de façon à ce qu'ils puissent bâtir un espace spécifique et de dialogue à l'intérieur de l'univers juridique occidental.

Les observations faites à propos des droits intellectuels indigènes ne doivent pas être interprétées non plus sous une optique démesurément alarmiste. Somme toute, les communautés indigènes ne sont pas invariablement pillées et piratées dans leurs droits intellectuels. Ce qui est certain, néanmoins, c'est que comme n'importe quelle autre société, il existe effectivement certains peuples indigènes qui verraient avec beaucoup d'intérêt la possibilité d'empêcher l'utilisation par autrui de leur patrimoine sacré ou illégitimement approprié, et d'autres qui feraient un très bon emploi des revenus provenant des droits intellectuels qui leurs appartiennent.

### **Section 3. La nouveauté et la distinction des obtentions végétales**

De nombreuses recherches sur l'écologie indigène démontrent que les plantes domestiques et domestiquées sont des éléments fondamentaux dans la vie quotidienne (alimentation, confection de vêtements, médecine traditionnelle) et dans l'univers rituel (prières, substances psychoactives, offrandes pour garantir la chasse) d'un grand nombre de peuples. Un volume inestimable d'entre elles sont maintenues et préservées à l'intérieur de ces sociétés par le moyen du secret; c'est ce que les spécialistes dans le domaine classifient comme les connaissances conservées sous la « dimension du secret ». Pour diverses raisons, une autre partie des connaissances sur les plantes obtenues à partir d'une manipulation traditionnelle ancestrale ont été répandues à l'extérieur des communautés d'origine et sont parfois largement commercialisées sur les marchés populaires. Une parcelle de ces obtentions traditionnelles finit encore par atteindre le secteur commercial formel et les industries de produits agricoles. Cependant, à l'exemple des régimes contemporains de protection des droits d'auteur et des brevets, les modèles légaux de protection des obtentions végétales régis par l'UPOV et par l'ADPIC créent aussi des barrières à la protection des plantes et des variétés végétales obtenues par les communautés indigènes. Les critères (nouveauté, distinction, homogénéité et stabilité) établis pour que l'obteneur d'une variété végétale puisse

poursuivre la protection facilitent, d'une part, l'appropriation induite de variétés végétales développées par des peuples autochtones et, d'autre part, créent des obstacles pour que ces communautés puissent elles-mêmes obtenir des titres protectifs.

Ce thème ayant déjà été traité de façon générale dans la première partie de cette thèse, il serait intéressant de souligner principalement ici (même succinctement) les éléments d'entrave qui se répètent dans les divers modèles (droits d'auteur, brevet et obtention végétale) et qui correspondent plus précisément au sujet abordé dans cette section, à savoir: la nouveauté et pourquoi pas, la distinction.

Lorsqu'il s'agit d'obtentions végétales, l'objet de la protection est bien évidemment la variété végétale ou la variété de plantes. Une variété végétale consiste en une plante modifiée techniquement et porteuse de caractéristiques spécifiques, inexistantes dans la version naturelle de la plante d'origine. L'accord ADPIC détermine que les membres de l'OMC doivent promouvoir la protection des obtentions végétales soit à travers le régime des brevets, soit à travers un système *sui generis* effectif (spécifique pour les obtentions végétales), soit par une combinaison entre les deux modèles. En effet, face à l'importance économique croissante (à partir des années 1950) de ces obtentions et aux entraves techniques qui créent des difficultés à l'application du régime des brevets dans la protection des variétés végétales, le système de l'UPOV a progressivement gagné en force. Comme il a déjà été dit, la source de la législation brésilienne sur la protection des cultivars -LPC (loi 9456/1997) est justement la convention de l'UPOV<sup>1</sup>. La convention établit des règles de protection des variétés végétales qui sont garanties à travers l'émission d'un certificat d'obtention végétale (COV). Ce système représente une forme *sui generis* de droit de propriété intellectuelle, spécifiquement développée à ce propos. L'UPOV n'exige pas que l'obtention végétale soit strictement une invention. Cela veut dire que de nouvelles variétés peuvent éventuellement être protégées même s'il existe des précédents dans la nature. Au Brésil, il n'y a pas d'exigence formelle de modification d'un spécimen naturel par l'action humaine. Le critère prépondérant, encore une fois, est celui de l'utilité économique ou industrielle. Ceci dit, dans ce genre de législation, la popularité ou l'emploi précédent d'une variété de plante n'est pas un motif suffisant pour écarter la nouveauté prétendue par un entrepreneur. La nouveauté ne sera bloquée effectivement que par l'attestation de l'existence d'exemplaires offerts à la vente. En effet, il

---

<sup>1</sup> Les définitions et les procédures de la LPC ont été héritées de l'UPOV. Le Brésil adhère à l'UPOV en 1999, dans sa version modifiée de 1978.

s'agit plutôt d'une nouveauté commerciale que d'une nouveauté au sens classique du terme. Tenant compte du caractère informel du commerce et de certains trocs intercommunautaires, il est possible de pressentir que les variétés végétales développées à partir de l'effort de communautés autochtones peuvent être aisément considérées nouvelles. Selon la convention de l'UPOV, ce système de protection des obtentions végétales présente un autre concept de nouveauté, formé par la combinaison entre distinction et nouveauté commerciale. Ce dernier concept fait référence à la mise à la disposition du public de la variété, plutôt qu'à la divulgation de sa description (principalement à travers des publications). La condition qui effectivement pourrait davantage se comparer avec la nouveauté des brevets est celle de la distinction de la variété par rapport à d'autres spécimens existants. Une variété est distincte lorsqu'elle est clairement différenciable de toute autre variété notoirement connue au moment de la demande formelle de certification. Cependant, aucune définition impérative de la notion de notoriété de la variété n'est fournie par les conventions UPOV afin de déterminer quelles sont les confrontations nécessaires pour évaluer la distinction et autoriser la délivrance du certificat respectif. Selon l'article 6 (1) (a) de la version de 1978 de la convention:

1) L'obtenteur bénéficie de la protection prévue par la présente Convention lorsque les conditions suivantes sont remplies:

a) Quelle que soit l'origine, artificielle ou naturelle, de la variation initiale qui lui a donné naissance, la variété doit pouvoir être nettement distinguée par un ou plusieurs caractères importants de toute autre variété dont l'existence, au moment où la protection est demandée, et notoirement connue. Cette notoriété peut être établie par diverses références telles que: culture ou commercialisation déjà en cours, inscription sur un registre officiel de variétés effectuée ou en cours, présence dans une collection de référence ou description précise dans une publication. Les caractères permettant de définir et de distinguer une variété doivent pouvoir être reconnus et décrits avec précision.

Malgré le fait que les conventions de l'UPOV, dans les versions 1978 et 1991, autorisent les pays signataires à observer les obtentions végétales obtenues par des communautés traditionnelles et autochtones comme partie intégrantes du cadre de connaissances qui doivent être considérées lors de l'analyse de la distinction, dans la pratique cela n'est généralement pas pris en compte<sup>1</sup>. Cette omission ouvre la voie à l'appropriation induite.

Les études réalisées à propos des variétés végétales traditionnelles affirment qu'il s'agit souvent d'espèces qui possèdent un génome très varié. Cette richesse génétique est obtenue à

---

<sup>1</sup> Voir critères exigés dans le c) Les catégories de brevets et les droits voisins/corrélatifs.

partir du croisement continu entre les plus diverses variétés (le manioc et le maïs sont d'excellents exemples) et l'objectif est d'agrèger le maximum de nouvelles caractéristiques pour que les variétés soient capables de supporter les situations de stress environnemental subies. Malgré la vertu que cela représente si l'on considère la prolifération, la variété des espèces et par conséquent la sécurité alimentaire des communautés qui les engendrent, ces atouts sont également incompatibles avec les conditions d'homogénéité et de stabilité imposées par la loi. Ces conditions ont déjà été expliquées au moment opportun et il ne conviendrait pas de les reprendre ici. Cependant, il est intéressant de noter que, contrairement aux variétés traditionnelles, les variétés végétales produites par les industries d'amélioration végétale sont comparativement beaucoup plus pauvres génétiquement. Le spectre des éléments génétiques présents dans une variété industrielle est limité selon les caractéristiques économiques pertinentes. Les séquences héréditaires qui pourraient éventuellement interférer sur l'uniformité ou la stabilité de l'obtention végétale sont promptement éliminées de la chaîne génétique. Dans le système des obtentions végétales ainsi que dans la ligne de production industrielle, la prévisibilité et l'uniformité sont certainement privilégiées par rapport à la diversité<sup>1</sup>.

Par ailleurs, les versions de 1978 et de 1991 de la convention UPOV ont introduit une autre détermination qui contrarie les intérêts des pays en développement mais surtout ceux des populations traditionnelles et des peuples autochtones. Selon l'article 5 (2) de la convention de 1991:

[*Autres conditions*] L'octroi du droit d'obtenteur ne peut dépendre de conditions supplémentaires ou différentes de celles mentionnées ci-dessus, sous réserve que la variété soit désignée par une dénomination conformément aux dispositions de l'article 20, que l'obtenteur ait satisfait aux formalités prévues par la législation de la Partie contractante auprès du service de laquelle la demande a été déposée et qu'il ait payé les taxes dues.

Ce dispositif empêche expressément que d'autres éléments puissent être introduits dans les législations internes des pays membres de l'UPOV, ce qui rend impossible l'harmonisation entre les intérêts de l'industrie d'obtentions végétale et ceux des peuples autochtones<sup>2</sup>. Si nous

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 99

<sup>2</sup> Comme par exemple un dispositif qui rend obligatoire la présentation d'un document qui puisse prouver que le matériel phytogénétique utilisé dans le processus de développement des variétés végétales a été obtenu légitimement, c'est-à-dire avec le consentement préalable libre et informé, où la répartition des bénéfices a été formalisée sous la forme d'un contrat juste.

ajoutons à cela encore une fois le fait que les sommes pour obtenir et maintenir la protection dans ce système dépassent largement les moyens financiers des peuples autochtones, surtout ceux des pays pauvres et en développement, la faible adhésion des pays africains et la forte critique des pays en développement au système de l'UPOV sont bien compréhensibles. La version 1991 de la convention a été fortement critiquée par les pays en développement. En janvier 1999, les représentants de plus de cinquante pays de l'actuelle Union Africaine se sont réunis avec l'objectif de bloquer la protection de plantes selon les modèles de la propriété intellectuelle jusqu'à ce qu'un système capable de reconnaître les pratiques des communautés indigènes soit mis en place. Malgré les recommandations des représentants des offices de brevets de seize pays africains francophones lors des réunions de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), jusqu'au 15 janvier 2011, seuls la Tunisie et le Maroc avaient adopté la version de 1991, l'Afrique du Sud et le Kenya celle de 1978. Il est important de souligner également que d'autres pays en développement, particulièrement ceux d'Amérique Latine signataires de la version de 1979, sont fortement incités à adopter celle de 1991. Ceci dit, il est possible de conclure préliminairement qu'il existe un réel vide juridique en ce qui concerne l'effective protection des connaissances traditionnelles autochtones et de leurs droits intellectuels.

Par ailleurs, il existe une double pression des organismes internationaux (auxquels les représentants indigènes brésiliens participent encore assez timidement) ouverte à la thématique et fréquentée chaque fois plus par les peuples indigènes des plus diverses régions du monde. Les représentants indigènes affirment, d'une part, que leurs connaissances traditionnelles devraient être davantage prises en compte à l'intérieur même du système de propriété intellectuelle classique et exigent, d'autre part, la réflexion continue afin de matérialiser et de renforcer des systèmes juridiques *sui generis* spécifiquement ajustés à leur réalité concrète. Il est possible d'ajouter à ces revendications la nécessité de stimuler la création de voies permettant la formalisation de contrats ponctuels entre les communautés indigènes et les agents intéressés pour la discussion de solutions particulières. Ces contingences ainsi que les espaces institutionnels de dialogue, de réflexion et de formulation de politiques publiques existants – qui seront abordés ci-après – sont incorporées et commandées par le mouvement indigène et indigéniste international. Comme il est possible de s'en apercevoir, ce mouvement (qui est absolument divers) est capable de structurer ses revendications et ses problématiques avec une relative unité. Cependant, nous ne pouvons pas

perdre de vue que l'analyse en question exige un certain effort de particularisation afin que les solutions puissent être pensées à la lumière des réalités spécifiques.

## **TITRE II. Instruments et mécanismes juridiques internationaux: antagonisme ou opportunité?**

Face au contexte de relative fragilité des mécanismes nationaux et internationaux de protection des droits intellectuels des peuples indigènes, mis en évidence (par les ONG et les peuples eux-mêmes) de façon plus claire et systématique depuis au moins les années 1970, les pays en développement et les représentations indigènes mondiales s'organisent progressivement dans le but d'inscrire des instruments juridiques capables de soumettre en même temps les pays développés (grands consommateurs de produits et expressions originaires des savoirs autochtones) et les pays en développement (grands pourvoyeurs), au respect des droits intellectuels des peuples autochtones sur leurs savoirs, pratiques et ressources traditionnelles.

L'OMC, l'OMPI et l'UNESCO – plus étroitement liées au domaine spécifique de la propriété intellectuelle – l'OIT, le GTPA<sup>1</sup> et la CDB – qui ont également une action directe sur les droits intellectuels des peuples autochtones, malgré leur présence plus concrète dans le champ des droits indigènes ou environnementaux – sont certains des principaux forums de discussion sur la question étudiée.

En ce qui concerne principalement à l'OMC, l'OMPI et l'UNESCO, certaines propositions intéressantes pour des régimes internationaux de protection des connaissances et des pratiques de peuples autochtones et populations traditionnelles commencent à se matérialiser, influencées fortement par la contribution de quelques pays en développement, malgré l'opposition systématique de certains pays développés. Cependant, une critique persiste sur la dynamique d'action chez certains de ces organismes internationaux: très peu d'espace est laissé ouvert à la parole et à la participation effective (cela veut dire présente) des peuples concernés par les instruments juridiques discutés. En effet, malgré un discours qui penche clairement vers l'écoute de peuples autochtones<sup>2</sup> - sa formulation à propos du Consentement Libre, Préalable et Informé étant un excellent exemple - la même critique est

---

<sup>1</sup> En 2006, le Conseil des droits de l'homme (CoDH) de l'ONU a remplacé la Commission des droits de l'homme. La Sous-Commission n'existe donc plus, ni le GTPA. Un Conseil consultatif d'experts du CoDH a succédé à la Sous-Commission mais a perdu certaines de ses compétences. Actuellement il existe encore l'Instance permanente sur les questions autochtones, un organe consultatif auprès du Conseil économique et social, avec un mandat pour discuter des questions autochtones liées au développement économique et social, la culture, l'environnement, l'éducation, la santé et les droits de l'homme.

<sup>2</sup> Et c'est justement pour cela que nous avons choisi de la placer à côté des deux autres forums.



souvent attribuée à l'OIT. Le reproche d'une faible participation indigène, est moins courant lors de la Conférence des Parties de la CDB et était quasi inexistant pour l'ancien GTPA, où l'une des principales prérogatives est justement la contribution directe des peuples autochtones et leurs spécialistes, sans l'exigence de formalismes démesurés.

### **Chapitre 1. Les organismes internationaux et leur position à propos des droits intellectuels indigènes**

#### **Section 1. L'OMC et les ADPIC face aux droits intellectuels indigènes**

Suite à sa création en 1994, l'OMC développe les discussions à propos du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle d'une façon générale. Cet organisme, qui succède au GATT dans la régulation du commerce international, a comme mission principale la coordination des divers accords internationaux qui régissent le système multilatéral du commerce mondial. En 1995 est entré également en vigueur l'ADPIC, qui réitère de façon quasi intégrale le texte de la Convention de Paris afin de la faire valoir sur la totalité des pays membres de l'OMC.

En effet, jusqu'à la création de cette organisation, les œuvres, les savoirs et les ressources traditionnelles pouvaient être librement appropriées à l'intérieur et spécialement à l'extérieur des pays d'origine. Cette appropriation se matérialisait à partir de l'obtention de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, les savoirs et les ressources traditionnelles, dans la mesure où un grand nombre de pays en développement n'avaient pas de législation visant la protection de ces biens ou possédaient une législation qui autorisait l'exclusion des productions intellectuelles autochtones ou traditionnelles de la liste de biens protégés. La création de l'OMC a obligé tous les pays signataires à modifier leurs règles internes relatives à la propriété intellectuelle, selon les critères imposés par l'organisme. Cela a eu un effet spécialement significatif sur les pays en développement. Dans un nombre considérable des cas le résultat concret fut la légalisation locale des pratiques d'appropriation indues des productions intellectuelles autochtones et traditionnelles.

Depuis sa création, l'OMC est l'objet de critiques dans les plus divers secteurs. Parmi ces opposants il est possible de citer les environnementalistes, les indigénistes, les producteurs locaux, les cinéastes et les musiciens hors des grands circuits commerciaux d'une façon

générale, les altermondialistes et même les libéraux, qui lui reprochent de promouvoir non pas le libre-échange, mais la régulation des échanges sous une optique très souvent protectionniste, représentant ainsi plutôt le point de vue mercantiliste de certains milieux d'affaire spécifiques (ou de certains hommes politiques) que celui du marché.

Dans les milieux indigénistes et environnementalistes, on considère de manière presque unanime que l'édition de l'Accord ADPIC a produit des conséquences extrêmement négatives sur les ressources de la biodiversité, les expressions, les connaissances et finalement les droits intellectuels autochtones d'une manière générale. Une des dispositions les plus problématiques de ce texte, comme il a déjà été dit, est l'article 27.3(b).

Article 27 (Objet brevetable):

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité:

b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et micro biologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens.

Ce dispositif ouvre très clairement le chemin à l'appropriation des ressources de la biodiversité et aux connaissances traditionnelles à elles associées. Cet article oblige les États membres de l'OMC à autoriser la délivrance de brevet d'invention pour les micro-organismes, les processus microbiologiques<sup>1</sup> ainsi que pour les processus non biologiques. Par ailleurs, il admet l'exclusion des plantes<sup>2</sup>, des animaux et des processus essentiellement biologiques des matières brevetables. Les processus essentiellement biologiques sont les phénomènes naturels *stricto sensu* pour l'obtention des végétaux ou des animaux. Le dispositif impose, finalement, la protection des variétés végétales par le biais de brevets, d'un « système *sui generis* efficace » ou une « combinaison » entre les deux. En aucun moment l'ADPIC ne définit précisément ce que peut signifier un « système *sui generis* efficace », mais ce qui est certain

---

<sup>1</sup>Selon la directive européenne, 98/44/CE: « L'Art. 2 : 1) Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «matière biologique»: une matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique; b) «procédé microbiologique»: tout procédé utilisant une matière microbiologique, comportant une intervention sur une matière microbiologique ou produisant une matière microbiologique\*.- 2) Un procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux est essentiellement biologique s'il consiste intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection.

\* La matière microbiologique est toute matière biologique qui ne peut être observée qu'avec l'aide d'un microscope, c'est à dire invisible à l'œil nu.

<sup>2</sup> Même s'il n'a pas lieu de breveter il faut trouver une autre forme de protection.

c'est que ce système devra répondre aux exigences imposées à tous les régimes de protection de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire:

- 1) Définition de la matière de protection et la matière exclue de la protection;
- 2) Détermination des titulaires de droits;
- 3) Etablir les limites aux droits conférés;
- 4) Etablir les conditions de la protection des variétés végétales;
- 5) Déterminer les mécanismes administratifs pour effectuer l'enregistrement;
- 6) Fixation du temps de protection; et
- 7) Déterminer les instruments disponibles en cas d'irrégularité.<sup>1</sup>

Comme il a déjà été dit dans la première partie de l'étude, la portée de ce que l'on entend par variété végétale est un des points les plus polémiques dans ce débat. Souvenons-nous que l'ADPIC laisse ouverte finalement la définition à des micro-organismes. Selon la définition purement biologique, les micro-organismes sont des organismes vivants microscopiques - c'est-à-dire qu'ils sont généralement invisibles à l'œil nu – et unicellulaires, qui possèdent des organes fonctionnels à l'intérieur de leurs capsules ou cellules. Ils peuvent être représentés par diverses formes de vie dont les bactéries, les protozoaires, les espèces unicellulaires du règne des « fungi », les algues unicellulaires, les archéobactéries, les eubactéries, les cyanobactéries, les protistes et des animaux tel que le plancton, la planaire et l'amibe. Cependant, même dans ce domaine la définition n'est pas univoque, puisque certains microbiologistes incluent dans cette catégorie les virus, tandis que d'autres ne les considèrent pas comme des êtres vivants.

Dans la pratique, la définition du terme micro-organisme varie selon l'intérêt commercial que l'on a l'intention de garantir. En effet, il s'agit de la seule catégorie, parmi les êtres vivants, que les Etats qui adhèrent à l'OMC ont l'interdiction d'exclure de la brevetabilité. La conséquence immédiate est bien évidemment une forte pression pour la dilatation permanente des limites de sa définition. Les bureaux de brevets américains, japonais et certains européens, par exemple, adoptent une définition de micro-organisme très vaste et qui peut englober les cellules végétales et animales, selon l'intérêt économique en jeu.

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 107

Ce choix n'empêche pas les pays en développement d'aller dans une voie différente et d'opter pour une interprétation plus restrictive des micro-organismes en excluant les cellules végétales et animales. Il est important de souligner encore une fois, que la loi brésilienne sur les brevets par exemple affirme que ne pourront pas être considérées comme invention ou modèle d'utilité – étant donc non brevetables – " tout ou partie des êtres vivants naturels et les matériaux biologiques rencontrés dans la nature, même ceux qui sont isolés, ainsi que le génome ou le plasma germinatif de tout être vivant naturel et les processus biologiques naturels." Cette attitude n'évitera pas pour autant la possibilité de voir des ressources de la biodiversité indûment appropriées ailleurs. <sup>1</sup>

Ces prévisions internationales pour l'octroi de droits de propriété intellectuelle dans le domaine biotechnologique crée d'emblée de significatifs conflits entre l'ADPIC et les objectifs de la CDB. Plusieurs pays en développement comme le Brésil, la Colombie, l'Equateur, le Venezuela, l'Inde, l'Indonésie, la Thaïlande, la Turquie, le Groupe Africain d'une façon générale et même des pays industrialisés tels les Pays-Bas, l'Italie et la Norvège affirment qu'il existe une incompatibilité fondamentale entre l'ADPIC et la CDB en ce qui concerne principalement la titularité de la propriété sur les ressources biologiques, les connaissances et les expressions traditionnelles associées à la biodiversité.

Tandis que la CDB confère aux Etats et aux communautés traditionnelles, respectivement, un droit de propriété sur leurs ressources biologiques et leurs connaissances traditionnelles associées, l'ADPIC reconnaît d'amples droits de propriété sur des inventions biotechnologiques, biomédicales, agrobiotechnologiques en faveur d'institutions privées.<sup>2</sup>

Selon Rodrigues Junior, malgré la résistance des pays riches en biodiversité, lors des négociations de la CDB la plupart des pays industrialisés ont démontré l'intention de voir les ressources biologiques orientées par un régime de « patrimoine commun de l'humanité ». Parallèlement à cela, une pression était exercée pour que les pays en développement mettent en place un système et des mesures nationales efficaces de protection de la propriété intellectuelle, selon les paramètres de la Convention de Berne, du GATT, de l'OMPI, de l'OMC et finalement de l'ADPIC. Tout indique que l'intention des pays riches a prévalu. Malgré les termes de la CDB, les ressources de la biodiversité, ainsi que les connaissances et

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 108

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 109

les expressions autochtones et traditionnelles associées à la biodiversité, conservent dans la pratique la condition de patrimoine commun de l'humanité, tandis que les créations intellectuelles industrialisées retiennent le titre de propriété privée. Cette situation est due principalement au fait que certains pays industrialisés (par exemple les EUA), signataires des deux traités, se réservent l'autonomie d'observer les obligations dérivées de l'ADPIC et de négliger celles qui proviennent de la CDB.<sup>1</sup>

Les exemples concrets occasionnés par ce genre de conflit dans la sphère des droits intellectuels indigènes ont déjà été assez longuement exposés au long de la recherche et il ne conviendrait pas ici de les reprendre. Rappelons juste que le non-respect du principe du Consentement Libre Préalable et Informé (ou éclairé), et de la condition de la Répartition Juste et Equitable des bénéfices économiques provenant de l'utilisation commerciale des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles avec les peuples, communautés et Etats d'origine, représente aussi un indice de mépris pour les priorités élues par la CDB au détriment des intérêts soutenus par l'ADPIC. Selon cet accord, les seules parties habilitées à prélever les bénéfices des ressources de la biodiversité sont les titulaires de droits prévus dans le système de la propriété intellectuelle. Ceux-là ne se confondent certainement pas avec les « gardiens de la biodiversité » reconnus par la CDB. « Pour l'ADPIC, le rôle des communautés traditionnelles dans la conservation des écosystèmes producteurs de ressources bioculturelles immatérielles absorbées dans les processus d'innovation industrielle est sans importance ».<sup>2</sup>

Il existe encore un autre grave problème qui ne peut pas être omis. L'ADPIC se limite à protéger des produits biologiques génétiquement homogènes, ce qui peut être considéré comme une stimulation à la substitution des variétés traditionnelles, riches en termes de biodiversité, par des variétés assez pauvres de ce point de vue. Cette pratique indique en dernière instance l'option pour un modèle qui contribue à l'accélération de l'érosion de la diversité biologique, du patrimoine culturel immatériel et, finalement, des connaissances autochtones associées à la biodiversité.

Malgré ces difficultés, le Brésil ainsi que d'autres pays en développement essayent depuis 2006 de négocier un amendement à l'accord ADPIC, afin de transformer son article 29 bis en un instrument qui puisse effectivement imposer l'exigibilité de certaines prévisions

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem

importantes, déjà existantes dans la CDB, à tous les pays membres de l'OMC. Selon cette proposition de révision, toute délivrance de brevet qui utilise directement ou indirectement des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité ou des ressources de la biodiversité doit être conditionnée à l'obéissance de trois principaux critères:

1° - Révélation du lieu (source) d'origine (peuple, population et pays) de la ressource de la biodiversité et de la connaissance traditionnelle associée à la biodiversité, empruntée (même si de façon indirecte) dans le développement d'une invention.

2° - Exposé des éléments qui démontrent que l'utilisateur des ressources et des connaissances de la biodiversité a effectivement obtenu le Consentement Libre Préalable et Informé des peuples, des populations et des pays d'origine de ladite ressource ou connaissance. Lorsque le pays d'origine n'exige pas la présentation du CLPI, le chercheur ou l'entreprise intéressée doivent eux-mêmes obtenir celui-ci directement auprès du peuple ou de la communauté, afin de démontrer son obtention au moment opportun.

3° - Présentation des évidences (étapes de la négociation) qui démontrent que l'utilisateur a fait (contrat) ou va faire (précontrat) la Répartition Juste et Equitable des bénéfices provenant de la recherche avec les peuples, les populations et les pays d'origine de la ressource ou de la connaissance empruntée pour le développement d'une invention.

Suivant cette proposition d'amendement, toute information incomplète, omission ou démonstration de fraude dans la réalisation des conditions prescrites devraient laisser le brevet en suspens jusqu'à ce qu'elles soient remplies en conformité avec la norme ou entraîner son refus. Selon Rodrigues Junior, la base conceptuelle de cette proposition s'est dessinée dans le but d'imposer des critères d'exigibilité pour « l'adoption de mesures protectrices d'intérêts environnementaux et humains ».<sup>1</sup> Il affirme qu'à première vue la proposition ne présente pas de problèmes substantiels lorsqu'elle est considérée de façon indépendante. Cependant, il

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 307

s'agit en effet d'une intention qui ne possède pas de « vie indépendante », puisqu'elle doit être analysée en concert avec les négociations qui ont lieu au sein de la CDB et de l'OMPI, afin de provoquer la création d'un régime international destiné à trouver des réponses plausibles pour la protection des ressources et des connaissances sur la biodiversité.<sup>1</sup>

## **Section 2. L'OMPI et L'IGC - Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore**

Puisque le thème du champ d'action général de l'OMPI a déjà été traité au long de cette étude, la présente section se destine à faire une analyse plus concise et ponctuelle de l'action spécifique du Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (également connu sous le sigle IGC), ses propositions, ses défis et ses éventuelles contradictions.

Lors de la 26<sup>ème</sup> session (12<sup>ème</sup> session extraordinaire) de l'assemblée générale de l'OMPI, réunie à Genève entre le 25 septembre et le 3 octobre 2000, a été mis en place un groupe de travail afin de discuter certaines questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore. Le document établi à l'occasion affirme formellement pour la première fois au sein de l'OMPI que:

Avec l'émergence des biotechnologies modernes, les ressources génétiques ont acquis une valeur économique, scientifique et commerciale croissante pour toutes sortes de parties prenantes. Les savoirs traditionnels associés à ces ressources ont, en conséquence, attiré partout l'attention d'un plus large public. D'autres créations fondées sur la tradition, telles que les expressions du folklore, ont parallèlement acquis un poids économique et culturel nouveau dans une société de l'information mondialisée.<sup>2</sup>

Cette réunion de l'assemblée a indiqué que l'utilisation des ressources et des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité doivent être réalisées selon une approche qui privilégie la gestion durable de la biodiversité et qui prenne en compte la

---

<sup>1</sup> Idem, p. 308

<sup>2</sup> OMPI. *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*. Code du document : WO/GA/26/6. Genève: 25 août 2000. p. 1.  
Voir [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=1460](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=1460).

répartition juste des avantages qui peuvent découler de leur utilisation. Selon ses propres termes il s'agit de questions qui « occupent actuellement les décideurs dans des domaines très divers : alimentation et agriculture, diversité biologique et environnement, innovation et réglementation en biotechnologie, droits de l'homme, politique culturelle (...), etc. ».<sup>1</sup> Face à la reconnaissance progressive de l'importance de ces questions au plan international, l'OMPI a été incitée par ses États membres à promouvoir la discussion dans le but de créer une réflexion qui puisse « aboutir à une meilleure compréhension, souvent interdépendante, des questions de propriété intellectuelle qui touchent aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore ».<sup>2</sup>

Ceci dit, suite à un cycle préalable de consultations informelles des États membres, l'OMPI suggère qu'il serait convenable de constituer un Comité Intergouvernemental permanent afin de travailler sur le thème de la propriété intellectuelle en rapport avec les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore. L'idée suggérée reflète bien évidemment l'intention principale de s'interroger sur les problèmes et de penser des solutions autour de quelques grands thèmes identifiés et qui exigeaient l'urgente mise en place d'une réflexion plus profonde. Les trois piliers de cette nouvelle réflexion de l'OMPI sur la propriété intellectuelle sont précisément:

- 1- Accès aux ressources génétiques et partage des avantages qui en découlent;
- 2- protection des connaissances traditionnelles et des innovations et de la créativité fondées sur celles-ci, en rapport ou non avec les ressources génétiques; et
- 3- protection des expressions du folklore, artisanat compris.

Le comité a été effectivement installé en 2001 et sa justification institutionnelle fondamentale est la promotion de négociations en vue de parvenir à un accord (ou plusieurs instruments juridiques internationaux) capable de « garantir une protection efficace des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des ressources génétiques ».

Chacun de ces axes thématiques comporte une liste (non exhaustive) de questions et de réflexions identifiées comme prioritaires par les États membres. Comme il a déjà été dit, pour

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Idem



des questions conceptuelles et légales, les expressions du folklore ne peuvent pas être entièrement associées aux expressions culturelles traditionnelles ou autochtones. Cette distinction fondamentale a d'ailleurs été soulignée au cours des sessions du comité. Tenant compte du découpage proposé dans cette recherche et puisqu'il s'agit de mettre l'accent sur les questions qui touchent plus précisément aux droits des peuples indigènes, la présente analyse des thèmes soulevés par l'IGC ne prendra pas en compte les aspects de fond essentiellement liés au folklore.

Effectivement, au long de ses dix ans d'existence (entre 2001 et 2011) l'IGC s'est réuni pendant dix-neuf sessions (la dernière réunion du comité étant celle qui va du 18 juillet au 22 juillet 2011) et depuis sa deuxième session il dirige ses travaux dans le sens de la rédaction de projets normatifs pour la protection des ressources de la biodiversité, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles, qui puissent servir de base pour un accord international à venir. Lors de la deuxième session du comité, le Brésil, le Venezuela, l'Equateur, l'Egypte et le Groupe Africain ont manifesté l'intention de promouvoir une étude qui soit capable de répertorier les éléments nécessaires à la constitution d'un régime *sui generis* de protection de ce qui est génériquement appelé connaissance traditionnelle.<sup>1</sup> Lors de la session suivante, la délégation de la Norvège a présenté la proposition de prendre comme point de départ pour l'élaboration d'un régime *sui generis* international l'article 10bis de la Convention de Paris.<sup>2</sup> Cette initiative des pays en développement, la proposition de la délégation norvégienne ainsi que les recherches de l'IGC dans le champ du droit comparé ont donné naissance, quelques années plus tard (plus spécifiquement lors de la septième session du comité), aux deux premiers projets de disposition type. Un dans la sphère des Savoirs Traditionnels et l'autre dans le champ de la protection des Expressions Culturelles Traditionnelles. Les deux projets ont été construits à partir de la réunion de divers mécanismes juridiques nationaux existants pour la protection de ces catégories, comme par exemple les connaissances et expressions

---

<sup>1</sup> Comme il a déjà été dit, actuellement il existe une certaine différenciation conceptuelle entre les savoirs traditionnels, connaissances indigènes et expressions du folklore.

<sup>2</sup> Article 10bis - Concurrence déloyale : (1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. (2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. (3) Notamment devront être interdits: (i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; (ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; (iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

culturelles traditionnelles sacrées, laïques, secrètes ou publiquement accessibles etc. Par ailleurs, quelques outils du droit occidental classique, comme par exemple certaines règles des régimes de propriété, de responsabilité ou de répression de la concurrence déloyale ont été également intégrés et contribuent à l'élaboration de ces deux projets.<sup>1</sup>

Il serait donc intéressant d'analyser certains des principaux aspects - comme les objectifs, les principes, la matière de protection etc. - des versions actuelles des projets existants élaborés au sein de ce comité. Cet examen permettra de mettre en évidence les réels progrès, les dilemmes et les problèmes pour aboutir aux objectifs prétendus.

### • § 1. **Projet visant à la Protection des Savoirs Traditionnels**

Afin de traiter ce projet, le comité a constitué deux groupes intergouvernementaux de travail composés par d'experts qui mènent des discussions spécifiques à propos de certains thèmes et objectifs espérés. Les dernières révisions et les commentaires portés sur ce projet furent présentés et discutés pendant les séances du 9 au 13 mai 2011, lors de la dix-huitième session de l'IGC. Le premier groupe (GT 1) a indiqué certains aspects liés aux objectifs et aux principes fondamentaux révisés du projet.

Tout d'abord, le texte travaillé par le GT 1 définit, en termes généraux et encore sujets à modifications, les « Objectifs de Politique Générale » suivants:

- 1) [Reconnaitre la valeur] ou [Reconnaitre la nature globale] des savoirs traditionnels, notamment leur valeur sociale, spirituelle, économique, intellectuelle, éducative et culturelle;
- 2) assurer le respect des systèmes de savoirs traditionnels, ainsi que de la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles et spirituelles des détenteurs de savoirs traditionnels qui préservent et perpétuent ces systèmes;
- 3) répondre aux besoins réels [des détenteurs] de savoirs traditionnels;
- 4) promouvoir la conservation et la préservation des savoirs traditionnels;
- 5) [donner des moyens d'action aux détenteurs de savoirs traditionnels et prendre en considération le caractère distinctif des systèmes de savoirs traditionnels];
- 6) soutenir les systèmes de savoirs traditionnels;
- 7) [contribuer à la sauvegarde des savoirs traditionnels];

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 238.

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- 8) réprimer les utilisations déloyales et inéquitables des savoirs traditionnels;
- 9) [tenir compte en permanence des] accords et processus internationaux pertinents;
- 10) [encourager l'innovation et la créativité];
- 11) [veiller à l'application du principe de consentement préalable en connaissance de cause et à des échanges fondés sur des conditions définies d'un commun accord];
- 12) [promouvoir un partage équitable des avantages] ou [promouvoir un partage et une répartition justes et équitables des avantages] découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels;
- 13) [promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes];
- 14) [empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle indus à des tiers non autorisés];
- 15) renforcer la transparence et la confiance mutuelle dans les relations entre les détenteurs de savoirs traditionnels, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, pédagogiques, gouvernementaux et autres qui utilisent des savoirs traditionnels, d'autre part, notamment en favorisant l'adhésion à des codes de conduite éthiques et aux principes régissant le consentement libre en connaissance de cause;
- 16) [apporter un complément à la protection des expressions culturelles traditionnelles]<sup>1</sup>.

Parallèlement, le GT 1 travaille une version actualisée de la liste de « Principes Directeurs Généraux » qui doivent orienter la construction du projet en discussion.

- a) Principe de la prise en considération des besoins et des aspirations des détenteurs de savoirs traditionnels: la protection envisagée doit prendre en considération les attentes et les nécessités des détenteurs de savoirs traditionnels, en appliquant dans la mesure du possible les pratiques, lois et protocoles indigènes et coutumiers. Cette protection doit considérer les aspects culturels et économiques du développement, éviter les actes dégradants et offensants, permettant la pleine participation des détenteurs de savoirs traditionnels. Les mesures adoptées doivent également être considérées comme d'application volontaire du point de vue des peuples autochtones, qui doivent être habilités à appliquer leurs propres formes coutumières et traditionnelles de protection

---

<sup>1</sup> Les éléments compris entre crochets sont encore assez fortement discutés et en construction. Il existe encore plusieurs questions ouvertes et il en aura certainement encore d'autres.

contre l'accès non souhaité à leurs savoirs traditionnels et l'utilisation non autorisée de ceux-ci.

- b) Principe de reconnaissance des droits: les droits des détenteurs de savoirs traditionnels à la protection effective de leurs savoirs contre toute appropriation illicite doivent être reconnus et respectés.
- c) Principe d'efficacité et accessibilité de la protection: les objectifs attendus par les mesures doivent effectivement être réalisés; cela présuppose que les règles doivent être compréhensibles, accessibles et d'un coût également abordable. Toute prévision qui présente une charge supplémentaire pour leurs bénéficiaires est à éviter, compte tenu de l'environnement culturel, social et économique des détenteurs de savoirs traditionnels.
- d) Principe de souplesse et exhaustivité: la protection doit respecter la diversité des savoirs traditionnels détenus par différents peuples et communautés, considérant les différentes situations nationales ainsi que les contextes locaux. Ces mécanismes internationaux laisseront aux autorités nationales une marge de manœuvre suffisante pour déterminer les moyens de mettre en œuvre ces principes dans les mécanismes législatifs internes, tenant compte du fait qu'une protection appropriée peut être assurée à partir d'un large éventail d'instruments juridiques. Ils pourront réunir des mesures à caractère exclusif ou non exclusif autres que les droits de propriété intellectuelle classiques (assortis de mesures visant à améliorer leur application et leur accessibilité concrète), des élargissements ou des adéquations *sui generis* de ces modèles et, enfin, des lois *sui generis* proprement dites. Ces règles pourront être composées de mécanismes défensifs (pour empêcher l'acquisition illégitime de droits de propriété industrielle) et positifs (reconnaissant juridiquement les droits intellectuels des détenteurs de savoirs traditionnels).
- e) Principe d'équité et partage des avantages: la protection doit tenir compte de la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts de ceux qui élaborent, préservent et perpétuent les savoirs traditionnels, et ceux qui les utilisent et en tirent avantage. Elle doit être capable de concilier des enjeux très divers, en respectant le droit qu'ont les détenteurs de ces savoirs d'autoriser ou non l'accès audits savoirs et tenir compte du principe de consentement préalable en connaissance de cause ainsi qu'au partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de leurs savoirs. Lorsque ces savoirs sont associés à des ressources génétiques, la

répartition des avantages doit être fait en conformité aux mesures – elles-mêmes conformes à la CDB – prévoyant le partage des avantages qui peuvent en découler.

- f) Principe de compatibilité avec les systèmes juridiques en vigueur régissant l'accès aux ressources génétiques: la compétence administrative pour obtenir une autorisation d'accès aux ressources génétiques, que celles-ci soient ou non associées à des savoirs traditionnels, doit passer par les gouvernements nationaux, selon les règles établies par les législations nationales. La protection des savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques doit aller de pair avec les lois nationales qui régissent l'accès et le partage des avantages. Ces principes ne pourront pas être interprétés comme une limitation aux droits souverains des États sur leurs ressources naturelles.
- g) Principe de respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et coopération avec lesdits processus: la protection prévue doit être conciliable avec les objectifs d'autres instruments et processus (internationaux et régionaux) sur la matière. Elle ne doit pas porter atteinte à des droits et obligations particuliers déjà garantis par d'autres instruments juridiques contraignants ou par le droit coutumier. Ces mesures ne pourront pas servir de base juridique pour interpréter d'autres instruments ou l'action d'autres instances qui s'occupent du rôle des savoirs traditionnels dans leurs domaines respectifs, notamment le rôle de ces savoirs traditionnels dans la conservation de la diversité biologique.
- h) Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers des savoirs traditionnels : l'usage, les pratiques et les normes coutumiers doivent être préservés. La protection accordée en dehors du contexte traditionnel ne doit pas être en conflit avec l'accès coutumier aux savoirs traditionnels ni avec leur usage et leur transmission coutumiers, et doit respecter et renforcer ce cadre coutumier. Si les détenteurs de savoirs traditionnels le souhaitent, la protection doit promouvoir l'utilisation, le développement, l'échange, la transmission et la diffusion des savoirs traditionnels par les communautés concernées, conformément à leurs lois et pratiques coutumières, compte tenu de la diversité des situations nationales. Aucune utilisation novatrice ou modifiée des savoirs traditionnels au sein de la communauté qui les a élaborés et maintenus en vigueur ne saurait être considérée comme un usage prohibé si cette communauté s'identifie à cette utilisation ou à toute modification qu'elle suppose.
- i) Principe de reconnaissance des caractéristiques spécifiques des savoirs traditionnels: la protection doit être adaptée aux diverses caractéristiques des savoirs traditionnels,

tenant compte de leur environnement traditionnel, le contexte collectif ou communautaire et le caractère intergénérationnel de leur développement, de leur préservation et de leur transmission, leur relation avec l'identité et l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté et enfin, leur évolution constante au sein de la communauté concernée.

- j) Principe de fourniture d'une assistance en vue de répondre aux besoins des détenteurs de savoirs traditionnels: Il est essentiel de fournir tout le soutien nécessaire aux détenteurs de savoirs traditionnels, afin qu'ils puissent renforcer leurs capacités juridico-techniques et établir l'infrastructure institutionnelle dont ils ont besoin pour faire usage et jouir concrètement des mécanismes de protection prévus. Cela comprend, par exemple, la construction de systèmes de gestion collective de leurs droits, la tenue de registres de leurs savoirs traditionnels, etc.<sup>1</sup>

Finalement, le projet de protection des savoirs traditionnels de l'IGC prévoit certains « Principes de Fond » ou « Dispositions de Fond ». Ces dispositions de fond sont déjà bâties sous la forme d'articles proprement dits. Les articles sont actuellement construits, discutés et corrigés assez profondément au sein d'un deuxième groupe de travail (GT 2) à l'intérieur du Comité. Les quatorze articles prévus jusqu'à présent servent à définir entre autres choses la matière de protection, les formalités pour l'obtention de la protection, la titularité, les droits conférés, les droits moraux, les exceptions aux droits conférés, la durée de ces droits et l'organisation des mécanismes de support aux communautés traditionnelles et peuples autochtones afin de permettre la réalisation des objectifs et principes prévus.

Comme il est possible de l'observer par l'accompagnement des manifestations au long des sessions du comité, ces dispositions de fond, à l'exemple des objectifs et des principes généraux, sont en pleine construction et suscitent encore de larges débats à l'intérieur de l'IGC. Une version récente (Annexe) de mise en forme de ce projet sur la protection des savoirs traditionnels a été néanmoins présentée avec la prévision des articles suivants: 1. Protection contre l'appropriation illicite; 2. Forme juridique de la protection; 3. Portée générale de l'objet; 4. Droit à la protection; 5. Bénéficiaires de la protection; 6. Partage des avantages juste et équitable et reconnaissance des détenteurs de savoirs; 7. Principe du

---

<sup>1</sup> Document OMPI. Code du document : WIPO/GRTKF/IC/18/5 - Annexe, pg. 12 - 15. Accessible sur : <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/index.html>.

consentement préalable donné en connaissance de cause; 8. Exceptions et limitations; 9. Durée de la protection; 10. Mesures transitoires; 11. Formalités; 12. Compatibilité avec le cadre juridique général; 13. Administration et application de la protection; 14. Protection internationale et régionale.

Compte tenu le caractère provisoire de ces dispositifs et des imprécisions conceptuelles auxquelles se confrontent encore les experts de l'IGC, il serait inutile de faire une analyse détaillée de chacun de ces articles. Face à ces tâtonnements transitoires et aux incertitudes qui rendent le projet encore relativement flou, limiter l'observation à certains éléments marquants du projet semble être plus cohérent.

### ▪ A. Matière de protection.

Toute forme de savoir traditionnel provenant de l'activité intellectuelle des communautés traditionnelles ou des peuples autochtones dans les plus divers domaines. Ceci dit, ce projet de l'IGC ne se limite pas à protéger les activités liées aux savoirs traditionnels sur la biodiversité et doit couvrir les modalités suivantes de connaissances traditionnelles:

- t) Celles qui sont créées, préservées et constituées dans des contextes traditionnels et transmises de génération en génération;
- tt) celles qui sont rattachées ou reconnues comme appartenant à une communauté traditionnelle ou un peuple autochtone, qui les préservent et les transmettent au long des générations;
- ttt) celles qui sont rattachées à l'identité culturelle d'une communauté traditionnelle ou d'un peuple autochtone, dans la mesure où un de ces groupes ou peuples est reconnu comme le détenteur des savoirs en question et exerce la garde, la conservation, la titularité collective ou la responsabilité culturelle sur ce patrimoine.<sup>1</sup>

### ▪ B. Forme juridique de la protection et formalités pour son obtention.

Les termes du projet de l'IGC n'imposent aucune condition fixe pour qu'une communauté ou peuple puisse obtenir la protection du savoir traditionnel invoqué. Le projet laisse ouvert aux Etats la possibilité d'établir des mécanismes d'enregistrement qui puissent

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 241

doter le système de protection des savoirs traditionnels d'un caractère administrativement transparent, efficace et fonctionnel.

▪ **C. Titularité.**

La titularité doit appartenir à celui qui détient ou qui est reconnu comme le détenteur, qui conserve et développe des savoirs traditionnels. Dans le cas d'un savoir détenu par une pluralité de communautés ou peuples, toutes ces collectivités doivent avoir le droit à la titularité simultanément garanti.

▪ **D. Droit conférés.**

Il s'agit tout d'abord de la reconnaissance de la titularité de droits liés aux savoirs traditionnels détenus par une communauté ou un peuple autochtone. Cette reconnaissance doit ouvrir l'espace au droit de protection contre l'accès non souhaité à leurs savoirs traditionnels et l'utilisation non autorisée de ceux-ci. Ces communautés et peuples doivent avoir ensuite le droit de conditionner tout accès et utilisation de ces savoirs à l'observation des critères du consentement libre préalable et informé et à la prévision d'une contrepartie ou d'un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de leurs savoirs. Il est important de souligner que les communautés et les peuples doivent également avoir le droit de refuser l'accès et l'utilisation des savoirs traditionnels s'ils considèrent que cela pourrait porter atteinte à une des possibles dimensions spéciales du savoir (par exemple la dimension du secret, sacré etc.). Finalement, le projet de l'IGC prévoit l'attribution des droits moraux sur les connaissances traditionnelles, ce qui oblige tout utilisateur de ces connaissances à reconnaître publiquement la communauté ou le peuple-source des savoirs qui ont été directement ou indirectement empruntés.<sup>1</sup> Certains représentants des Etats membres affirment que la mention du pays d'origine de ces savoirs doit également être consignée lors de toute utilisation du savoir au-dehors des contextes locaux.

▪ **E. Durée de la protection.**

Selon les contours du projet en élaboration par l'IGC, la protection accordée doit perdurer aussi longtemps que les savoirs traditionnels remplissent les conditions de protection décrites

---

<sup>1</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. Idem, p. 243



dans la disposition relative à la "matière de protection". Ceci dit, les savoirs traditionnels doivent être protégés aussi longtemps qu'ils préservent, qu'ils détiennent, qu'ils conçoivent et que persistent des liens d'identité culturelle fondés sur le sentiment de connexion du peuple avec ce savoir. L'IGC réfléchit aussi à la construction d'une énonciation plus extensive encore, afin d'accorder une protection perpétuelle à ce genre de savoir. Les règles nationales de protection doivent faire cet examen en dernière instance. Selon l'article 9 du projet:

1. La protection d'un savoir traditionnel contre toute appropriation illicite doit durer aussi longtemps que ce savoir remplit les critères de protection applicables en vertu de l'article 4.
2. Si les autorités compétentes prévoient, par des mesures nationales ou régionales, une protection des savoirs traditionnels supplémentaire ou plus longue que celle qui est prévue dans les présents principes, la durée de cette protection devra être précisée dans ces lois ou mesures.

Tels sont les principaux contours du projet qui vise à la protection des savoirs traditionnels. Le deuxième projet, qui prend en effet plusieurs références conceptuelles (objectifs, principes) de celui-ci, aborde fondamentalement la question des expressions culturelles traditionnelles.

### • § 2. Projet visant à la Protection des Expressions Culturelles Traditionnelles

La base de l'actuelle version de ce projet a été établie lors de la dix-septième session de l'IGC, à partir des contributions parues dans les réunions du premier groupe de travail intersessions (GT 1) qui se sont tenues du 19 au 23 juillet 2010. Ensuite, le GT a été subdivisé en six groupes de rédaction afin d'organiser des projets d'articles sur les expressions culturelles traditionnelles, tenant compte des propositions et commentaires de Etats membres. La dernière version révisée (annexe) fut présentée lors de la dix-huitième session du comité (9-13 mai 2011) et c'est à partir d'elle, principalement, que repose la présente analyse. Comme il a été dit, plusieurs aspects de ce projet coïncident avec le précédent. Les points homologues seront donc juste cités.

En ce qui concerne les objectifs, la protection des expressions culturelles traditionnelles devrait viser les éléments suivants:

- 1) Reconnaître la valeur des expressions culturelles traditionnelles: reconnaître que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles considèrent que leur patrimoine culturel a une valeur intrinsèque, notamment sur les plans social, culturel, spirituel, économique, scientifique, intellectuel, commercial et éducatif, et tenir

compte du fait que les cultures traditionnelles constituent des cadres d'innovation et de créativité qui bénéficient aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, ainsi qu'à l'humanité tout entière;

- 2) assurer le respect des expressions culturelles traditionnelles;
- 3) répondre aux besoins réels des communautés;
- 4) empêcher l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des expressions culturelles traditionnelles;
- 5) donner des moyens d'action aux communautés: d'une façon équilibrée et équitable, mais en donnant effectivement aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles les moyens d'exercer d'une manière efficace leurs droits et d'avoir la maîtrise de leurs propres expressions culturelles traditionnelles;
- 6) soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire;
- 7) contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles;
- 8) encourager l'innovation et la créativité dans les communautés;
- 9) promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables;
- 10) contribuer à la diversité culturelle;
- 11) promouvoir le développement [communautaire] des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles et les activités commerciales légitimes: lorsque les peuples autochtones, les communautés traditionnelles et leurs membres le souhaitent, promouvoir l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles aux fins du développement [communautaire] de ces peuples et communautés, en reconnaissant qu'elles constituent un bien des communautés qui s'identifient à elles, par exemple en favorisant le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des créations et des innovations fondées sur la tradition;
- 12) renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle : renforcer la sécurité, la transparence, le respect mutuel et la compréhension dans les relations entre les peuples et communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, gouvernementaux, éducatifs et autres qui utilisent les expressions culturelles traditionnelles, d'autre part.

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Pareillement, les principes directeurs généraux de ce projet sont quasiment les mêmes du projet sur les savoirs traditionnels, à savoir:

- a) Prise en considération des aspirations et des attentes des communautés;
- b) équilibre;
- c) respect des accords et instruments internationaux et régionaux;
- d) souplesse et exhaustivité;
- e) reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle ;
- f) complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels ;
- g) respect des droits et obligations envers les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ;
- h) respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ;
- i) efficacité et accessibilité des mesures de protection.

Finalement, les dispositions de fond élaborées comportent les articles suivants :

Article 1<sup>o</sup> - Objet de la protection : « expressions culturelles traditionnelles » signifie toute forme tangible ou intangible dans laquelle la culture et les savoirs traditionnels sont exprimés et transmis. Cela inclue une liste vaste et non-exhaustive d'éléments comme par exemple : les expressions phonétiques ou verbales, telles que les histoires, épopées, légendes, poèmes, énigmes et autres récits; mots, signes, noms et symboles; les expressions musicales ou sonores, telles que chansons, rythmes et musique instrumentale, les sons qui sont l'expression de rituels; les expressions corporelles, telles que les danses, les pièces de théâtre, les cérémonies, les rituels, les rituels dans des lieux sacrés et lors de pèlerinages, les sports et les jeux traditionnels, les spectacles de marionnettes et autres représentations, qu'elles soient fixées ou non; les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art, les produits artisanaux, les œuvres de mascarade, l'architecture et les formes spirituelles tangibles et les lieux sacrés etc.

La protection prévue doit s'étendre à toute expression culturelle traditionnelle qui est le produit caractéristique d'un peuple, d'une communauté ou des nations définis dans le 2<sup>ème</sup> article du projet. Ces expressions révèlent le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective. Finalement, le choix des termes désignant l'objet de la

protection doit être arrêté, en dernière instance, aux niveaux national, régional et sous régional.

Article 2 – Bénéficiaires : cet article provoque beaucoup de débat et il existe encore des options pour délimiter les bénéficiaires. La polémique persiste puisqu'il n'existe pas encore de concordance en ce qui concerne les différentes strates de communautés. De manière générale, ce sont des peuples, communautés et nations autochtones, et des communautés culturelles locales ainsi que les membres de ces communautés.

Article 3 – Etendue de la protection: cet article possède aussi quelques variantes. L'article affirme que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles doivent avoir le droit d'autoriser ou d'interdire la fixation, la reproduction, l'interprétation ou exécution en public, la traduction ou l'adaptation, la mise à la disposition ou la communication au public et la distribution des expressions culturelles traditionnelles autres que les mots, signes, noms et symboles. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles qui sont des mots, signes, noms ou symboles, leurs détenteurs doivent avoir le droit d'autoriser ou d'interdire toute utilisation à des fins commerciales, autre que leur usage traditionnel, l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle, l'offre à la vente ou la vente d'articles qui sont faussement représentés comme étant des expressions culturelles traditionnelles émanant des bénéficiaires définis à l'article 2, toute utilisation qui discrédite, offense ou donne faussement l'impression d'un lien avec les bénéficiaires ou qui les méprise ou les dénigre. Dans le cas où l'utilisateur non autorisé d'une expression culturelle traditionnelle s'est efforcé, en toute bonne foi, de localiser le bénéficiaire des droits et n'y est pas parvenu, le bénéficiaire aurait uniquement droit à une rémunération ou un partage équitable des avantages. S'agissant des expressions culturelles traditionnelles qui sont tenues secrètes par les bénéficiaires, des mesures juridiques et pratiques adéquates et efficaces devraient être prises pour qu'ils aient les moyens d'empêcher toute fixation, divulgation, utilisation ou autre exploitation non autorisée de ces expressions.

Article 4 – Gestion collective des droits : la gestion collective des droits prévus à l'article 3 incombe aux bénéficiaires. Ils peuvent néanmoins autoriser une administration compétente nationale, régionale ou locale (désignée à cet effet) à les aider à faire cette gestion. Lorsqu'une autorisation est délivrée, l'administration compétente peut : i) accorder des licences uniquement après des consultations appropriées avec les bénéficiaires et l'obtention de leur consentement en connaissance de cause ou avec l'approbation et la participation des bénéficiaires conformément à leurs systèmes traditionnels de prise de

décisions et de gestion des affaires publiques; ii) percevoir les avantages monétaires ou non monétaires découlant de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles, étant entendu que ces avantages doivent être transmis directement par l'administration compétente aux bénéficiaires concernés ou utilisés dans leur intérêt et dans la préservation des expressions culturelles traditionnelles. A la demande des bénéficiaires et en concertation avec ceux-ci, l'administration compétente peut : i) mener des activités de sensibilisation, d'éducation, de conseil et d'orientation; ii) surveiller l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles afin de veiller à ce qu'il en soit fait un usage loyal et approprié; iii) définir des critères permettant de déterminer les avantages monétaires ou non monétaires; et iv) contribuer à toute négociation relative à l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles. Il existe encore des suggestions pour que cette administration compétente fasse des rapports périodiques à l'OMPI avec de informations sur ses actions, notamment sur la répartition des avantages découlant de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles.

Article 5 - Exceptions et limitations : Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles devraient être telles qu'elles ne restreignent pas la création, l'usage coutumier, la transmission, l'échange et le développement des expressions culturelles traditionnelles par les bénéficiaires au sein de communautés et entre celles-ci. Selon ce projet de l'IGC, les mesures de protection doivent donc porter uniquement sur les utilisations des expressions culturelles traditionnelles qui ont lieu en dehors des communautés bénéficiaires ou en dehors du contexte traditionnel ou coutumier.

Il appartient aux législations nationales, conformément à la Convention de Berne et au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, de prévoir des exceptions et d'autoriser l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles protégées dans certains cas spéciaux, pour autant que cette utilisation ne porte pas atteinte à l'utilisation normale des expressions culturelles traditionnelles par les bénéficiaires ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires. Les parties peuvent adopter des limitations ou exceptions appropriées, pour autant que l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles soit compatible avec l'usage loyal, mentionne la communauté autochtone ou locale lorsque c'est possible et ne soit pas offensante pour la communauté autochtone ou locale. Sauf en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles secrètes contre leur divulgation, dans la mesure où un acte serait autorisé en vertu de la législation interne à l'égard des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des signes et symboles protégés par le droit des marques, cet acte ne sera pas interdit par la protection des expressions culturelles traditionnelles, pour autant que ces

exceptions à la protection des expressions culturelles traditionnelles se limitent à certains cas spéciaux qui en portent pas atteinte à l'utilisation normale des expressions culturelles traditionnelles par les bénéficiaires ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires. Selon les termes du projet, qu'ils soient déjà autorisés en vertu de l'alinéa 2 ou non, les actes suivants devraient être autorisés : i) la réalisation d'enregistrements et d'autres reproductions des expressions culturelles traditionnelles en vue de leur incorporation dans des archives ou un inventaire ou de leur diffusion à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturel; et les utilisations occasionnelles; et b) la création d'une œuvre originale par les bénéficiaires ou en association avec ceux-ci empruntée à des expressions culturelles traditionnelles.

Article 6 - Durée de la protection : Une première option de dispositif élaboré dans le projet affirme que la protection des expressions culturelles traditionnelles devrait durer aussi longtemps que ces expressions satisfont aux critères de protection indiqués à l'article premier. La protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles contre toute déformation, mutilation ou autre modification ou contre toute atteinte réalisée dans le but de leur porter préjudice ou de nuire à la réputation ou à l'image de la communauté, des peuples et communautés autochtones ou de la région à laquelle elles appartiennent, a une durée indéterminée. Les expressions culturelles traditionnelles secrètes continuent de bénéficier de la protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles divulguées aussi longtemps qu'elles satisfont aux critères de protection indiqués à l'article premier. Par contre, une deuxième option affirmerait que la durée de la protection doit être limitée dans le temps, du moins en ce qui concerne les aspects économiques des expressions culturelles traditionnelles. Sur ce point également il n'existe encore aucune certitude qui puisse permettre de savoir qu'elle version pourra avoir la force juridique et politique de l'emporter.

Article 7 – Formalités : D'une manière générale, la protection des expressions culturelles traditionnelles n'est soumise à aucune formalité.

Article 8 - Sanctions, moyens de recours et exercice des droits : selon l'option 1 du projet, les Parties contractantes s'engagent à adopter, selon leurs besoins et conformément à leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent instrument. Dans ce cas, les Parties contractantes prennent contre les atteintes commises délibérément ou par négligence aux intérêts d'ordre économique ou moral des bénéficiaires des mesures propres à éviter toute atteinte ultérieure. Les moyens de recours pour sauvegarder

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

la protection reconnue dans le présent instrument doivent être régis par la législation du pays où la protection est réclamée.

Par ailleurs, une deuxième option du projet porte des prévisions beaucoup plus strictes, en affirmant que des mécanismes d'exécution et de règlement des litiges, des mesures à la frontière, des sanctions et des moyens de recours accessibles, appropriés et adéquats, y compris des voies de recours pénales et civiles, doivent être prévus en cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Si une administration compétente est désignée selon les termes de l'article 4, elle peut, de surcroît, être chargée de conseiller et d'aider les bénéficiaires visés à l'article 2 en matière d'application des droits et d'intenter les actions prévues. Les moyens de recours pour sauvegarder cette protection doivent être régis par la législation du pays où la protection est réclamée. Dans les cas où ces expressions traditionnelles sont communes à plusieurs pays ou à des peuples et des communautés autochtones vivant dans des pays différents, les Parties contractantes doivent collaborer et contribuer à faciliter l'application des mesures d'exécution prévues dans le projet. Il existe encore une prévision pour la création d'un « article 8bis », qui propose le règlement extrajudiciaire des litiges. Ce mécanisme garantirait que lorsqu'un litige survient entre les bénéficiaires ou entre les bénéficiaires et les utilisateurs d'une expression culturelle traditionnelle, chaque partie a le droit de renvoyer la question à un mécanisme de règlement des litiges indépendant et reconnu par la législation internationale ou nationale/interne, tel que le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI.

Article 9 - Mesures transitoires : les discussions sur cet article portent principalement sur l'applicabilité des présentes dispositions à toutes les expressions culturelles traditionnelles qui, au moment de l'entrée en vigueur de ces dispositions, satisfont aux critères énoncés, ou si les actes à l'égard des expressions culturelles traditionnelles entreprises avant l'entrée en vigueur des présentes dispositions et qui ne seraient pas autorisés ou qui seraient régis d'une autre manière par ces dispositions doivent être mis en conformité avec les dites dispositions dans un délai raisonnable à compter de l'entrée en vigueur des présentes dispositions, tout en respectant les droits antérieurement acquis par des tiers. De toute façon, si les droits de propriété intellectuelle sur des expressions culturelles traditionnelles revêtant une importance particulière pour les communautés bénéficiaires sont retirés aux dites communautés, ces dernières doivent être habilitées à recouvrer leurs droits.

Article 10 - Lien avec la protection de la propriété intellectuelle et d'autres formes de protection, de préservation et de promotion :

Option 1 - La protection d'une expression culturelle traditionnelle selon les présentes dispositions complète la protection et les mesures applicables à ladite expression et à ses adaptations conformément au droit international en vertu des instruments internationaux relatifs à la propriété intellectuelle ainsi que des autres instruments et plans d'action juridiques pertinents de protection, de préservation et de promotion du patrimoine culturel et de la diversité des expressions culturelles. En dépit de ce qui est stipulé dans cet instrument, les expressions culturelles traditionnelles doivent être protégées sans limite de temps pour la sauvegarde du patrimoine culturel tangible et intangible des peuples autochtones.

Option 2 - La protection prévue par le présent instrument doit laisser intacte et ne doit affecter en aucune façon la protection prévue par les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, aucune disposition du présent instrument ne peut être interprétée comme portant préjudice à la dite protection.

Article 11- Traitement national : Les droits et avantages découlant de la protection des expressions culturelles traditionnelles en vertu de mesures ou de lois nationales qui donnent effet aux présentes dispositions internationales doivent être octroyés à tous les bénéficiaires remplissant les conditions requises qui sont des ressortissants ou des résidents d'un pays conformément aux obligations ou engagements internationaux. Les bénéficiaires étrangers qui remplissent les conditions requises doivent jouir des mêmes droits et avantages que les bénéficiaires qui sont ressortissants du pays de la protection, ainsi que des droits et avantages spécialement prévus par les présentes dispositions internationales.<sup>1</sup>

Telles sont les principales prévisions discutées dans l'IGC pour la création de normes internationales qui puissent traiter de manière plus spécifique la question des savoirs et des expressions des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. En ce qui concerne la matière des ressources génétiques, qui semble être un des points les plus délicats travaillés au sein de ce comité, aucun projet type n'a encore été mis au point de forme concise et organisée. Il existe néanmoins deux groupes de travail, subdivisés à leur tour en sous-groupes, qui se concentrent sur la construction d'un futur projet pour les ressources génétiques. En ce moment ces groupes se focalisent sur certaines options concernant la protection défensive des ressources génétiques (basées sur l'inventaire des bases de données et des sources d'information sur les ressources génétiques), sur un système d'information sur les ressources

---

<sup>1</sup> OMPI. Document : WIPO/GRTKF/IC/18/4 (Rev). Annexe, page 4.



génétiques aux fins de la protection défensive, sur les principes directeurs et les recommandations de fond concernant la protection défensive, sur la mise au point d'une obligation de divulgation de la détention ou titularité de ces ressources, ainsi que sur des études à propos de pratiques nationales, régionales et locales en matière de concession de licences sur les ressources génétiques. Il s'agit pourtant d'une étape préparatoire afin de pouvoir envisager prochainement la construction d'un projet de régime ou de mécanismes juridiques imposable.

Les propositions en vue de la protection des systèmes de savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques de la biodiversité associées aux savoirs traditionnels partagent, généralement, certaines caractéristiques communes. Parmi ces caractéristiques communes il est possible de mettre l'accent sur la nécessité de démontrer l'obtention du consentement libre préalable et informé et de permettre une répartition juste et équilibrée des résultats de leur utilisation, sur la nécessité de formuler des mécanismes de protection de droits capables de couvrir un éventail assez large de situations juridiques, politiques, historiques, sociales et éthiques, sur la nécessité de créer, parallèlement aux mécanismes proprement dits, des stratégies administratives, fonctionnelles et d'accompagnement dans les plus divers secteurs et qui puissent effectivement permettre la viabilité opérationnelle et l'efficacité appliquée des objectifs prévus dans ces instruments à venir.

Par ailleurs, il est possible d'observer que ces initiatives normatives rencontrent aussi des défis, des contradictions et des problèmes communs. Selon certains auteurs qui étudient ce thème, les principaux défis soulevés par ce genre d'essai normatif est de réussir à prendre en compte une titularité partagée entre plus d'une communauté, peuple ou Nation. Les propositions de l'OMPI, ainsi que celles de la CDB, visent à surmonter les barrières imposées par les régimes conventionnels de propriété intellectuelle. Dans cette perspective, les mécanismes proposés tentent de canaliser la reconnaissance et l'attribution de droits sur la représentation juridique des communautés, des peuples et des Nations, à la place des auteurs individuels quasi exclusivement considérés dans les régimes classiques de protection. Le simple déplacement du lieu de la titularité des droits de propriété intellectuelle, passant du strictement individuel vers un collectivisme idéalisé, serait-il réellement capable de supplanter l'embarras lié au fait qu'il existe une gamme beaucoup plus vaste de systèmes de propriété et aussi d'appropriation et d'utilisation des ressources, des savoirs et des expressions culturelles ? La création d'un système international, de protection des droits intellectuels

(calqué sur le régime occidental de propriété) des communautés, des peuples et des nations indigènes ne représenterait-elle pas l'occupation d'encore un bastion de ces univers si singuliers ? Et comment les protégerait-on donc sans en imposer des normes ? Une des issues envisagées pour essayer de répondre à ce type de doute va dans le sens de l'exploration du champ des libertés contractuelles. Dans quelle mesure les contrats seraient-ils capables de fournir des solutions intéressantes et pourraient être conclus au cas par cas, prenant en considération chaque localité et chaque moment spécifique.

Il existe encore d'autres questions récurrentes dans ces forums, liées par exemple au terme de protection (limité ou perpétuel) ou à l'invasion de la sphère d'action d'autres forums et instruments internationaux, nationaux et locaux déjà existants et en vigueur. L'Unesco, par exemple, est également un de ces espaces de revendication et d'établissement de droits, dans un champ qui peut coïncider souvent avec la matière discutée par certains projets de protection des expressions culturelles traditionnelles en construction dans le comité intergouvernemental de l'OMPI.

### **Section 3. L'UNESCO et la variable culturelle: Culturalisme ou Libre Marché.**

En 2001, fut adoptée à l'unanimité, lors de la 31<sup>ème</sup> section de la Conférence générale de l'Unesco, la « Déclaration Universelle sur la Diversité Culturelle ». Selon l'Unesco elle-même, l'adoption de cette Déclaration constitue le fondement d'une nouvelle éthique. Un tel instrument normatif représente un pas significatif de la part de la communauté internationale dans le sens du maintien de la paix et d'un développement respectueux de la diversité et du dialogue interculturel.

Lors de la 33<sup>ème</sup> section, en 2005, également dans le cadre de la Conférence générale de l'Unesco, fut approuvée, et aussi presque à l'unanimité, la « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles »<sup>1</sup>. L'adoption de cette Convention

---

<sup>1</sup> Cette convention est soutenue par l'Union Européenne et le Canada et a comme principal objectif la préservation de la diversité culturelle, par le biais de la promotion des traditions ethniques et des idiomes minoritaires, ainsi que la protection des cultures locales contre les effets adverses de la mondialisation. Les EUA se sont maintenus en situation d'isolement. Ils allèguent que la Convention sera utilisée pour créer des barrières commerciales à l'exportation de produits culturels, tels les films et la musique, en restreignant

s'ajoute aux actions normatives de l'Unesco, avec le but de préserver la diversité culturelle, dans toutes ses manifestations, particulièrement, les deux piliers de la culture : le patrimoine et les créations contemporaines.

### • § 1. Qu'est-ce que la diversité culturelle?

L'article 3 de la « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », affirme que la « diversité culturelle » est une multiplicité de formes par lesquelles la culture des groupes et des sociétés s'exprime. Ces expressions sont transmises au sein des groupes et des sociétés, ainsi qu'entre elles. La diversité culturelle se manifeste de façon très variable, à partir des moyens d'expression, d'enrichissement et de transmission du patrimoine culturel de l'humanité. La variété des expressions culturelles s'observe aussi dans les modes de création artistique, de production, de diffusion et de jouissance des expressions culturelles, selon des moyens et des technologies propres à chaque groupe ou société considérée.

Le même article définit par la suite le « contenu culturel », en affirmant que celui-ci renvoie à un sens symbolique, à une dimension artistique et à des valeurs culturelles qui ont (ou expriment) leur origine dans les identités culturelles. Les « expressions culturelles » sont définies à leur tour comme les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, avec un contenu culturel. Les « activités », « les biens et les services culturels » sont les activités, les biens et les services qui, à partir du moment où ils sont observés selon le prisme de leurs qualités, de leurs utilisations ou de leurs finalités spécifiques, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qui puisse leur être attribuée. Les activités culturelles peuvent avoir une

---

indirectement les libertés d'expression. Le scrutin compta 148 voix favorables contre 2 défavorables: les Etats-Unis et Israël. L'ambassadrice nord-américaine, Louise Oliver déclara que son pays considère qu'il est très « important que l'Unesco et les leaders mondiaux puissent assurer que la convention ne deviendra pas un outil de plus pour créer une entrave aux biens et les services destinés à pénétrer les marchés en développement (...) ». Les Etats-Unis se sont encore une fois mis en position d'isolement, à peine deux ans après avoir réintégré l'agence culturelle de l'ONU, suite à une absence de 19 ans due à de nombreux désaccords entre le Gouvernement américain et l'Unesco. Selon la *Folha de São Paulo* du 21.10.2005, p. B9, « Un accord culturel est approuvé avec les EUA en position d'isolement ». Le Brésil a défendu la position intermédiaire, entre la libéralisation totale du commerce de biens culturels, drapeau brandi par les EUA, et le protectionnisme défendu par la France et le Canada, mais a fini par se positionner favorablement au texte de la convention. Timothy Craddock, ambassadeur britannique à l'Unesco, s'est manifesté au nom de l'Union Européenne et a salué l'approbation du texte. Il affirma que, « suite à cette convention, la diversité culturelle, qui est actuellement menacée, spécialement dans les pays pauvres, deviendra un droit que nous partagerons tous ». Cette convention est entrée en vigueur le 18 mars 2007.

finalité en soi, ou encore, elles peuvent contribuer à la production de biens et de services culturels.

On dénomme « industries culturelles » les industries qui produisent ou distribuent les biens et les services culturels ci-dessus définis. Les « politiques et les mesures culturelles » correspondent, tout simplement aux politiques et aux mesures relatives à la culture, au niveau local, régional, national, ou bien international. Elles peuvent être centrées sur la culture en tant que telle ou elles peuvent être destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, des groupes et des sociétés, voir même sur la création, la production, la diffusion et la distribution des activités de biens et de services culturels et leur accès. La « protection » signifie l'adoption de mesures qui visent à la sauvegarde, à la défense, à la valorisation et à la promotion de la diversité des expressions culturelles. « L'interculturalité », enfin, se réfère à l'existence et à l'interaction équilibrée des diverses cultures, ainsi qu'à la possibilité de produire des expressions culturelles partagées par le dialogue et sur les bases d'un respect mutuel.

• **§ 2. L'importance de la reconnaissance internationale de la diversité culturelle.**

Lors de l'adoption des mécanismes internationaux, l'Unesco reconnaît que la diversité culturelle est un fait. Le monde, selon les données de l'Unesco elle-même, compte plus de 6.000 communautés et la même quantité de langues. Cette altérité donne naturellement lieu à plusieurs visions, valeurs, croyances, pratiques et expressions, qui méritent toutes le respect et la dignité. La diversité culturelle correspond à notre réalité quotidienne. Les chiffres de la migration internationale ne cessent d'augmenter chaque année. Selon le Rapport International de la Migration de l'ONU, de l'an 2002, le nombre de migrants a doublé depuis l'année 1970. Environ 175 millions de personnes vivent en dehors de leur pays de naissance et, pour dix personnes qui vivent dans des pays industrialisés, une est immigrée. Les causes de ces migrations peuvent être les plus diverses (politiques, économiques, choix personnel). Il est désormais inévitable de constater que l'hétérogénéité et la confrontation à l'altérité augmentent significativement.

L'acceptation de la « diversité culturelle » est la représentation incontestable du respect de certains droits fondamentaux : la culture est l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui configurent une société ou un groupe social. La culture englobe, au-delà des arts et des lettres, une façon de vivre ensemble, un système de valeurs, des traditions et des croyances. Cela veut dire que respecter et faire respecter la culture sont

des comportements qui s'insèrent, selon l'Unesco encore une fois, dans l'enceinte des droits humains. La diversité culturelle implique également le respect des libertés fondamentales, comme la libre-pensée, la liberté de conscience, de religion, d'opinion et d'expression, de participation à la vie culturelle de son choix, entre autres. Par ailleurs, la « diversité culturelle » doit être perçue comme l'évidence d'une force constructive et collective de l'humanité. Préserver l'altérité et les diverses pratiques culturelles existantes sur Terre, correspond donc à une attitude qui devrait inciter l'ensemble de l'humanité à trouver de nouvelles sources d'informations empiriques et éthiques à des problèmes typiquement contemporains et qui se présentent quasi simultanément à tous les agents de cette « collectivité globale ». La déclaration du sommet mondial sur le développement durable (Johannesburg, septembre 2002) a reconnu (§ 16) la « diversité culturelle » comme une force collective qui doit être valorisée afin d'assurer un développement « rationnel » et « durable »<sup>1</sup>. Cette déclaration a reconnu en plus, que la « diversité culturelle » n'est pas un simple état naturel qui doit être constaté et respecté, mais qu'il s'agit d'une pluralité de connaissances, de savoirs et de savoir-faire, d'un dynamisme qui contribue à « l'amélioration du monde ».

### • § 3. La diversité culturelle face à la mondialisation: opportunité ou menace?

Le progrès des technologies de la communication et des moyens de transport (entre autres) au cours du siècle dernier, a créé un énorme défi aux anciennes frontières géographiques. Les modes de vie sont brusquement bouleversés et de nouvelles limites spatiales se dessinent, déterminées par des facteurs plutôt géoéconomiques. Le monde se caractérise de plus en plus par l'interdépendance des différentes sociétés qui le composent, ce qui peut être illustré par la rapidité avec laquelle un évènement local prend des proportions internationales. Par ailleurs, la mondialisation ne se limite pas à la circulation de marchandises, d'informations et de connaissances à l'échelle globale. Toujours sur le plan

---

<sup>1</sup> Retenons la *Déclaration des collectivités locales et territoriales françaises à Johannesburg (2002)*. En annexe de l'ouvrage *Objectif développement durable: comprendre et agir sur son territoire*. p. 1 et 2 : « Nous, représentants des autorités locales françaises et leurs associations, au service des populations des communautés urbaines et rurales, entendant apporter notre contribution à la position de la France dans le cadre de la préparation du sommet de la Terre pour un développement durable organisé par les Nations Unies à Johannesburg, nous réaffirmons:... 4. le rôle essentiel des autorités locales et leurs associations dans la conception et la mise en œuvre de politiques publiques en partenariat avec l'Etat pour articuler les priorités nationales et les dynamiques locales, dans une vision globale et cohérente; 5. Notre engagement dans la coopération décentralisée et la promotion des échanges et partenariats entre collectivités territoriales, vecteur de solidarité et d'innovation; 6. Notre volonté de situer les jumelages dans le cadre du développement durable et de renforcer leur contenu en faveur de l'aide aux populations du Sud et de l'Est ».

économique, ce modèle concerne aussi le flux de capitaux, d'investissements, le commerce international d'une infinité de biens et de services intangibles, créant une intégration entre les pays dans un marché mondial unique et uniformisant. Sur le plan politique, parallèlement, cette macrostructure internationale définit souvent l'orientation des Etats dans le choix de leurs stratégies de gouvernance, et cela ne touche pas uniquement à la sphère des économies locales, mais également aux politiques sociales et environnementales.

En ce qui concerne la culture, la question qui se pose souvent dans les milieux sociologiques et anthropologiques est de savoir si la mondialisation représente une opportunité ou plutôt une menace. « La mondialisation en soi n'est ni positive ni négative: elle peut être les deux » semble être la solution analytique la plus rationnelle à ce problème. Elle est également la moins engagée, bien évidemment.

Selon l'Unesco, encore une fois, la culture et en particulier la diversité culturelle, font actuellement face à trois grands défis: a) la mondialisation, en diffusant les principes du marché (global), crée de nouvelles formes d'inégalité, d'exclusion et de marginalité, au profit de la culture des pays économiquement dominants, ce qui suscite des tensions plutôt que du pluralisme culturel; b) les États ont de plus en plus de difficultés à contrôler la mobilité et la diffusion internationale des idées, des images ainsi que de toute ressource qui touche au développement culturel; c) la distance croissante en matière d'éducation, avec son poids d'analphabétisme et d'illettrisme (numérique ou conventionnel) transforme le débat et les ressources culturelles en apanage des élites. Celles-ci sont distantes des capacités et des intérêts de plus de la moitié de la population globale, qui est, à présent, en voie d'exclusion aussi bien financière que culturelle.

Certaines études actuelles analysent l'état de santé de la diversité culturelle : environ 6.000 langues existent au monde, mais à peine 4% des langues sont utilisées par 96% de la population mondiale. 50% de ces 6.000 langues se trouvent en voie de disparition. Sur internet, 90% des langues du monde ne sont pas représentées. Le commerce des industries culturelles est contrôlé prioritairement par 5 pays. Selon l'Unesco, dans le champ du cinéma par exemple, 88 sur 185 pays n'ont jamais produit un seul film.

• § 4. **Le patrimoine culturel immatériel: la variable culturelle.**

La question de la protection et de la promotion du patrimoine culturel immatériel est intimement liée à la protection de la diversité culturelle, celle-ci étant l'ensemble des cultures humaines, des sociétés humaines, qui sont en réalité la base du patrimoine culturel immatériel.

Le patrimoine culturel immatériel ne peut exister sans qu'il y ait des personnes, des communautés humaines et des peuples qui produisent et transmettent leur contenu. Ceci dit, la diversité culturelle et le patrimoine culturel immatériel constituent la double face d'une seule et même pièce.

Un important ensemble de propositions a été élaboré au cours des dernières années au sein de l'Unesco, suite au rapport mondial sur la culture et le développement, accompli entre les années 1993 et 1995. En 2001 fut approuvée la « Déclaration universelle sur la diversité culturelle », et ensuite la « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », adoptée en 2005 et entrée en vigueur le 18 mars 2007. Cela révèle que la « variable culturelle » prend force petit à petit, et se fait une place privilégiée dans l'action des politiques publiques nationales et internationales. Ce fait est, sans doute, fortement influencé par les intenses mutations sociales qui peuvent être perçues dernièrement à l'échelle planétaire<sup>1</sup>.

Le processus de négociation de la « Convention pour la protection du patrimoine culturel immatériel », adoptée depuis le 17 octobre 2003, s'insère dans cette même perspective. Le patrimoine culturel immatériel, différemment du patrimoine culturel matériel, se transmet et se pérennise dans les traditions orales, dans les mœurs communautaires, dans l'héritage artistique ou technique ancestral, dans les connaissances sur la diversité biologique des territoires habités par un certain peuple ou communauté. Ce genre de patrimoine se transmet, en divers points de la terre d'une génération à l'autre.<sup>2</sup>

Toute forme de patrimoine culturel est fragile. Son expression immatérielle - celle qui habite l'esprit et le cœur de l'homme - est cependant la plus fragile. La langue, la musique, les danses, les rituels, l'artisanat, la médecine et la pharmacologie traditionnelle, les arts culinaires, les méthodes et les systèmes agricoles, et les techniques traditionnelles de construction représentent, selon la parole de plusieurs représentants indigènes, des formes de création prioritairement collectives qui émanent d'une culture partagée et basée sur la tradition. Il s'agit donc d'un patrimoine culturel extrêmement vulnérable, surtout si l'on considère le contexte de mondialisation qui offre le risque d'un modèle central uniformisant.

Pourrait-on cependant affirmer justement le contraire? Serait-il possible que la diversité

---

<sup>1</sup> Javier Pérez de Cuellar «La variable culturelle».In: *Le Patrimoine Culturel Immatériel, Les enjeux, les problématiques, les pratiques.Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p. 19

<sup>2</sup> Idem

culturelle se fortifie et se développe davantage à partir de ce même modèle? Les cultures orales continuent malgré tout à exister avec une vitalité impressionnante, parallèlement (voir même à l'intérieur) à des sociétés économiquement plus aisées. Il existe là une remarquable capacité de se recréer et de s'enrichir de ses propres héritages ancestraux. C'est pour cela que de nombreux spécialistes insistent sur la nécessité de sauvegarder et de promouvoir les expressions culturelles, et plus particulièrement celles qui sont le plus fragiles. Il ne s'agit pas simplement de matérialiser de telles manifestations culturelles. Ce qui semble être le plus innovant, en fait, c'est d'apprendre à emprunter ce genre de réponse à des problèmes qui sont très souvent communs. Un grand nombre de ces expressions culturelles surgissent en tant que réplique à des expériences empiriques ancestrales et qui doivent être prises en considération. En faisant cela nous risquons de sous-estimer des solutions qui peuvent offrir de précieuses pistes aux complexes et graduels défis qui dérivent de notre modèle productif contemporain ravageur. Ces défis s'observent particulièrement dans les domaines de l'écologie et de la médecine traditionnelle.<sup>1</sup>

Selon l'Ex-Secrétaire Général de L'ONU, Javier Perez de Cuéllar<sup>2</sup>, il serait nécessaire de développer la possibilité de chercher dans le passé les sources d'inspiration afin de se confronter aux dilemmes du présent. Une telle attitude permettrait de comprendre que la modernité n'est pas si innovatrice et le passé si impénétrable. Comment expliquer pourtant, que jusqu'à présent il ait été impossible de visualiser tout compromis sérieux en ce qui concerne le patrimoine culturel? La priorité donnée à la défense des brevets et des droits strictement commerciaux, par exemple, sert d'indice. Cuéllar affirme encore que la promotion de la « culture traditionnelle » et autochtone est une condition indispensable à la promotion et à la protection du patrimoine immatériel. Ce sont deux points indispensables qui mériteraient d'être abordés avec une grande diligence, afin d'éviter les tendances du phénomène de globalisation, ou de « stérilisation », comme le qualifie Cuéllar. Selon lui, c'est ce péril qui a poussé l'Unesco à relever le défi d'élaborer des instruments internationaux dans le but de protéger la diversité culturelle et le patrimoine culturel de la planète. Cette volonté se révèle, comme nous l'avons déjà dit, dans la « Déclaration sur la Diversité Culturelle » de 2002, la « Convention sur la Protection du Patrimoine Culturel Immatériel » de 2003 et la « Convention sur la Protection de la Diversité Culturelle » de 2005. Pour Cuellar, l'humanité

---

<sup>1</sup> Idem, p. 20

<sup>2</sup> Idem, p. 21.



se trouve sur le point de surpasser d'importantes barrières en vue d'une organisation et d'une garantie pour la survie des connaissances et des manifestations culturelles, ce qui permettrait aux futures générations de préserver leurs identités communautaires et nationales, dans le cadre d'une coexistence libre avec les idéaux d'un « développement humain universel ». Cependant, cette idée de conciliation entre des objectifs si distincts, sinon opposés, dépend encore d'actions pratiques qui puissent permettre leur réalisation. Serait-il réellement possible de mettre en pratique une action dans ce sens, et qu'elle soit suffisamment efficace pour renverser, par exemple, la tendance à donner la priorité aux brevets dans l'intérêt commercial du libre marché? Par ailleurs, que veut-on faire comprendre par un « idéal de développement humain universel »? Ces réponses ne pourront être fournies qu'à partir de politiques publiques, et d'actions d'agents sociaux, qui sont à peine naissantes, voire inexistantes.

Entre 1993 et 1996 l'Unesco a poursuivi des activités de reconnaissance, de promotion et de transmission du patrimoine culturel immatériel dans le cadre du « Projet des Trésors Humains Vivants ». Le 18 mai 2001, l'organisation a couronné ses initiatives avec la première proclamation des chefs d'œuvres du patrimoine oral et immatériel de l'humanité. En 1999, lors de la 30ème session de la Conférence Générale de L'UNESCO, son corps exécutif décida de réaliser une étude sur un nouvel instrument international. En mars 2001, une table ronde fut organisée par l'organisme pour étudier encore une fois le concept de patrimoine immatériel, ainsi que pour développer le dit instrument de protection du patrimoine immatériel, ce qui confirme la reconnaissance de la nécessité d'un approfondissement sur le thème. Depuis ces événements, de nombreux colloques furent réalisés à l'échelle planétaire sur la question du patrimoine immatériel. Lors d'un symposium international à propos de l'identité autochtone, en 2001, les spécialistes présents ont réitéré leur préoccupation concernant les populations en situation de vulnérabilité et se sont penchés sur le problème de l'identité des peuples, la transmission de la culture et son développement dans le contexte global. Les nombreuses liaisons existantes entre la diversité culturelle et le développement du patrimoine culturel immatériel furent soulevées lors de ces multiples forums et débats, et la proclamation des chefs d'œuvres du patrimoine oral et immatériel de l'humanité n'a fait que consacrer son importance ainsi que celle de la diversité culturelle, qui est son essence. En 2002, eu lieu la Déclaration d'Istanbul, associant le patrimoine culturel immatériel aux fondements de l'identité culturelle. Le communiqué final rappelle que le patrimoine immatériel « constitue un ensemble vivant, dont les pratiques, les savoirs et les représentations sont perpétuellement recréés, à toutes les échelles de la société, de façon à

exprimer des manières de concevoir le monde à travers des systèmes de valeurs ethniques ». Cette déclaration annonce un lien entre le patrimoine matériel et le patrimoine immatériel et, après 2002, un groupe de travail s'est formé pour organiser des réunions intergouvernementales périodiques afin de développer le projet de convention. C'est dans ce contexte que se réalise le Colloque d'Assilah<sup>1</sup> où il était déjà établi que le concept de patrimoine culturel immatériel est par principe en permanente évolution.

• § 5. Les définitions du patrimoine culturel immatériel.

Malgré les diverses tentatives de conceptualisation, le patrimoine culturel immatériel continue à évoluer au rythme des pratiques. De ce fait, la production des définitions nécessaires à la mise en œuvre d'instruments juridiques et de plans d'action constitue un exercice et un défi continus. Les rapports entre les diverses dimensions du patrimoine matériel et immatériel, qui varient selon le contenu et le support, selon l'effet et le contexte physique ou social, permettent d'expliquer en partie l'immense fluidité conceptuelle qui caractérise ce genre de patrimoine.<sup>2</sup>

La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003), dans son article 2° définit comme patrimoine culturel immatériel:

On entend par 'patrimoine culturel immatériel' les pratiques, représentations, expressions, connaissances, et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communauté, groupes et individus, et d'un développement durable.

---

<sup>1</sup> Colloque sur le thème « Le patrimoine culturel immatériel » qui s'est tenu entre le 7 et 9 août 2003 à Assilah au Maroc dans le cadre du XXVème Moussem culturel international d'Assilah et de la 18ème session de l'Université d'été Al Moutamid ibn Abbad, organisé par la Fondation du Forum d'Assilah et la Maison des Cultures du Monde.

<sup>2</sup> François-Pierre Le Scouarnec. «Quelques enjeux liés au patrimoine culturel immatériel». In: *Le Patrimoine Culturel Immatériel, les enjeux, les problématiques, les pratiques. Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p. 26-30

L'item 2, de ce même article, affirme que ce patrimoine immatériel se manifeste dans les domaines suivants:

- a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel;
- b) les arts du spectacle;
- c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs;
- d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers;
- e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

Nonobstant les difficultés pour trouver des définitions précises, sans que le contenu soit réduit, trois éléments semblent émerger : la « reconnaissance », « l'appropriation » et la « transmission ». L'être humain étant le seul à pouvoir reconnaître et s'approprier le patrimoine culturel immatériel, s'il n'y a pas transmission de son contenu sur un support également humain, ce patrimoine sera inévitablement voué à disparaître. Les efforts de préservation (telles les transcriptions, les films ou les enregistrements sonores) qui ne prévoient pas la protection parallèle des sociétés porteuses du patrimoine en elle mêmes, ne seront en mesure de préserver qu'une infime fraction des manifestations culturelles captées ; en effet, cela ne représentera qu'un aspect périphérique de ce patrimoine. Cependant, il ne s'agit pas d'exalter tout simplement le rôle des porteurs du patrimoine culturel immatériel. Le respect et la protection doivent être étendus également aux différentes composantes (tels les milieux naturels<sup>1</sup>) du patrimoine culturel. Cela dépendra de la société et du milieu où elle vit. De tels éléments, patrimoniaux ou géographiques, indiquent des conflits potentiels puisque les intérêts économiques et géopolitiques sur ces ressources sont immenses. Ces conflits rendront nécessaires de nouvelles formes d'arbitrages politiques qui sont encore en construction.

Le patrimoine culturel immatériel se manifeste dans le champ symbolique et expressif,

---

<sup>1</sup> Une montagne, par exemple, ou l'océan et le système marin : un bel exemple est donné par Helios Figuerola Pujol dans son livre *Les dieux, les hommes et la parole dans la communauté de San Juan*. Société d'ethnologie / Mexico, UNAM, Paris, 2005, 482 p. et dans l'exposé au Séminaire d'Anthropologie Américaniste, Paris, EREA LAS / CERMA, 2005 : « Réflexions sur l'espace sacré chez les Tzeltal ». Pujol étudie : « le système de prières lié aux deux calendriers existants, l'un défini par le cycle de vie de l'individu, l'autre par les forces cosmiques qui régissent l'existence de l'homme en société et détermine le cycle de vie agricole. Celui-ci se déroule dans le secret de la montagne, là où les icônes catholiques sont interdits de visite...et... la recherche montre qu'il existe deux grandes familles de prières: les Pasel et le Poxil. Si les Pasel sont destinées à rétablir l'union entre l'âme de l'individu et son corps, les Poxil contiennent les observations scientifiques des guérisseurs, les posologies administrées et les formules des médicaments. Le Poxil est une véritable pharmacopée traditionnelle, mais qui guérit seulement le corps du malade. L'objectif de la recherche (de H. F. Pujol) est d'établir une typologie complète des prières afin de connaître les critères cosmiques et physiologiques de classification, et au-delà, d'essayer de tracer les principes d'une histoire de la connaissance traditionnelle ».

là où les pratiques ludiques, esthétiques, scientifiques, éthiques et linguistiques offrent une potentialité instrumentale pour leur diffusion. « Les champs coutumiers et pragmatiques (pratiques du corps, alimentaires, vestimentaires et techniques) offrent également des vecteurs de transmission patrimoniale ».<sup>1</sup>

Il est donc possible d'observer que l'éventail d'éléments prévus dans la loi internationale est extrêmement vaste et comporte des manifestations matérielles, immatérielles et techniques ; le défi étant ainsi de démontrer de quelle façon toute cette gamme d'expressions culturelles pourra être matériellement valorisée et préservée.

• **§ 6. La protection du patrimoine culturel immatériel.**

Les pratiques de protection doivent porter sur les « langues », « sites », « agents porteurs » et la « flèche du temps »<sup>2</sup>, puisqu'il s'agit d'éléments intimement reliés.

▪ **A. La langue:** Les acceptions des termes varient d'une langue à l'autre. Le regard sur le patrimoine diffère conformément à la langue, de façon à ce qu'elle ne puisse pas être limitée à un simple statut instrumental de transmission culturelle.

▪ **B. Les sites, les lieux:** Beaucoup d'endroits font l'objet d'une attention spéciale quand il s'agit de la protection du patrimoine matériel. Cependant, il est plus rare de trouver des instances aptes à donner une protection efficace lorsqu'on parle de protection de lieux en raison d'une valeur culturelle immatérielle particulière, très souvent sacrée ou religieuse, et parfois liée aux connaissances. Certains lieux ont un caractère transnational puisqu'ils sont associés à des communautés qui vivent sur plus d'un Etat avec des frontières communes.<sup>3</sup> Les territoires qui appartiennent à l'humanité (tels les océans et l'espace) peuvent également poser problème dans la mesure où ils sont représentatifs d'une importance variable selon la

---

<sup>1</sup> François-Pierre Le Scouarnec. *Idem*, p. 34.

<sup>2</sup> Terme utilisé par Le Scouarnec pour susciter une attention spéciale sur le fait que ces pratiques culturelles sont vivantes et dynamiques. Une protection responsable de ces éléments devra toujours prendre en compte cela car dans le cas contraire, elle risquera de créer une sorte de momification de ce qui est par essence non statique. Il faudra, également, résister toujours à la tendance de livrer la culture aux assauts du tourisme spécialisé et à l'avidité populaire d'exotisme, ce qui représente une menace réelle puisque la propension de ce genre d'appétit est le « moulage » de la culture pour qu'elle devienne plus facilement consommable.

<sup>3</sup> C'est le cas des Guarani, par exemple, avec qui nous avons travaillé et qui vivent au Brésil, au Paraguay, en Argentine et en Bolivie. Ils revendiquent dans ce sens le caractère transfrontalier de ces savoirs.

communauté considérée.<sup>1</sup>

▪ **C. Les porteurs de traditions:** Au-delà des porteurs individuels de traditions, la protection du patrimoine culturel immatériel exige la protection des communautés les plus diverses, ainsi que la constitution de structures qui puissent favoriser leur développement.

▪ **D. La flèche du temps:** Le temps qui passe consolide et recrée à chaque instant le patrimoine culturel. Dans un contexte de protection, cependant, des défis non négligeables s'imposent en ce qui concerne le dynamisme et le renouveau culturel et créatif, puisque la non stagnation dépend d'un vécu culturel. La quête de protection du patrimoine culturel immatériel risque aussi de le tuer, de le modifier. L'atteinte au flux propre de cette « flèche du temps » est en quelque sorte inévitable puisque l'exigence même d'actions pour les préserver crée une influence qui ne sera jamais négligeable. Il s'agit d'avoir une compréhension profonde de leur fonctionnement organique afin d'élaborer des stratégies de protection effectives mais peu incisives dans leur rythme particulier. Seul un exercice de sensibilité, de connaissance et de respect extrême permettra aux agents en charge de cette protection de ne pas envahir des environnements culturels extrêmement fragiles.

Ces questions liées au patrimoine culturel immatériel démontrent que le concept possède une nature évolutive et une multiplicité de faces. Le problème est de savoir si la Convention, ainsi que les lois nationales qui sont élaborées sur sa base, sera capable de garantir et de protéger ce patrimoine menacé par la mondialisation. Est-il possible de protéger et de préserver les us, les coutumes, les langues, les rituels, les spectacles et les connaissances traditionnelles les plus diverses sans courir le risque de les figer? De quelle façon le droit à la libre détermination des peuples interagit-il avec les droits de promotion de la diversité culturelle et du patrimoine culturel immatériel? Est-il possible de traiter ces derniers droits, principalement lorsqu'il s'agit de peuples indigènes, sans passer par une reconnaissance préalable du premier?

Des ethnologues, des sociologues, des juristes, des diplomates, des fonctionnaires internationaux, des responsables de gestion de politiques publiques, des représentants de

---

<sup>1</sup> Idem, p.35

peuples et de communautés traditionnelles, des artistes, des artisans ainsi que d'autres acteurs impliqués dans la question de la diversité culturelle et de la culture immatérielle, essaient de trouver des réponses à ces questions. Sans doute, il serait prétentieux d'essayer de traiter de façon complète l'ensemble des questions qui se posent. Nous devons choisir parmi ces innombrables problèmes, ceux qui permettent d'aborder de façon plus profonde un plus grand nombre de questions, comme, par exemple, la protection des connaissances traditionnelles des peuples autochtones sur la nature ou encore la question de l'autodétermination des peuples.

Pour ce faire, il est sans doute indispensable d'attirer l'attention sur d'autres instruments juridiques internationaux, d'autres déclarations et conventions, qui ne sont pas obligatoirement liées à la propriété intellectuelle, au commerce ou à la culture de façon directe. La Convention 169 de l'OIT, la Déclaration sur les Droits de Peuples Autochtones et la Convention sur la Diversité Biologique sont quelques exemples fondamentaux.

## **Chapitre 2. La représentativité indigène internationale**

### **Section 1. Les Peuples Indigènes à l'ONU et la Déclaration du 13 septembre 2007 sur les Droits des Peuples Autochtones**

La résolution 1982/34 du 7 mai 1982 du Conseil Economique et Social (ECOSOC) a autorisé la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et de protection des minorités, subordonnée à la Commission des Droits de l'Homme de constituer un Groupe de Travail sur les Populations Autochtones<sup>1</sup> (GTPA). Il était établi que le GTPA avait pour fonction: a) réviser les faits concernant la promotion des droits de l'homme et les libertés fondamentales des populations autochtones; b) réviser les informations annuellement sollicitées par le Secrétaire Général; c) se dédier spécialement à l'examen de l'évolution des normes de droits humains des populations autochtones.

---

<sup>1</sup> João Mitia Antunha Barbosa; Marco Antonio Barbosa, Pablo Antunha Barbosa. "A luta contemporânea do movimento Internacional Indígena por direitos: A Declaração das Nações Unidas de 13 de setembro de 2007". In: Gilberto Ferreira da Silva; Rejane Penna e Luiz Carlos da Cunha Carneiro (org.) *RS Índio – Cartografia sobre a Produção do Conhecimento*. Porto Alegre: Edipucrs, 2009, p. 241-269

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Le GTPA était composé de cinq membres « experts », recrutés parmi les vingt-six pays qui intégraient la Sous-Commission citée ci-dessus et qui se réunissait annuellement entre juillet et août à Genève, représentant les cinq régions des Nations Unies (l’Afrique, l’Asie, l’Est-européen; l’Amérique latine ; et « l’Europe occidentale et autres », soit les Etats-Unis et le Canada ; soit l’Australie et la Nouvelle-Zélande).

Le norvégien Asbjorn Eide fut le premier président du GTPA jusqu’en 1984 quand il fut remplacé par Erica-Irene Daes, professeur de Droit International et représentante de la Grèce à la Sous-Commission, où elle est restée jusqu’à la fin de la rédaction du projet qui résulta en 2007 dans la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones.

Depuis sa création le GTPA s’est ouvert à une participation indigène très ample (représentants des organisations, communautés locales) sans préconditions ou définition restrictive d’autochtonie. Dans ce sens, le GTPA a permis la participation de tous ceux qui se déclaraient comme indigènes. De la même manière, les organisations indigènes furent dispensées de prouver leurs statuts face à l’ECOSOC pour pouvoir participer aux réunions annuelles. Cet ensemble de principes, contraires au formalisme de la majorité des Commissions des Nations Unies, a rendu prestige à son action suivie d’un nombre croissant de participants lors de ses sessions, soit indigènes, soit représentants des Etats. En 1982, par exemple, 50 représentants indigènes des Amériques étaient présents. En 1989 ce nombre a dépassé les 400 représentants venus d’Australie, d’Inde et du sud-est asiatique (Philippines). A partir de 1990 le GTPA comptera également avec les sibériens et, en 1991, les taiwanais<sup>1</sup>. Le même processus a également pu être observé parmi les représentants des États. Pendant la première réunion, réalisée en 1982, à peine cinq membres représentants des Etats y ont assisté. Cependant, en 1995, le nombre de représentant avait augmenté énormément et il était possible de compter 37 observateurs nationaux lors des réunions<sup>2</sup>.

Sans aucun doute le travail le plus important réalisé par le GTPA fut l’élaboration du Projet de Déclaration, initié en 1985. De plus, il a collaboré à l’organisation de l’Année International Indigène, initiée en janvier 1995 (1995-2004). Dans le contexte de l’année et de la Décennie Internationale, une autre importante revendication indigène s’est concrétisée avec

---

<sup>1</sup> Isabelle Sculte-Tenckhoff. *La question des peuples autochtones*. Bruxelles: Bruyant, 1997, p. 102.

<sup>2</sup> B. Denis Marantz. Questions touchant les droits des peuples autochtones dans les instances internationales. In *Essais sur les droits humains et le développement démocratique (Peuples ou populations; égalité, autonomie et autodétermination: les enjeux de la Décennie Internationale des populations autochtones)*, n. 5:2-720 Montréal: Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1996, p. 14

la création, en 2001, d'un Conseil permanent des peuples indigènes, dont la mission était la promotion, la conscientisation, l'intégration et la coordination des activités liées au sujet des peuples indigènes dans le système des Nations Unies.

Le Conseil permanent a agi de manière efficace pour l'adoption de la Déclaration, surtout à l'occasion du Sommet Mondial en 2005 et pendant sa 5<sup>e</sup> session en 2006 où l'adoption de la Déclaration a été sollicitée en caractère d'urgence. En effet, en juin 2006, le Conseil des Droits Humains, qui a succédé à la Commission des Droits Humains, a approuvé le texte de Déclaration proposé par le GTPA et le Conseil permanent. En décembre de la même année son analyse a été prorogée pour mettre en œuvre les adéquations nécessaires pour sa rédaction finale, souscrivant aux préoccupations des États et à l'utilisation de certains termes et concepts.

Le texte final de la Déclaration, adopté le 13 décembre 2007 par l'Assemblée Générale, après trois décennies de luttes et maintes négociations, représente, sans doute, un moment historique pour les peuples autochtones et pour leur mouvement international. Le texte reconnaît, en grande partie, certaines des principales revendications présentées et défendues tout au long de cette période<sup>1</sup>. Le principal et plus important point traité et éclairci par la Déclaration fut peut-être celui de la reconnaissance aux autochtones, en tant que peuples, de leur « droit à l'autodétermination », avec toutes les conséquences qui en découlent.<sup>2</sup>

Parmi les pays développés avec une grande présence indigène, les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle Zélande, ont voté contre l'adoption de la Déclaration en affirmant que les droits qu'elle reconnaissait entraient en conflit avec les autres règles garanties au restant de la population et avec leurs normes constitutionnelles. Le principal point auquel ces pays se sont opposés est justement lié au choc engendré par rapport au droit à l'autodétermination.

Pour une bonne compréhension de l'évolution et des limites politiques et juridiques du droit à l'autodétermination, reconnu aux peuples indigènes par la Déclaration de 2007, il est indispensable de rappeler le contexte général dans lequel ce droit a été fixé après l'adoption de la Charte des Nations de 1945 et les raisons pour lesquelles il a été nié aux peuples

---

<sup>1</sup> Le DoCip (Centre de Documentation, de Recherche et d'Information des Peuples Autochtones) est une ONG installée à Genève et qui met à disposition dans ces archives les informations concernant le mouvement autochtone international depuis les premières réunions réalisés en 1978. Voir: [www.docip.org](http://www.docip.org),

<sup>2</sup> João Mítia Antunha Barbosa, Marco Antonio Barbosa e Pablo Antunha Barbosa, 2009, Idem, p. 255.



autochtones, ainsi que l'évolution sémantique qu'il a subie lors de son actuelle application à partir de son adoption en 2007.

C'est en 1960 que l'autodétermination acquiert à la condition de droit, en vertu de la Résolution 1514 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, bien que la Charte des Nations de 1945 comportait déjà, dans son article 1<sup>o</sup>, une prévision relative au respect de l'autodétermination des peuples pour le développement des relations internationales. La Résolution 1514 a approuvé la « Déclaration d'Indépendance aux pays et peuples coloniaux », en affirmant que « tous les peuples ont le droit à la libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et continuent librement leur développement économique, social et culturel ».

Selon Maivân Clech Lâm, lors de l'application du droit à l'autodétermination, il a toujours existé dans la hiérarchie politique globale une tendance à favoriser les peuples avec des institutions et des formes d'organisation politique plus proches de celles des pays occidentaux. La récente concession d'indépendance aux pays baltes<sup>1</sup>, dont la reconnaissance par la communauté internationale a été relativement simple, confirmerait cette interprétation dans la mesure où ces pays ont effectivement adopté des modèles d'Etat similaires aux systèmes démocratiques occidentaux modernes<sup>2</sup>. Après la Seconde Guerre Mondiale, un grand nombre de pays du tiers-monde, inversement, confisque aux peuples qui vivent à l'intérieur (et qui comme eux ont vécu l'oppression coloniale) leur droit à l'autodétermination<sup>3</sup>.

La Résolution 1514 de 1960 de l'ONU, portant sur la déclaration et sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, déclare que « la sujétion des peuples à un pouvoir et à une exploitation étrangères constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiale ». Les notions d'étranger, de domination et d'exploration ont été, dans la pratique internationale, considérées comme des éléments fondamentaux pour la compréhension du droit à l'autodétermination. En même temps, la résolution affirme

---

<sup>1</sup> Nouvelle Calédonie est, peut-être, un meilleur exemple.

<sup>2</sup> C'est surtout le résultat de la disparition de l'URSS.

<sup>3</sup> Maivân Clech Lâm. «La portée juridique de l'autodétermination». In: *Essais sur les droits humains et le développement démocratique: (Peuples ou populations; égalité, autonomie et autodétermination: les enjeux de la Décennie Internationale des populations autochtones)*. n. 5. Montréal: Centre International des droits de la personne et du développement démocratique, 1996, p. 81

que « tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. Par ailleurs, le dispositif déclarant que « toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies », réaffirme le principe général de non-ingérence adopté par l'organisation en ce qui concerne les questions internes des États. Ceux qui se sont opposés à la reconnaissance du droit à l'autodétermination aux peuples indigènes ont soutenu l'idée que le droit des peuples à l'autodétermination limiterait le droit des États en ce qui concerne l'intégrité du territoire.<sup>1</sup>

C'est en s'appuyant sur cette réflexion et en affichant les termes de la Résolution 1514 que les États contraires à la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones ont affirmé qu'il n'existait en aucun cas assujettissement ou exploitation étrangère envers eux. Ils ont affirmé également que l'application du concept d'autodétermination dans le cas indigène serait équivalente à la destruction de l'unité politique et à l'intégrité territoriale du pays et que cela matérialiserait une atteinte à la Charte des Nations Unies. Cet argument a immédiatement été conforté par un deuxième<sup>2</sup>, celui-ci postulant que ceux qui soutiennent les revendications indigènes de l'autodétermination pratiquent un acte d'ingérence interne, également interdit par la Résolution 1514 et par la propre Charte.

En 1996 B. Denis Marantz affirmait que:

Pour le droit international la reconnaissance du droit à l'autodétermination est essentielle pour les peuples autochtones. Cependant, les États membres de l'ONU ne sont pas prêts à reconnaître un tel droit et quelques-uns préfèrent exclure ces termes, mêmes s'ils figurent dans une déclaration non-exécutrice.<sup>3</sup>

Avec l'adoption en 2007, par l'Assemblée Générale des Nations Unies, de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones, l'emploi de la notion d'autodétermination gagne une nouvelle dimension dans le droit international, qui recouvre également les situations pouvant être qualifiées de colonialisme interne, augmentant le champ d'analyse et

---

<sup>1</sup>Idem

<sup>2</sup> L'Espagne, la Chine, la Russie et l'Argentine, par exemple, n'ont pas soutenu l'indépendance du Kosovo en raison de la Résolution 124 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, soutenant l'intégralité territoriale des nations.

<sup>3</sup> B. Denis Marantz. Idem, p. 55

la formulation théorique et politique internationales. Parallèlement, le mouvement international indigène oriente son action vers la conquête de nouveaux instruments pour garantir et accroître leurs droits internationaux, cette fois-ci à partir d'un instrument de nature exécutoire. Les pays qui se sont positionnés contre l'adoption de la Déclaration ont exprimé clairement que leur plus grande crainte se référait justement à l'intégrité de leur territoire, c'est-à-dire, à la dimension externe qui est inhérente au droit à l'autodétermination.

Cette Déclaration compte 46 articles et n'établit rien d'autre que les dispositifs strictement nécessaires au respect des droits des peuples autochtones, y compris l'indispensable reconnaissance de leurs droits intellectuels, à la protection de leurs terres et territoires, à l'accès aux ressources naturelles, à la préservation des savoirs traditionnels et au droit à l'autodétermination, exprimé de la suivante manière sur son article 3 :

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel.

La rédaction ne diffère en rien de celle qui avait été adoptée par la Résolution 1514, déjà citée, hormis le fait qu'elle évoque exclusivement les peuples autochtones.

Finalement, pour clore cette analyse de la notion d'autodétermination, telle qu'elle a été délimitée par la Déclaration, nous examinerons son dernier article qui a été divisé en trois parties, dont les termes et sont les suivants:

1° Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies.

2° Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration n'est soumis qu'aux seules restrictions prévues par la loi, conformément aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire, exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux exigences justes et les plus impératives d'une société démocratique.

3° Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi.

Le premier de ces trois dispositifs laisse entrevoir clairement l'intention de considérer les intérêts des États. Il peut être interprété comme une restriction du droit à l'autodétermination énoncée antérieurement dans ces articles. L'inclusion de « peuple »,

« groupement » et « individu » parmi ceux qui ne peuvent pratiquer des actes contraires à la Charte des Nations Unies – et porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'unité politique d'un État souverain - représente un renforcement de la liste de ceux qui ne peuvent « se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies ». Une telle obligation d'abstention pouvait être déjà observée dans les législations antérieures, mais pesait exclusivement sur les États. Quelques mouvements et personnalités indigènes se sont insurgés contre le résultat final du texte approuvé; d'autres ont soutenu que le texte approuvé, après trente longues années de revendications, représente la seule version politiquement possible au moment de sa publication.

L'Association Indigène Latino-Américaine (AILA) a conclu son analyse de l'article 46 en affirmant que sa rédaction posera de vrais problèmes pour les peuples autochtones, en déformant l'équilibre qui s'était maintenu au long du temps dans le droit international, principalement en ce qui concerne la juxtaposition des principes d'autodétermination des peuples et d'intégrité territoriale des États, favorisant nettement ces derniers. L'AILA évoque la Déclaration de 1970 sur les Relations d'Amitié et la Déclaration de Vienne de 1993 sur les Droits Humains, lesquelles auraient été capables de maintenir un tel équilibre. En ce qui concerne l'augmentation des sujets qui ont l'interdiction d'agir contre l'intégrité des États, il est possible d'affirmer que quelques voix à l'intérieur du mouvement indigène international soutiennent que l'ensemble des prévisions comprises dans la Déclaration, comme par exemple les droits des peuples indigènes à s'autodéterminer, une fois respecté et pratiqué par les États, peut correspondre en réalité au respect du plein exercice de leur droit à l'autodétermination interne<sup>1</sup>. Selon cette position et cette interprétation, dont nous sommes partisans, dans le cas où l'Etat ne respecte pas les droits garantis par la Déclaration, le peuple indigène non respecté peut assumer, à son tour, la liberté de ne plus respecter l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'État qui viole les garanties assurées par la Déclaration. Dans une telle situation, cette action indigène ne pourrait plus être considérée comme un acte attentatoire ni à la Charte des Nations Unies, ni à la souveraineté, ni à l'intégrité politique de l'État. Une telle interprétation découle de ce qui se lit dans les dispositifs 2 et 3 de ce même article 46, cité ci-dessus, une fois qu'ils exigent le respect des droits humains et de la démocratie comme les

---

<sup>1</sup> Voir le rapport du "Comité Directivo Del Conclave Mundial de los Pueblos Indigenas". Document du 1<sup>o</sup> sep. 2007. Voir [http://www.docip.org/declaracion\\_last/AILA\\_emailEsp.pdf](http://www.docip.org/declaracion_last/AILA_emailEsp.pdf)

repères et les limites de l'applicabilité de la Déclaration. Maivân Clech Lâm affirmait déjà en 1996 que, d'une manière générale, le concept d'autodétermination en droit international peut prendre de multiples formes:

Un principe juridique large qui assure la paix entre les Etats, un droit qui met fin à la colonisation et aux injustices similaires; plus récemment un droit à un régime démocratique au sein de l'Etat. Chaque étape de ce développement sémantique s'accroît par rapport aux précédentes, faisant plus que de les substituer.<sup>1</sup>

Erica-Irene Daes affirmait en 1995 que le droit international devrait entrevoir une « nouvelle catégorie » d'autodétermination pour les peuples autochtones, avec l'objectif de promouvoir une reconstruction positive des États. Selon sa lecture, les États doivent assimiler les revendications des peuples autochtones et ceux-ci doivent agir de bonne foi pour qu'on aboutisse à un résultat satisfaisant. Il serait possible, dans cette direction, de penser à une forme d'autodétermination sensible aux circonstances particulières des nombreuses relations entre peuples indigènes et États<sup>2</sup>. Tout indique que cette transformation sémantique de la notion d'autodétermination a prévalu dans la rédaction de la Déclaration, comme l'ont indiqué Lâm et Daes.

Le régime démocratique à l'ère actuelle est la condition nécessaire à cette nouvelle catégorie d'autodétermination des peuples autochtones. Ce régime démocratique doit être entendu, bien évidemment, comme le devoir de l'Etat d'assimiler les revendications indigènes et de respecter tous les droits qui sont proclamés par la Déclaration. En d'autres termes, il s'agit de reconnaître que les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination interne. Lorsque l'État leur refuse ce droit, ces peuples ont également le droit à exiger l'autodétermination externe. Il est possible de conclure qu'au fur et à mesure que l'Etat reconnaît et concède une plus grande parcelle d'autonomie et d'auto-administration aux peuples autochtones qui habitent sur le territoire national, moins importante et immédiate, semble être la nécessité et, par conséquent, l'avènement de que ces peuples soient conduits à revendiquer ou imposer leur autodétermination externe.

Par ailleurs, en ce qui concerne la préoccupation centrale de cette réflexion, il serait intéressant encore de faire référence à d'autres prévisions envisagées par la Déclaration. L'article 5 de celle-ci prévoit que les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de

---

<sup>1</sup> Maivân Clech Lâm. *Idem*, p.100

<sup>2</sup> Érica-Irene Daes. *Activités normatives: évolution des normes concernant les droits des autochtones – Faits nouveaux et débat général sur les mesures à prendre à l'avenir*. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (21 juin 1995)

renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes ainsi que de conserver, si telle est leur volonté, la pleine participation dans la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État. Il est naturellement possible de conclure, dans ce sens, que l'État ne peut pas agir et développer des politiques publiques qui concernent les peuples autochtones sans prendre en considération leur participation active, que ce soit dans la vie politique, économique ou culturelle. Dans ce sens, que ce soit une question ou un aspect perçu – par un secteur déterminé de la société nationale – comme positif ou négatif faisant référence à un aspect quelconque qui touche à leurs droits, toutes les étapes pour aboutir à un dénouement final de la situation doivent passer, en dernière instance, par leurs systèmes internes de décision. Cette garantie représente l'auto-administration en elle-même et doit être aussi large que possible. D'ailleurs, le droit à l'autodétermination des peuples se définit justement par ce principe implicite, représenté par la prérogative suprême de déterminer librement le destin qui leur semble le plus convenable. L'autodétermination est le droit d'un peuple de choisir son statut politique particulier.

L'article 8 essaie clairement d'établir que les peuples indigènes ont le droit, en tant que peuples et individus, de ne pas être soumis à l'assimilation forcée ou à la destruction de leur culture. Il prévoit que les États doivent établir des mécanismes de prévention et de réparation efficaces qui visent à anticiper:

- a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les priver de leur intégrité en tant que peuples distincts ou de leurs valeurs culturelles ou identité ethnique;
- b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources;
- c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits;
- d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée à d'autres cultures ou modes de vie imposée par des mesures législatives, administratives ou autres; et
- e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter.

Les articles 9, 10 et 11 fixent la protection des peuples autochtones en tant que nations, garantissant le droit de ne pas être contraints à quitter leurs terres, de conserver et pratiquer leurs traditions culturelles et l'obligation des États de réparer les dommages soufferts en ce qui concerne les aspects culturels, intellectuels, religieux et spirituels. En relation à ces aspects, le droit constitutionnel brésilien avait déjà formalisé des dispositifs similaires. Inversement, le droit fixé par la Déclaration par rapport à la réparation des préjudices

territoriaux, patrimoniaux, économiques, écologiques, culturels subis par les peuples autochtones représente une importante prévision qui n'était pas encore prise en considération par le droit brésilien. La disposition exige d'ailleurs des mesures législatives internes pour qu'elle puisse être observée.

L'article 12, à son tour, envisage le droit aux manifestations et aux pratiques traditionnelles, le droit aux sites religieux et culturels et l'accès privé à ces derniers, le droit aux objets rituels et à la restitution des restes humains, en imposant aux États l'obligation de garantir sur leurs territoires toutes ces situations. Dans ce cas il s'agit également d'une prévision où le droit international est beaucoup plus large que le droit interne brésilien, car ce dernier ne garantit pas le droit aux sites religieux et culturels et l'accès privés à ceux-ci, principalement lorsqu'ils ne se situent pas à l'intérieur des limites physiques des terres démarquées ou identifiées par l'État comme étant des terres indigènes. Cela signifie que la démarcation ou la garantie de terres et de territoires ne peut pas être interprétée comme l'exclusion à l'accès à d'autres sites qui se trouvent au dehors de ces limites. Les droits aux objets rituels et à la restitution des restes humains ne sont pas reconnus par la législation brésilienne. De ce fait, la Déclaration représente effectivement un renforcement pour des droits indigènes par rapport aux prévisions antérieurement établies par la législation brésilienne.

L'article 13 aborde le droit des peuples autochtones de développer, et de transmettre aux futures générations, leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur écriture et leur littérature; de choisir et de conserver le nom de leurs communautés, des lieux et des personnes. Il impose aux États l'obligation de protéger ce droit et de faire en sorte que les peuples autochtones comprennent les procédures politiques, juridiques et administratives internes et qu'à travers elles ils puissent se faire comprendre en retour. L'aspect le plus important de cet article en comparaison avec le droit interne brésilien, est l'accent mis sur la nécessité que l'État s'efforce de développer des mécanismes capables de faire en sorte que les peuples indigènes comprennent les procédures juridiques, politiques et administratives et qu'à travers elles ils puissent se faire comprendre en retour. Ce dispositif est fondamental dans la pratique et dans les relations quotidiennes entre l'État et la population brésilienne et les peuples autochtones, puisque le plus souvent il est assez évident que cela ne se produit pas et n'est pas une question prioritaire. Dans ce sens, il serait indispensable de mettre en place une éducation interculturelle profonde qui favorise cette compréhension mutuelle.

L'article 14 traite de l'éducation, tandis que le 15 et 16 abordent la question du droit d'information et de médias indigènes et le 17 est destiné au travail. Ils ne seront pas analysés car ils échappent à la thématique principale de cette réflexion.

L'article 18 recouvre la question du droit politique des peuples indigènes de prendre des décisions relatives aux demandes qui peuvent affecter leurs droits. Ces décisions doivent être prises avec l'intermédiation de représentants élus par eux-mêmes, selon des procédures de représentations internes. Ce même article observe également le droit de conserver et de développer ses propres instances et institutions de décisions. Cette garantie est également associée au droit d'autodétermination et n'était pas prévue par le droit interne brésilien sous une terminologie aussi précise. Cela signifie que toutes les décisions adoptées qui affectent les droits indigènes doivent être consenties et prises avec la participation de représentants indigènes élus selon leurs procédures internes. Finalement, l'article 18 de la Déclaration reconnaît les peuples indigènes comme des partenaires politiques autodéterminés et, en tant que tels, ils doivent être reconnus et traités par les États à partir de leurs propres codes de représentation et de décision. L'article 19 impose aux États l'exigence de travailler de bonne foi avec les peuples indigènes, par l'intermédiaire des représentants choisis par eux-mêmes; ces représentants doivent être consultés avant l'adoption de n'importe quelle mesure législative ou administrative susceptible de les affecter. La finalité ultime contenue dans ce dispositif est bien évidemment l'obtention de leur consentement préalable, exprimé librement et en connaissance de cause.<sup>1</sup> La thématique relative au consentement préalable, librement exprimé et en connaissance de cause est délicate et très chère à la littérature spécialisée sur les droits indigènes. Cette exigence se faisait déjà présente dans la Convention sur la Biodiversité de 1992 et dans la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail, toutes deux adoptées par le Brésil et analysées ultérieurement dans cette étude. Cependant, au Brésil tout indique que jusqu'à présent les intéressés (ou ceux envers lesquels la règle est imposée) dans l'obtention de ce consentement, préfèrent maintenir une interprétation et une pratique superficielle à propos du dispositif; cela veut dire qu'une application plus littérale et consistante à propos de l'obtention du consentement à partir d'une réelle connaissance de cause par les autochtones n'est pas encore convenablement pratiquée dans la plupart des cas.

---

<sup>1</sup> La Constitution Fédérale brésilienne prévoit uniquement dans le 3<sup>o</sup>§ de l'article 231 la nécessité que les communautés soient « écoutées » et qu'il est garanti dans le cas d'exploitation de ressources hydriques, énergétique et minéral dans les terres indigènes « la participation dans les résultats dans la forme de la loi ». L'expression « écoutés » ne signifie pas, nécessairement, qu'elles doivent consentir.



Que peut signifier d'ailleurs l'idée de consentement libre, préalable et éclairé exprimé à partir d'une réelle connaissance de cause? Pour utiliser un exemple pratique où il existe l'intention de procéder à l'exploitation d'une ressource naturelle déterminée qui se trouve dans une terre indigène (ou encore dont l'exploration affecte directe ou indirectement un peuple ou une terre indigène), l'application du principe du consentement préalable exprimé librement et en connaissance de cause se vérifiera lorsque le peuple affecté reçoit toutes les informations nécessaires pour connaître et identifier les conséquences pratiques de cette exploration (comme, par exemple, les effets environnementaux et sociaux liés à l'entreprise), précisées selon des études techniques spécialisées et indépendantes, mises à la disposition du peuple de façon ample et dans un langage qu'ils puissent comprendre, étant donné qu'ils auront à la fin le droit de décider si l'entreprise pourra ou pas être réalisée et, dans l'affirmative, dans quelles conditions et limites. Si toutes ces démarches ne sont pas convenablement observées, les peuples affectés conservent le droit d'évoquer la dite Déclaration, la Convention 169 de l'OIT, la CDB et, dans le cas brésilien la Constitution, pour affirmer que le principe du consentement libre, préalable et informé n'a pas été suivi.

En effet, il est clair qu'un peuple indigène accordera difficilement son consentement pour mettre en place des entreprises qui auraient des impacts environnementaux sur leurs terres ou des répercussions prévisibles sur le plan social. Les exemples cumulés dans ce domaine permettent de révéler, néanmoins, les divers dommages soufferts et qui affecteront désormais les peuples indigènes ainsi que leurs futures générations de façon permanente. Ce genre d'épisode bien connu illustre des situations où les peuples indigènes n'ont pas eu, soit les informations nécessaires pour procéder à une bonne évaluation des effets qui se produisent à partir des actions, soit, ce qui est encore plus commun, leur opinion n'a jamais été prise en considération. Cela signifie tout simplement que l'effective possibilité de consentement libre n'a pas existé. C'est justement pour cette raison que la Déclaration se réfère avec une telle clarté à la nécessité d'observer le principe du consentement préalable manifesté et en totale connaissance de cause.

L'article 31 traite, à son tour, du droit de protection et de développement du patrimoine culturel, des connaissances traditionnelles, des expressions culturelles, sciences, techniques et culture. Les ressources humaines et génétiques, les semences, la pharmacopée, les connaissances des propriétés de la faune et de la flore, les traditions orales, la littérature, l'esthétique, les sports, les jeux traditionnels, l'art visuel et les spectacles, ont le droit d'être préservés, contrôlés, protégés et développés comme « propriété intellectuelle collective » et

dans les catégories de connaissances, ressources et expressions culturelles traditionnelles. Il reste imposé aux États d'adopter des mesures efficaces pour la reconnaissance et protection de l'exercice de ces droits, toujours avec la participation active et l'accord des peuples autochtones.

Comme il a déjà été dit, certains de ces droits sont également repris et affirmés par d'autres instruments internationaux comme la Convention pour la Sauvegarde du Patrimoine Culturel Immatériel de 2003 et la Convention de la Diversité Culturelle de 2005 – toutes deux adoptées au sein de l'UNESCO et que nous avons déjà commentées – ainsi que la Convention 169 de l'OIT et la Convention sur la Biodiversité de 1992. La réitération de dispositifs dans le même sens ne signifie bien évidemment pas qu'ils sont auto applicables, mais indique plutôt que leur contenu et leur efficacité doivent être continuellement renforcés et promus, surtout aux plans interne et local.

## **Section 2. La Convention 169 de l'OIT.**

L'Organisation Internationale du Travail (OIT) créée en 1919 est la plus ancienne institution de l'ONU à prendre en charge la question autochtone et vise à protéger les conditions de vie et de travail des individus en cherchant à diminuer les injustices sociales et économiques.<sup>1</sup> En 1939 a été approuvée la Convention 64 au sujet des modalités de contrats de travail entre les employés indigènes et non indigènes. En 1953 un important rapport est produit sur les conditions de travail et de la vie autochtones dans différents pays. A la même époque, conjointement à la FAO, l'UNESCO et l'OMS, deux autres rapports seront rédigés et aideront lors des discussions de la 39<sup>e</sup> et 40<sup>e</sup> sessions des Conférences Internationales. C'est justement de ces discussions que résulte la Convention 107 de 1957 « relative à la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants ». En 1959 cette convention commence à être appliquée, suite à sa ratification par 27 Etats, le Brésil inclus.<sup>2</sup>

Son discours était clairement évolutionniste et considérait que l'amélioration des conditions de vie et du travail indigène dépendrait d'une « complète intégration des peuples

---

<sup>1</sup> Isabelle Schulte-Tenckhoff. Idem, p. 125

<sup>2</sup> Idem, p. 126

autochtones dans la société dominante ». À l'époque l'OIT défendait la création de conditions d'égalité entre les travailleurs indigènes et les autres, afin d'éliminer toute sorte de différenciation qui pourrait y exister dans les rapports et les conditions de travail. Selon cette perspective, la condition indigène était vue comme une « réalité transitoire » dans la mesure où l'élimination de toute sorte de différenciation, la pleine participation de ces peuples dans la société et dans la vie économique nationale ferait en sorte que les peuples indigènes disparaîtraient illico en tant que groupes sociaux distincts.

Notons, d'ailleurs, que les représentations et les leaders indigènes n'ont pas participé à son élaboration et ont été les premiers à dénoncer les paradoxes affichés par le texte de cette convention. Par la suite, des multiples voix se sont élevées pour dénoncer les diverses imperfections de la Convention 107 de l'OIT. Parmi ces critiques, il est possible de se référer, de par la pertinence et la consistance de ses considérations, à Martinez Cobo<sup>1</sup>. A partir de 1971 il exhorte l'OIT à réviser la Convention. Dans son rapport à l'ONU, Martinez Cobo a analysé la situation indigène dans les différents continents et a présenté des propositions plus contemporaines de protection de leurs peuples. Son rapport est devenu un document de référence dans l'histoire du mouvement international pour le droit des peuples autochtones.

La création en 1982 du Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones de l'ONU a joué un rôle important pour démontrer l'urgence de réviser la Convention 107, ce qui s'est matérialisé en 1989 lorsqu'elle fut remplacée après l'adoption de la Convention 169. Cette nouvelle Convention ne vise plus et ne parle plus en termes d'intégration progressive ou d'égalité stricte entre les droits autochtones par rapport aux autres citoyens. Elle préconise, en fait, l'existence et le développement des peuples autochtones en tant que collectivités distinctes à l'intérieur des Etats où elles vivent. En 1991 elle entre en vigueur.

Le droit brésilien, suite à la Constitution de 1988, anticipe une bonne partie des principes et des droits prévus par la Convention 169, surtout en ce qui concerne les critiques qui avaient été faites à la Convention 107. La principale innovation de la Convention 169 par rapport à la 107, sans aucun doute, correspond au dépassement de l'idée d'assimilation des peuples indigènes par les sociétés environnantes et les États. Ce paradigme est, une fois pour toutes, formellement aboli.

---

<sup>1</sup> Martinez Cobo est l'auteur d'un important rapport connu comme le Rapport Martinez Cobo. Document E/CN.4/Sub.2/1983/21

Lors de son adoption, la Conférence Générale de l'OIT a déclaré qu'elle visait justement à reconnaître les « aspirations des peuples autochtones à assumer le contrôle de leurs propres institutions, formes de vie et de leur développement économique, ainsi que de maintenir et fortifier identité, langues et religions à l'intérieur des Etats où elles vivent ». Puisqu'il ne s'agit pas de la principale problématique de ce travail, nous ne ferons pas une analyse de tout le contenu de la Convention 169. Il est important de noter, cependant, une rupture totale de perspective avec l'ancien article 1<sup>o</sup> de la Convention 107, qui affirmait que les populations indigènes se trouvaient dans un stade moins avancé que les autres secteurs de la communauté nationale. La substitution de l'expression « populations tribales et semi-tribales » par « peuples indigènes » correspond à un deuxième changement d'importance fondamentale. De plus, l'article 2 énonce que la conscience de l'identité indigène ou tribale devra être prise en considération et comme critère pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions. La Convention 169 impose aux États l'obligation de mettre en place, avec la participation indigène, des actions permettant de protéger les droits indigènes et de garantir le respect de leur intégrité. Quant aux aspects qui traitent plus exclusivement du sujet principal de cette recherche, il est possible de dire que l'article 4 établit la nécessité que des mesures soient mises en place afin de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, les cultures et l'environnement de ces peuples. De telles mesures ne doivent pas, dans cette même direction, être contraires aux aspirations exprimées librement par les peuples indigènes.

Par la suite, l'article 5 détermine la reconnaissance et la protection des valeurs et des pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles, ainsi que la prise en considération de leurs principales difficultés pratiques individuelles et collectives, dans le but d'atteindre un plus grand respect de l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions indigènes.

L'article 6, à son tour, dispose que les gouvernements ne peuvent s'abstenir de consulter les peuples indigènes à travers des procédures adéquates et en particulier à travers des institutions de représentation, à chaque fois que des mesures législatives ou administratives sont susceptibles de les affecter directement. Les items b et c de ce même article exigent la participation indigène, à égales conditions que les autres secteurs de la population nationale, dans toutes les instances et niveaux responsables pour la mise en place de politiques publiques et programmes qui soient directement liés à eux. Ces items demandent aussi l'établissement de moyens matériels efficaces pour le plein développement des institutions et initiatives des

peuples concernés, ce qui, selon les cas, peut signifier la fourniture proprement dite des ressources nécessaires pour ce faire.

Le paragraphe 1° de l'article 7 dispose sur le droit indigène de décider sur leur propriété en ce qui concerne le processus de développement et détermine, dans cette direction, qu'ils doivent participer à la formulation, à l'application et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les affecter directement. Le paragraphe 3 pose le principe que les gouvernements doivent nécessairement se préoccuper de la réalisation d'études, exécutées avec la participation des peuples intéressés, afin de bien évaluer les impacts sociaux, spirituels, culturels et environnementaux des activités et des plans de développement qui puissent directement ou indirectement affecter la vie des peuples indigènes. Ce même paragraphe prévoit aussi que les résultats de ces études doivent à tout prix être considérés puisqu'ils serviront de base pour définir les critères fondamentaux pour décider à propos de l'exécution des activités mentionnés. Le paragraphe 4 prévoit encore que les gouvernements doivent, en coopération avec les peuples indigènes, adopter des mesures pour protéger et préserver l'environnement des territoires où ils habitent.

Considérant que les législations nationales s'appliquent aux peuples autochtones, l'article 8 impose que les coutumes et les droits coutumiers soient toujours pris en considération. Le paragraphe 2 établit que les indigènes doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et leurs institutions propres dans la mesure compatible avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et international. L'article 13 introduit la deuxième partie dédiée aux Terres et énonce que les gouvernements doivent respecter les liens spécifiques que ces peuples maintiennent, culturellement et spirituellement, avec les terres et les territoires qu'ils occupent en permanence ou sporadiquement. Les gouvernements sont priés de comprendre cette relation avec la terre et les territoires surtout dans son rapport collectif. Le paragraphe 2 entend que la notion « terre », utilisée dans les articles 15 et 16, doit inclure l'idée de territoire, une fois qu'il regroupe « la totalité de l'habitat des régions que les peuples intéressés occupent ou utilisent d'une manière ou d'une autre ».

L'article 23 traite de l'artisanat et des activités traditionnelles en imposant qu'ils soient considérés comme des vecteurs de l'existence de la culture, de l'autosuffisance et du développement économique. Il conseille de mettre en place des mesures et des investissements qui puissent promouvoir l'affermissement de telles activités, avec la participation active des peuples indigène. Il conseille aussi que les sollicitations faites par les différents peuples indigènes soient prises en considération et, lorsque cela est possible, de

donner une assistance technique et financière dans le but de maintenir les techniques traditionnelles et culturelles, tout en s'appuyant sur les critères du développement durable. Le 2<sup>ème</sup> paragraphe de l'article 25 détermine que les services de santé, dans la mesure du possible, doivent être organisés au niveau communautaire, et planifiés et administrés en coopération avec les peuples intéressés. Les conditions économiques, géographiques, sociales et culturelles de ces peuples, comme l'utilisation des méthodes de prévention, les pratiques thérapeutiques et les médicaments traditionnels doivent être pris en compte et valorisés.

L'article 27 révisé enfin les propositions faites antérieurement par la Convention 107, qui avait un but assimilationniste, et indique maintenant le chemin de la participation des peuples indigènes dans l'élaboration et l'exécution des programmes d'éducation, avec le but de répondre à leurs propres nécessités et d'envisager les aspects de leur histoire, de leurs savoirs et techniques, de leurs systèmes de valeurs, ainsi que toutes autres aspirations sociales, économiques et culturelles particulières.

L'article 28 recommande enfin que l'éducation des enfants se fasse prioritairement dans la langue maternelle du peuple. Son 2<sup>ème</sup> paragraphe indique qu'ils doivent avoir l'opportunité de dominer la langue ou les langues officielles du pays. Le 3<sup>ème</sup> paragraphe impose que des mesures soient prises dans le sens de préserver et de rendre possible le développement et l'utilisation des langues indigènes.

### **Section 3. La Convention sur la Diversité Biologique.**

A partir de 1988 le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) convoque un Groupe d'experts sur la diversité biologique afin de discuter l'idée d'une convention internationale sur sa conservation et son utilisation durable. À ce groupe s'ajoutent, à partir de 1989, des experts juridiques et techniques qui doivent travailler à la rédaction d'un instrument international qui prenne en compte, entre autres choses, « la nécessité de partager, entre les pays développés et ceux en voie de développement, les coûts et les avantages du projet, ainsi que les voies et moyens visant à maintenir vivant l'esprit d'innovation des populations locales ». Ce groupe spécial d'experts se transforme en Comité intergouvernemental de négociation à partir de 1991 et son activité se matérialise avec l'adoption du texte de Convention sur la Diversité Biologique lors de la conférence de Nairobi, le 22 mai 1992. Cette Convention est ouverte à la signature le 5 juin 1992 lors de la

Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (ECO 92) à Rio de Janeiro.<sup>1</sup>

Formellement, la CDB a été structurée avec les éléments type d'un traité institutionnel environnemental moderne: un organisme directeur (la Conférence des Parties - COP<sup>2</sup>), un secrétariat, un organisme consultatif scientifique, un mécanisme pour faciliter le transfert de technologies et un mécanisme de financement. Collectivement, ces éléments doivent transformer les obligations générales de la Convention en règles ou directives contraignantes, et aider les Parties dans la mise en œuvre sur le niveau national, régional et local de la Convention en elle-même.

La CDB a introduit effectivement de grands changements dans le droit environnemental international. Il s'agit du premier traité international qui considère la conservation de la biodiversité simultanément sur trois différents piliers: la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et la répartition juste et équilibrée des bénéfices provenant de l'utilisation des ressources génétiques. Selon les experts, cela indique une approche holistique, basée sur la conservation durable de la diversité biologique, génétique, des espèces, des écosystèmes naturels et des systèmes culturels qui partagent leurs environnements. La CDB reconnaît donc, et de façon innovatrice par rapport aux anciens postulats préservationnistes<sup>3</sup>, que la conservation de la biodiversité va de pair avec la conservation de la diversité culturelle. Cette vision considère (ou reconnaît, selon les termes de la CDB) que les modèles d'économie environnementale traditionnellement empruntés par des communautés culturellement diverses sont les réels responsables de l'état de conservation d'une grande parcelle du patrimoine naturel mondial dont les actuelles générations bénéficient. Cette reconnaissance est fondamentale dans la mesure où la multiplicité et les caractéristiques des savoirs et des pratiques accumulés par ces communautés leur ont permis de vivre en harmonie avec leur environnement naturel. Selon la CDB, ces modèles doivent

---

<sup>1</sup> Convention sur la diversité biologique, textes et annexes. Imprimé à l'OACI, Canada, Avril 1998 (UNEP/CBD/94/1).

<sup>2</sup> La Conférence des Parties est l'organe directeur de la Convention, et a pour mission de faire progresser la mise en œuvre de la Convention par des décisions prises lors de ses réunions périodiques. Jusqu'à présent, la Convention a tenu huit réunions ordinaires et une réunion extraordinaire (cette dernière, dans le but d'adopter le Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques, s'est tenue en deux parties). La dixième session de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique a été à Nagoya, au Japon (18 - 20 Octobre 2010). La onzième réunion de la Conférence des Parties aura lieu en Inde en Octobre 2012.

<sup>3</sup> Le courant préservationniste est le courant de pensée le plus extrême de l'économie de l'environnement. Ce mouvement, fondé par John Muir, est considéré le plus radical (si comparé aux mouvements conservacionnistes) parce qu'il croit que l'interférence humaine est essentiellement nocive à l'environnement.

être non seulement reconnus mais protégés, sauvegardés et promus.

Avant cette date, en général, les législations nationales ignoraient les connaissances des peuples indigènes et des communautés locales en matière de conservation de la diversité des espèces. Désormais, la CDB a placé les peuples indigènes au poste de « gardiens » de la Nature.

L'article 8 (j) de la CDB, affirme:

Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra: Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.

La CDB fut ratifiée par de nombreux pays, parmi lesquels le Brésil<sup>1</sup>. Cet instrument doit protéger le mode de vie spécifique des peuples indigènes, reconnaissant leur importance dans la production de connaissances, d'innovations et de pratiques qui ont une valeur pour la préservation de la diversité biologique. La CDB prend en considération les savoirs indigènes et celui des communautés traditionnelles locales sur la nature et la diversité biologique, et impose certaines conditions d'accès à des tiers intéressés par ces connaissances. La Convention part du constat que le libre accès aux connaissances sur les ressources de la biodiversité, de la manière dont elle a été produite, n'a jamais engendré de bénéfices économiques pour les détenteurs de ces connaissances, ni n'a favorisé la conservation des environnements et des écosystèmes d'où elles proviennent. Ces connaissances, qualifiées de traditionnelles et collectives par le texte de la Convention, doivent avoir un traitement légal spécial et comme affirment les spécialistes, ne devraient plus être abandonnées à un système qui se destine exclusivement à la garantie de la propriété intellectuelle classique. Dire que les intérêts économiques et scientifiques qui tentent d'accéder aux savoirs en question adoptent une posture « diamétralement opposée » à celles des peuples indigènes et communautés traditionnelles (en relation aux savoirs) serait déjà une conclusion simpliste. Les visions et les traitements destinés aux régimes et aux systèmes de savoirs sont très singuliers, et mettent en

---

<sup>1</sup> Actuellement ce sont 193 Parties.



évidence plutôt des conceptions et des modèles de gestion des ressources absolument distincts les uns des autres. Pour l'économie et la science, l'important est d'établir des règles claires pour déterminer avec qui ils doivent négocier, à qui et combien ils doivent payer, pour ainsi pouvoir finalement accéder aux connaissances et à la biodiversité qu'ils veulent exploiter. Il est également essentiel que tout cela soit réalisé, puisque selon ce secteur le cycle économique d'un éventuel produit résultant des recherches ne se soumet pas aux désirs et aux conditions de ces communautés. A mi-chemin se trouvent les gestionnaires des politiques publiques et l'État, qui, dans le cas brésilien, se comportent souvent comme s'ils étaient eux-mêmes détenteurs d'une parcelle de ces droits. En effet, la CDB reconnaît clairement la souveraineté des États sur les ressources biologiques qui proviennent de leurs territoires, sous la forme d'une espèce de droit de propriété « dont sont investis les États », et qui leur permet d'imposer les conditions à l'accès aux ressources de la biodiversité et de mener les négociations sur d'éventuels accords commerciaux. Selon certains auteurs, une des conditions du bon fonctionnement des objectifs de la CDB serait la non création de conflits entre la conservation de la biodiversité et le développement commercial. Ce courant théorique, défendu par Darrell Posey & Graham Dutfield ainsi que Rodrigues Junior, soutient que la conservation de la biodiversité ne sera possible qu'avec la rupture du cycle de pauvreté qui mène les populations des pays en développement à exploiter la biodiversité d'une manière non durable, afin de garantir certaines nécessités immédiates. Par ailleurs, certains auteurs affirment l'inverse, en soutenant que les objectifs du développement et ceux de la conservation de la biodiversité et des modes de vie traditionnels sont absolument incompatibles. Selon cette perspective, soutenue par Latouche, Hervé Kempf et Vandana Shiva par exemple, il existerait un réel « paradoxe écologique de la croissance » où « sous le masque de la croissance se dissimule, en fait, la création de la pénurie ».<sup>1</sup> Effectivement, le terme développement durable, soutenable ou supportable (« sustainable »)<sup>2</sup> a été mis en scène pendant la conférence de Rio en 1992. Selon ces théories, son utilisation représente un « bricolage conceptuel visant à changer les mots à défaut de changer les choses, mais cette fois, on a affaire à une monstruosité verbale du fait de l'antinomie mystificatrice de

---

<sup>1</sup> Vandana Shiva. *Le Terrorisme alimentaire. Comment les multinationales affament le tiers-monde*, Paris: Fayard, 2001, p.8

<sup>2</sup> Que ces auteurs considèrent comme un oxymore (ou antinomie), figure de rhétorique utilisée par les poètes pour exprimer l'inexprimable, et qui consiste à juxtaposer deux mots contradictoires. Actuellement la figure serait empruntée pour « faire croire à l'incroyable ».

l'expression ». <sup>1</sup> Pour Latouche, la question qui se pose aujourd'hui est la suivante:

Faudra-t-il attendre encore quarante ans pour que l'on comprenne que le développement, c'est le développement, réellement existant? Il n'y en a pas d'autre. Et le développement réellement existant, c'est la guerre économique, (avec ses vainqueurs bien sûr, mais plus encore ses vaincus), c'est le pillage sans retenue de la nature, c'est l'occidentalisation du monde et l'uniformisation planétaire, c'est enfin le génocide ou tout au moins l'ethnocide pour toutes cultures différentes. <sup>2</sup>

Même si l'on adopte la vision où il n'existerait pas de conflit inhérent entre la conservation de la biodiversité et des cultures distinctes et le développement commercial, la CDB considère qu'il peut y avoir une interférence négative des droits de propriété intellectuelle sur la réalisation de ses objectifs. C'est dans ce sens que la Convention fait appel aux Pays signataires pour qu'ils adoptent des législations internes qui puissent appuyer son effective implantation sur le plan local. Selon l'article 16.5 de la CDB :

Les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs.

Cette comptabilisation demanderait – au-delà de la reconnaissance des droits souverains de chaque État signataire sur les ressources de la biodiversité de son territoire et de la facilitation du transfert de technologie aux pays en développement afin qu'ils puissent exploiter de façon durable les ressources naturelles – le respect, au sens large du terme, de l'autonomie des droits des peuples autochtones et des communautés traditionnelles sur leurs savoirs traditionnels et leur forme d'utilisation de cette diversité biologique dont ils sont, en dernière instance, les détenteurs. Malgré cela, dans la pratique les EUA interprètent les dispositions de la Convention comme une ouverture pour attaquer les droits de propriété intellectuelles incidents sur les biotechnologies, lorsqu'ils observent que d'autres pays industrialisés n'effectuent pas volontairement le transfert de technologie, ainsi que les autres prévisions établies dans la CDB, aux pays d'origine des ressources de la biodiversité. <sup>3</sup> L'insistance des grands groupes économiques à obtenir des brevets sur la biodiversité se fonde

---

<sup>1</sup> Serge Latouche, *Idem*, p. 52

<sup>2</sup> *Idem*, 87

<sup>3</sup> Edson Beas Rodrigues Junior. *Idem*, p. 105

sur l'hypothèse, fautive, que ce n'est que grâce à leurs investissements que se produit l'innovation. Les créations paysannes, traditionnelles, autochtones ou indigènes perdent donc toute valeur à cause des règles imposées par les grandes sociétés agroindustrielles et biotechnologiques qui distribuent chaque fois plus leurs variétés – souvent stériles et qui doivent donc être rachetés à chaque saison – dans des régions très éloignées<sup>1</sup> afin d'en tirer le maximum de profit. Les variétés indigènes, ou naturelles, fruit du labeur humain, produites, améliorées et utilisées pendant des générations par des agriculteurs des pays non industrialisés, sont à présent considérées comme des « cultivars primitifs » et non rentables. Les variétés créées par les centres de recherche internationaux ou par les sociétés transnationales de semences sont, quant à elles, étiquetées « classe améliorée » ou « classe élite ». La hiérarchie qui naît de ces catégories prend toute son importance lorsque surgissent des contestations. Le problème des brevets de protection des formes de vie améliorées soulève plusieurs questions de nature politique sur la propriété et le contrôle des ressources génétiques. En fait, des pays comme les États-Unis se fondent sur les règles internationales du commerce pour imposer des brevets et leurs catégories de droits de propriété intellectuelle à des pays en développement, supposément souverains. Les premiers sont prêts à menacer les seconds avec des « pratiques commerciales déloyales » s'ils n'adoptent pas leurs règles monopolistiques sur les formes vivantes.<sup>2</sup> Cela explique, avec d'autres motifs, pourquoi les EUA n'ont pas ratifié la CDB. Dans la pratique, malgré son caractère théoriquement contraignant, la CDB – à l'instar de la COP, son instance permanente – s'est révélée jusqu'à présent être un accord extrêmement fragile et inefficace. Cela est dû, d'une part, justement à l'opposition des EUA, mais aussi parce qu'une grande partie de ses dispositifs n'ont aucune capacité d'auto-application, dans la mesure où il s'agit d'une convention-cadre. Ces deux motifs ont servi d'ailleurs de justification à l'absence d'action de la part des autres pays industrialisés, aux fins de concrétiser les objectifs imposés par la norme internationale.

Somme toute, l'échec de la CDB est encore plus dramatique lorsqu'on considère, en plus, qu'à peine un an après son entrée en vigueur, le cycle de négociation uruguayen de

---

<sup>1</sup> Comme par exemple des communautés indigènes amazoniennes qui se voient obligées à demander aux entités gouvernementales (FUNAI) de leurs acheter des graines à chaque année, parce que les leurs furent contaminées (soit par des politiques nationales de culture en large échelle, soit par les entreprises agroindustrielles qui s'installent dans des terres voisines) et celles qu'ils ont reçus, suite aux infestations, ne peuvent pas être replantées à cause de leur stérilité.

<sup>2</sup> Vandana Shiva. «*Monocultures, monopoles, et masculinisation du savoir*». In: *International Development Research Centre*. Vol. 23, n° 2. Canada : 1998. S/N.

l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) est clos, aboutissant à la création de l'OMC et de l'ADPIC, avec toutes les conséquences déjà mentionnées. Comme il a déjà été dit, un des principaux objectifs de cet accord est d'imposer à ces membres des régimes de protection de la propriété intellectuelle similaires à ceux des pays industrialisés. Tâche qui, contrairement à la CDB, a été assez bien réussite.

Au Brésil, c'est à la Mesure Provisoire 2.186/2001<sup>1</sup> qu'incombe le devoir d'installer dans le système national, les mesures, les dispositifs et les objectifs prévus dans la CDB. Cette norme indique à son tour qu'il revient au Conseil de Gestion – CGen (qui a un caractère délibératif et normatif), de créer et de délibérer, au sein du Ministère de l'Environnement, les règles portant sur l'autorisation d'accès et de remise d'échantillon de composants du patrimoine génétique national, suite à une autorisation préalable du titulaire.

### **Chapitre 3. Des solutions sui-generis ?**

#### **Section 1. La MP 2186/2001 et le CGEN.**

Depuis 1995, apparaissent au Brésil quelques projets de loi, à l'échelle fédérale et des États, relatifs à la question de l'accès au patrimoine génétique du pays. L'ex-sénatrice de l'État de l'Acre, Marina Silva, a été la responsable du projet de loi 306 de 1995, qui avait l'intention de réglementer l'accès aux ressources génétiques, aux produits dérivés et aux connaissances associées. Cependant, il a fallu attendre l'an 2000 pour que la première mesure provisoire (MP n° 2052/2000) sur la matière soit adoptée. Cette mesure provisoire subit à diverses reprises quelques petites modifications. Néanmoins, son adoption définitive est postérieure à un accord célébré entre la Bioamazônia<sup>2</sup> et la Société Novartis le 29 mai 2000, qui ignorait les négociations qui étaient menées au Législatif tenant compte des projets de loi

---

<sup>1</sup> Elle régit l'incise II du § 1° et 4° de l'article 225 de la Constitution Fédérale de 1988, les article 1° et 8°, j, 10°, c, 15 et 16, alinéa 3 et 4 de la Convention sur la Diversité Biologique, relatifs à l'accès au patrimoine génétique, la protection et l'accès aux connaissance traditionnelles associées, à la répartition des bénéfices et à l'accès à la technologie et au transfert de technologie en ce qui concerne sa conservation et utilisation.

<sup>2</sup> Bioamazônia – Association Brésilienne pour l'Utilisation Durable de la Biodiversité Amazonienne : Personne morale (sans but lucratif) de droit privé et d'intérêt public établie en 1998. A partir de 1999 la Bioamazônia est qualifiée d'Organisation Sociale – OS. Les OS sont des personnes Morales de droit privé, sans but lucratif, exerçant des activités qui ont une valeur sociale reconnus et régies par l'Etat.

présentés. Cet accord semble avoir poussé le gouvernement à adopter la Mesure Provisoire 2.052, le 29 juin 2000.<sup>1</sup> Parmi les multiples problèmes présents dans les termes de l'accord, il est possible de souligner le fait qu'il ne prévoyait aucune forme juste et équitable de répartition de bénéfices, ce qui représente une évidente contradiction avec les préceptes établis par la CDB. Ces irrégularités ont suscité diverses manifestations de la part du secteur scientifique, académique, des environnementalistes, des indigénistes et de la société civile d'une façon générale, tous opposés au contrat Bioamazônia-Novartis mais principalement à la mesure provisoire adoptée. En effet, la MP édictée validait l'accord de coopération Bioamazônia-Novartis, en dépit de critiques et des irrégularités. Face à cela, la Confédération Nationale des Travailleurs Ruraux (CONTAG) a interposé une Action Directe d'Inconstitutionnalité face au Tribunal Suprême Fédéral (STF). Suite à un véritable scandale politique et après qu'ait été prouvée l'inconstitutionnalité de l'acte contractuel et de certains articles de la MP, les deux instruments juridiques furent finalement suspendus et la Bioamazônia a perdu le titre d'OS. À la fin d'un autre cycle de négociations, est entrée en vigueur la mesure provisoire n° 2.186-16 de 2001, qui ne prohibe pas l'accès, mais établit une série d'exigences afin de préserver '« l'intégrité du patrimoine génétique du pays », en accord avec les compromis adoptés lors de la ratification de la CDB. C'est à partir de la MP 2.186-16 qu'est créé le Département du Patrimoine Génétique (DPG). Ce département exerce essentiellement le rôle de secrétariat-exécutif de l'organisme collégial chargé de délibérer sur

---

<sup>1</sup> Voir Teresa Cristina Moreira, *O acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados e os direitos de comunidades indígenas e locais no Brasil*. Présenté lors du "IIº Seminário de Etnobiologia e Etnoecologia" qui a eu lieu à Botucatu – SP. Octobre, 2003, p. 5 : « Le 29 mai 2000, la Bioamazônia et l'entreprise suisse Novartis Pharma AG signent un accord de coopération [contrat privé bilatéral] avec l'objectif de permettre l'accès à des ressources génétiques de la région amazonienne. Selon ce contrat, pendant trois ans, l'entreprise suisse investirait 4 millions de reais en recherches destinées à, dans la première année, collecter, isoler et identifier environ dix mille microorganismes (bactéries et fungus), pour ensuite produire des extraits et réaliser des analyses pour identifier les substances d'intérêt commercial. Une partie significative des recherches, spécialement les tests sur les extraits potentiellement prometteurs, serait réalisée à l'extérieur sans qu'il existe une prévision de transfert de technologie pour que des études futures soient postérieurement réalisées au Brésil. Selon les termes du contrat, la Bioamazônia recevrait à peine 1% des royalties des produits éventuellement dérivés des substances et des extraits fournis à la Novartis. Ce pourcentage est considéré bien au-dessous de ce qui est couramment pratiqué dans ce type de marché. L'énorme majorité des retours économiques seraient consommées dans les activités d'extraction en bénéfice de la propre Novartis. Le contrat prévoyait en plus, dans sa clause 4.2, la cession permanente à Novartis, des droits sur les futurs brevets et licences dérivées des composants obtenus ainsi que sur les lignées génétiques desquelles les "compositions originales" ont été isolées ».

le thème de la gestion du patrimoine génétique national: le Conseil de Gestion du Patrimoine Génétique (CGEN). Ce conseil possède actuellement dix-neuf membres<sup>1</sup> et cinq chambres thématiques, à savoir : « Procédures Administratives »; « Connaissances Traditionnelles Associées » ; « Répartition de Bénéfices » ; « Patrimoine Génétique Maintenu en Condition *ex situ* » ; et « Accès à la Technologie et Transfert de Technologie ». Il est important de souligner que c'est aussi la MP 2.186-16 qui introduit la notion de « patrimoine génétique », empruntée par la Constitution Fédérale de 1988, dans la législation spécifique. Cependant, elle ne prévoit pas la création de contrats que dans les cas où l'accès au patrimoine génétique et aux connaissances traditionnelles associées indiquent une application économique potentielle. L'introduction de l'expression « patrimoine génétique » reprend un terme qui avait été historiquement rejeté dans le contexte d'une dispute nord-sud dans lequel le Brésil a joué un rôle actif. Selon Cristina Maria do Amaral Azevedo e Eurico de Andrade Azevedo:

La MP utilise le terme « patrimoine génétique », présent dans la CF de 1988, en son article 225, §1º, incise V. A première vue ce terme pourrait paraître bien adapté puisqu'il se trouve déjà incorporé dans la Charte Constitutionnelle. Néanmoins, cet ajustement se complique lorsque nous considérons les définitions adoptées. La définition de patrimoine génétique comme information et non pas comme matière, conduit la réglementation vers un objet intangible, ce qui peut occasionner des divergences d'interprétation. Cela est dû au fait que le plus souvent l'activité de recherche débute avec la collecte des matériaux biologiques, conservés *in situ* ou *ex situ* et se poursuit ensuite dans les laboratoires, où les composants génétiques seront enfin accédés.<sup>2</sup>

Malgré les efforts pour installer un système techniquement cohérent et fonctionnel, la MP et son bureau de gestion, le CGEN, font objet de diverses critiques de la part de la société civile, du secteur scientifique ainsi que des entreprises. La société civile reproche au CGEN de ne pas inclure la participation des détenteurs de savoirs traditionnels dans sa composition et à l'intérieur de son conseil délibératif. Cela veut dire que, contrairement au Ministère de l'Environnement, la Fundação Nacional do Índio (FUNAI), la Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), l'Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) et l'Instituto

---

<sup>1</sup> Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério da Saúde; Ministério da Justiça; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Defesa; Ministério da Cultura; Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; IBAMA; Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro; CNPq; Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia; Museu Paraense Emílio Goeldi; Embrapa; Fundação Oswaldo Cruz; FUNAI; Instituto Nacional de Propriedade Industrial; Fundação Cultural Palmares.

<sup>2</sup> Cristina Maria do Amaral Azevedo ; Eurico de Andrade Azevedo. *A trajetória inacabada de uma regulamentação*. Voir <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio11.htm>

Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA) par exemple, les peuples indigènes n'ont pas le droit au vote dans le Conseil. Jusqu'à présent les peuples indigènes n'ont obtenu que le droit de participer aux réunions du Conseil (ce qui, d'ailleurs, est autorisé à n'importe quel membre de la société civile) et le pouvoir de manifestation (voix). Ce droit a été reconnu par le décret n° 3.945 de 2001. Le deuxième groupe d'intérêt évoqué (secteur scientifique) démontre à diverses reprises son insatisfaction envers l'apparente morosité administrative du Conseil et son bureau, ce qui, selon les membres du Conseil que nous avons interviewés, est dû à un manque de connaissance par le secteur scientifique de la nouvelle législation et des procédures administratives en vigueur. Les rapports entre chercheurs et objets d'étude semblent révéler un point sur lequel il existe une résistance visible de la part du secteur scientifique, « spécialement dans le domaine de la biologie lorsqu'il s'agit de renforcer les liens entre les chercheurs et les communautés indigènes ou locales ».<sup>1</sup> Cette opposition apparente est centrée sur l'argument selon lequel :

L'activité scientifique dans le domaine biologique est fortement guidée par des impératifs d'intuition et d'opportunité, qui, très souvent, ne peuvent pas être mis en condition par des discussions de titularité liées au local d'incidence du spécimen visé ou au désir éventuel du fournisseur d'information de participer à la recherche prétendue, liée au matériel dont il existe l'intention de collecte. (...) <sup>2</sup>

En d'autres termes, ce secteur effectue un reproche envers « la menace à l'autonomie de la recherche scientifique ». La principale difficulté est d'établir la preuve de l'obtention du consentement libre préalable et informé, élément exigé par la loi pour des recherches scientifiques lorsqu'existe une connaissance traditionnelle associée.<sup>3</sup> Il est certain que l'obtention de l'autorisation préalable est une procédure très délicate dans la mesure où elle doit provenir d'un membre d'un peuple autochtone ou d'une communauté locale. Il arrive effectivement qu'elle soit obtenue par fausse information, qu'elle soit fournie par un individu non habilité pour cela ou qu'elle découle tout simplement d'un opportunisme intéressé. Ce

---

<sup>1</sup> Teresa Cristina Moreira, 2003. Idem, p.15.

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> L'anthropologue Cori Hayden, qui réalise ses recherches de terrain au Mexique et accompagne des chercheurs nationaux et étrangers intéressés par des connaissances traditionnelles locales pour la réalisation de bioprospection, souligne le fait que l'obtention des autorisations se réalise très souvent dans des espaces publics (dans les marchés urbains ou dans des commerces au bord des routes) et non pas dans les lieux où résident ces communautés détentrices de savoirs traditionnels. Voir Cori Hayden. *When Nature Goes Public: the unmaking of bioprospecting in Mexico*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 24

genre de procédure illégitime peut représenter bien évidemment une perturbation à la vie du groupe et finalement à son système cognitif.<sup>1</sup>

La troisième critique, émanant du secteur industriel, se rapproche de la précédente puisqu'elle se réfère aussi à une résistance liée à la nouvelle exigence de création de liens plus étroits entre fournisseurs et bénéficiaires de connaissances traditionnelles, lors des transactions formelles avec les détenteurs de droits sur les savoirs en question. Les exigences légales sont vues comme un protectionnisme exacerbé de la part de l'Etat brésilien, d'autant plus si l'on considère que la réglementation actuelle limite l'exercice de la bioprospection aux institutions nationales :

[...] la MP 2186-16/2001 détermine que sont aptes à solliciter l'accès au patrimoine génétique et aux connaissances traditionnelles associées seules les institutions de recherche nationales publiques ou privées dans le domaine biologique ou correspondant. (...) les institutions étrangères qui ont l'intention d'accéder à ces ressources ne pourront le faire uniquement par le biais d'un partenariat avec une autre institution nationale qui figurera comme responsable légale du projet. Cette exigence est considérée par les organismes responsables du gouvernement (CGEN-MMA) comme une précaution stratégique à propos des ressources génétiques en ce qui concerne la conservation de la biodiversité ainsi que le développement durable à partir d'une meilleure connaissance de cette biodiversité. Le principal objectif avec la restriction de l'accès aux institutions nationales, c'est l'attribution de la prérogative de mener les recherches sur la biodiversité et les connaissances traditionnelles associées dans le territoire brésilien.<sup>2</sup>

Ces critiques, illustrées par les cas concrets que nous décrirons, n'annulent pas la valeur de l'initiative légale, mais elles sont du moins responsables du développement de nouvelles propositions (avant-projets) qui visent le perfectionnement de l'actuelle MP. Il est important de mettre l'accent sur le fait que, depuis le 15 septembre 2009, le Conseil National du Développement Scientifique et Technologique (CNPQ) du Ministère de la Science et de la Technologie (MCT) est l'institution responsable de l'autorisation de l'accès au patrimoine génétique (indépendant de connaissances traditionnelles associées) à des fins de recherche scientifique. Il peut paraître évident mais il est également important de préciser, avant toute considération à propos de cas concrets, que le droit de consentir s'accompagne nécessairement du droit de ne pas consentir à l'accès aux savoirs traditionnels. Le plein exercice d'un tel droit présuppose, bien évidemment, une étape antérieure qui consiste

---

<sup>1</sup> Álvaro Zerda-Sarmiento; Clemente Forero-Pineda. «Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques ». *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n° 171, p. 123

<sup>2</sup> Moreira. Idem



d'abord en une parfaite compréhension des prérogatives subjectives qui en résultent et, ensuite, du contenu de la recherche, ainsi que de ses possibles résultats théoriques et économiques. Le débat lié au consentement libre préalable et informé au Brésil a en grande partie été stimulé par le cas déjà cité de transfert de connaissances ethnobiologiques, concernant les Krahô, des chercheurs de l'Université Fédérale de São Paulo (UNIFESP) et, plus tard, l'EMBRAPA.<sup>1</sup>

Suite à l'ouverture au débat de ce cas, les Krahô – dont l'ensemble du groupe n'avait pas été consulté, mais à peine trois communautés sur un total de quinze – commencent à manifester leur insatisfaction avec les termes de la tentative de négociation proposée par les chercheurs de l'UNIFESP ; à l'époque ils affirmaient principalement qu'ils ne comprenaient pas suffisamment bien la teneur de leurs droits et l'étendue des possibles déroulements de la recherche. Notons que l'affaire a eu lieu avant 2001, c'est-à-dire avant la promulgation de l'actuelle MP. Dans ce cas spécifique, les difficultés ont été accrues par le fait qu'il existe plus d'une ethnie (les Xerente, par exemple, qui vivent dans un biome similaire) qui détient des savoirs médicaux équivalents et présentant tous des potentialités économiques. Cela correspond, selon les chercheurs de l'UNIFESP, à une dispute de « royalties » qui devrait être

---

<sup>1</sup> Les Krahô sont une ethnie d'environ deux mille cinq-cents individus qui habite actuellement l'État brésilien du Tocantins et qui parle la langue timbira de la famille « Jê ». John Bernhard Kleba. *Pajés, etnofarmácia e direitos tortuosos - o caso Krahô/Unifesp*. Étude présentée lors de la VII<sup>e</sup> ESOCITE, Rio de Janeiro, 28 à 30 mai 2008, p. 3-4 : « En 1999 des membres du département de Psychobiologie de l'UNIFESP ont initié une recherche sur les connaissances phytothérapeutiques de wajacás (pajés, xamãs) krahô, avec l'objectif de tester leur viabilité pour la production de médicaments. L'objet s'est concentré sur les plantes médicinales agissant sur le système nerveux central. Le projet a été déclenché en 1999, avec une bourse de doctorat accordée par la *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* – FAPESP. La première phase du projet a été finalisée avec la soutenance de la thèse en décembre 2001. En termes de résultat, la richesse des données fournies par les wajacás est surprenante en raison de la quantité de recettes médicinales qui utilisent des plantes du biome du *Cerrado*. Les résultats ont indiqué l'utilisation de 548 recettes, 164 spécimens végétaux et 139 indications thérapeutiques. Parallèlement avec les descriptions détaillées des recettes, l'équipe a collecté des échantillons de plantes qui ont été déposés dans des collections *ex situ* afin qu'ils soient identifiés et conservés auprès de l'*Instituto de Botânica de São Paulo* - IBSP. Cependant, les procédures adoptées dans la recherche sont devenues objet d'une série de controverses explosives. Le point central de la controverse était la forme de l'autorisation ou du consentement indigène adopté. Considérant que la recherche a commencé avant la mise en place de la nouvelle législation, appliquée pour la première fois en juin 2000, les procédures d'obtention du consentement préalable des indigènes et la prévision de répartition des bénéfices se sont déroulés de façon assez intuitive. (...) Par le biais d'un processus de consultation qui impliquait trois *aldeias* (villages indigènes), l'autorisation des indigènes pour la réalisation de la recherche a été obtenue. Les leaders de ces *aldeias* étaient liés à l'Association Vyty-Cati, avec laquelle furent signés un Protocole d'Intention (22/02/2001) et un Terme de Consentement (26/02/2001). Ces contrats garantissaient aux indigènes que le caractère confidentiel de leurs connaissances serait préservé et que les éventuelles publications feraient omission des noms scientifiques des plantes indiquées, afin d'éviter l'appropriation indue. La mise en question de la légalité du consentement et de la forme de redistribution des bénéfices a occasionné une controverse sans précédents. Entre la fin de l'année 2001 et début 2002 ces controverses ont non seulement paralysée la recherche mais ont aussi engendré une série d'accusations portant sur des irrégularités dans les procédures adoptées. ».

résolue par le gouvernement, et non pas par l'institution de recherche ou les entreprises. Les indigènes des « aldeias » Krahô ont donc proposé l'établissement d'un moratoire sur le transfert de leurs connaissances, jusqu'à ce qu'une définition plus précise sur les conséquences d'un éventuel transfert d'information soit mise en place. Cette décision de la part du peuple détenteur des connaissances a entraîné la prohibition d'accès à leurs connaissances, décidée, jusqu'à nouvel ordre, par le CGEN en 2003.

Comme nous l'avons vu, depuis cette date les discussions sur le thème du consentement libre préalable et informé et le droit des peuples et des communautés locales de décider en dernière instance ont beaucoup avancé sur le plan international ainsi que sur le plan local. Cette évolution dans la matière reste assez claire dans un cas plus récent, qui est celui de la sollicitation (auprès du CGEN) d'autorisation d'accès aux savoirs traditionnels associés au patrimoine génétique à des fins scientifiques (procès CGEN n° 02000.003320/2006-41), présentée par un chercheur de l'Université Fédérale de l'Etat de l'Acre, dans le cadre d'un projet intitulé « Ethnobiologie et ethnoécologie parmi les peuples de la forêt (Acre) : les Kulina (Madija) du bassin du Haut Rivière Envira ». Dans cette procédure, qui a débuté en 2006, le CGEN a considéré que l'auteur principal du projet a bien accompli les dispositifs exigés pour l'obtention du Terme de consentement (« Anuência », en portugais) Préalable - TAP. En effet, l'analyse du développement démontre que l'explication du projet, la demande d'autorisation d'accès et la proposition d'éventuelles contreparties furent présentées dans un langage accessible à la communauté détentrice des savoirs, et offrait des informations larges et solides pour une satisfaisante compréhension du projet envisagé. Les données mises à disposition comprenaient la méthodologie, la durée, l'utilisation envisagée à partir des savoirs traditionnels associés et la zone géographique couverte par le projet. Il est intéressant de remarquer que dans ce cas, le projet qui était initialement restreint à l'Université de l'Acre fut postérieurement élargi et ensuite transféré à l'EMBRAPA, entreprise publique subordonnée au Ministère de l'Agriculture, du Bétail et de l'Approvisionnement et qui a le droit de vote dans le Conseil de Gestion du Patrimoine Génétique. Le rapport présenté par l'auteur du projet démontre clairement que lors de la signature du TAP, son contenu a été présenté dans la langue locale et dans le cadre d'une réunion « formelle » au siège de l'Organisation des Peuples Indigènes de la Rivière Envira (OPIRE). Suite à la présentation, avec l'aide d'un interprète kulina, les principaux représentants (« caciques », leaders, professeurs) du groupe ont signé le contrat. Cette étape doit chercher à respecter le plus amplement possible les formes locales de représentation politique du peuple avec lequel le projet cherche à établir ou

construire une relation. Cette attitude est également une exigence du CGEN. Dans ce procédure il existe encore deux rapports anthropologiques signés par des professionnels « indépendants », c'est-à-dire qu'ils ne font pas partie du cadre des institutions qui présentent le projet (l'identité des professionnels est confidentielle). Cette procédure présente encore une particularité qui mérite d'être relevée: l'obtention du consentement supplémentaire de la part du Conseil de la Défense Nationale, du fait que la région définie par le projet de recherche se situe en zone de frontière. Selon le CGEN, toutes ces précautions et ces procédures servent à fournir un aperçu réel des objectifs et des implications du projet, éléments essentiels à son appréciation et à l'approbation des documents présentés. Au-delà de la discussion et de l'indication des formes de répartition des bénéfices ou d'autres contreparties, lorsqu'il s'agit de projets qui impliquent des utilisations économiques potentielles, il existe encore d'autres informations qui sont considérées comme indispensables dans la procédure d'autorisation, comme par exemple celles relatives aux impacts sociaux, culturels et environnementaux du projet. Selon l'article 16 de la MP:

Lorsqu'il existe une perspective d'utilisation commerciale, l'accès à l'échantillon d'un composant du patrimoine génétique en condition *in situ* et aux connaissances traditionnelles associées ne pourra avoir lieu qu'après la signature d'un Contrat d'Utilisation du Patrimoine Génétique et de Répartition des Bénéfices.

Cette répartition peut être réalisée sous la forme de partage des bénéfices, paiement de royalties, accès et transfert de technologie, licence, compétence des ressources humaines, entre autres, en conformité avec les dispositions (non exhaustives) de l'article 25 de la MP 2186-16. Cependant, l'analyse concrète de la situation actuelle démontre que jusqu'à présent les prévisions de contreparties autres que celles spécifiquement économiques sont encore prépondérantes. Ceci peut être dû au fait que face à la relative nouveauté de la législation en vigueur, la plupart de sollicitations sont déposées par des institutions de recherche scientifique ; cela veut dire qu'il ne s'agit pas d'entreprises commerciales proprement dites. Dans ce cas, la répartition de bénéfices – ou contreparties, si l'on préfère – stipulées dans les contrats peut signifier par exemple l'élaboration conjointe de plans de gestion des zones occupées par les populations traditionnelles. Néanmoins, ces bénéfices doivent théoriquement prévoir la coordination de résultats à court, moyen et long terme. D'autre part, les critères de « justice » et « d'équité » doivent aussi être présents dans ces contrats, conformément aux termes des résolutions internes du CGEN, sans lesquels les contrats ne peuvent pas être enregistrés par les instances du CGEN et par le bureau du DPG. En ce qui concerne la

compétence pour signer le contrat au nom de la communauté, les critères sont quasiment les mêmes que ceux établis pour la signature du TAP. Notons d'ailleurs que l'organisme indigéniste responsable, la FUNAI, devra être toujours entendu dans cette étape. La cohérence entre le TAP et le contrat se justifie essentiellement par le fait, dans la plupart des cas, comme il est possible de l'imaginer, qu'il n'existe pas de personne morale constituée avec l'objectif spécifique de représenter les intérêts de la communauté. Il est d'ailleurs toujours important de faire attention au respect des formes locales de représentation sociale et politique. Notons encore que selon les spécificités des rapports juridiques entre le chercheur et la communauté, il peut y avoir une formation de contrat avant même qu'il existe une utilisation économique ponctuelle.

Un bon exemple de ce type de cas est le contrat d'utilisation de patrimoine génétique, de connaissance traditionnelle associée et de répartition de bénéfices établi entre l'Université Fédérale de Rio de Janeiro (UFRJ) et les Communautés Remanescents de Quilombo<sup>1</sup> du Municipipe d'Oriximiná (ARQMO)<sup>2</sup> dans l'Etat du Pará. Cette affaire est traitée dans le procès de sollicitation déposé auprès du secrétariat du CGEN sous le n° 02000.002597/2006-56. Selon ce contrat la répartition de bénéfices doit être fixée sur des « clauses additionnelles », qui seront ajoutées à la liste des clauses préétablies dans cette espèce de « précontrat ». Certaines de ces clauses préexistantes serviront à maintenir une liste actualisée de toutes les collectes effectuées et permettre d'agir contre les responsables de n'importe quel dommage éventuel causé à l'environnement ou avenant à la communauté en question.

Par ailleurs, certains éléments critiques de ce thème sont mis en évidence dans une quatrième procédure, de n° 0200.002013/2007-23 (CGEN). C'est une sollicitation

---

<sup>1</sup> Les « Comunidades Remanescente de Quilombo » sont des communautés de descendants des esclaves qui après 1993 ont commencé à avoir des droits de propriété sur leurs terres reconnues par la Constitution.

<sup>2</sup> Le contrat en question (ou précontrat) se réfère au projet intitulé « Bioprospection des espèces pharmacologiques actives utilisées médicalement par les communautés quilombolas d'Oriximiná (PA), Brésil ». Le demandeur affirme que l'objectif du projet est la recherche de substances bioactives des plantes médicinales à partir des connaissances traditionnelles des communautés de sept régions quilombolas (Boa Vista, Água Fria, Trombetas, Erepecuru, Alto Trombetas, Jamari / Último Quilombo e Moura). Cela représente 32 communautés remanescents de quilombo qui possèdent des titres collectifs sur les terres ou qui sont en litige pour la reconnaissance de ces titres collectifs (Voir la p. 130 de la procédure). À exemple d'une grande partie des recherches de bioprospection réalisées au Brésil, celle-ci n'indique préalablement aucune substance ou principe actif de concentration spécifique. Son objectif est justement de chercher d'éventuelles plantes médicinales ou substances bioactives pour qu'ensuite la recherche puisse être approfondie sur cette base. C'est donc pour ce motif qu'il existe la prévision de l'inclusion de clause additionnelle dans le contrat en cas de développement scientifique ou économique. Cette approche méthodologique peut recevoir la qualification de contrat local provisoire et révisable.

d'autorisation d'accès aux connaissances traditionnelles associées avec la finalité de recherche scientifique. Dans ce cas spécifique le demandeur n'a pas obtenu l'autorisation sollicitée.

L'institution qui demandait cette autorisation était l'Université Fédérale du Pará. L'objectif était la réalisation d'une recherche scientifique intitulée « Passé et présent de peuples Aruák : les traditions des Apurinã et Manchineri<sup>1</sup> et l'environnement ». La responsable de la coordination des travaux de terrain était une chercheuse finlandaise du centre Ibéro-Américain, rattaché à l'Institut Renvall de l'Université de Helsinki. L'analyse de la demande et l'interview du responsable technique du DPG laissent transparaître que les responsables du projet n'ont pas été capables de fournir des données précises sur les lieux où devraient être réalisées les étapes de terrain de la recherche. Les informations étaient assez vagues, disant à peine que la recherche serait réalisée parmi les groupes indigènes Manchineri et Apurinã, dans les municipalités d'Assis Brasil (Acre) et de Lábrea (Amazonas), respectivement. Les informations ont été considérées trop génériques lors des réunions du Conseil. À ce problème, il faut ajouter que l'autorisation préalable obtenue auprès des représentants des groupes n'a pas été considérée suffisamment représentative des aspirations de l'ensemble de leurs communautés. En effet, il est possible d'observer que le TAP en question n'a pas été signé dans les communautés des peuples visés par le projet. Le document présent sur la procédure est daté et signé dans la capitale Rio Branco, située à 350 kilomètres d'Assis Brasil, et indique au maximum l'acquiescement d'individus qui s'affirmaient Manchineri, se trouvant à l'occasion dans la capitale de l'État. Ceux-ci ne possédaient néanmoins aucune attestation capable de démontrer qu'ils étaient effectivement des représentants légitimes de l'ensemble du peuple Manchineri. En ce qui concerne le TAP pour la recherche chez les Apurinã, la chercheuse a argumenté que les difficultés d'accès aux communautés ont empêché son obtention et que pour cela elle renonçait pour le moment à cette étape du projet. Par ailleurs, il nous semble important de porter au débat un aspect qui pourrait être considéré curieux. Lors des entretiens avec le spécialiste responsable de la procédure, nous avons posé la question à propos de la réalisation de la recherche en dépit de la décision du CGEN. Selon le responsable de la procédure, il a trouvé fort probable, qu'en

---

<sup>1</sup> Les Apurinã et les Manchineri sont deux peuples Aruák de famille linguistique Aruak-maipure. Les Apurinã habitent au Brésil sur les États de l'Amazone, du Mato Grosso et de Roraima. Les Manchineri occupent actuellement une partie de la région sud de l'État de l'Acre et d'autres points du Pérou et de la Bolivie.

dépit du refus de l'autorisation, la recherche pourrait très bien être en train d'être réalisée. Selon lui, une fois la décision prise, ce genre de problème ne concerne plus au CGEN, mais à des organismes tels la FUNAI ou l'IBAMA.

Or, parmi les membres qui composent le CGEN, se trouvent aussi bien l'IBAMA que la FUNAI. Cette situation ne risque-t-elle pas de démontrer nettement un manque de coordination ou de dialogue entre les sphères gouvernementales responsables et une position administrative assez insulaire de la part du CGEN ? Il est possible qu'un bref sondage sur les bases de données de l'Université de Helsinki puisse confirmer la pertinence de certains soupçons sur l'effectivité des règles établies par la MP 2186-16.

Somme toute, la Mesure Provisoire brésilienne – comme le nom de l'instrument juridique emprunté l'indique – ne représente qu'un essai de mise en place d'un modèle, parmi beaucoup d'autre existants dans le monde, et qui pour l'instant est encore tout à fait provisoire et, de la sorte sujet à modifications. Il serait intéressant d'analyser, à titre purement comparatif, d'autres modèles légaux existants et qui peuvent éventuellement indiquer des formulations intéressantes. Certains autres systèmes, contrairement à l'actuel modèle brésilien de protection des savoirs traditionnels, possèdent certainement et depuis un certain temps déjà une base empirique et théorique assez bien consolidée.

## **Section 2. L'originalité française en matière de savoirs et savoir-faire locaux: une reconnaissance de l'autochtonie ?**

Tout le débat qui s'intensifie à partir de la création des mesures internationales décrites précédemment<sup>1</sup> ne produit pas des conséquences pratiques et théoriques uniquement dans les pays en développement. Certains pays développés – et qui comme la France possédait déjà des systèmes spécifiques de protection des savoirs et des savoir-faire locaux – se sentent également concernés par les récentes mesures qui cherchent à garantir les connaissances, les pratiques, les expressions et les ressources traditionnelles<sup>2</sup> locales ou autochtones. En effet, la

---

<sup>1</sup> Dont la CDB est l'une de plus emblématiques puisqu'elle engendre certainement (et malgré les critiques) des changements dans les législations nationales et dans les pratiques locales.

<sup>2</sup> En France l'expression « savoirs naturalistes locaux » est souvent considérée comme la plus adéquate pour désigner ces éléments qui, comme nous l'avons déjà dit, représentent un ensemble assez disparate de

CDB encourage tous les pays signataires au « respect, à la préservation et au maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent un mode de vie traditionnel ».

Il est intéressant de remarquer que les objectifs primordiaux dressés par la CDB à ses débuts indiquaient nettement une priorité destinée aux éléments plus étroitement liés à la conservation de la biodiversité, l'utilisation durable des ressources et finalement à la répartition juste et équitable de bénéfices. C'est au long des négociations menées dans le cadre de la conférence des parties que l'importance des principes posés par l'article 8(j) fut progressivement mise en évidence, notamment la valorisation des porteurs de savoirs.

Malgré toutes les critiques qu'elle puisse recevoir, il est important de souligner que la CDB reconnaît pour la première fois le droit souverain des États et surtout le droit des communautés et des peuples sur les éléments et les ressources naturelles de la biodiversité qu'ils conservent chez eux. À partir de la CDB, ce ne sont plus des biens communs à toute l'humanité. « On est donc passé d'un intérêt collectif pour un patrimoine commun à un intérêt commun pour la gestion d'une multitude de patrimoines sous la responsabilité des États ».<sup>1</sup> Ce retournement juridique va modifier profondément le contenu des débats à propos de la conservation de la biodiversité, des connaissances sur cette biodiversité, des pratiques et des savoir-faire locaux à partir des ressources de la biodiversité. La Convention a effectivement renoncé à une approche purement préservationniste (qui prône la conservation des écosystèmes comme des sanctuaires intouchables), pour incorporer les pratiques, les nécessités et les préoccupations des populations locales et des peuples autochtones, suivant le courant du développement durable. Selon certains auteurs, cela a représenté une grande opportunité pour l'implantation de stratégies de réhabilitation des savoirs et savoir-faire locaux. Ce processus de réhabilitation commence justement avec la reconnaissance que diverses ressources biologiques dont nous disposons actuellement sont disponibles grâce à des Hommes et des Sociétés qui ont eu la capacité de les préserver et de les développer, selon un modèle de gestion de faible impact environnemental. Ces modèles sont actuellement associés et incorporés à certains principes de durabilité. En effet, la valorisation et la reconnaissance

---

connaissances populaires sur la nature (savoirs et savoir-faire agricoles et pastoraux, variétés et races locales, pratiques médicinales etc.).

<sup>1</sup> Bernard Roussel. *Savoirs locaux et conservation de la biodiversité : renforcer la représentation des communautés*. In : Développement durable ou décroissance sélective ? Mouvements. N°41, septembre-octobre 2005/4, p. 84. Voir <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2005-4-page-82.htm>

du facteur anthropique dans la gestion durable des ressources biologiques représente le dépassement d'une approche où les seules stratégies envisagées et considérées efficaces pour la conservation étaient celles pratiquées selon le modèle de préservation *ex-situ* des espèces et des ressources. Cette méthodologie conserve son importance, mais elle est progressivement remplacée ou utilisée en parallèle avec d'autres méthodes de conservation *in-situ* (réservoirs biologiques naturels) et « on-farm »<sup>1</sup> (réservoirs agrobiologiques naturels), où le rôle des savoirs et des savoir-faire – et donc des hommes et de leur lien avec la terre – ne sont plus méprisés.

L'abandon de certaines stigmatisations existantes sur les savoirs et les savoir-faire sur la biodiversité s'accompagne aussi d'un changement dans leur statut. Ce qui était considéré tout d'abord comme un obstacle au progrès économique, scientifique et à la conservation de la biodiversité commence à être vu progressivement comme un objet de conservation en soi et, au même titre que les autres éléments de la biodiversité, une partie intégrante des patrimoines à sauvegarder. Une approche encore plus contemporaine, décrit et considère ces savoirs et savoir-faire comme des outils et des modèles de gestion durable et de faible impact des ressources de la diversité biologique et de la nature. Cela représente un espace décisif à l'heure actuelle. À partir de là, ces connaissances et ces pratiques deviennent également « l'enjeu de revendication identitaires et se retrouvent par exemple au cœur des combats liés à la reconnaissance des droits politiques et territoriaux (...) ».<sup>2</sup> Le défi contemporain n'est donc plus seulement celui de conserver les pratiques locales, de réguler l'utilisation qui en est faite et de les valoriser comme s'il s'agissait de simples objets qui souscrivent des pratiques curieuses. Les enjeux liés à la reconnaissance de la valeur holistique des savoirs et savoir-faire traditionnels autochtones et locaux annoncent surtout la nécessité de consolider tout un ensemble de droits des peuples et des populations détentrices de savoirs spécifiques. Cela inclut de dresser des inventaires et mettre en place des dispositifs de conservation et de suivi, l'assurance large des droits territoriaux et d'autonomie politique à l'intérieur de ces territoires (qui représentent en dernière instance « le local des connaissances »), le renforcement des

---

<sup>1</sup> La conservation "*in-situ*" est une préservation dans la région d'origine des espèces. Cette méthodologie possède actuellement deux principaux modèles : la conservation dans des réserves génétiques (unité de conservation, parcs écologiques, terres indigènes etc) et la conservation dite "*on-farm*", qui prévoit la conservation des espèces dans des systèmes de culture agricole autochtones et locaux.

<sup>2</sup> Laurence Bérard, Marie Cegarra, Marcel Djama, Sélim Louafi, Philippe Marchenay, Bernard Roussel, François Verdeaux. *Savoirs et savoir-faire naturalistes locaux : l'originalité française*. Iddri. Paris: 2005, p. 9.



systèmes de propriété intellectuelle et de contrats capables de prendre en considération leurs spécificités de façon juste et responsable.

Somme toute, vu les contours de la problématique soulevée par la protection des savoirs autochtones, il est tout à fait compréhensible que les droits de propriété intellectuelle figurent comme repère stratégique dans le scénario international. Effectivement, peu importe si nous avons affaire à des ressources biologiques ou autres éléments tangibles de la culture traditionnelle, une part significative des questions évoquées dans ce domaine restera toujours attachée aux ressources immatérielles (les savoirs, les savoir-faire). C'est dans cette perspective – c'est-à-dire, l'approfondissement théorique, légal et pratique afin d'aboutir à un traitement spécifique à l'intérieur même du système de la propriété intellectuelle et visant des objectifs et des nécessités singulières, en ce qui concerne le statut et les dimensions spéciales des savoirs et des savoir-faire locaux – que l'originalité des solutions en France en la matière sont extrêmement intéressantes.

Selon les spécialistes, le statut des savoirs et des savoir-faire locaux a connu des fortunes diverses au cours de l'histoire française. « Depuis la Révolution, le modèle français se réclame d'un corps politique unifié et aménage le territoire de façon centralisatrice, affirmant la primauté de la capitale et des pouvoirs qui y résident ».<sup>1</sup> Ce modèle s'étend d'ailleurs aux colonies, étant donné que l'appartenance commune à l'Empire est censée transcender toutes les altérités ou différences. En ce temps, les « traditions culturelles » des colonies étaient synonymes de « primitivité », ainsi que la « paysannerie » métropolitaine « d'archaïsme ». « Il faudra attendre la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, pour que la reconnaissance de l'autochtonie revienne à l'ordre du jour »<sup>2</sup> et pour que la marginalisation des pratiques coutumières de certains groupes, ou peuples, qui composent la nation puisse être écartée. Ce phénomène s'affirme au fur et à mesure que les débats sur la paysannerie, « le retour au local », les dimensions de la tradition et le statut de l'altérité se font une place sur l'agenda politique français. Dans la même ligne de ce qui a déjà été dit précédemment :

Le concept de patrimoine est réhabilité, pour ne pas dire réinventé. Polysémique, la notion de terroir devient l'un des principaux instruments de la revalorisation des savoir-faire locaux en matière agricole, alors que les pratiques se standardisent en raison de la sujétion des activités à la seule logique économique. Se démarquant des approches agronomiques privilégiées jusque-là, cette tendance s'inscrit dans un

---

<sup>1</sup>Idem, p. 11.

<sup>2</sup>Idem

mouvement plus général de réhabilitation de la relation au lieu et de la prise en compte des relations entre les communautés locales et leur environnement. Terroir, patrimoine, autochtonie, ces notions occupent une position clé dans les discours et les dispositifs de reconnaissance et de protection des formes culturelles localisées, en particulier des savoir-faire en matière de diversité biologique<sup>1</sup>

Les origines de la réglementation française en matière d'appellation d'origine contrôlée sont assez anciennes, mais ce n'est qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle que la législation reconnaît l'utilisation d'un nom géographique pour protéger et éviter la contrefaçon des produits agricoles originaires d'un certain terroir et issus d'un savoir-faire spécifique. Les terminologies et les conceptions à propos de l'AOC ont été construites petit à petit, étant donné que la première importante réglementation pour la création de ce régime singulier date du 1<sup>er</sup> août 1905. Cette loi, qui n'établissait pas encore des critères de qualité, confie à l'administration la mission de définir les zones dont les productions agricoles peuvent bénéficier d'une appellation d'origine. Ce n'est qu'à partir du décret-loi de 1935 que ce sujet sera traité à l'intérieur d'un comité spécifique avec le but d'instituer des AOC pour les vins fins<sup>2</sup> ; ce comité devient en 1947 l'Institut National des Appellations Contrôlées (l'INAO) et, depuis 2007, Institut National de l'origine et de la qualité, regroupant aussi certaines fonctions de l'ancienne Commission nationale des labels et certifications (CNLC).

Actuellement l'INAO travaille avec les signes d'identification de la qualité et de l'origine suivants :

1 – L'Appellation d'Origine Contrôlée : L'AOC est un signe français qui indique l'authenticité d'un produit à partir de son origine géographique. Selon l'INAO, l'AOC exprime l'existence d'un lien intime entre le produit et son terroir, suivant deux principaux critères : i) la zone géographique avec ses caractéristiques géologiques, agronomiques, climatiques et historiques propres ; ii) les disciplines humaines capables de tirer, selon un savoir-faire spécifique, le meilleur parti de la nature. Le plus remarquable dans ce système, pour l'intérêt spécifique de la présente recherche, c'est que l'obtention d'une certification d'AOC dépend d'une démarche collective. Cette démarche sera obligatoirement portée par l'Organisme de Défense et de Gestion (ODG)<sup>3</sup>, une structure fédérative chargée de représenter

---

<sup>1</sup> Idem, p. 12.

<sup>2</sup> Effectivement, dans un premier temps les AOC ne concernent que le secteur viticole. Ce ne sera qu'à partir d'une loi du 2 juillet 1990 que le système s'étendra à l'ensemble du secteur agroalimentaire.

<sup>3</sup> L'article R642-33 du Code Rural et de la Pêche Maritime français dispose que : « La demande de reconnaissance de la qualité d'organisme de défense et de gestion est formée par toute personne physique ou

et de rassembler les opérateurs de la filière du produit en AOC et de coordonner le dialogue administrative avec l'INAO.

2 – L'Appellation d'Origine Protégée : Grosso modo, l'Europe adopte et adapte le même système de l'origine pour l'ensemble des pays de l'Union Européenne. L'AOP est la transposition au niveau européen de l'AOC française pour les produits laitiers et agroalimentaires (hors viticulture).

3 – L'Indication Géographique Protégée : Selon l'INAO, l'IGP est née, à l'instar de l'AOP, de la volonté européenne d'étendre le système d'identification des produits par l'origine. L'IGP distingue un produit dont toutes les phases d'élaboration ne sont pas nécessairement issues de la zone géographique éponyme mais qui bénéficie d'un lien à un territoire et d'une notoriété. Depuis le 1er août 2009, les IGP s'appliquent également aux vins. À partir de là, il est possible de distinguer deux catégories de vins : les vins sans indication géographique et les vins avec indication géographique. Cette dernière catégorie est composée des vins AOP (VQPRD – Vins de qualité produits dans des régions déterminées) et des vins IGP (anciennement vins de pays). Actuellement les vins IGP intègrent donc le champ de compétence de l'INAO. L'INAO affirme encore que la relation entre le produit et son origine est moins forte que pour l'AOC mais suffisante pour conférer une caractéristique ou une réputation à un produit et le faire ainsi bénéficier de l'IGP. À l'exemple de l'AOC, l'IGP dépend d'une démarche collective.

4 – La Spécialité Traditionnelle Garantie : La STG ne fait pas référence à une origine mais a pour objet la protection de la composition traditionnelle d'un certain produit ou d'un savoir-faire (mode de production) traditionnel. Les matières premières ou le savoir-faire sont les « garants du caractère objectivement traditionnel du produit par rapport aux produits similaires ». La STG peut s'appliquer à tous les produits agricoles et agro-alimentaires, elle est soumise à des mécanismes de contrôle et exige également une démarche collective pour son obtention.

5 – L'Agriculture Biologique : Selon l'INAO, l'agriculture biologique représente un mode de production agricole spécifique « assurant qu'un ensemble de pratiques agricoles sont respectueuses des équilibres écologiques et de l'autonomie des agriculteurs ». Cette

---

morale ou tout groupement de personnes physiques ou morales auprès de l'Institut national de l'origine et de la qualité ».

certification vise à la préservation des sols, des ressources naturelles, de l'environnement et au maintien des agriculteurs. Suivant cette règle, l'agriculture biologique est souvent considérée comme un ferment de l'agriculture durable.

6 – Le Label Rouge : Créé par la loi d'orientation agricole du 5 août 1960, le Label Rouge garantit qu'un produit détient un ensemble de particularités qui lui confèrent un niveau de qualité supérieure par rapport aux produits courants de même nature. Les conditions de production ou de fabrication du produit lui sont particulières, ce seraient elles qui confèreraient cette supériorité au produit labélisé. Le Label Rouge est également soumis à un dispositif de contrôle et dépend d'une démarche collective.

Notons que parmi les diverses missions assumées par l'INAO – promotion des concepts et information ; reconnaissance des signes d'identification de la qualité et de l'origine ; connaissance et suivi ; contrôle et respect du cahier de charges et du texte officiel ; protection de terroirs d'appellation ; protection internationale – celle qui évoque la coopération internationale possède un grand intérêt dans l'actuelle recherche. Cet intérêt s'accroît davantage lorsque l'on considère l'aspect collectif d'une grande partie de ces démarches de certification accomplies en France. Ce fait est vraisemblablement de grande valeur pour une étude comparée ainsi que pour la promotion d'interfaces appliquées entre les diverses réalités où il existe un intérêt pour la question de la reconnaissance et la mise en valeur d'un patrimoine culturel traditionnel déterminé. Selon les annonces institutionnelles émises par l'INAO lui-même, « les autorités françaises sont actuellement sollicitées par des pays étrangers de plus en plus nombreux, comme récemment le Brésil, le Cambodge, la Colombie et le Maroc, pour expliquer le système français des indications géographiques »<sup>1</sup>. L'intérêt que cette expérience et, disons ce savoir-faire administratif, suscité, peut-être expliqué par la croissante prise de conscience des États de la nécessité de reconnaître et de valoriser leur patrimoine bioculturel et par la récente perception que la protection des secteurs de production et des produits traditionnels est extrêmement nécessaire puisqu'il s'agit d'un mécanisme efficace pour éviter certaines usurpations couramment commises.

---

<sup>1</sup> Selon l'INAO encore une fois : « C'est pourquoi, en étroite liaison avec le ministère de l'agriculture, l'INAO met à profit sa longue expérience sur le plan juridique, économique (organisation des filières) et technique (développement technique et agronomique des productions) auprès d'un nombre croissant de pays tiers. L'Institut accueille des délégations souhaitant se documenter sur le fonctionnement des indications géographiques et envoie des experts en mission de coopération dans de nombreux pays du globe. »  
Voir : [http://www.inao.gouv.fr/public/home.php?pageFromIndex=textesPages/Nos\\_missions378.php~mnu=378](http://www.inao.gouv.fr/public/home.php?pageFromIndex=textesPages/Nos_missions378.php~mnu=378).

Au-delà de l'INAO, il existe encore en France un grand nombre de labels de qualité, d'agrément, de certificats de conformité à des normes ou d'une provenance, dans les plus divers secteurs, par lesquelles une autorité reconnaît qu'une personne, un site, un territoire, un produit possèdent un certain nombre de qualités énumérées et prédéfinies. Ces certificats peuvent être officiels – lorsqu'ils sont décernés par l'État lui-même ou par des organismes internationaux – ou délivrés par des associations ou autres organisations non-gouvernementales, et jouissent d'une réputation très variable. Juste à titre d'exemple nous pourrions citer, parmi les plus notables : « monument historique », « site naturel classé », « site naturel inscrit », « ville et pays d'art et d'histoire », « inventaire général du patrimoine culturel », « entreprise du patrimoine vivant », « librairie indépendante », « parc national », « réserve biologique », « label montagne (officiel) », « label produit montagne (association) », « label régional », « haute qualité environnementale », « écolabel », « station verte », etc. Ces certifications seront ensuite formalisées par un acte législatif ou réglementaire et l'élément auquel la certification s'attache recevra à partir de là un suivi plus proche, une politique de mise en valeur, des récompenses, des allocations, enfin de la valeur associée, etc.

La protection formelle de l'origine géographique par l'appellation d'origine contrôlée ou par l'indication géographique protégée constitue une forme de valorisation de la plus-value culturelle. En effet, le lien avec son origine géographique confère au produit une typicité, qui suscite, avec l'expérience et le temps, une attente des consommateurs pour un produit unique, dont le prix récompense l'originalité<sup>1</sup>

Il est assez clair que, du point de vue conceptuel, les plus importantes transformations dans le regard et le traitement des spécificités culturelles locales ne furent atteintes qu'à partir des années 1960, moment qui coïncide d'ailleurs avec la période de décolonisation. Selon la littérature d'anthropologie, la France effectue alors un fort mouvement de relativisation de sa conception de culture, reconnaissant certaines différences culturelles (même à l'intérieur de la République) et redécouvre finalement le local d'une façon plus ouverte. À partir des années 1980, on remarque un renouveau dans le regard sur les dimensions de la notion de patrimoine qui peut s'appliquer à une vaste gamme de situations, que ce soient des systèmes biologiques naturels ou des formules culturelles locales, que ce soient des manifestations matérielles ou bien des expressions intangibles. Ce nouveau regard servira sans doute à former les bases

---

<sup>1</sup>Laurence Bérard et al. Idem, p.26

politiques pour la formulation de toute une série de déclinaisons pour les éléments patrimoniaux répertoriés et dont il est question, à partir de là, de penser des modalités de protection, de sauvegarde, de gestion et de mise en valeur. Le « mouvement de patrimonialisation s'élargit de plus en plus à la composante immatérielle et en particulier aux savoirs populaires techniques et naturalistes ».<sup>1</sup>

Selon les spécialistes, les débats qui se sont intensifiés dans la dernière décennie autour des notions de tradition, d'identité et de patrimoine sont directement responsables de la nouvelle forme, qui est aussi plus critique et ouverte, de conception de l'espace politique et légal pour les savoirs, les savoir-faire et les expressions culturelles diverses. Les circuits intellectuels, administratifs, artisans et paysans français participent activement de cette nouvelle construction autour de la protection et de la gestion des lieux, des objets, des pratiques ou des traditions. Cette dynamique de déconstruction et de renouvellement dans l'approche du patrimoine peut être considérée comme un repère dans le débat à propos des nouvelles formes de conception de la propriété intellectuelle et de la gestion de toute sorte de patrimoine matériel et immatériel. Comme nous l'avons vu, ce mouvement inclut plus récemment la muséologie, secteur qui était considéré comme assez réfractaire aux changements dans le statut de son patrimoine.

Certains experts disent même que « le patrimoine culturel devient alors un outil de promotion et de développement du territoire en relançant et en revalorisant des activités qui étaient au point de disparaître ».<sup>2</sup> Si cela est vrai, il faudra quand même replacer l'affirmation dans son contexte et apporter certaines nuances pour que l'idée ne soit pas prise, dans ces termes, pour une solution universelle. Cette dynamique de patrimonialisation, qui se déroule sous nos yeux, est maintenant assez répandue dans certains pays (d'Europe, notamment) mais peut quelque part – et il nous semble que cela se passe déjà – entrer en résonance avec certaines relations à ce que nous avons antérieurement appelé « flèche du temps autochtone ». Quelques nuances préalables devraient effectivement être apportées. Il devient assez clair que certains pays en développement (dont le Brésil) se voient explicitement tentés à (si ce n'est pas s'approprier) du moins s'inspirer des catégories de patrimoine, de label et d'authentification développées ailleurs, afin de les appliquer à des réalités locales bien différents. Les défenseurs de cette voie prônent justement l'idée que la biodiversité et les

---

<sup>1</sup> Idem, p. 13.

<sup>2</sup> Idem

savoirs traditionnels ne pourront résister que lorsqu'ils auront une réelle valeur sur le marché. « La forêt ne restera debout que lorsqu'elle aura une valeur dans cet état », pourraient très bien argumenter par exemple les défenseurs d'une telle conception. Ce processus est à mettre en perspective avec urgence, dans la mesure où la force de l'acte de patrimonialisation viendrait de ce qu'il se « nourrit de toutes les nostalgies qu'engendre un monde qui disparaît et n'assure plus un minimum vital de symbolique ». <sup>1</sup> Les réalités locales et autochtones présentes dans les divers continents sont trop singulières pour en permettre la réplique pure et simple de modèles types. Ce genre de solution beaucoup trop évidente risquerait certainement de montrer à un moment ou un autre ses fragilités et des conséquences indésirables. Ceci dit, l'attitude la plus intéressante à cet égard semble être encore l'approfondissement de l'analyse des situations concrètes vécues sur d'autres réalités, dans le cadre d'une approche comparative, pour en tirer pour chaque cas précis, des résultats mieux adaptées.

Si nous revenons donc à l'analyse du cas spécifique français, il est possible de noter aussitôt que « terroir » est la notion terminologique par excellence qui exprime le lieu et le rapport spécial entre une communauté locale et l'environnement d'où elle tire ses ressources et ses pratiques naturalistes, surtout dans le domaine agricole. Le terroir projette une intégration déterminante entre les dimensions sociales et géographiques d'un lieu. Ce lieu géographique déterminé dans l'espace rural présente des caractéristiques physiques, naturelles et humaines uniques et précises, qui le distinguent des autres terroirs. « Mais ces caractères propres, qui étaient initialement censés relever quasi exclusivement de conditions agro-écologiques, sont de plus en plus considérés non pas comme un donné naturel mais comme la résultante de l'interaction entre un groupe humain et le lieu qu'il habite ». <sup>2</sup> Selon cette conception, le lieu ne préexiste pas tel quel à ces habitants. À l'exemple de ce que de nombreux anthropologues avaient déjà étudié à propos de certaines réalités amazoniennes, par exemple, les espaces naturels, les territoires autochtones ainsi que les terroirs représentent très souvent de vraies « inventions » ou « domestications » de ces lieux.

Les ressources naturelles concernées ne sont pas [seulement] héritées mais sélectionnées ; les savoirs qui leur sont appliqués ne sont pas seulement transmis mais construits et renouvelés ; les espaces sont assignés à des usages et l'accès aux

---

<sup>1</sup> Laurence Bérard et Philippe Marchenay. *Lieux, temps et preuves : la construction sociale des produits de terroir*. Revue Terrain - n° 24. Édition Ministère de la culture/Maison des sciences de l'homme. Paris: 1995, p. 4. Voir <http://terrain.revues.org/3128>

<sup>2</sup> Laurence Bérard et al, 2005, Idem, p. 14.

facteurs de production est régi en fonction des institutions et, plus généralement, de l'organisation sociale du groupe.<sup>1</sup>

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue qu'actuellement le terroir est également perçu sous l'angle de l'aménagement des terres potentiellement productives ainsi que du développement régional et national. Ici, encore une fois, il est possible de considérer de manière analogue les adversités vécues dans de nombreux territoires indigènes. En France, le terme terroir est actuellement assez couramment associé, sous un prisme qui relève en quelque sorte du sens commun, plutôt à des produits auxquels les consommateurs « associent spontanément l'idée d'une provenance géographique, d'une qualité ou d'un goût considéré *a priori* comme authentique ou traditionnel ». <sup>2</sup> Certains auteurs se demandent si les sentiments d'attachement aux racines et d'intérêt porté au local – stimulés par une stratégie sous-jacente qui évoque artificiellement un lien avec la terre – pourraient renvoyer à un « néo-ruralisme nostalgique et réactionnaire » et à un « passéisme » <sup>3</sup> dépourvu de réelle liaison avec les lieux auxquels il se réfère. En effet, certains textes recueillis par ces auteurs démontrent qu'il existe encore une tendance à la construction d'images stigmatisées ainsi qu'un véritable prosaïsme marchand, à partir de certaines extrapolations sémantiques. Bérard et Marchenay attirent notre attention sur de publicité parue dans le Monde du 28 novembre 1992 :

Chez Paul Prédault nous nous sommes donné comme mission d'apporter tous les jours et sur toutes les tables de France et d'Europe des jambons et des terrines préparés selon des recettes traditionnelles et authentiques qui préservent et exaltent le vrai goût des aliments (...) Le vrai goût est un patrimoine, une valeur que nous défendons avec vous et pour vous ». <sup>4</sup>

La construction peut paraître inoffensive lorsque l'on considère ses évidents objectifs publicitaires. Néanmoins, c'est cette surabondance événementielle, patrimoniale et sémantique - qui repose sur la « chosification » des concepts, des sensations et des patrimoines - admise et stimulée dans l'actuelle surmodernité informationnelle, qui viabilise d'autres aberrations, telle celle commise par l'entreprise allemande Stihl qui vend des tronçonneuses sur le marché brésilien sous le slogan « technologie en faveur de la nature ». <sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Idem, p. 15.

<sup>3</sup> Laurence Bérard et Philippe Marchenay, Idem, p. 4.

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> Voir [http://www.stihl.com.br/media\\_rd/MS\\_361.pdf](http://www.stihl.com.br/media_rd/MS_361.pdf)



En dépit des éventuelles actions de promotion du « développement durable » que Stihl pourrait conduire, elle continue à vendre des tronçonneuses. Ce genre de stratégie et de discours résulte certainement de la prolifération de ce que Marc Augé a qualifié de prolifération de « non-lieux »<sup>1</sup> géographiques (par opposition à la notion sociologique de lieu), mais aussi, et chaque fois plus, de non-lieu sémantiques. Cela veut dire qu'une surexploitation économique et conceptuelle des ressources, des terroirs ou des territoires autochtones, bousculant artificiellement la spontanéité des aptitudes sociobiologiques et sémantiques propres à chacune, dans le simple objectif de potentialiser les retours économiques dans la gestion et l'aménagement régional et national du territoire, peut effectivement représenter une attitude irresponsable envers les identités locales ou autochtones que l'on vante.

Somme toute, « la notion de terroir – comme celle de patrimoine – ne peut se comprendre indépendamment de son domaine d'application, des protagonistes qu'elle implique, des conditions de son élaboration comme de ses transformations successives ».<sup>2</sup> Il est donc essentiel de poursuivre une analyse profonde de chaque situation présentée pour qu'il soit possible de percevoir à quel moment l'approche de ladite « résurgence du terroir » et de la « valorisation du patrimoine » s'insère dans le cadre de la reconnaissance des savoirs et savoir-faire locaux ou autochtones, du développement durable ou de l'aménagement économique des territoires productifs. L'étendue matérielle et immatérielle des terroirs et des patrimoines n'est certainement pas étanche, puisque leur position dans le monde concret et la possible polysémie de leur sens causera toujours une perméabilité entre les diverses dimensions. Un producteur français de vin local peut se servir du discours du développement durable pour recevoir certaines allocations ou labels et parallèlement à cela adopter une stratégie concurrentielle et des techniques productives assez agressives du point de vue de l'aménagement agricole du territoire, puisque ce sont les outils dont il dispose pour pouvoir se

---

<sup>1</sup> Marc Augé. *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*. Le Seuil. Paris : 1992. Cet ouvrage d'Augé est un de ses essais sur « l'anthropologie du proche » et de la « contemporanéité ». Il réalise un exercice d'analyse de « lieux » (aéroports, métro, publicités, télévision, il est possible maintenant d'ajouter l'internet etc) qu'il nomme « non-lieux » dans la mesure où le surpeuplement, la surabondance événementielle, spatiale et terminologique conduisent au final à créer une individualisation stérile des références. « Les repères d'identité collective sont devenus fluctuant et le besoin de donner un sens au présent apparaît comme la rançon de cet excès ». Pour Augé, « la première difficulté d'une ethnologie de l'ici [de l'occident], c'est qu'elle a toujours affaire à de l'ailleurs, sans que le statut de cet ailleurs puisse être constitué en objet singulier et distinct (exotique) », p. 13

<sup>2</sup> Laurence Bérard et al, *Idem*, p. 15.

maintenir dans un marché chaque jour plus compétitif. Il ne serait pas exagéré, encore une fois, de dire que des situations absolument analogues s'observent actuellement quelque part au fin fond de la forêt amazonienne. Un peuple dans la forêt peut simultanément arborer l'image de « gardien de la nature » et tronçonner des arbres millénaires (qui seront plus tard peut-être blanchis à l'aide d'un label durable quelconque), puisque ce sont les mécanismes pratiques dont il dispose pour survivre au jour le jour. Comme il a déjà été dit plusieurs fois, les exemples pratiques ne font que prouver les images et donc les stratégies liées aux notions de traditionalité, d'authenticité, ainsi que d'identité et d'autochtonie, sont extrêmement variables et fluides.

La question de la reconnaissance et de la mise en valeur des savoirs et des savoir-faire des communautés locales semble être assez bien résolue en France, dans la mesure où les anciennes tensions entre les principes uniformisateurs républicains et la place ouverte aux identités régionales et locales sont apparemment apaisées. Néanmoins, la reconnaissance du fait autochtone demeure plus problématique. En effet, la lutte pour la reconnaissance de l'autochtonie peut souvent déboucher sur la revendication de droits collectifs qui s'appliqueraient à des groupes particuliers (les peuples indigènes), ce qui risque d'être interprété comme une mise en cause du principe d'égalité. Le dilemme de la France « face à l'autochtonie recoupe le dilemme classique de la gestion politique du multiculturalisme dans l'Etat de droit : il s'agit de garantir simultanément l'égalité de tous les citoyens devant la loi et le droit des individus et des groupes à la différence ».<sup>1</sup> Dans cette ligne, il est possible de reprendre une autre réflexion de Santos à ce propos: « nous avons le droit à l'égalité lorsque la différence nous infériorise et le droit à la différence lorsque l'égalité nous déforme ».<sup>2</sup>

Pourtant, il existe un courant qui affirme que, contrairement à une idée répandue, « la France reconnaît depuis quelques années, l'existence de communautés autochtones dans ses territoires ultra-marins à l'instar des Kanaks de Nouvelle-Calédonie et des Kalina de Guyane Française ».<sup>3</sup> Les accords de Nouméa, par exemple, seraient un exemple dans la voie de la reconnaissance du fait autochtone et d'une évolution de la doctrine française. Cette posture résulterait d'une nouvelle « conjoncture interne à l'espace français », d'une réponse à une

---

<sup>1</sup> Idem, p. 16.

<sup>2</sup> Boaventura de Souza Santos. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. Centro de Estudos Sociais. Oficina do CES n° 135. Coimbra: 1999 p. 67.

<sup>3</sup> Laurence Bérard et al. Idem, p. 16

« crise politique liée à l'émergence d'une revendication indépendantiste en Nouvelle-Calédonie, portée par les populations kanakes autochtones » et au mouvement indigène et indigéniste international organisé.<sup>1</sup>

Par ailleurs, le mouvement indigène international reproche souvent à la France de n'avoir (jusqu'en 2011) toujours pas ratifié la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail sur les peuples indigènes et tribaux<sup>2</sup>, un des principaux instruments juridiques internationaux vraiment contraignants relatifs à ces peuples, qui reconnaît notamment leurs droits collectifs sur les territoires, sur le patrimoine ainsi que leur droit à l'autodétermination.

La reconnaissance de l'autochtonie résulte, entre autres choses, du fait historique et social de la reconnaissance de civilisations qui préexistaient à la naissance de l'État-nation moderne. La situation française est assez délicate puisque les populations autochtones résident sur une portion relativement petite du territoire national, située en plus à l'extérieur du centre géographique de la métropole, en l'occurrence sur le continent sud-américain, en Guyane française, et en Nouvelle-Calédonie, dans le Pacifique Sud. Selon d'autres auteurs et juristes pourtant, la France ne reconnaît pas le statut de peuple (non français) aux autochtones des DOM-TOM (ou DROM-COM). Cela serait dû justement à la culture juridique de ce pays et du principe constitutionnel de l'égalité, un des piliers constitutifs de la construction de l'État. Dans cette perspective tous sont citoyens français au même titre. Cependant, l'octroi du droit à la différence souvent réclamé comporterait en principe un préalable juridique qui consiste en une personnalisation juridique du groupe. La France semble employer de préférence la notion de « peuples autochtones » lorsqu'il est question de traiter les thèmes liés à la mise en valeur de la culture. Citons par exemple l'article 33 de la Loi d'orientation pour l'Outre-Mer du 13 décembre 2000 : « L'Etat et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondées sur leurs modes de vie traditionnels et qui contribuent à la conservation du milieu naturel et l'usage durable de la diversité biologique ».<sup>3</sup> En revanche, dès lors qu'on intervient sur le terrain d'éventuelles attributions de droits collectifs autochtones, le législateur évoque pour la Guyane française par exemple la notion de « communautés d'habitants qui tirent

---

<sup>1</sup> Idem

<sup>2</sup> Ratifié par l'Argentine, l'État plurinational de Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Danemark, la Dominique, l'Équateur, l'Espagne, les Îles Fidji, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Népal, le Nicaragua, la Norvège, le Paraguay, les Pays Bas, le Pérou, la République centrafricaine, la République bolivarienne du Venezuela.

<sup>3</sup> Voir <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005630251&dateTexte=20110728>

traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt, pour lesquelles des droits d'usage collectif sont reconnus pour la pratique de la chasse, de la pêche et de toute activité nécessaire à leur subsistance ». Que ce soient pour les peuples amérindiens ou kanaks, le droit français semble éviter l'attribution d'une personnalité juridique plus large aux peuples autochtones.<sup>1</sup>

Ces positionnements conceptuels et juridiques (admettant ou pas la reconnaissance de l'autochtonie) semblent avoir tous deux leur part de raison. Le sujet est visiblement polémique et complexe. Pour aboutir donc à une analyse conséquente et qui ne se soit pas rebattue il serait certainement nécessaire de développer un examen beaucoup plus approfondi. Pour l'objet de la présente recherche, il semble intéressant de souligner surtout que les instruments développés pour protéger et valoriser la notion de terroir – qui a un rapport direct avec la reconnaissance de l'identité, avec les savoirs et les savoir-faire collectifs locaux – semble fournir d'intéressants éléments pour réfléchir aux éventuelles conséquences juridiques d'un rapprochement plus direct de la notion et du statut juridique des territoires autochtones avec celui des connaissances, des ressources et des expressions traditionnelles autochtones.

Pourtant, la lecture du local donnée par les outils de valorisation, par exemple les indications géographiques, semble compatible avec la prise en compte de l'autochtonie : leur caractère collectif, la reconnaissance du patrimoine et de la tradition qu'elles proposent au sein même d'un système de propriété intellectuelle, offrent de nombreuses possibilités. Le cadre juridico-institutionnel sur lequel elles s'appuient fournit des pistes intéressantes pour les communautés autochtones qui veulent tirer bénéfice de leurs savoir-faire sans les aliéner.<sup>2</sup>

Le modèle français – qui rapidement s'est démontré assez intéressant pour le reste de l'Union Européenne – de protection des plus diverses catégories de patrimoine culturel est sans doute notable par sa capacité de prendre en compte certains aspects très sensibles (y compris pour les peuples indigènes) comme par exemple la protection de ressources et d'expressions collectives pendant une période de temps en principe illimitée. Cependant, ce qui est encore plus remarquable c'est la capacité de réfléchir à des dispositifs et des systèmes aptes à répondre aux nécessités spécifiques des groupes ou des collectivités qui vivent dans un contexte singulier et qui revendiquent une identité, un patrimoine et des attentes bien

---

<sup>1</sup> Pierre-Yves Chicot. La compétence internationale des collectivités territoriales françaises. L'action extérieure des départements-régions des Antilles et de la Guyane. L'Harmattan. Paris : 2005.

<sup>2</sup> Laurence Bérard et al, Idem, p. 35

précises; sans que cela se constitue en antagonisme envers la législation de la propriété intellectuelle, bien au contraire.

Ces instruments « juridico-économiques » des AOC, des IGP et de labélisation d'une manière générale ont démontré au long des dernières décennies leur intérêt, mais aussi leurs limites. Il s'agit de mécanismes « lourds à mettre en place » et qui exigent un très fort contrôle. Tout l'apparat administratif et normatif nécessaire pour leur mise en place est très souvent incompatible avec la réalité vécue par les porteurs des savoirs, des savoir-faire et la biodiversité que l'on veut protéger. La mise en œuvre d'un système analogue, pour qu'il soit performant et puisse atteindre les spécificités des peuples autochtones, exigerait un accompagnement technique rigoureux, une organisation administrative et institutionnelle cohérente ainsi que la composition – à l'échelle nationale et régionale – de la mise en place de politiques publiques de support et de suivi permanentes. Notons en plus qu'il s'agit d'un modèle intéressant principalement « pour ceux qui décident de jouer le jeu du marché ».<sup>1</sup>

Malgré ces réserves, l'expérience française peut s'avérer précieuse dans les négociations internationales qui sont conduites actuellement par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et par l'Organisation mondiale du commerce, instances au sein desquelles la reconnaissance des systèmes d'indication géographiques est encore loin de faire l'unanimité<sup>2</sup>

Considérant les 730 kilomètres qui le séparent du département de la Guyane Française, le Brésil est le pays avec lequel la France partage sa plus longue frontière terrestre<sup>3</sup>. Les peuples qui vivent sur le territoire découpé par cette frontière (Apalai, Galibi, Galibi-Marworno, Kalina, Karipuna, Palikur, Tiriyó, Wajãpi, Wayana) partagent très souvent les mêmes environnements, certains savoirs et savoir-faire ainsi que certains problèmes et revendications, indépendamment des limites imposées et qui pour eux peuvent s'avérer autoritaires et artificielles. L'exercice de recherche proposée ici se voue à considérer un peu plus densément quelle sont la portée et les possibilités analytiques d'élargir davantage le spectre de ces frontières. Ces intersections peuvent très souvent sembler fragiles, mais un regard plus soucieux découvrirait peut-être qu'il existe là des potentialités endormies ainsi que des rapports d'ordre immatériel quasi illimités et dont il est question de valoriser. Cette « transfrontierité » en quelque sorte physique, qui fait que ces peuples puissent partager un

---

<sup>1</sup> Laurence Bérard et al Idem, p. 33-35.

<sup>2</sup> Idem, p. 34.

<sup>3</sup> Si l'on ne prend en compte que la France métropolitaine, c'est l'Espagne avec 623 km.

territoire commun entre deux nations, devrait être mieux observée lors de la considération du statut juridique des éléments immatériels qui participent également de leur identité et à leur existence en tant que peuples indigènes.



## CONCLUSION

---

Les rapports entre droits intellectuels et connaissances traditionnelles sont encore à un stade initial, que ce soit du point de vue de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine. La législation brésilienne relative à ces connaissances est assez récente, les décisions judiciaires sont peu nombreuses et la doctrine sur la question est rare. Quant aux textes internationaux, ils sont plutôt génériques et ne permettent pas de mettre en place un modèle régulateur complet. L'absence de modèle régulateur hégémonique est due principalement aux conflits politiques directs et vifs entre les acteurs impliqués : gouvernements, organismes internationaux, organisations non gouvernementales, peuples autochtones, hommes politiques, acteurs économiques intéressés par l'exploitation de ces connaissances, hommes de sciences, de religions, entre autres. Il existe une vaste gamme de positions à propos de l'exploitation des connaissances et des différentes expressions du patrimoine culturel traditionnel indigène. Elles vont du refus complet de toute sorte d'utilisation à des fins économiques et commerciales, jusqu'à l'autre extrême du tout-marché et ses intérêts immédiats, en passant par des positions intermédiaires qui recommandent une conciliation entre les intérêts de l'exploitation économique et ceux de la préservation du patrimoine culturel.

Parmi les différentes formes de régimes juridiques du patrimoine culturel des peuples indigènes, celles relatives aux connaissances sur la diversité biologique sont assez particulières, tant du point de vue législatif que jurisprudentiel et doctrinal, en raison principalement de leur rapport avec le système de protection de la propriété intellectuelle. Il est déjà possible de constater dans ce domaine un grand nombre d'instruments légaux (nationaux et internationaux), des demandes administratives d'autorisation de recherche et d'exploitation, ainsi que des arrêts ou des litiges judiciaires en cours, et qui pourront former une base jurisprudentielle pour certains thèmes dans le futur proche. Dans ce même domaine, la Constitution Fédérale brésilienne renforce, dans l'article 225, l'importance de la préservation, de la valorisation et du soutien à la recherche de la diversité biologique ainsi que des différents écosystèmes classés comme patrimoine national. Le même article prévoit encore la protection de la diversité génétique (§ 1<sup>o</sup>, II et V), réglementée par la loi n<sup>o</sup> 11.105 de 2005 – Loi de Biosécurité. Il faut souligner d'ailleurs qu'en 1992, à Rio de Janeiro, a eu lieu la Conférence des Nations Unies pour l'Environnement, au cours de laquelle a été



adoptée la Convention de la Diversité Biologique, approuvée par le Congrès du Brésil en 1994. Cette convention-cadre, qui énonce de principes normatifs en vue d'une régulation législative postérieure, ne considère plus simplement les ressources biologiques et génétiques comme un patrimoine commun de l'humanité, mais les replace dans le cadre de la souveraineté des Etats. Il s'agit d'une optique parallèle à celle adoptée pour le développement économique et social. Elle reconnaît, dans son préambule, que de nombreuses communautés dépendent pour leur survie des ressources biologiques, soulignant l'importance de la préservation des savoirs qui leur sont associés et la nécessité de réaliser une répartition juste des bénéfices économiques de leur application commerciale. Les principaux objectifs de cette convention sont donc la conservation et la promotion d'une utilisation durable de la biodiversité, tout en garantissant la répartition juste et équitable des bénéfices qui découlent de son utilisation avec les communautés locales. Parallèlement au partage des bénéfices (prévu dans l'article 8-J), l'article 15 de cette Convention annonce un des principaux instruments pour la protection des connaissances traditionnelles : le principe du consentement libre, préalable et informé (ou en connaissance de cause). Depuis lors, diverses autres conférences ont eu lieu entre les parties signataires de la Convention, dont la dernière (CoP-10) à Nagoya en 2010. Celle-ci a permis la signature d'un protocole sur l'accès aux ressources génétiques issues de la biodiversité, sur leur exploitation commerciale et sur la répartition des bénéfices qui en découlent. La Conférence affirme, en outre, que chaque pays est souverain sur les ressources génétiques de sa biodiversité, que l'accès à ces ressources doit passer par son consentement, et que les bénéfices découlant de leur exploitation doivent être répartis entre le pays exploitant et le pays qui les détient. D'autre part, l'article 5.1 bis insiste sur le fait que chaque pays doit adopter les mesures nécessaires pour rendre possible l'accord préalable et informé des communautés locales dans ces transactions, et ce, à toutes les étapes du processus de négociation. Il suggère également que les parties engagées développent un modèle de clauses contractuelles sur la répartition des bénéfices avec les communautés, tout en laissant place à d'autres modalités de régulation. De plus, le rapport de la rencontre sur l'article 8 (j) de la Convention sur la Diversité Biologique suggère que soient prises en considération dans un système *sui generis* de protection des connaissances traditionnelles, les pratiques locales et les normes coutumières dans une perspective de pluralisme juridique dans lequel le droit de l'État n'est qu'un parmi d'autres formes de droit. Par ailleurs, les Parties doivent prendre des mesures pour gérer l'utilisation des ressources génétiques et garantir un meilleur accès à l'information qui les accompagne, et l'article 16 traite de la nécessité

d'élaborer des codes de conduite à propos des connaissances traditionnelles associées à la biodiversité. Un autre domaine de préoccupation de cette 10<sup>ème</sup> rencontre se rapporte à la définition d'objectifs pour réduire les pertes de la biodiversité car la plupart des pays n'ont pas respecté les objectifs fixés pour 2010. Enfin, un dernier chantier a été engagé, celui de l'inclusion de la biodiversité dans les comptes publics des pays, avec l'injonction de diminuer les subventions destinées aux activités prédatrices de la biodiversité. Du 20 au 22 juin 2012 aura lieu à Rio de Janeiro, encore une fois, la Conférence des Nations Unies sur le Développement Durable (Rio + 20). Cette conférence marque le 20<sup>ème</sup> anniversaire de la Conférence de Nations Unies sur l'Environnement (ECO 92 ou Rio 92) et le 10<sup>ème</sup> anniversaire du Sommet Mondial sur le Développement Durable (Johannesburg 2002). Ces événements suscitent tous deux de grandes attentes de la part du mouvement environnementaliste et indigéniste international. Selon divers spécialistes et représentants de peuples indigènes qui se préparent pour la Conférence Rio + 20, le bilan de ces vingt dernières années est - malgré toutes les mesures légales créées - encore négatif quant à la préservation de la diversité biologique globale et la protection des peuples traditionnels qui comptent sur la préservation de la biodiversité pour leur survie.

Comme nous l'avons vu au long de cette recherche, le pouvoir exécutif brésilien a transposé dans un même temps, à la fois la Convention de la Diversité Biologique dans les articles 1<sup>o</sup>, 8 (j), 10 (c), 15 et 16 (3 et 4), et l'incise II du paragraphe 1<sup>o</sup>, et le paragraphe 4<sup>o</sup> de l'article 225 de la Constitution Fédérale, à travers la Mesure Provisoire n<sup>o</sup> 2052 de 2000, rééditée en 2001 sous le n<sup>o</sup> 2186-16. Malgré l'existence de projets de loi sur la question et les protestations et arguments contraires provenant de différents secteurs sociaux, c'est encore la Mesure Provisoire 2186-16 qui est en vigueur. Elle représente le point de départ de la réglementation de la protection des connaissances traditionnelles au Brésil, et dispose sur la répartition des bénéfices issus de l'exploitation du patrimoine génétique et des connaissances traditionnelles associées, de même que l'accès à la technologie et le transfert de technologie pour la conservation et l'utilisation de ce patrimoine et de ces connaissances. Il est possible d'observer que, dans une certaine mesure, la Mesure Provisoire permet encore l'appropriation de connaissances - certaines d'entre elles collectives - des communautés indigènes ou traditionnelles, du fait que l'autorisation d'accès vient en dernière instance du pouvoir public fédéral. Pour les communautés traditionnelles qui créent, développent ou possèdent une connaissance associée à la biodiversité, l'article 9<sup>o</sup> prévoit le droit de mention de l'origine du savoir dans toutes les publications, utilisations, exploitations et divulgations,

l'interdiction pour des tiers non autorisés de réaliser n'importe quel type de recherche ou d'exploitation ayant trait à ces connaissances, l'interdiction de tout type de divulgation de ces connaissances par des tiers non autorisés et l'interdiction de toucher des bénéfices de l'exploitation économique du savoir traditionnel associé, directement ou indirectement, par des tiers non autorisés. L'obtention de ces bénéfices doit passer par une négociation spécifique dont les modalités sont précisées à l'article 25 et qui comprennent : un partage des profits, un paiement de royalties, l'accès et le transfert de technologies, l'octroi de brevets, sans charges, de produits et de processus et la formation de ressources humaines. L'observation la plus fréquente, faite à ce propos par les spécialistes en la matière, est que l'on ne sait pas en fait si cette législation présente des avantages pour les détenteurs des savoirs traditionnels ou si elle favorise en réalité ceux qui en ont obtenu l'accès. Trois décrets complètent cette Mesure Provisoire : le Décret n° 3.945 de 2001, qui définit la composition du CGEN - Conseil chargé des autorisations d'utilisation du patrimoine génétique – et ses normes de fonctionnement ; le Décret n° 5.459 de 2005, qui complète l'article 30 de la Mesure Provisoire, et détermine les sanctions du non-respect des normes d'accès au patrimoine génétique et au savoir traditionnel associé, et le Décret n° 6.915 de 2009, qui définit la répartition des bénéfices et des royalties résultant de l'exploitation économique du processus ou du produit développé à partir d'échantillons de composantes du patrimoine génétique. L'Institut National de Propriété Intellectuelle – INPI, organe responsable de la délivrance de brevets, et le CGEN également, ont adopté des résolutions règlementant les procédures.

Parallèlement, il faut souligner que le droit des brevets brésilien découle de l'ADPIC, qui a été incorporé par la Loi de Propriété Industrielle n° 9.279 de 1996, dont l'objet principal est la compétition industrielle et non la préservation des connaissances traditionnelles et de la diversité biologique. D'ailleurs, l'ADPIC ne considère pas les connaissances traditionnelles et les laisse aux soins des pays signataires, prévoyant simplement que les pays qui ne veulent pas permettre la brevetabilité de plantes doivent adopter un système *sui generis* pour leur protection. On sait que c'est par l'intermédiaire de l'ADPIC que les Etats Unis ont ajouté des sanctions commerciales à l'exigence d'une protection minimale de la propriété intellectuelle par les pays membres de l'UPOV. Par ailleurs, il existe au sein de l'OMC, en concert avec l'OMPI, des revendications en faveur d'une modification du système de propriété intellectuelle dans le but d'insérer de nouvelles exigences pour que la protection des connaissances traditionnelles puisse être intégrée au système de brevet existant. Inversement, prédominant encore au sein de la CDB et des Conférences des Parties les arguments en faveur

de la création d'un régime *sui generis* de protection de cet univers. La même position se retrouve au sein de l'ONU dans la Déclaration sur la biopiraterie et les droits communautaires de Johannesburg qui refuse également la protection des connaissances traditionnelles par le système de brevets. D'autre part, la Loi n° 9.279 de 1996 – loi de propriété industrielle brésilienne – maintient la contradiction de ne pas considérer spécifiquement la protection des connaissances traditionnelles associées, et de ne pas admettre de brevet sur les plantes. Elle approuve, néanmoins, l'utilisation (et l'appropriation) économique de principes actifs industriellement inédits, même si prélevés parmi les formules traditionnelles autochtones.

La loi n° 9.610 de 1998 relative aux droits d'auteur assure les droits sur la base de l'originalité de l'œuvre, bien que l'article 45, qui dispose sur les œuvres appartenant au domaine public, ait dispensé les connaissances ethniques et traditionnelles de cette exigence.

Pour ce qui est de la protection végétale, la loi n° 9.610 de 1980, loi des cultivars, protège les variétés de végétaux, permettant l'enregistrement de celles qui répondent aux exigences de stabilité, d'homogénéité et de distinction, sans considérer toutefois les connaissances traditionnelles.

On constate ainsi que, *grosso modo*, le Brésil ne possède pas de système spécifique de protection des connaissances traditionnelles issu de la loi, malgré le fait qu'il existe maintes propositions en route. La question a été traitée, en quelque sorte, par le pouvoir exécutif. Pourtant, les organismes internationaux, dont le pays fait très souvent partie, font pression pour que soit créé un système de protection soit dans le cadre traditionnel des brevets et des droits d'auteur, soit par des régimes juridiques spécifiques.

Une autre question – abordée surtout dans la partie préliminaire - fondamentale se pose en ce qui concerne la définition de la catégorie de population traditionnelle, dont font partie les peuples indigènes. En effet, il n'existe pas de consensus, que ce soit dans la législation ou que ce soit entre les auteurs qui traitent du thème. Certains affirment que la définition légale de population traditionnelle qui sert de base pour le système juridique brésilien se trouve dans l'article 20 de la loi n° 9.985 de 2000, qui dispose sur le Système National des Unités de Conservation – SNUC. Le noyau de ce concept se situe dans la nécessité de considérer des communautés humaines qui exercent des activités de faible impact environnemental et qui adoptent un modèle de vie *responsable* envers la protection des ressources environnementales. Ce concept légal considère la relation de l'habitat humain et de son milieu naturel, la dépendance de l'exploitation des ressources naturelles de ce milieu, la durabilité de cette exploitation, le fait que ce système d'exploitation s'est développé au cours

des générations, l'adaptation aux conditions écologiques locales et, enfin, la qualité de la protection de la nature et le maintien de la biodiversité que ces activités assurent. Il s'agit de critères qui sont utilisés dans la plupart des lois environnementales et qui insistent sur les facteurs de faible impact environnemental et/ou de contribution à la protection de la biodiversité, deux thèmes récurrents liés au concept de population traditionnelle. On en conclut que l'article 8 (j) de la CDB adopte cette ligne conceptuelle lorsqu'il indique la nécessité de respecter, préserver et maintenir les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et des populations traditionnelles dont les styles de vie traditionnels sont significatifs pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. Le même article définit également ce que l'on entend par connaissances traditionnelles : « connaissances, innovations et pratiques de communautés locales et de populations indigènes dont les styles de vie traditionnels sont importants pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

Quant au concept de connaissance traditionnelle, il semble que la doctrine, les organismes et les institutions liés au thème s'accordent sur un nombre considérable de points: les connaissances traditionnelles conservent leur différence par rapport aux connaissances de la société environnante surtout en ce qui concerne certains idéaux et prémisses que ces savoirs spécifiques contiennent et transmettent. Dans le cadre des définitions juridiques internationales, les connaissances traditionnelles sont souvent présentées comme étant centrées surtout sur l'utilité locale - mêmes lorsqu'elles intègrent aussi d'autres réseaux de connaissances « exogènes » - ; introduites dans la communauté au cours du temps ; pouvant manifester des informations systématiques, même lorsque transmises oralement ; dévoilant généralement un ensemble de savoirs et de pratiques, implicites et/ou explicites, appliqués dans la vie socioéconomique et écologique ; regroupant des expériences et des pratiques d'un certain groupe ethnique, qui les crée soit à partir des expériences internes soit à partir du contact et de l'absorption d'éléments externes, souvent internalisés par la capacité de ce groupe à endogénéiser des connaissances intéressantes pour lui. Il s'agit de connaissances localisées, traditionnelles, uniques et développées pour répondre aux conditions écologiques, économiques, sociales et politiques spécifiques à une ou certaines communautés données, situées dans un cadre géographique caractéristique. L'anthropologie peut bien évidemment indiquer de nombreuses impropriétés d'une telle approche. Néanmoins, c'est avec cet éventail de pistes que le droit international opère afin de répondre aux exigences de délimitation du système légal occidental.

Une des premières apparitions du débat sur les connaissances traditionnelles sur la scène internationale s'observe lors des discussions à propos du droit d'auteur au cours de la Conférence de Stockholm en 1967. L'attention s'est portée sur les œuvres non publiées (inédites) et de celles pour lesquelles il n'existe pas d'auteur individuel identifié. À l'occasion, la tradition populaire, appelée folklore, a commencé à attirer l'attention, surtout lorsqu'elle appartient à des groupes ou communautés qui se la transmettent oralement. Cette caractéristique semble lui conférer une certaine vulnérabilité. Plus tard, et déjà à une autre étape des discussions sur le sujet – cela correspond aux années 80 - les peuples indigènes ainsi que les mouvements sociaux et écologiques commencent à avoir une participation plus intense et constante aux réunions de l'ONU à propos des droits internationaux indigènes et sur l'environnement. Dans ce contexte, il est important de souligner que la contribution des représentants des peuples indigènes dépasse petit à petit le champ strict de discussion sur les connaissances traditionnelles sur la diversité biologique, pour s'élargir aux domaines philosophique, éthique et, pourquoi pas, spirituel. Cette participation croissante est sans doute en mesure d'enrichir les débats et les défis écologiques qui se posent désormais dans une dimension globale. En effet, même s'il occupe une place encore timide, le débat sur l'importance de la sauvegarde et de la protection de connaissances traditionnelles continue à élargir ses frontières thématiques, atteignant actuellement l'ensemble des préoccupations liées au patrimoine culturel et naturel. Le sujet, progressivement, s'intéresse non seulement à la protection stricte des produits de la culture mais aussi à celle de ses producteurs. C'est à partir de là que commencent à s'imposer des questions plus subtiles et pourtant plus polémiques à propos par exemple de l'éventuelle condition collective des créateurs traditionnels, la question de l'imprescriptibilité de certains droits ainsi que la problématique de la difficile conciliation entre protection et exploitation économique. En 1999, la Conférence Internationale de Washington dans le cadre de l'UNESCO, reconnaît que « le patrimoine culturel comprend non seulement les produits artistiques, mais aussi les connaissances et valeurs qui ont rendu possible leur création ». Cette façon d'envisager les modes d'interaction par lesquels les processus de création deviennent possibles et valorisés devient à son tour objet de préoccupation et de protection. Ce sera par la Déclaration Universelle de la Diversité Culturelle de 2001 que l'UNESCO instituera une nouvelle éthique en proclamant la nécessité de protéger la diversité culturelle, considérée à partir de là comme un élément aussi important pour le genre humain que la diversité biologique elle-même. La Déclaration considère indispensables le respect et la protection des systèmes de connaissances traditionnelles,

particulièrement ceux des peuples autochtones, encourage la reconnaissance de la contribution des connaissances traditionnelles à la protection de l'environnement et la gestion des ressources naturelles, incite la création de synergies entre science et connaissances locales. Le patrimoine culturel et la protection des savoirs traditionnels sont désormais appréhendés dans leurs rapports mutuels. Les savoirs indigènes, que ce soient dans leurs aspects matériels ou immatériels, transmis de génération en génération, sont vus comme un des supports fondamentaux de la préservation de la diversité culturelle.

De façon complémentaire à la Déclaration Universelle de la Diversité Culturelle de 2001, en 2003 est adoptée, toujours par l'UNESCO, la Convention pour la Sauvegarde du Patrimoine Culturel Immatériel, définissant dans son article 2° le patrimoine culturel immatériel comme des pratiques, représentations, expressions, connaissances et techniques – qui vont de pair avec les instruments, objets, artefacts et lieux culturels associés – que les communautés, les groupes et dans certains cas les individus, reconnaissent comme partie intégrante de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, qui se transmet également de génération en générations, est constamment recréé par les communautés et les groupes en fonction de leur environnement, de leur intégration à la nature et à leur histoire, générant un sentiment d'identité, de continuité et contribuant ainsi à imposer le respect à la diversité culturelle et de la créativité humaine. Les pratiques et les savoirs deviennent ainsi des formes d'expression du patrimoine culturel et de l'identité d'un peuple et par conséquent une base pour la protection des environnements naturels correspondants. Cette suggestion induit de nombreux spécialistes à affirmer que ce débat dépasse les questions relatives au statut de ces savoirs à l'intérieur de la propriété intellectuelle. Dans cette perspective, la reconnaissance au sens large du rôle des pratiques et des connaissances traditionnelles autochtones pourrait servir à devancer même certaines impasses existantes entre CDB et OMPI. Pour accentuer une discussion qui se tient surtout dans le cadre des Conférences des Parties sur la CDB, il est possible de dire que les connaissances traditionnelles et les peuples autochtones se taillent progressivement une nouvelle place conceptuelle et stratégique sur la scène internationale. Cette place se base sur les rapports et les accords entre le patrimoine culturel, la biodiversité, l'exploitation durable des ressources naturelles, les pratiques et les connaissances traditionnelles.

Nous avons essayé de démontrer au long de cette recherche que le brevet, qui est la forme la plus répandue de protection de la propriété industrielle, n'est pas adapté à la protection des connaissances traditionnelles autochtones. Ce régime hégémonique entre, de

plus, en conflit avec les dispositions internationales qui prônent l'adoption d'un système *sui generis* de protection de ces savoirs. Nous avons également étudié d'autres instruments classiques du système de propriété intellectuelle, tels que les marques, qui sont déjà utilisées pour certains produits artistiques et culturelles autochtones. Malgré son coût prohibitif pour certains peuples autochtones, ce dispositif est intéressant pour divers aspects spécifiques des connaissances traditionnelles. En principe, une marque enregistrée est protégée pendant quelques années (au Brésil et en France elle l'est pendant dix ans à compter de son enregistrement) et peut être renouvelée indéfiniment à la demande du titulaire pour des périodes égales et successives. Par ailleurs, elle peut être aussi l'objet d'une propriété collective. Cependant, la marque enregistrée ne protège pas la connaissance traditionnelle à proprement parler, ni les savoir-faire (pas plus que les technologies qui en font partie), mais le signe distinctif utilisé pour commercialiser une marchandise produite grâce à la mise en œuvre de connaissances traditionnelles. En tout cas, ce n'est pas la marque qui protégera l'inviolabilité du caractère sacré ou symbolique d'un certain savoir traditionnel. Il ne faut pas oublier que toutes les communautés ou peuples indigènes ne désirent pas voir leurs connaissances exploitées ou négociées sur le marché. Il faut ajouter que la marque n'est attribuée que lorsqu'il est possible d'identifier clairement le(s) détenteur(s) et son/leur territoire(s) spécifique(s), alors que bien souvent les connaissances sont partagées par différentes communautés ou peuples sur plusieurs territoires.

D'autres instruments analysés sont les indications géographiques et les dénominations d'origine, analogues brésiliens des AOC, dont nom indique l'origine géographique et les qualités d'un produit. En comparaison avec les marques, il est possible de dire que ce type de figure juridique valorise davantage certains éléments essentiels qui fondent les terroirs mais aussi des pratiques productives traditionnelles liées à la territorialité de nombreux peuples indigènes: le lien entre la terre, les hommes et les savoir-faire. Afin d'éviter des confusions et d'éviter la concurrence déloyale, l'accord ADPIC prévoit l'utilisation des indications géographiques entre les pays membres de l'OMC. Les inconvénients de ce régime sont semblables à ceux de la marque: les connaissances en soi restent au second plan étant donné que les protections s'adressent spécifiquement aux connaissances que les communautés veulent soumettre au commerce. Par ailleurs, le recours à ces indications implique des coûts, et la possible prolifération d'indications géographiques tend à réduire la valeur individuelle du produit en question. Un autre problème qui limite l'utilité de cette modalité dans le cas spécifique des connaissances traditionnelles autochtones est le fait que la protection par



indication géographique n'est permise que lorsque la qualité d'un produit est liée à sa production dans une région géographique bien définie en termes humains et naturels. Cela rend difficile son utilisation dans le cas de populations indigènes qui occupent ou circulent à l'intérieur de territoires plus étendus. L'exigence de preuve de la relation entre produit et localité fait que la culture est nécessairement liée à un territoire très spécifique et stable. Un impératif pour l'obtention de la protection par ce système est la « preuve d'origine » et l'inscription de l'utilisation continue de certaines pratiques. Ces limitations créent des difficultés dans le cas des peuples qui ont soit une territorialité plus large ou qui ont été déplacés au long de l'histoire de leurs territoires d'origine.

Une autre prévision existante est la « divulgation de l'origine géographique de ressources génétiques lors de demandes de brevets » et traite de l'exigence d'information sur l'origine des ressources génétiques en question et de l'autorisation préalable de la communauté ou du pays où elles ont été obtenues. Il est ici possible de relever l'aspect positif de la transparence et de l'harmonisation de l'accord ADPIC et de la CDB. Ce mécanisme sert à contrôler l'usage des ressources génétiques, en transférant la responsabilité de la preuve du fournisseur vers l'utilisateur de la ressource. Cette mesure est déjà adoptée dans la législation de divers pays, dont le Brésil. Sa principale fragilité réside dans le fait de ne pas être capable de résoudre les hypothèses dans lesquelles il n'existe pas de brevets concernés. Par ailleurs, même lorsqu'il s'agit de brevets, une grande part des ressources qui impliquent des connaissances traditionnelles peuvent être obtenues sans qu'il soit nécessaire de remonter jusqu'à l'endroit où les connaissances de source ont été prospectées. Il suffit en effet que la formule traditionnelle ait été isolée et décrite pour que les chercheurs et les laboratoires puissent développer leurs recherches et ainsi des versions ou des variables industrielles. Ajoutons encore un obstacle dû au fait certains brevets peuvent provenir de connaissances liées à des sources plurielles.

L'OMPI suggère la création d'«un système à travers lequel les organes chargés de l'examen des demandes de brevet identifiant une source géographique des ressources génétiques ou de la connaissance traditionnelle, puissent transmettre l'information au pays intéressé ou à l'OMPI, qui jouerait le rôle de dépositaire des informations sur les brevets en cas d'allégation de biopiraterie ». Cependant, comme il a été observé au cours de cette recherche, persisteront les problèmes dans le cas des semences pour l'alimentation et l'agriculture, puisque celles-ci ne sont pas soumises au régime de brevets, mais à celui de l'UPOV.

La garantie prévue dans l'article 39 de l'accord ADPIC, à propos de la protection des informations confidentielles, serait un autre mécanisme disponible, ne serait-ce l'extrême difficulté de définition du facteur confidentiel, surtout dans les communautés concernées. Cette prévision serait d'une applicabilité extrêmement difficile pour un peuple indigène puisque l'information ne serait certainement pas confidentielle à l'intérieur de la communauté. D'autre part, nous reviendrons toujours au point où la valeur culturelle ou spirituelle d'une connaissance déterminée ne sera certainement pas protégée lors d'une application commerciale de celle-ci, même dans une situation où la confidentialité aurait été maintenue. L'application de lois de concurrence déloyale dans un régime international représente dès le départ une difficulté d'interprétation à l'intérieur de chaque pays.

Pour ce qui est des cultivars et des droits des agriculteurs, comme nous l'avons vu dans cette recherche, il existe deux systèmes principaux: l'accord ADPIC et la convention de l'UPOV, signée en 1961 lors de la Convention Internationale de Protection des Nouvelles Variétés de Plantes, et révisée en 1972, 1978 et 1991. Les deux dernières versions, qui sont actuellement en vigueur, prévoient aussi bien le système de brevet que la protection *sui generis*. Le système *sui generis* de protection, développé spécialement pour les besoins des agriculteurs n'entre pas en conflit avec l'accord ADPIC, qui donne aux Etats assez de flexibilité pour protéger les nouvelles variétés de plantes par un système de brevets, un système *sui generis* ou une combinaison des deux. De nombreux pays ont adhéré récemment à cette Convention, particulièrement les pays en voie de développement et les pays en transition vers une économie de marché. Le Brésil l'a ratifiée en 1999. La version de 1999 augmente le nombre d'espèces protégées de 5 à 15 et stipule : (i) qu'en 10 ans, toutes les variétés de plantes devront être protégées dans le cadre du traité ; (ii) qu'il doit y avoir un concept pour chaque variété; (iii) que la protection peut se faire selon les droits des agriculteurs ou par le moyen de brevets ; (iv) que l'exigence d'autorisation des agriculteurs augmente considérablement, notamment pour les importations, exportations, conditionnement et stockage, et permet que les Etats créent d'autres droits non prévus dans le texte ; (v) que la protection minima passe de 15 à 20 ans, et de 18 à 25 ans pour les vignes, les arbres de forêt, les arbres fruitiers et les plantes ornementales ; (vi) une réduction des exceptions et limitations pour les droits exclusifs dans les activités privées non commerciales (comme l'agriculture de subsistance) et pour la recherche scientifique sans but commercial. L'exemption de l'obtenteur est fortement réduite : la liberté de création de nouvelles variétés 'essentiellement dérivées' des variétés déjà protégées disparaît – ce qui équivaut à une révocation du libre

accès. Le privilège de l'agriculteur est maintenu, mais cette fois les intérêts de l'obteneur sont préservés par le paiement de royalties, même lorsqu'il y a réutilisation des semences. Cet acte de 1991 a été très critiqué par les pays en voie de développement. En 1999, l'Union Africaine s'est prononcée en faveur d'un moratoire pour la protection des plantes par la propriété intellectuelle jusqu'à ce que soit trouvé un système plus approprié reconnaissant les pratiques agricoles des communautés indigènes, et jusqu'en 2009, seuls la Tunisie et le Maroc avaient adopté l'acte de 1991, tandis que le Kenya et l'Afrique du Sud ont adopté celui de 1978. Les pays d'Amérique du Sud, signataires de l'acte de 1978, font l'objet de pressions pour adopter celui de 1991.

La perte d'importance des traités UPOV coïncide avec l'arrivée de l'accord ADPIC, bien que ce dernier laisse peu de place aux droits des agriculteurs. Il permet que les pays signataires protègent les variétés de plantes par le système de brevet ou par un système *sui generis*. Il exige que les pays procèdent à une consolidation des droits de propriété intellectuelle, permettant au détenteur d'un droit sur une variété végétale de lancer une action en justice contre celui qui vendrait cette variété sans autorisation et obtenir une indemnisation. Le Conseil du Traité a sollicité en 1998, 2001 et 2002 des pays membres de l'OMC, une déclaration, la plus claire possible, sur la manière dont ils protégeaient leurs variétés végétales. De son côté, il a constitué un dossier d'informations sur les pratiques nationales de cultivars. Il est important de mentionner que l'accord ADPIC dispose d'un système propre de solution de conflits qui rend plus effectives ses prévisions. On note cependant encore peu d'actions en justice en son sein, concernant les cultivars, ce qui peut être expliqué par le fait que ce n'est qu'en 2000 que les pays en voie de développement ont adhéré à cet accord. Cela les oblige dorénavant à protéger leurs variétés végétales alors qu'ils ne possédaient généralement pas encore de système national de protection. Néanmoins, cette obligation est affaiblie en partie par les avancées du Cycle de Doha, par les difficultés d'organisation des agriculteurs et l'insuffisance des prévisions de l'accord ADPIC relatives aux cultivars. Alors que pour les droits d'auteur et les brevets, l'accord ADPIC exige l'adhésion respective aux Conventions de Berne et de Paris, pour le cas spécifique de l'UPOV, les membres de l'OMC n'ont pas d'obligation réellement contraignante vis à vis cette organisation intergouvernementale et peuvent discrétionnairement choisir entre le système des brevets, un système *sui generis* ou une combinaison des deux. Si d'un côté l'obtention de brevet est plus compliquée que l'adoption d'un système *sui generis* en raison de la complexité des exigences préalables, celle de nouveauté, d'invention et d'application industrielle, d'un autre côté elle

offre au détenteur un large éventail de droits contre des tiers, tandis que les systèmes *sui generis* de protection des agriculteurs ont des niveaux inférieurs d'exigences mais protègent moins contre des tiers.

Certaines pratiques assez innovatrices de protection des connaissances traditionnelles – et qui empruntent des interprétations à partir des règles déjà mises en place - sont conduites actuellement par des médiateurs ou défenseurs publics, chargés des investigations sur les abus contre les communautés traditionnelles. Cela représente encore une pratique très peu adoptée, assez fragile et qui peut se heurter en plus à la complexité opérationnelle (et financière) d'une action en justice. Il s'agit en effet d'une solution palliative et purement administrative, substantiellement dépendante de la bonne volonté des gouvernements nationaux.

Le partage des bénéfices est une autre modalité de protection. L'accès aux connaissances traditionnelles est autorisé en général par le pays qui les abrite, sous la forme de régimes contractuels volontaires. Cette solution est prévue dans la CDB, comme nous l'avons déjà dit, et adoptée au Brésil par la Mesure Provisoire 2.186/2001. L'inconvénient est que le pouvoir de négociation est très inégal entre les deux parties et que les communautés indigènes n'ont que peu ou pas d'expérience dans ce domaine. Dans les pays où existe cette possibilité, comme le Brésil, les ONG liées à la formation et à la prestation de services juridiques finissent par jouer ce rôle, ce qui peut leur donner un pouvoir excessif.

Au-delà de toutes les solutions mentionnées, il faut rappeler le modèle basé sur des codes de conduite (non contraignants) applicables au niveau international ou national. Leur avantage est qu'ils peuvent faire l'objet d'amples négociations entre les parties sans être liés à des discussions au sommet. Leur inconvénient le plus évident est de ne pas disposer de garantie légale d'application, l'accord pouvant être simplement ignoré par ceux qui ont négocié directement avec les communautés traditionnelles.

D'autres modalités, les registres publics et les bases de données, représentent des mesures administratives en franche expansion dans de nombreux pays, où avec l'aide de l'internet, on répertorie les connaissances traditionnelles. Au Brésil, d'après l'article 11 de la MP 2186-16, lorsqu'il s'agit de connaissances traditionnelles associées à la diversité biologique, ce rôle revient au CGEN. Les bases de données permettent de constituer un système de classification des connaissances basé sur la classification internationale de brevets, ce qui pourrait éviter la délivrance injustifiée de brevets et permettrait une meilleure surveillance par l'administration publique. Une question importante réside dans le consentement libre, préalable et informé des détenteurs des connaissances traditionnelles pour

qu'elles soient ajoutées aux registres publics ou aux bases de données, mais avec l'obstacle fréquent que beaucoup de ces connaissances ne sont pas transmises par écrit. S'ajoute un facteur supplémentaire de complication qui est le fait que beaucoup d'examineurs de brevets, comme ceux des Etats-Unis, ne se voient pas obligés à vérifier la condition de nouveauté de l'invention en dehors de leur propre pays. Dans ces cas, la publication des connaissances traditionnelles serait une autre importante question à considérer, car une fois passées dans le domaine public, il serait possible de considérer qu'elles n'appartiennent plus exclusivement à leur détenteur d'origine. Lorsqu'une connaissance figure sur des registres ou des bases de données, on peut supposer qu'elle soit utilisée pour développer de nouveaux produits. Se pose également la question de la limitation de l'accès aux bases de données. L'étude de cas relatif à l'Inventaire National de Références Culturelles de l'IPHAN sur la culture immatérielle des Guarani *M'bya*, auquel nous avons participé et qui est décrit dans cette recherche, démontre bien les enjeux de ce genre d'initiative. En outre, les Guarani - ainsi que d'autres peuples indigènes qui se trouvent face à des projets similaires - expriment le désir de connaître et comprendre clairement les conséquences juridiques de chaque décision en rapport avec leur patrimoine culturel et, surtout, que chaque groupe soit consulté, au cas par cas, au nom de leur autonomie politique.

Dans la continuité de la réflexion déjà entamée, il faut rappeler que la proposition de protection à partir d'un modèle *sui generis*, maintes fois considérée comme la meilleure alternative au système de propriété intellectuelle par une grande partie des spécialistes en droit des peuples autochtones et des populations traditionnelles, est déjà adoptée dans des pays comme l'Australie, les Philippines, le Guatemala et l'Inde. Ces pays prennent en compte le consentement préalable de ces communautés, et l'accord est obtenu à partir de leurs droits internes spécifiques, comme la répartition équitable des bénéfices de commercialisation des produits qui découlent des savoirs traditionnels, et leur participation à toutes les étapes du processus. Il existe donc, comme nous l'avons montré tout au long de ce travail, un large éventail de possibilités de protection des savoirs qui composent le patrimoine culturel des peuples traditionnels, spécialement celui des peuples indigènes. Ces peuples sont de plus en plus présents aux tables de négociations, faisant entendre leur voix et exprimant leur position.

Nous avons consacré cette réflexion non pas à tous les savoirs dits traditionnels, mais aux savoirs traditionnels spécifiques des peuples indigènes. C'est pourquoi nous insistons sur le rôle de protagonistes de ces peuples dans le débat sur la protection de leurs droits. Rappelons que les peuples autochtones s'étaient déjà projetés sur la scène internationale pour

revendiquer leurs droits à l'autodétermination à l'époque de la Ligue des Nations, ce qu'ils n'ont obtenu formellement qu'en 2007 par la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones. Pendant des décennies de luttes ils ont dû faire face à la résistance des Etats et de différents opposants. Finalement, en 2007 ils ont fini par conquérir cette Déclaration Internationale, qui les reconnaît clairement en tant que peuples, égaux à tout autre, ayant le droit à l'autodétermination. La présence croissante, au sein des Nations Unies, de ces peuples venus de tous les continents, et qui participent chaque fois plus nombreux aux forums sur les droits humains et sur la protection de l'environnement, a assuré une crédibilité et un prestige croissant à ces forums, et par conséquent une plus grande fréquentation, ainsi que l'attention des Etats. La Convention sur la Diversité Biologique a elle aussi été beaucoup influencée par la réflexion et l'opinion de ces peuples devenus des protagonistes écoutés et considérés par la Convention comme des gardiens de la nature. Enfin, et surtout à partir des années 1980, on peut dire que toute la production législative internationale relative au patrimoine culturel et écologique, comporte une part redevable à l'influence et à la réflexion des représentants des peuples autochtones. Malgré toutes les difficultés rencontrées, en raison notamment de l'hégémonie des modèles occidentaux de protection des droits intellectuels, il faut reconnaître qu'il y a eu certains progrès ces trois dernières décennies dans la protection des droits culturels et des savoirs traditionnels.

Cependant, il ne faut pas oublier qu'il existe aussi d'énormes problèmes concernant la préservation et la défense du patrimoine culturel immatériel autochtone face aux multiples formes d'expropriations possibles. Ces savoirs ne peuvent plus, de nos jours, être considérés comme des biens appartenant à tout le monde et être utilisés par des tiers sans le consentement informé des vrais détenteurs.

Pour ce qui est des différents instruments de protection des savoirs traditionnels, on ne peut en rester à la seule critique du système de protection de la propriété intellectuelle. En fait, diverses solutions existent qui doivent être appliquées ou adaptées, du moment que, répondant à une fonction sociale, elles comportent la notion de contrat et de compensation, avec le consentement libre et informé des peuples sollicités. Enfin, l'exploitation économique des savoirs traditionnels doit compter sur la mise en place de politiques publiques complémentaires.

Notre intention dans cette recherche n'était pas de prendre position en faveur d'un modèle ou d'un autre. Nous avons cherché surtout à présenter les différentes possibilités et les problèmes associés, dans l'espoir peut-être de susciter d'autres recherches et études qui

puissent contribuer davantage à élaborer des alternatives plus justes et viables et qui devront être mises à la disposition des peuples autochtones et de tous ceux qui, de bonne foi, veulent avec eux apprendre et négocier.

Avant même d'obtenir la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination, en 2007, les peuples autochtones ont obtenu d'autres succès sur le plan international. Mentionnons encore une fois la Convention de la Diversité Biologique de 1992 qui les reconnaît comme gardiens de la forêt et établit que leurs savoirs sur l'environnement doivent être garantis et respectés et qu'ils doivent avoir leur part des bénéfices obtenus par l'exploitation économique des ressources naturelles des zones où ils vivent, ainsi que de leurs savoirs traditionnels associés à la biodiversité. Il faut signaler encore d'autres conquêtes sur le plan international, comme la révision de la Convention 107 de l'OIT en 1989. Différemment de la Convention 107 de 1957, la Convention 169 ne traite plus les peuples autochtones comme des réalités sociales transitoires qui tôt ou tard disparaîtraient en se fondant dans la population nationale des États où ils se localisent. Plusieurs autres droits ont été incorporés dans la Convention 169. À l'occasion de son adoption, la Conférence Générale de l'OIT a déclaré que cette convention visait à reconnaître « les aspirations des peuples autochtones d'assumer le contrôle de leurs propres institutions, formes de vies et de développement économique, de maintenir et de fortifier leur identité, leurs langues et religions ». Ces dispositions ont été renforcées et approfondies, comme nous l'avons vu, par la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones de 2007 qui a finalement reconnu le principal droit pour lequel ils ont lutté, celui à l'autodétermination. Cependant, avant même la Déclaration de 2007 et après la Convention 169 de l'OIT de 1989, la Déclaration sur la Diversité Culturelle de l'UNESCO, de 2001, la Convention sur la Protection du Patrimoine Culturel Immatériel, de 2003, et la Convention pour la promotion de la diversité des expressions culturelles, de 2005, représentaient déjà des conquêtes significatives.

Au Brésil, le mouvement indigène a connu une intense participation tout au long du processus de construction des instruments juridiques qui garantissent ses droits, tout comme dans d'autres pays du monde, particulièrement dans d'autres pays latino-américains qui comportent un important pourcentage de population indigène et qui expérimentent des processus récents de redémocratisation.

Deux dernières considérations doivent être faites. La première est la constatation de la grande distance qui existe entre la proclamation des droits et leur concrétisation, que ce soit sur le plan national ou international. La reconnaissance de tous ces droits est certes

importante, mais il y a encore un long chemin à parcourir pour qu'ils deviennent effectifs. Les représentants indigènes en sont bien conscients, qui relèvent les nombreuses violations, lourdes d'un long passé de non-respect, et constatent qu'il n'y a pas encore de raisons de commémorer. La deuxième considération est que les droits reconnus et ceux qui sont respectés sont dus avant tout au rôle important joué par les peuples autochtones eux-mêmes, ce qui est souvent oublié par les historiens. Au Brésil notamment, le discours habituel les présente comme de simples auxiliaires des Européens dans la construction des bases de l'Etat national. Ainsi, l'historiographie brésilienne, de manière générale, a mis entre parenthèses leur présence et la force de leur contribution à l'histoire du pays, les reléguant à un commencement mythique vite effacé par la logique de l'évolutionnisme social. On remarque que l'histoire, tout comme le Droit, a été fortement inspirée par l'idéologie de l'évolutionnisme social haussée au rang de science, et qui racontait une histoire supposée de progrès et d'évolution dans laquelle les peuples 'primitifs et sous-développés' devaient disparaître. Cependant, et pour rester dans l'exemple brésilien, l'histoire comme le droit ont été forcés de reconnaître la réalité de la diversité nationale et culturelle du pays. Et voilà que l'on assiste, dans ce pays, principalement dans le Nordeste, à un processus d'ethnogenèse par lequel des peuples considérés disparus, resurgissent de l'oubli et de l'effacement auquel on les avait condamnés. Cela prouve la capacité de réarticulation culturelle et identitaire de ces peuples soumis à des violences inouïes. Et cela révèle en vérité, qu'ils n'ont jamais disparu, ils sont sans doute devenus invisibles au regard du pouvoir qui n'a pas voulu ou pas su les voir et les comprendre. Le droit exprime lui aussi, les changements qui se produisent maintenant à l'encontre des peuples autochtones.

Si nous comparons la Constitution brésilienne de 1967 avec l'actuelle Constitution, celle de 1988, il est possible de constater de grands progrès. Dans la première, étaient accordés aux peuples indigènes des droits transitoires, en attendant leur 'intégration' finale à la population nationale. Celle de 1988 reconnaît leurs droits préexistants à la formation de l'Etat brésilien. Ils ne sont plus considérés comme des réalités transitoires, mais reconnus et valorisés de par leur différence. Cette recherche essaie de montrer que ce changement dans la façon de voir et de traiter les peuples indigènes doit beaucoup à leur propre rôle politique et social, à la fois central et actif. Et c'est pour cela que nous voyons dans le droit la possibilité d'une dynamique de transformation basée sur la reconnaissance, l'écoute et la valorisation d'autres voix et connaissances.





## BIBLIOGRAPHIE

---

- ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: do Brasil, 2002
- AFONSO DA SILVA, José. “Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal”. In: *Boletim da Comissão Pró-índio de São Paulo*. São Paulo, ano I, nº3, 1984, p.3-9
- AGRAWAL, Arun. “Classification des savoirs autochtones: la dimension politique”. In: *Les savoirs autochtones. Revue Internationale des sciences sociales*. N° 173. Unesco/érés; Septembre 2002, p.325-336
- ANDRADE, Oswald de. «Manifesto Antropófago». In: *Revista de Antropofagia*, Ano 1, N. 1, maio, 1928.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria de la concurrencia e de los bienes imateriales*. Barcelona: Bosh, 1970
- BAPTISTA, Fernando Mathias et VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: ISA, 2004.
- ANTUNHA, Carla. *Le CIMI et les Indiens du Brésil. digitalisé*. Paris: IHEAL. 1981
- ANTUNHA, Carla. *Terre, Territoire et Ressources: culture, société et politique pour les peuples autochtones*. Doctorat, São Paulo: FFLCH- USP – 2000
- ANTUNHA, Carla. “O território do conhecimento tradicional indígena”. In: FERNANDES, Bernardo Mançano; MARQUES, Maria Inês Medeiros; SUZUKI, Julio César; *Geografia Agrária Teoria e Poder*. São Paulo: Expressão popular, 2007, p.363-376
- AZEVEDO, Cristina Maria do Amaral; AZEVEDO, Eurico de Andrade. *A trajetória inacabada de uma regulamentação*.  
Disponível sur le site <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio11.htm>
- BARBOSA, Carla Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha ; FIGUEIREDO, Patrick. « O território do conhecimento tradicional: controvérsias em torno da aplicação da legislação de patentes aos conhecimentos indígenas ». In: *Proa – Revista de Antropologia e Arte* [on-line]. Ano 02, vol.01, n. 02, nov. 2010.  
Disponível sur : [http://www.ifch.unicamp.br/proa/ArtigosII/carla\\_joao\\_patrick.html](http://www.ifch.unicamp.br/proa/ArtigosII/carla_joao_patrick.html)
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003
- BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. «Limites entre descoberta e invenção: a situação contemporânea dos conhecimentos tradicionais frente ao sistema de patentes na sociedade da informação». *Revista de Cultura (FMU)*, v. 17, 2008, p.23-31

- BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. «Proteção do patrimônio cultural autóctone. Direito e conhecimentos tradicionais: o estado da arte na Sociedade da Informação». In PAESANI, Liliana Minardi (coord.) *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009, p.1-37.
- BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio; BARBOSA, Pablo Antunha. «A Luta Contemporânea do Movimento Internacional Indígena por Direitos. A Declaração das Nações Unidas de 13 de setembro de 2007». In Gilberto Ferreira da Silva; Rejane Penna; Luiz Carlos da Cunha Carneiro (org.) *RS Índio: Cartografia sobre a produção do conhecimento*. Porto Alegre: Edipucrs, 2009, p.225-255.
- BARBOSA, João Mitia; ANTUNHA, Carla; BARBOSA, Marco Antonio. “Direito a diferença na sociedade da informação”. In *Revista do IASP- Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, Ano 10, n. 20, junho/dezembro 2007, p.p.43-65
- BARBOSA, João Mitia; ANTUNHA, Carla; BARBOSA, Marco Antonio. “Direito a diversidade cultural na sociedade da informação”. In, Ano 15, abril-junho 2007, n. 59, p.38-55 *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*
- BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001
- BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação. Direito à Diferença*. São Paulo: Fapesp/Plêiade, 2001
- BARROSO, Luis Roberto. «Intervention proférée à la Cour de Cassation française» dans le cadre du colloque *Les actions collectives: points communs et divergences des expériences américaines et européennes*. Paris. 2005
- BARSH, R.L. «How do you patent a landscape? The perils of dichotomizing cultural and intellectual property”. In: *International Journal of Cultural Property*, vol. 8, n.1, 1999, p. 14-47
- BARTH, Fredrik. “Introducción”. In F. Barth (org.) *Los grupos étnicos y sus fronteras*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p.9-49
- BARTH, Fredrik. “Grupos Étnicos e suas Fronteiras”. In Philippe Poutignat; Jocelyne Streiff-Fenart. *Teorias da Etnicidade. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. São Paulo: Unesp, 1998, p. 185-227
- BARTH, Fredrik. “Los patanes: su identidad y conservación”. In F. Barth (org.) *Los grupos étnicos y sus fronteras*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 152-176
- BAZIN, Jean. *Des clous dans la Joconde : l’anthropologie autrement*, Toulouse : Anacharsis, 2008.

- BENSA, Alban. *La fin de l'exotisme: essais d'anthropologie critique*. Toulouse: Anacharsis, 2006
- BERARD, Laurence; CEGARRA, Marie; DJAMA, Marcel; LOUAFI, Sélim, MARCHENAY, Philippe, ROUSSEL, Bernard, Verdeaux, François. *Savoirs et savoir-faire naturalistes locaux : l'originalité française*. Paris : Iddri, 2005
- BERARD, Laurence ; MARCHENAY, Philippe. « Lieux, temps et preuves : la construction sociale des produits de terroir. *Revue Terrain*, n° 24, Paris : Éditions Ministère de la Culture/Maison des Sciences de l'Homme, 1995.  
Disponible sur : <http://terrain.revues.org/3128>
- BERTAUX, Jean-Jacques. « Biens sacrés et biens religieux. Le point de vue du conservateur » In : BASDEVANT-GAUDEMET; CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (dir.). *Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L'Harmattan, 2006, p. 35-49
- BLANCHARD, Pascal ; BANCEL, Nicolas ; LEMAIRE, Sandrine. « Les zoos humains : le passage d'un 'racisme scientifique' vers 'un racisme populaire et colonial' en Occident» In: BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; BOËTSCH, Gilles et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris : La Découverte, 2004, p.63-71
- BLUNDELL, Valda. "Aboriginal empowerment and souvenir trade in Canada". In: *Annals of Tourism Research*, vol. 20, Pergamon, 1993, p.64-87
- BURST, Jean-Jacques; CHAVANNE, Albert. *Droit de la Propriété Industrielle*.3. Paris: Dalloz, 2006
- BOAS, Franz. *The mind of the primitive man*. N. York: MacMillan, 1938
- BOGSCH, Arpad. *The Paris convention for the protection of industrial property from 1883 to 1983*. Genève: International Bureau of Intellectual Property, 1983
- BERGER, Thomas .R., -. *Le Nord: terre lointaine, terre ancestrale*. Rapport de l'enquête sur le pipeline de la vallée du Mackenzie. Vol. 1. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1977.
- CADOT, Laure. *Les restes humains: une gageure pour les musées?* La lettre de l'OCIM, n. 109 (janv. Fevr. 2007), p.4-15
- CAMUS, Sandra. *L'authenticité marchande perçue et la persuasion de la communication par l'authentification: une application au domaine alimentaire*. Thèse de Doctorat en Science de Gestion. Université de Bourgogne. Dijon. France. 2003. I.A.E. de Dijon. Actes du 2ème Congrès sur les Tendances (marketing-trends-congress.com.),
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Antropologia do Brasil*. São Paulo: Brasiliense/Edusp, 1986

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos do índio*. São Paulo: Brasiliense, 1987
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009
- CASSMAN, Vicki; ODEGAARD, Nancy. « Human Remains and the Conservator's Role ». *Studies in Conservation*, Vol. 49, n. 4. London: Published by International Institute for Conservation of Historic and Artistic Works, 2004, p. 271-282
- CLECH LÂM, Maivân. “La portée juridique de l’autodétermination”. In: *Essais sur les droits humains et le développement démocratique: (Peuples ou populations; égalité, autonomie et autodétermination: les enjeux de la Décennie Internationale des populations autochtones)*. n. 5. Montréal: Centre International des droits de la personne et du développement démocratique, 1996, p. 73-123
- CLEMENT, Charles R; JUNQUEIRA, André B. “Plantas domesticadas, uma história fascinante”. In: *Scientific American Brasil – Amazônia – A Floresta do Futuro*, v. 1- Origens. Dueto Editorial, 2008.
- CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples, a legal reappraisal*. Cambridge: Univ. Press, 1995
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. Vol. 1 e 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982
- CHAVANE, Albert ; BURST, Jean Jacques. *Droit de la Propriété Industrielle*. Paris: Dalloz, 1998
- CHOATE, Robert A.; FRANCIS, William H. *Patent Law*. St. Paul: West Publishing, 1981
- CLASTRES, Pierre. *Recherches d'anthropologie politique*. Paris: Aux Éditions du Seuil, 1980
- COLLIGNON, Beatrice. *Les Inuits – Ce qu'ils savent du territoire*. Paris: L'Harmattan, 1996
- COLLOMB, Gérard. « Les Kaliña de Guyane: le ‘droit de regard de l’Occident» In BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; BOËTSCH, Gilles et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 127-135-- « Introduction. Zoos humains: entre mythe et réalité » In: BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; BOËTSCH, Gilles et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris: La Découverte, 2004, p. 5-17
- COLUMBIA LAW REVIEW, Déc. 1994 (94) Col. L. Rev. N°8
- COUTO, Rosa Carmina de Sena. “Saúde e Projetos de Desenvolvimento na Amazônia”, in *Novos Cadernos NAEA*, vol. 12, n° 2, dez. 1999, Disponível sur : <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/viewFile/118/171>

- CUELLAR, JAVIER Pérez de. «La variable culturelle». In: *Le Patrimoine Culturel Immatériel, Les enjeux, les problématiques, les pratiques. Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p. 19-25
- DAES, Erica-Irene. «Protection du patrimoine des populations autochtones». In: *Série d'études sur les Droits de l'Homme - n° 10* des Nations Unies. New York et Genève, 1997
- DAES, Erica-Irene. *Activités normatives: évolution des normes concernant les droits des autochtones*
- DAES, Erica-Irene. *Faits nouveaux et débat général sur les mesures à prendre à l'avenir*. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (21 juin 1995)
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Índios, Cidadania e direitos*. In: *O Índio e a Cidadania*. São Paulo, Brasiliense, 1983, p.52-8
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 1984
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010
- DAVIS, Shelton H. *Vítimas do Milagre*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977
- DEBORD, Guy. *La Société du Spectacle*. Paris: Gallimard, 1992
- DECORET-AHIHA, Anne. “L'exotique, l'ethnique et l'authentique”. *Civilisations (En ligne)*, 53/2005, <http://civilisations.revues.org/index600.html>.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Minuit, 1991
- DENIS MARANTZ, B. « Questions touchant les droits des peuples autochtones dans les instances internationales ». In : *Essais sur les droits humains et le développement démocratique: (Peuples ou populations; égalité, autonomie et autodétermination: les enjeux de la Décennie Internationale des populations autochtones)*.n. 5. Montréal : Centre internationale des droits de la personne et du développement démocratique, 1996, p. 2-72
- DESCOLA, Philippe. “Diversité Biologique, Diversité Culturelle”. In: *Nature Sauvage Nature Sauvée? Ecologie et peuples autochtones*. Paris: Ethnies, 1999
- DESCOLA, Philippe. “Ecologia e cosmogonia”. In: CASTRO, Edna; PINTON, Florence (org.). *Faces do trópico úmido*. Belém: CEJUP, 1997
- DESCOLA, Philippe. *La nature domestique. Symbolisme et praxis dans l'écologie des Achuar*. Paris: Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1986

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I-4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2001
- DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito Industrial- Patentes*. Rio de Janeiro:Forense,1980
- DOURMEC, Vincent. « La France coloniale et les zoos humains ». In: *L'histoire par l'image*  
Disponível sur : <http://www.histoire-image.org/site/oeuvre/analyse.php?i=885#contexte>
- DUPAIGNE, Bernard. *Le scandale des arts premières: la véritable histoire du Musée du Quai Branly*. Paris: Mille et une nuits, 2006
- ELIE, Michel. « Le fossé numérique. L'Internet, facteur de nouvelles inégalités? » In: *Collection Problèmes politiques et sociaux. La Documentation française*, n° 861, août 2001
- FELDMAN-BIANCO, Bela; RIBEIRO, Gustavo Lins(org.) *Antropologia e Poder*. Contribuições de Eric R. Wolf. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Campinas: Ed. Unicamp, 2003,
- FIGUEROLA PUJOL, Helios de. *Les dieux, les hommes et la parole dans la communauté de San Juan*. Mexico, Paris: Sous presse, Société d'ethnologie/Mexico, UNAM, Paris, 2005
- FIGUEROLA PUJOL, Helios de. « Exposé dans le Séminaire d'Anthropologie Américaniste », Paris, EREA LAS/ CERMA, 2005: « Réflexions sur l'espace sacré chez les Tzeltal ».
- FOYER, Jean ; VIVANT, Michel. *Le Droit des Brevets*. Paris: PUF, 1991
- FROMAGEAU, Jérôme (dir.) *Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L'Harmattan, 2006, p.51-61
- FROMAGEAU, Jérôme. “La protection du patrimoine mondial religieux”. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (dir.). *Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L'Harmattan, 2006, p. 35-49
- GARCIA, Laymert. «Alternativas de Proteção dos conhecimentos tradicionais» Palestrante. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (org.). *Seminário: Quem Cala Consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo. Instituto Socioambiental. - Série Documentos do ISA n° 8, 2003 p. 93-122
- GOLDSTEIN, Ilana. “Reflexões sobre a arte "primitiva": o caso do Musée Branly”. *Horizontes antropológicos*
- GOMES, Laurentino,1808. São Paulo: Planeta, 2007

- GOMEZ, Thomas. *Droit de Conquête et Droits des Indiens*. Paris: Armand Colin/Masson, 1996
- GOULART, Deyler Meira. *Contribuição à história da anestesia no Brasil*. Guanabara, 1968;  
Disponível sur:  
[http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria\\_casos.htm](http://www.amazonlink.org/biopirataria/biopirataria_casos.htm); [www.tropilab.com/curare.html](http://www.tropilab.com/curare.html)
- GRAIN, Seedling. *La mission impossible de l'OMPI?* Barcelone, Vol 15, No 3, Septembre 1998 [www.grain.org/fr/publications/ompi-fr-p.htm](http://www.grain.org/fr/publications/ompi-fr-p.htm).
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 58<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio: DO&A, 2005
- HARRIBEY, Jean-Marie. “Désaliéner Le travail pour économiser les ressources”. *ENTROPIA – Revue d'étude théorique et politique de la décroissance*° 2, printemps. Éditions Paragons. Lyon. 2007.
- HAYDEN, Cori. *When Nature Goes Public: the unmaking of bioprospecting in Mexico*. Princeton: University Press, 2003.
- HERMITTE, Marie-Angèle. “O acesso aos recursos biológicos: Panorama geral”. In: Ana Flávia Barros Platiau; Marcello Dias Varela (org.) “*Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*: Coleção Direito Ambiental, 2. Belo Horizonte: Del Rey. 2004
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções -1789-1848*. 16a ed. , São Paulo: Paz e Terra, 2002
- HORKHEIMER, Max et ADORNO, Theodor W. *La dialectique de la Raison – Fragments philosophiques*. Francfort-sur-le-Main: Gallimard, 1974
- HURTADO, Lorenzo Muelas. “El conocimiento tradicional. Conférence à Madrid en novembre 1997”. In: ZURITA, Annie Oehlerich de, DINAMARCA, Ibis (org.). *Ni robo ni limosna. Los Pueblos Indígenas y la Propiedad Intelectual*. Santa Cruz: CEJIS, CABI, CIDOB. 1999
- JACANIMIJOY, Antonio. “Initiatives for Protection of Rights of Holders of Traditional Knowledge, Indigenous People and Local Communities”, Voir WIPO/INDIP/RT/98/4E, 1998.
- JACQUEMIN, Alex; SCHRANS Guy. *Le droit économique*, PUF : Paris, 1970.



## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- JANKE, Terri Ms. *The Carpets Case: M\*, Payunka, Marika & Others vs Indofurn*. Terri Janke and Company Entertainment, Cultural Heritage and Media Lawyers. Sydney - Australia. Written under Commission by the World Intellectual Property Organization, 2000-2001, Geneva, Switzerland.p.1-19.  
<http://www.wipo.int/tk/en//studies/cultural/minding-culture/studies/carpetscase-main.pdf>
- JAQUEMIM, A; SCHRANS, G. *O Direito Econômico*. Lisboa: Veja
- JEFFERSON, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*.  
Disponibile sur: [www.constitution.org/tj/jeff13.txt](http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt)
- JOUVE, Edmond. *Relations Internationales*. Collection Premier Cycle. Paris: PUF, 1992
- KLEBA, John Bernhard. *Pajés, etnofarmácia e direitos tortuosos – o caso Krahô/Unifesp*. Étude présentée dans la VII<sup>e</sup> ESOCITE, Rio de Janeiro, 2008
- KOIFMAN, Sergio. Geração e transmissão da energia elétrica: impacto sobre os povos indígenas no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar. 2001
- KURIN, Richard. «Les problématiques du patrimoine culturel immatériel». In: *Le Patrimoine Culturel Immatériel, Les enjeux, les problématiques, les pratiques. Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p.59-67
- LAGASTRA NETO, Caetano. “Breves anotações à Constituição sobre o direito indígena”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n° 648, 1989, p. 50
- LANGANEY, André. «Collection humaines et sciences inhumaines: échantillons et reliques». In: BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; BOËTSCH, Gilles et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris : La Découverte, 2004, p.374-380
- LAPIERRE, Jean-William. Prefácio. In POUTIGNAT, Philippe ; STREIFF-FENART, *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1997, p.9- 18
- LATOUCHE, Serge. *Survivre au Développement*. Paris: Mille et Une Nuits, 2004
- LATOUCHE, Serge. *L'occidentalisation du monde*. Paris: La Découverts, 2005
- LATOUR, Bruno. *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*. Paris: La Découverte, 2004
- LECHTE, John. *50 Pensadores contemporâneos essenciais*. Do estruturalismo à pós-modernidade. Rio: Difel, 2002
- LEROUX, Jacques, CHAMBERLAND, Roland, BRAZEAU, Edmond, DUBÉ, Claire. *Au pays de peaux de chagrin- Occupation et exploitation territoriales à Kitcisakik (Grand-Lac-Victoria) au XXe siècle*. Canada: Les Presses de l'Université de Laval, 2004

- LE SCOUANEC, François-Pierre. « Quelques enjeux liés au patrimoine culturel immatériel ». In : *Le Patrimoine Culturel Immatériel, les enjeux, les problématiques, les pratiques. Internationale de L'imaginaire*. Nouvelle Série – n° 17, Babel, Maison des cultures du monde, Arles: Actes sud, 2004, p.26-40
- L'ESTOILE, Benoît de. *Le goût des autres. De l'exposition coloniale aux arts premiers*. Paris: Flammarion, 2007
- LETTRE des pajés lors de la réunion de São Luiz do Maranhão, 2001.  
Disponibile sur : <http://www.amazonia.org.br/arquivos/13228.pdf>
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *L'identité. Séminaire dirigé par Claude Lévi-Strauss*. Paris: Grasset, 1977
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. Campinas. Papyrus, 1989
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *O olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, 1986
- LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (org.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. Série Documentos ISA, nº8, São Paulo: Instituto Sócioambiental, 2003
- LORENZ, Sonia da Silva. *Sateré-Mauwé, os filhos do guaraná*. São Paulo: Coleção Projetos-Centro de Trabalho Indigenista, 1992
- LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la Propriété Littéraire & Artistique*. Paris: Litec, 1994
- MANCERON, Gilles. « Les «sauvages» et les droits de l'homme : un paradoxe républicain ». In : BANCEL, Nicolas; BLANCHARD, Pascal; BOËTSCH, Gilles et al. (dir.) *Zoos humains. Aux temps des exhibitions humaines*. Paris : La Découverte, 2004,p. 399-405
- MANDER, Jerry et TAULI-CORPS, Victoria (orgs). [Paradigm Wars] “Indigenous Peoples’ Resistance to Economic Globalization”. Special Report of the International Forum on Globalization Committee on Indigenous Peoples. 2005
- MARIN, Jean-Yves. « Statut des restes humains, les revendications internationales ». In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (dir.).*Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L'Harmattan, 2006, p. 337-347
- MARTIN, Brian. “Against Intellectual Property”. In: *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 1, n. 5, September 1996, p. 257-270
- MARTINEZ COBO, José R. Estudio Del Problema de La discriminación contra las poblaciones indígenas. E/CN.4/sub.2/1983/21- NationsUnies.
- MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- METUKTIRE, Megaron. *Tempo e Presença*, Publicação CEDI, Rio de Janeiro, 1988
- MEZGHANI, Nebila. “La protection des créations traditionnelles et populaires au Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie)”. In: *Intérêt Culturel et Mondialisation. Les protections nationales*. Tome I. Paris: L’Harmattan, 2004, p. 223-248
- MONTAIGNE, Michel de. *Essais*. Paris: Garnier-Flammarion, 1979
- MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*, 1º série, São Paulo, 1977, p.110-123
- MOREIRA, Luís. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- MOREIRA, Teresa Cristina. “O acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados e os direitos de comunidades indígenas e locais no Brasil”. Comunicação apresentada durante o II Seminário de Etnobiologia e Etnoecologia ocorrido em Botucatu, 2003.
- MORIN-DESAILLY, Catherine. Rapport présenté au Conseil Municipal de la Ville de Rouen en séance du 19 octobre 2007 <http://www.senat.fr/rap/108-482/108-4821.pdf> , p. 1-57.
- MOURA, Margarida Maria; BARBOSA, Marco Antonio. “Direito Oficial e Direito Costumeiro no Brasil”. In: *TEMAS-IMESC*. 3(2) 159-82. São Paulo, 1986
- MUQBIL, Imtiaz. «Le tourisme autochtone : plus qu'un marché touristique différent». In: *Le Tourisme Autochtone. Information de presse spéciale*. Berlin: ITB, 2009, p.1-13. [http://www1.messe-berlin.de/vip8\\_1/website/Internet/Internet/www.itb-kongress/pdf/Spezialpressdienst/ITB\\_Le\\_tourisme\\_autochtone.pdf](http://www1.messe-berlin.de/vip8_1/website/Internet/Internet/www.itb-kongress/pdf/Spezialpressdienst/ITB_Le_tourisme_autochtone.pdf)
- NEGRI, Vincent. “Fouilles archéologiques et questions de religion”. In: BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte; CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (dir.). *Le patrimoine culturel religieux: enjeux juridiques et pratiques culturelles*. Collection Droit du patrimoine culturel et naturel. Paris: L’Harmattan, 2006, p.325-335
- NOVION, Ibañez de; PHELIPPE, Henry; BAPTISTA, Fernando Mathias. «O certificado de procedência legal no Brasil: estado da arte da implementação da legislação». In *Documentos de investigación*, ISA, ano 2, nº5, 2006
- NUNES, Edson. *A gramática política no Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Brasília: Enap, 2003
- OST, François. *La Nature Hors La Loi*. Paris: La Decouverte, 1995
- PAULA, José Maria de. “Terra dos índios”. In: *Boletim do SPI*, nº1, Rio de Janeiro, 1944

- PANORAMA DA TECNOLOGIA Ano VII n° 5, maio de 2000. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Brasília, p. 46-53
- PIMENTEL, Luiz Otavio. *Las funciones del derecho mundial de patentes*. Argentina: Advocatus, 2000
- PLASSERAUD, Yves, et SAVIGNON, François. *L'état et l'invention – histoire des brevets*. Paris: Documentation française, Institut National de la Propriété Industrielle, 1986
- POSEY, Darrell. "Indigenous Ecological Knowledge". In: *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*. Publié par Nations Unies -Programme pour l'Environnement, 1999
- POSEY, Darrell; DUTFIELD, Graham. *Le Marché Mondial de la Propriété Intellectuelle, Droits des communautés traditionnelles et indigènes*. Ottawa: Centre de Recherche pour le développement. International & WWF Suisse, 1997
- POULLAUD-DULIAN, Frédéric. *La Brevetabilité des Inventions*. Paris: LITEC, 1997
- POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Joceline. *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP. 1997
- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização - a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970
- RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995
- RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela Jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010
- ROSADO, Ruy de Aguiar Jr. «L'accès du consommateur à la justice au Brésil». *Rapport présenté au Cinquième Congrès sur le droit du consommateur – Toronto, Canada, 25-27 mai, 1995,*
- ROUÉ, Marie; NAKASHIMA, Douglas. « Des savoirs « traditionnels » pour évaluer les impacts environnementaux du développement moderne et occidental » in : *Revue internationale des sciences sociales*, 2002/3 n° 173, p. 377-387 disponible <http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2002-3-page-377.htm>
- ROSTKOWSKI, Joëlle. Deskaheh et la Société des Nations, In: *Le visage multiplié du monde. Quatre siècles d'ethnographie à Genève*. Genève: Musée d'ethnographie de Genève, 1985,p.151-157
- ROULAND, Norbert. *L'anthropologie juridique*. Paris : Puf, 1990

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

- ROULAND, NORBERT ; PIERRÉ-CAPS, S. ; J. POUWERÈDE. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. Paris: Puf. 1996
- ROUSSEL, Bernard. « Savoirs locaux et conservation de la biodiversité : renforcer la représentation des communautés. *Développement durable ou décroissance sélective ? Mouvement*, n° 41, (4) Sept-Oct, 2005.  
Disponible sur <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2005-4-page-82.htm>
- ROVER, Aires José. “O Direito Intelectual e seus Paradoxos” In: ADOLGO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p.33-38
- SAHLINS, Marshall. *Âge de Pierre, âge d’abondance*. Paris: Gallimard, 1976
- SANTANA, Roberto. *Les Indiens de l’Equateur, Citoyens dans l’ethnicité*. Paris: Éditions du CNRS, 1992.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. “Princípios constitucionais e propriedade intelectual – O regime constitucional do direito autoral: Direito da Propriedade Intelectual”. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p.11-32
- SEEGER, Anthony. « *Singing others peoples songs* ».In: *Cultural Survival Quarterly*, summer 1991, p.36-39  
<http://www.culturalsurvival.org/ourpublications/csq/article/singing.other-peoples>
- SEQUESTRA, F. «La Peinture Moderne Aborigène: une Peinture Authentique?» In WARNIER, J.P.*Le Paradoxe de la Marchandise Authentique. Imaginaire et Consommation de Masse*. Paris. L’Harmattan, 1994, p.99-118
- SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987
- SHIVA, Vandana. *Le Terrorisme alimentaire. Comment les multinationales affament le tiers-monde*. Paris: Fayard, 2001
- SHIVA, Vandana *Monocultures, monopoles, et masculinisation du savoir*.In: *International Development Research Centre*. Vol. 23, n° 2. Canada: 1998. S/N.

- SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. *La question des peuples autochtones*. Bruxelles: Bruylant, 1997
- SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado de Propriedade Industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998
- STIRNER, Max. “L’Unique et sa Propriété” (1845). Edition électronique réalisée du livre publié en 1845, *L’Unique et sa Propriété*. Traduction Française de l’Allemand par R. L. Reclaire, décembre 1899. Paris: P.V. Stock, Editeur, 1899, 438 pages. Collection Bibliothèque sociologique, n° 23.  
[http://classiques.uqac.ca/classiques/stirner\\_max/unique\\_propriete/Stirner\\_unique\\_propriete.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/stirner_max/unique_propriete/Stirner_unique_propriete.pdf)
- SURRALLÉS, Alexandre; HIERRO, Pedro Garcia (Edit.). *Tierra Adentro – Territorio Indígena y Percepción del Entorno Completo*. Copenhague: Documento N° 39 – IWGIA, 2004.
- TROLLER, Alois. *Précis du Droit de la Propriété Immatérielle*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1978
- VARELLA, Marcelo Dias. “Tipologia de Normas sobre Controle do Acesso aos Recursos Genéticos”. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcello Dias Varella (Org.) *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Coleção Direito Ambiental, 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- VERDIER, Raymond. “Ordre Juridiques, Loi et Société Politique en Afrique Noire”. In: *Droit et Cultures. Revue semestrielle d’anthropologie et d’histoire*, n°7. Publié par le Centre Droit et Cultures de l’Université de Paris X Nanterre, avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique. Editions de la Maison des sciences de l’homme de Paris, p. 109-122
- VIANNA, Túlio Lima. “A inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor”. In: *RT-845*, São Paulo, março 2006, p.725-752
- VIANNA, Túlio Lima. “A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor”. In: *Revista da AJURIS*, n°99, Porto Alegre: 2005, p. 243-258
- WACHTEL, Nathan. *La vision des vaincus*. Paris: Gallimard. 1971.
- WANDSCHEER, Clarissa Bueno – *Patentes & Conhecimentos Tradicionais*. Curitiba: Juruá, 2008
- WOLF, Eric R. Textos. In: FELDMAN-BIANCO, Bela; RIBEIRO, Gustavo Lins (org.) *Antropologia e Poder. Contribuições de Eric R. Wolf*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Campinas: Ed. Unicamp, 2003
- WOLF, Paul. “Los derechos del indio – ayer y hoy”. In *Anuario de filosofía del derecho*, vol. VII, 1991, p. 154

WOLFF, Maria Thereza. “Matéria Obvia e Suficiência Descritiva em Invenções de Biotecnologia”. In: *Revista da ABPI*, n° 26. – Jan./Fev. 1997, p. 25-28

ZERDA-SARMIENTO, Álvaro; FORERO-PINEDA, Clemente. “Les droits de propriété sur le savoir des communautés ethniques ». *Revue Internationale des Sciences Sociales*, n° 171, 2002, p. 111-127

ŽIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008

## DOCUMENTS

---

BIODIVERSIDADE, Justiça e Ética. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n°8, maio/agosto, 1999.

OMPI WO/INF/30-II

GIC/UK/CNR/VI/12 Protection of expressions of folklore. OMPI.

UNEP/CBD/94/1

WIPO/GRTKF/IWG/3/5

WIPO/GRTKF/IC/18/5

WIPO/GRTKF/IC/18/4

WIPO/INDIP/RT/98/4E

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3

E/CN.4/Sub.2/1983/21

## REFERENCES LÉGALES

---

### **Dans le système brésilien:**

C.F.B - Constitution Fédérale du Brésil de 1988

Mesure Provisoire 2186-16/2001

Loi 9610/98 – droit d'auteur

Loi 10.406/2002 – Code civil

Loi 6.001, du 19 décembre 1973- Statut de l'Indien

Loi n° 8078 du 11 Septembre 1990 - Code de Défense du Consommateur

Loi n° 7.347, du 24 juillet 1985 - Action Civile Publique

Loi 9279/96, du 4 mai 1996 - Propriété Industrielle

Projet de loi 306/95 de Marina Silva (Accès à la Biodiversité Brésilienne et les Dispositions sur les instruments de Contrôle et d'Accès aux ressources génétiques). Présenté à l'Assemblée Nationale en octobre 1995

Loi 388/97 – Etat de l'Amapa-BR (gérer l'accès à leurs ressources génétiques)

Loi 1.235/97 – Etat de l'Acre-BR (gérer l'accès à leurs ressources génétiques).

### **Dans le système International:**

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, de 13 septembre 2007.

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (Unesco, 20.10.2005)

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. 2003.

La déclaration du sommet mondial sur le développement durable (Johannesburg), septembre 2002

Déclaration des collectivités locales et territoriales françaises à Johannesburg (2002).  
Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2001





## TABLE DES MATIÈRES

---

RÉSUMÉ.....	3
MOTS CLÉS .....	3
ABSTRACT .....	4
KEYS-WORDS: .....	4
RESUMO .....	5
PALAVRAS-CHAVE:.....	5
RESUMO ESTENDIDO.....	6
REMERCIEMENTS .....	15
DEDICACE .....	17
LISTE D'ILLUSTRATIONS .....	23
SOMMAIRE.....	25
INTRODUCTION .....	29
PARTIE PRÉLIMINAIRE. ETHNICITÉ, ETATS-NATION ET DROIT INDIGÉNISTE DANS LES AMÉRIQUES. ....	37
TITRE I. Des notions en suspens.....	39
Chapitre 1. Identité, culture et ethnicité. ....	39
Section 1. Identité. ....	39
Section 2. Culture.....	41
Section 3. Ethnicité. ....	44
Chapitre 2. Peuple, peuples autochtones et nation.....	52
Section 1. Peuple et peuples autochtones. ....	52
• § 1. Acception politico-sociale .....	56
• § 2. Acception juridique:.....	57
Section 2 - Peuple et nation: acception anthropologique .....	58
TITRE II. Les peuples autochtones dans le droit brésilien .....	63
Chapitre 1. L'institut de « l'Indigenato » dans le Brésil colonial.....	63
Section 1. La Théorie de « l'Indigenato »: Droit luso-brésilien distinct de la possession et de la propriété. ....	69
Chapitre 2. Les peuples autochtones dans la Constitution .....	74
Section 1. Le tournant constitutionnel brésilien. ....	76

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

Section 2. Chapitre VIII - Titre VIII de la C.F. de 1988 : « Des Indiens ».....	80
• § 1. Les terres traditionnellement occupées. ....	83
• § 2. La destination des terres indigènes .....	85
• § 3. Les minéraux et les ressources hydriques .....	85
• § 4. Inaliénabilité, indisponibilité, imprescriptibilité.....	87
• § 5. Déplacement des groupes indigènes de leurs terres.....	87
• § 6. Nullité et extinction des actes juridiques qui ont un effet sur les terres indigènes .....	88
• § 7. La « Capacité pour agir en justice » de la part des indigènes, des communautés et des organisations indigènes.....	89
TITRE III. Les peuples autochtones dans le droit hispano-américain et nord- américain.....	95
Chapitre 1. Le cas de l'Amérique Espagnole .....	97
Section 1. Des situations hétérogènes? .....	103
Chapitre 2. Les cas nord-américain.....	107
PREMIÈRE PARTIE. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS.....	119
TITRE I. Une brève introduction à la notion de propriété intellectuelle .....	119
Chapitre 1. Qu'est-ce que la propriété intellectuelle?.....	119
Section 1. La Propriété Industrielle.....	120
Section 2. Nouvelles Formes de Propriété Intellectuelle .....	122
Section 3. La législation en vigueur.....	125
• § 1. Origine de la Loi 9.279/96.....	126
• § 2. Droits d'Auteurs.....	126
▪ A) Principe de l'exclusivité de l'utilisation .....	127
▪ B) Principe de la transmissibilité:.....	127
▪ C) Principe de la temporalité:.....	127
▪ D) Principe de la protection des participations individuelles en œuvre collective: .	127
▪ E) Principe du contrôle de l'utilisation économique: .....	128
• § 3. Droits d'auteur des peuples indigènes et domaine public: .....	128
• § 4. Cultivar traditionnel et la Loi des Cultivars (obtentions végétales). ....	129
Section 4. Pourquoi Propriété (Intellectuelle)? Sur quoi? .....	131
• § 1. « Propriété » ou « monopoles »? .....	132

• § 2. La propriété immatérielle et le patrimoine culturel .....	134
Chapitre 2. L'idéologie des droits de propriété intellectuelle. ....	137
Section 1. L'invention de la propriété intellectuelle. ....	139
Section 2. La protection du travail intellectuel et l'accès aux informations: l'exemple du logiciel libre.....	143
Section 3. Pouvoir économique, concurrence et propriété intellectuelle .....	146
TITRE II. A quoi et à qui servent les droits de propriété intellectuelle? .....	153
Chapitre 1. Les régimes de protection des innovations techniques et des signes distinctifs.....	153
Section 1. Qu'est-ce qui n'est pas une invention et qu'est ce qui, même en l'étant, n'est pas brevetable?.....	154
• § 1. Isolement de Matériaux rencontrés dans la Nature.....	159
Section 2. Quelles sont les conditions pour un brevet d'invention? .....	161
• § 1. La nouveauté.....	161
• § 2. Activité Inventive.....	163
• § 3. Application industrielle .....	167
Section 3. Autres régimes de protection des innovations techniques. ....	170
• § 1. Les modalités de brevets. ....	171
▪ A) Brevets de produits: .....	171
▪ B) Brevets de procédés: .....	171
▪ C) Brevets d'utilisation: .....	171
▪ D) Brevets de produit obtenu: .....	171
• § 2. Modèles d'utilité ou petits brevets. ....	171
• § 2. Droits d'obteneurs.....	172
Section 4. La protection des signes distinctifs.....	175
• § 1. Les marques de Commerce.....	175
• § 2. Étiquetage de marques collectives. ....	177
• § 3. Indications Géographiques et Appellations d'Origine. ....	178
Chapitre 2. Les DPI: simples instruments de politique industrielle?.....	181
Section 1. Les DPI peuvent-ils être utiles aux peuples autochtones? .....	182
Section 2. La protection des droits d'auteur et les peuples autochtones .....	187
Section 3. Les actions collectives au Brésil.....	200

## PEUPLES AUTOCHTONES, CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ET DROITS

TITRE III. Quels sont les savoirs et les biens traditionnels à protéger et quelle est leur importance?.....	207
Chapitre 1. Le patrimoine immatériel tangible.....	210
Section 1. Les sites sacrés et l'évaluation des impacts socio-environnementaux des projets « développementistes » .....	212
Section 2. Les collections archéologiques et muséologiques face aux revendications internationales: récupération d'objets rituels, restitution et réinhumation de restes humains. ....	227
Chapitre 2. Le patrimoine immatériel: savoirs intimes.....	243
Section 1. Tourisme et respect de la vie privée .....	244
Section 2. Les œuvres plastiques et le droit aux motifs traditionnels .....	246
Section 3. L'authenticité, l'exotisation et le respect de la confidentialité des informations intimes .....	252
DEUXIÈME PARTIE. VERS LA CRÉATION DE RÉGIMES LÉGAUX DE PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES.....	261
TITRE I - L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle face aux besoins et aux revendications des peuples autochtones. ....	265
Chapitre. 1 - Des auteurs pluriels et une titularité incertaine .....	266
Section 1. La logique tribale ou communautaire de la propriété et les perspectives collectivisantes .....	266
Section 2. Inadéquation, face à l'auteur défini et individuel, de la propriété intellectuelle classique .....	272
Chapitre 2. L'inexistence de nouveauté ou d'originalité .....	278
Section 1. L'originalité dans l'œuvre traditionnelle .....	279
Section 2. Les limites de la nouveauté et de l'état de la technique.....	283
Section 3. La nouveauté et la distinction des obtentions végétales .....	297
TITRE II. Instruments et mécanismes juridiques internationaux: antagonisme ou opportunité? .....	303
Chapitre 1. Les organismes internationaux et leur position à propos des droits intellectuels indigènes.....	304
Section 1. L'OMC et les ADPICs face aux droits intellectuels indigènes .....	304
Section 2. L'OMPI et L'IGC - Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore	310

• § 1. Projet visant à la Protection des Savoirs Traditionnels.....	313
▪ A. Matière de protection. ....	318
▪ B. Forme juridique de la protection et formalités pour son obtention. ....	318
▪ C. Titularité. ....	319
▪ D. Droit conférés. ....	319
▪ E. Durée de la protection.....	319
• § 2. Projet visant à la Protection des Expressions Culturelles Traditionnelles .....	320
Section 3. L'UNESCO et la variable culturelle: Culturalisme ou Libre Marché. ....	329
• § 1. Qu'est-ce que la diversité culturelle?.....	330
• § 2. L'importance de la reconnaissance internationale de la diversité culturelle. ....	331
• § 3. La diversité culturelle face à la mondialisation: opportunité ou menace? .....	332
• § 4. Le patrimoine culturel immatériel: la variable culturelle. ....	333
• § 5. Les définitions du patrimoine culturel immatériel. ....	337
• § 6. La protection du patrimoine culturel immatériel. ....	339
▪ A. La langue: .....	339
▪ B. Les sites, les lieux: .....	339
▪ C. Les porteurs de traditions: .....	340
▪ D. La flèche du temps: .....	340
Chapitre 2. La représentativité indigène internationale .....	341
Section 1. Les Peuples Indigènes à l'ONU et la Déclaration du 13 septembre.....	341
2007 sur les Droits des Peuples Autochtones.....	341
Section 2. La Convention 169 de l'OIT. ....	353
Section 3. La Convention sur la Diversité Biologique.....	357
Chapitre 3. Des solutions sui-generis ? .....	363
Section 1. La MP 2186/2001 et le CGEN. ....	363
Section 2. L'originalité française en matière de savoirs et savoir-faire locaux: une reconnaissance de l'autochtonie ? .....	373
CONCLUSION.....	391
BIBLIOGRAPHIE .....	409
REFERENCES LÉGALES .....	423
TABLE DES MATIÈRES.....	425

