

**Conseil économique et social**

Distr. générale
20 mars 2007
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones**Sixième session**

New York, 14-25 mai 2007

Point 4 de l'ordre du jour provisoire*

**Mise en œuvre des recommandations concernant
les six domaines d'activité de l'Instance permanente
et les objectifs du Millénaire pour le développement**

**Rapport du Secrétariat
sur les savoirs traditionnels autochtones*****Résumé*

À sa cinquième session en mai 2006, prenant en compte les recommandations de l'Atelier technique international sur les connaissances traditionnelles autochtones (E/C.19/2006/2, par. 41) concernant la réalisation d'une étude sur le droit coutumier applicable aux connaissances traditionnelles autochtones, l'Instance permanente sur les questions autochtones a décidé de nommer Michael Dodson Rapporteur spécial chargé d'établir, dans les limites des ressources existantes, un document de réflexion sur le champ de l'étude afin de déterminer dans quelle mesure ce droit devait être pris en compte dans les normes internationales et internes en la matière et prié le Rapporteur spécial de lui rendre compte de cette question à sa sixième session. L'étude comprendrait une analyse du droit coutumier autochtone en tant que régime particulier susceptible de protéger les connaissances traditionnelles autochtones. Les organismes des Nations Unies concernés devaient collaborer pour favoriser le respect et la reconnaissance du droit coutumier autochtone relatif aux connaissances traditionnelles autochtones dans les législations et politiques nationales et son application.

* E/C.19/2007/1.

** Rapport présenté tardivement dans le souci d'y faire figurer les informations les plus récentes.



Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1–3	3
II. Aperçu général de la situation actuelle	4–21	3
III. Objectifs, champ et stratégies de l'étude	22–24	9
IV. Questions à prendre en compte dans le cadre de l'étude	25–55	10
A. Définition de la question	26–31	10
B. Définir les liens entre les instances internationales, régionales, nationales et locales	32–38	12
C. Définir les liens entre l'étude et les structures, activités et ressources existantes	39–43	14
D. Mécanismes et résultats potentiels.	44–55	15
V. Observations finales	56–61	19

I. Introduction

1. Depuis de nombreuses années, les peuples autochtones expriment leur inquiétude face au manque de protection de leurs savoirs traditionnels. Bien que leurs préoccupations aient été entendues, la question n'est pas réglée. La difficulté pour la communauté internationale consiste à déterminer comment remédier au manque de protection des savoirs traditionnels autochtones.

2. Dans le présent rapport, les expressions « savoirs traditionnels autochtones » et « connaissances traditionnelles autochtones » sont employées au sens large pour désigner les pratiques traditionnelles, la culture, la connaissance des plantes et des animaux et la connaissance de leurs moyens de diffusion. Elles englobent l'expression de valeurs culturelles, de croyances, de rituels et du droit communautaire ainsi que les savoirs relatifs à la gestion des terres et de l'écosystème. Les savoirs traditionnels autochtones sont souvent des savoirs non écrits qui se transmettent oralement de génération en génération et sont diffusés et préservés de cette manière également. Certaines de ces connaissances sont sacrées et secrètes ce qui les rend extrêmement sensibles et importantes d'un point de vue culturel et fait qu'elles ne sont pas accessibles à tous, même à certains membres du groupe considéré. Le présent document part de ces principes. Il ne prétend pas donner une définition exhaustive et globale de la question.

3. Depuis sa création en 2000, l'Instance permanente sur les questions autochtones a formulé plusieurs recommandations dans lesquelles elle demandait que l'on s'intéresse d'urgence aux savoirs traditionnels¹. Étant donné que de nombreux organismes des Nations Unies et organisations intergouvernementales s'employaient déjà activement à remédier au manque de protection des savoirs traditionnels autochtones, un Atelier technique international a été tenu à Panama en septembre 2005, en vue de réunir des experts des questions autochtones et des organismes des Nations Unies². Cet atelier s'est penché sur les questions relatives à la protection des savoirs traditionnels autochtones, en particulier sur la démarche suivie par les différents organismes, et a formulé de nombreuses recommandations. Constatant la relation entre les savoirs traditionnels autochtones et le droit coutumier, l'Atelier a recommandé à l'Instance permanente de commander une étude sur « le droit coutumier applicable aux connaissances traditionnelles autochtones afin de déterminer dans quelle mesure ce droit [devait] être pris en compte dans les normes internationales et internes en la matière »³.

II. Aperçu général de la situation actuelle

4. De nombreux documents, systèmes et activités cherchent actuellement à remédier au manque de protection des savoirs traditionnels autochtones aux niveaux national, régional et international. Aux fins du présent document, il n'est pas nécessaire de fournir une liste exhaustive des moyens de protection existants mais il est essentiel, en revanche, de connaître les documents, systèmes et activités les plus

¹ Voir PFII/2005/WS.TK, annexe I, sur le site : http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_TK_background_note.pdf.

² Voir *Documents officiels du Conseil économique et social, 2005, Supplément n° 23* et rectificatif (E/2005/43 et Corr.2).

³ Voir E/C.19/2006/2, par. 41.

importants pour comprendre la nature de la question et le contexte dans lequel une étude commandée par l'Instance permanente s'inscrirait. Une meilleure connaissance du contexte actuel aidera également à déterminer précisément ce qu'on attend d'une telle étude.

5. Le droit qu'ont les peuples autochtones de protéger et d'utiliser leurs savoirs traditionnels est reconnu dans un certain nombre d'instruments internationaux, dont :

- a) L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴;
- b) L'article 15, paragraphe 1 c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵;
- c) L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵;
- d) L'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique⁶;
- e) Le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁷;
- f) Les articles 13, 15 et 23 de la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants;
- g) La Convention internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, telle que modifiée en 1979;
- h) L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁸;
- i) L'article 3 de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique⁹;
- j) Le paragraphe 12 d) de la Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts¹⁰;
- k) Le paragraphe 26.1 d'Action 21¹¹;
- l) La Stratégie de l'Organisation mondiale de la santé pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005¹²;

⁴ Résolution 217 A (III).

⁵ Résolution 2200 A (XXI), annexe.

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, n° 30619.

⁷ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Rapport de la Conférence de la FAO, vingt et unième session, Rome, 2-13 novembre 2001* (C/2001/REP), appendice D.

⁸ Voir *Instruments juridiques reprenant les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, faits à Marrakech le 15 avril 1994* (publication du secrétariat du GATT, numéro de vente : GATT/1994-7).

⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1954, n° 33480.

¹⁰ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe III.

¹¹ Ibid., annexe II.

¹² WHO/EDM/TRM/2002.1 (Genève, Organisation mondiale de la santé).

m) Le principe 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹³;

n) Les articles 11 et 31 du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹⁴.

6. Outre ces textes et instruments internationaux, il existe de nombreux régimes régionaux de protection, dont le Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones de l'Organisation des États américains, l'Accord de Bangui de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle, la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement et les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables. On compte également de nombreuses déclarations, dont celles de Mataatua et de Kari-Oca.

7. Au niveau national, il y a de très nombreux textes de lois et projets politiques visant à régler la question des savoirs traditionnels autochtones. On trouvera ci-après des exemples de la façon dont plusieurs États s'intéressent aux aspects liés à l'environnement, à la santé et à la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels autochtones, qui illustrent la diversité des démarches engagées. Une liste complète des textes de lois relatifs à la protection de l'expression culturelle traditionnelle figure sur le site Web de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)¹⁵.

8. En Australie, les règles de protection de l'environnement reconnaissent que les autochtones ont une connaissance particulière des ressources biologiques¹⁶. Les directives du Gouvernement australien pour la gestion des ressources naturelles reconnaissent que les autochtones ont un lien fort et privilégié avec la terre et que ces rapports sont d'ordre historique, spirituel et culturel¹⁷. Dans le territoire du nord de l'Australie, les connaissances médicinales traditionnelles sont en partie reconnues par l'emploi de personnel soignant aborigène, qui fait le lien entre les guérisseurs traditionnels, les communautés autochtones et les praticiens de la médecine conventionnelle¹⁸.

9. Au Canada, la pratique de la médecine est régie par des moyens législatifs stricts aux niveaux fédéral et provincial et certaines lois provinciales reconnaissent expressément les pratiques curatives autochtones¹⁹. La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (1992) dispose que « [...] les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l'évaluation environnementale d'un projet »²⁰. Le Canada utilise également les compétences des

¹³ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

¹⁴ Voir résolution 61/178 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 2006, annexe.

¹⁵ Voir le site : <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>, en anglais seulement.

¹⁶ Règles relatives à la protection de l'environnement et à la conservation de la biodiversité (amendement) (n° 2) 2005, partie 8A.01 c).

¹⁷ Voir le site : <http://www.nrm.gov.au/indigenous/index.html>, en anglais seulement.

¹⁸ Loi de 1985 relative à l'enregistrement des praticiens et autres professionnels de la santé.

¹⁹ Voir *Health Act*, chap. 106, sur le site : <http://www.gov.yk.ca/legislation/acts/health.pdf>, en anglais seulement.

²⁰ Sect. 16.1.

autochtones dans le cadre de sa Stratégie nationale sur la forêt (2002-2008) et de son Système de certification pour la gestion des forêts nationales²¹.

10. En Afrique du Sud, la loi de 2004 relative aux praticiens de la médecine traditionnelle reconnaît et régit la pratique de la médecine traditionnelle dans le pays. La loi nationale sud-africaine de 1998 sur la gestion de l'environnement dispose que ceux qui prennent des décisions dans le domaine de l'environnement doivent prendre en compte toutes les formes de savoir, dont les savoirs traditionnels. La Bolivie est un autre exemple : un système national de zones protégées y a été créé par le décret suprême n° 24, 122 de 1995, qui reconnaît et utilise les savoirs traditionnels dans la pratique de gestion.

11. L'Équateur reconnaît la pratique de la médecine traditionnelle dans sa constitution nationale. Aux Philippines, les pratiques médicinales traditionnelles sont reconnues par la loi. La section 4 b) de la loi de 1997 sur la médecine traditionnelle et la médecine douce définit la médecine traditionnelle comme l'ensemble des connaissances, des compétences et des pratiques médicales qui ne sont pas nécessairement explicables dans le cadre scientifique et philosophique moderne mais qui sont reconnues par les peuples comme contribuant à entretenir et à améliorer leur état de santé aux fins d'atteindre la complétude de l'être, de la communauté et de la société, et leurs liens avec la culture, l'histoire, le patrimoine et la conscience²². En Inde, la Revue mondiale de l'Organisation mondiale de la santé indique que 70 % de la population rurale s'en remet au système Ayurveda de médecine traditionnelle. Le Gouvernement indien régit les connaissances médicinales traditionnelles par la loi du Conseil central de médecine indienne.

12. Au Nigéria, en droit de la propriété intellectuelle, la protection est assurée par la loi de 1990 sur le droit d'auteur qui vise à protéger le droit populaire traditionnel. Le paragraphe 5 de l'article 28 définit le folklore comme une production collective ou individuelle axée sur le groupe et fondée sur la tradition qui illustre les attentes de la société – expression imparfaite de son identité culturelle et sociale – ses normes et ses valeurs transmises oralement, par l'exemple ou par tout autre moyen²³. En République centrafricaine, le droit d'auteur définit le folklore comme l'ensemble des productions littéraires et artistiques émanant des communautés nationales, transmises de génération en génération et constituant l'un des éléments fondamentaux du patrimoine culturel traditionnel²⁴. Au Ghana, le droit d'auteur cherche à protéger le folklore traditionnel par la loi de 2005 sur le droit d'auteur bien que sa promulgation ait fait l'objet d'une polémique.

13. Dans de nombreux cas, le droit interne reconnaît le droit coutumier autochtone comme le fondement des droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine. Le champ de toute étude que l'Instance permanente pourrait décider de réaliser devra porter en priorité sur ces questions et les analyser en détail.

14. S'agissant des dispositions figurant dans les documents internationaux, plusieurs degrés de protections sont offerts, à savoir essentiellement la protection en tant qu'aspect du droit relatif aux droits de l'homme ou la protection qui porte

²¹ Pour de plus amples renseignements, consulter le site : <http://www.for.gov.bc.ca/tasb/MANUALS/Policy/resmngmt/rm15-1.htm>, en anglais seulement.

²² Voir le site : <http://www.stuartxchange.org/TAMA.html>, en anglais seulement.

²³ Voir le site : <http://www.nigeria-law.org/CopyrightAct.htm>, en anglais seulement.

²⁴ Art. 9 de l'ordonnance n° 85-002 sur le droit d'auteur (République centrafricaine).

précisément sur les savoirs traditionnels autochtones. Le paragraphe 2 de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴ et le paragraphe 1 c) de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵ sont deux exemples de protection fondée sur les droits de l'homme. Le premier reconnaît le droit de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur et le deuxième, que chacun a le droit de participer à la vie culturelle. S'agissant des savoirs traditionnels autochtones, la protection que fournit cette disposition est limitée comme le montre la notion problématique d'« auteur » qui évoque une personne et non la production et la propriété collectives.

15. L'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique⁶ constitue un exemple de disposition plus précise sur les savoirs traditionnels autochtones. Il engage les parties à « 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 ». Bien que l'article 8 j) vise directement les savoirs traditionnels autochtones, il se limite aux situations où ces savoirs présentent un intérêt pour la diversité biologique et ne vise tout simplement pas à offrir une protection complète des savoirs traditionnels autochtones.

16. La disposition la plus explicite concernant la protection des savoirs traditionnels autochtones est sans doute celle qui figure dans le Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones²⁵ (Projet de déclaration), que l'Assemblée générale n'a toujours pas examiné. Malgré cette situation, le Projet constitue une déclaration ferme et éloquente en faveur de la protection des savoirs traditionnels autochtones. Le paragraphe 1 de l'article 31 du Projet de déclaration dispose ce qui suit :

« Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles. »

17. Il importe de noter qu'au paragraphe 2 de l'article 31, les États sont priés de prendre des mesures effectives pour reconnaître et protéger l'exercice de ces droits. L'article 11 souligne que les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes et engage les États à accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes. Le préambule du Projet de déclaration renforce également l'appui en faveur de la protection des savoirs traditionnels autochtones en reconnaissant que « le respect des savoirs, des cultures et des

²⁵ Voir résolution 61/178 de l'Assemblée générale, annexe.

pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion »²⁶.

18. Bien que les documents internationaux, régionaux et nationaux offrent une certaine protection aux savoirs traditionnels autochtones, celle-ci n'est pas complète. De nombreux organismes des Nations Unies et organisations intergouvernementales participent actuellement à des activités visant à remédier à ce manque de protection : l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), la CNUCED, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, le Groupe de travail sur les populations autochtones relevant de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO).

19. Un certain nombre d'activités importantes sont dignes d'être soulignées, cependant l'examen des dernières activités menées par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) illustre bien l'évolution récente de la situation. En 2000, l'OMPI a créé le Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore en vue de créer une instance où seraient examinés les rapports entre le droit de la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels autochtones. Deux activités menées récemment par l'OMPI sont particulièrement importantes. En premier lieu, le Comité intergouvernemental a élaboré deux projets de dispositions complètes relatives à la protection des savoirs traditionnels autochtones. Ces deux documents énoncent un éventuel régime de protection et visent à s'attaquer en détail aux questions pratiques que soulève la mise en œuvre d'un régime particulier (*sui generis*) de protection. En second lieu, le Comité a approuvé une étude du droit coutumier en vue d'étudier le rôle de ce droit et ses rapports avec les savoirs traditionnels autochtones²⁷. Cependant, cette étude n'en est qu'à ses débuts.

20. Par l'intermédiaire du Comité, l'OMPI a joué un rôle majeur en faveur de la reconnaissance de la protection des savoirs traditionnels autochtones contre leur utilisation abusive et leur appropriation illicite. Cependant le rôle déterminant de l'OMPI a fait que ce débat international s'est tenu essentiellement dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle. Ce droit prévoit la protection des auteurs de certains travaux, dans les domaines de la littérature, de la musique, de la danse ou de l'art, ce qui est parfois suffisant. En règle générale, le droit de la propriété intellectuelle ne protège pas les droits et les intérêts des autochtones car la conception occidentale de la propriété intellectuelle vise la connaissance et la créativité individuelles plutôt que les savoirs collectifs transgénérationnels. Tenter de modifier le droit de la propriété intellectuelle en vue d'y prendre en compte les savoirs traditionnels, savoirs qui sont totalement différents par nature, n'est pas sans rappeler le proverbe « À l'impossible nul n'est tenu ». Peu importe la manière de procéder, c'est impossible. C'est pourquoi il faut envisager une démarche nouvelle et sur mesure.

21. Il ne s'agit pas nécessairement de remplacer le régime actuel de propriété intellectuelle par un nouveau régime. Il faudrait créer un régime particulier qui

²⁶ Ibid.

²⁷ Voir http://wipo.int/tk/fr/consultations/customary_law/index.html.

complète le régime actuel en accordant une protection aux domaines des savoirs traditionnels qui ne sont que très peu protégés par le droit international de la propriété intellectuelle. En outre, même quand on a reconnu qu'il fallait une protection *sui generis*, cela a été envisagé principalement dans le cadre d'un régime *sui generis* du droit de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi les limitations d'une telle protection *sui generis* font qu'elle ne prend pas en compte les expériences propres aux peuples autochtones, la singularité des savoirs traditionnels autochtones et le rôle du droit coutumier. Les savoirs traditionnels autochtones ne sont pas simplement un type différent de propriété intellectuelle; il s'agit d'une entité complètement différente. En règle générale, cette distinction n'est pas prise en compte et tant que ce fait ne sera pas reconnu, des questions subsisteront quant à l'adéquation des régimes de propriété intellectuelle existants à la protection des intérêts des autochtones.

III. Objectifs, champ et stratégies de l'étude

22. On constate que les documents internationaux, régionaux et nationaux offrent une certaine protection aux savoirs traditionnels autochtones mais qu'ils ne répondent pas aux préoccupations des autochtones. L'action que mènent les pouvoirs publics pour empêcher l'utilisation abusive et l'appropriation illicite des savoirs traditionnels autochtones est certes admirable mais elle est disparate et insuffisante. Bien que cette question fasse l'objet de l'attention de la communauté internationale depuis plusieurs années et malgré l'élaboration de nombreux documents, projets et activités, les savoirs traditionnels autochtones sont toujours exposés à l'utilisation abusive. La question fondamentale continue de se poser : comment protéger les savoirs traditionnels autochtones?

23. Si l'on admet que le régime de propriété intellectuelle est inadapté et que l'on reconnaît la particularité des savoirs traditionnels autochtones, la question devient : faut-il mettre en place un régime de protection particulier qui ne soit pas soumis aux conceptions occidentales du droit de la propriété intellectuelle mais guidé par le droit coutumier autochtone? S'il était créé, comment un tel régime pourrait-il et devrait-il fonctionner? Un régime *sui generis* fondé sur le droit coutumier pourrait établir des règles et guider les États aux fins de la protection des savoirs traditionnels autochtones. Un cadre juridique reconnaissant la relation entre les savoirs traditionnels autochtones et le droit coutumier et permettant le fonctionnement de régimes juridiques autochtones offrirait non seulement une reconnaissance internationale du droit des peuples autochtones d'exploiter leurs savoirs traditionnels et de les protéger contre l'utilisation abusive et l'appropriation illicite mais il présenterait également d'autres avantages pour les peuples autochtones qui découleraient de la reconnaissance de la propriété.

24. **Le Rapporteur spécial recommande à l'Instance permanente, dans le cadre de son mandat consistant à recueillir et à diffuser des renseignements, de commander une étude en vue de déterminer s'il faut donner une nouvelle orientation à la protection des savoirs traditionnels autochtones qui délaisserait le droit de la propriété intellectuelle au profit de la protection par le droit coutumier et, dans l'affirmative, comment procéder. Cette étude devrait analyser la façon dont les savoirs traditionnels autochtones peuvent être protégés au niveau international en utilisant le droit coutumier, en particulier**

la mesure dans laquelle celui-ci doit être pris en compte, guidant ainsi les États et, partant, offrant une protection aux niveaux national et régional.

IV. Questions à prendre en compte dans le cadre de l'étude

25. Si l'Instance permanente adopte la recommandation du Rapporteur spécial sur l'élaboration d'une étude, un certain nombre de questions qui touchent à la fois à l'élaboration de l'étude et à l'étude elle-même devront être réglées.

A. Définition de la question

26. Une étude du droit coutumier relatif aux savoirs traditionnels autochtones se fonde sur un certain nombre de questions et d'hypothèses. Afin d'élaborer une étude utile, il faut bien cerner la question afin de pouvoir déterminer à la fois la nature et les paramètres de l'étude, ce qui permettra le moment voulu d'en assurer l'efficacité. Il faut prendre en compte trois questions préliminaires : la terminologie, la nature d'un régime *sui generis* et les bénéficiaires visés.

27. D'abord, il faut admettre que la diversité de la terminologie utilisée dans ce domaine pose des difficultés initiales. Des expressions comme « savoirs/connaissances autochtones », « savoirs/connaissances traditionnel(le)s », « savoirs/connaissances et cultures autochtones et pratiques traditionnelles », « folklore », « patrimoine autochtone » et « propriété culturelle et intellectuelle autochtone » sont souvent employées de manière interchangeable et invariablement utilisées dans des contextes et avec des sens différents. Indépendamment de la terminologie que l'Instance permanente utilise finalement, il faudrait définir clairement ces termes en vue de fixer les paramètres de l'étude. Cependant, il est difficile et peut-être peu avantageux de donner une définition globale des savoirs traditionnels. Si les savoirs traditionnels doivent être reconnus et protégés dans le cadre du droit coutumier, il vaut peut-être mieux pour les peuples autochtones que le terme reste vague. L'avantage d'utiliser un terme qui se distingue clairement des autres sans être précisément défini est que, son contenu n'étant pas fixé, il peut dès lors être modifié et adapté à des régimes dynamiques de droit coutumier et aux aspects novateurs des savoirs traditionnels. L'inconvénient de cette méthode est que, faute de définition stricte, il peut être difficile de déterminer ce que le terme recouvre, ce qui peut entraîner des degrés d'incertitude inacceptables rendant finalement un tel instrument inutilisable. L'article 31 du Projet de déclaration peut fournir à l'Instance permanente des renseignements précieux à ce sujet.

28. En outre, il convient de bien comprendre ce qui est demandé quand on se propose de créer un régime de protection particulier. *Sui generis* est un terme latin signifiant littéralement « de son propre genre » et qui, dans le langage courant, se traduit par « particulier ». Ce terme est de plus en plus employé dans la jurisprudence sur les droits des autochtones, notamment pour décrire la singularité du lien existant entre les peuples autochtones et les régimes juridiques dominants. Les savoirs traditionnels sont souvent qualifiés de *sui generis* pour indiquer que les régimes juridiques dominants, notamment le régime de la propriété intellectuelle, ne les prennent pas dûment en compte. Le terme est également employé pour réaffirmer la nature et le statut particuliers des peuples autochtones et le droit de protéger leurs savoirs, coutumes et pratiques. Cependant, il importe de veiller à ce que *sui generis*

ne finisse pas par donner lieu à une protection plus faible. Force est de constater que les autochtones ont connu, dans d'autres situations, des degrés de protection spécialisée moins importants²⁸. Cela tient peut-être aux difficultés qu'il y a à s'assurer que les régimes juridiques dominants sont suffisamment souples pour prendre en compte l'optique, l'expérience et les droits des autochtones et leur droit coutumier. Quoi qu'il en soit, il est indispensable que quelle que soit la forme de protection utilisée, celle-ci ait un effet positif sur les peuples autochtones et ne contribue pas davantage à l'aliénation et à l'appropriation illicite des savoirs traditionnels et du droit coutumier autochtone.

29. Demander l'instauration d'un régime *sui generis* de protection peut recouvrir plusieurs idées. Premièrement, il peut s'agir de souligner l'inadéquation du régime de la propriété intellectuelle et de dire qu'il faut qu'il s'adapte de manière singulière en vue de régler les questions de l'appropriation illicite et de l'utilisation abusive des savoirs traditionnels autochtones. Deuxièmement, on pourrait vouloir montrer que les régimes actuels de protection sont insuffisants et qu'en raison de la singularité des peuples autochtones, de leur culture, de leurs savoirs et de leurs lois, il faut créer un régime *sui generis* de protection qui ne soit pas lié par les régimes actuels et les structures du droit interne et du droit international. Enfin, on pourrait aussi souhaiter montrer que les régimes juridiques autochtones sont uniques en leur genre et qu'étant des régimes coutumiers, ils ne ressemblent guère aux régimes juridiques occidentaux de *common law*, de droit romain et de droit international, c'est pourquoi il faut un moyen particulier de protéger les savoirs traditionnels autochtones qui se fonde sur les régimes juridiques autochtones. Cette dernière optique est celle qui correspond le mieux à la question posée par l'Instance permanente. Quelle que soit l'idée qui se cache derrière la démarche visant à créer un régime *sui generis* de protection, il est manifeste que, s'agissant des savoirs traditionnels, les régimes existants et les activités actuelles sont insuffisants et qu'il faut donner à la question un tour radicalement différent. **L'Instance permanente devrait évaluer la mesure dans laquelle un régime *sui generis* est nécessaire et, partant, préciser le champ de l'étude.**

30. La dernière question préliminaire à envisager concerne l'utilité de l'étude et ses bénéficiaires escomptés. Il importe de reconnaître que l'accent est ici mis essentiellement sur la protection des peuples autochtones contre l'utilisation illicite et abusive de leurs connaissances traditionnelles sans le consentement libre, préalable et éclairé de ceux qui les détiennent. Tout système de protection mis en place à cet égard doit garantir que les connaissances traditionnelles ne sont pas utilisées de manière inappropriée sans le consentement libre, préalable et éclairé des peuples concernés. Toutefois, le désir de protéger les connaissances traditionnelles va de pair avec le désir de la reconnaissance de l'appartenance et du contrôle, qui constitue pour les peuples et les communautés autochtones une possibilité d'utiliser une ressource précieuse. Sans justifier d'aucune manière l'utilisation illicite, le fait que les connaissances traditionnelles autochtones aient été utilisées illicitement depuis si longtemps et dans des circonstances si nombreuses atteste notamment leur valeur commerciale. Une protection adéquate de leurs connaissances traditionnelles permettra aux peuples autochtones de se les approprier et de les contrôler. Cette appropriation et ce contrôle incluront la capacité de protéger les aspects secrets et

²⁸ Des références concernant les expériences des peuples autochtones au regard des régimes *sui generis* et des pratiques du droit coutumier sont citées dans le document UNEP/CBD/WG8J/4/7, annexe I.

sacrés des connaissances traditionnelles. Elle permettra aussi aux peuples autochtones de participer à l'activité économique nationale et internationale d'une manière viable sur le plan commercial, si tel est le souhait des communautés concernées. Les peuples autochtones constituent les communautés parmi les plus pauvres du monde, et vivent dans la pauvreté dans des proportions excessives par rapport aux autres. La possibilité de participer aux échanges commerciaux et à l'activité économique grâce à une ressource commercialement viable ne devrait pas être sous-estimée.

31. Il importe que l'Instance permanente conçoive judicieusement la nature de la question et les objectifs de l'étude, notamment les difficultés liées aux définitions, en évaluant un système *sui generis* et en ayant à l'esprit que la protection des connaissances traditionnelles peut jouer à la fois comme une épée et comme un bouclier. Il sera peut-être d'abord difficile de définir ces questions et d'y répondre, mais en les gardant toujours au premier plan de l'étude, l'Instance permanente sera à même de déterminer les paramètres de celle-ci et de veiller à ce qu'elle ne dévie pas de l'objectif fixé.

B. Définir les liens entre les instances internationales, régionales, nationales et locales

32. Le rôle du droit coutumier s'agissant de donner des orientations et de protéger les connaissances traditionnelles des peuples autochtones, et la nature des détenteurs de ces connaissances, placent nécessairement la communauté autochtone au cœur de ces questions. C'est généralement la communauté autochtone en tant que collectivité, par opposition à l'individu, qui détient les droits liés aux connaissances traditionnelles. Un groupe de la communauté ou, dans certains cas, une personne désignée par elle, peut être habilitée à formuler ou à prendre des décisions intéressant des connaissances traditionnelles en particulier. Le rôle de la communauté est donc essentiel à cet égard. En outre, le fonctionnement du droit coutumier au sein d'une communauté autochtone a une incidence majeure en ce sens que l'on s'éloigne des systèmes juridiques dominants de protection (relatifs à la propriété intellectuelle, par exemple) pour passer à un système fondé sur les systèmes juridiques autochtones.

33. Les peuples autochtones vivent dans environ 70 pays et comptent à peu près 350 millions de personnes, représentant 5 000 peuples distincts et plus de 4 000 langues et cultures. Les systèmes juridiques qui régissent cette vaste population sont nombreux. L'on pourrait raisonnablement présumer qu'il existe à l'échelle mondiale au moins autant de systèmes juridiques associés à une bonne part des peuples autochtones du monde entier. Si le caractère central de la communauté va de soi, la difficulté réside dans la compréhension de la relation entre les communautés autochtones et les instances internationales, régionales et nationales. Pour comprendre cette relation, il est essentiel de déterminer comment les systèmes international, régional, national et local coexistent.

34. Les peuples autochtones se sont tournés vers la scène internationale pour y trouver les moyens de protéger leurs droits et leur mode de vie, et pour y faire

entendre leur voix. Malgré les obstacles des premières heures²⁹, la communauté internationale s'emploie désormais très activement à protéger les droits des autochtones et à sensibiliser le public aux questions autochtones. La scène internationale peut être un lieu d'échange pour un débat, comme celui qui nous intéresse ici, de grande envergure. Le manque de protection accordé aux connaissances traditionnelles est une question d'importance internationale. Non seulement la scène internationale sert de lieu d'échange pour un débat aussi essentiel, mais encore le droit international offre certains vecteurs comme l'élaboration d'un instrument international qui permettent de remédier à l'insuffisance de cette protection. En outre, l'importance symbolique de ce débat que l'on s'emploie à mener à son terme sur la scène internationale ne peut être sous-estimée.

35. Les lois nationales sont une autre source d'interférence avec les connaissances traditionnelles. Dans certains États, des lois nationales ont été promulguées, mais l'on peut généralement s'autoriser à dire qu'elles sont ponctuelles et n'apportent pas, dans l'ensemble, une protection adéquate. D'innombrables questions surgissent lorsque l'on considère le rôle des lois nationales à cet égard, mais la question qui domine est simplement de savoir si les lois nationales peuvent être utilisées efficacement. Si la réponse est affirmative, on doit alors se demander pourquoi tel n'est pas le cas et pourquoi la question reste au cœur du débat international. Peut-être la question qui se pose n'est-elle pas tant de savoir si les lois nationales pourraient être efficaces, mais plutôt quelle serait leur efficacité si elles ne faisaient pas fond sur certaines activités menées à l'échelle internationale. Il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit pas là d'une question à circonscrire au domaine national. Si tel était le cas, les chances qu'une réponse y soit apportée pour tous les peuples autochtones seraient négligeables. La mise en œuvre d'une législation ou d'une politique nationale sera un outil dans le processus d'élaboration de mécanismes de protection des connaissances traditionnelles autochtones. Elle ne devrait cependant pas relever uniquement du champ d'action national : à l'évidence, une norme internationale doit permettre d'orienter la mise en œuvre à l'échelle nationale.

36. Les dimensions régionales des connaissances traditionnelles doivent également être reconnues. Les régimes en place, en particulier en Amérique du Sud, en Afrique et en Asie, ont conscience de la dimension régionale de la question. En d'autres termes, les communautés autochtones ne sont pas nécessairement installées à l'intérieur des frontières nationales, les systèmes juridiques coutumiers autochtones peuvent transcender les frontières et il peut exister des interactions entre communautés autochtones, à l'occasion d'échanges commerciaux par exemple, de part et d'autre des frontières. Pour ces raisons, entre autres, la dimension régionale des connaissances traditionnelles doit être prise en considération dans tout modèle de protection envisagé.

37. La principale difficulté consiste à déterminer comment les communautés, les États, les régions et la communauté internationale coexistent, dans la perspective de l'uniformité. Peu importe les mécanismes de protection envisagés, la question de l'uniformité doit être examinée. L'uniformité a évidemment de nombreux avantages, notamment en termes de clarté et de cohérence du droit. Cependant, des tensions

²⁹ *Édition Chronique de l'ONU en ligne*. Voir « 10 stories the world should hear more about: indigenous peoples: living in voluntary isolation », sur le site : <http://www.un.org/Pubs/chronicle/2004/issue2/0204p18.asp>. En anglais seulement.

découlent de la coexistence de l'uniformité d'une part et de la reconnaissance de la variété et de la diversité des lois coutumières et des connaissances traditionnelles autochtones d'autre part. Si l'on relègue au second plan la protection de la diversité au profit de l'uniformité, toute protection accordée aux connaissances traditionnelles peut porter préjudice à la reconnaissance des lois coutumières ou de leur caractère dynamique. Un tel résultat serait sans doute une victoire sans lendemain. Par ailleurs, si l'on accorde la priorité à la diversité des systèmes juridiques coutumiers de préférence à l'uniformité, il est vraisemblable qu'un réseau juridique complexe sera tissé, qui pourrait avoir pour résultat l'instauration de différents niveaux de protection pour les peuples autochtones. La tension entre uniformité et diversité n'est une question nouvelle ni pour le droit international ni pour l'Instance permanente, mais elle revêt une importance particulière dans ce contexte.

38. Si le droit international devait être relégué au second plan du débat, il serait difficile d'envisager une solution qui ne soit pas ponctuelle. De plus, si l'on ne faisait pas appel à des mécanismes internationaux, tout espoir d'uniformité serait probablement perdu. Le droit international doit donc être au premier plan de tout débat sur les connaissances traditionnelles. Grâce aux processus internationaux et au rôle du droit international, des orientations peuvent être fournies aux instances nationales aussi bien que régionales.

C. Définir les liens entre l'étude et les structures, activités et ressources existantes

39. Les connaissances traditionnelles des peuples autochtones couvrant des domaines très divers, leur protection peut interférer avec divers domaines liés aux questions de droit international, comme la propriété intellectuelle, le droit environnemental, le patrimoine et le développement durable. Par conséquent, les activités tendent à privilégier soit un aspect particulier des connaissances traditionnelles soit un domaine d'interaction particulier entre les connaissances traditionnelles autochtones et un domaine précis du droit international. Ainsi, certaines activités sont axées sur les connaissances médicales traditionnelles, tandis que d'autres suivent une approche plus générale de la protection. Compte tenu de ces diverses approches, la concertation et la coordination entre les organismes concernés se sont intensifiées³⁰.

40. Il sera nécessaire de recenser les systèmes, activités et ressources existants ainsi que toutes les initiatives engagées globalement. C'est là une tâche cruciale si l'on veut faire en sorte que l'action de l'Instance permanente soit coordonnée à celle d'autres instances intergouvernementales et appartenant au système des Nations Unies et s'y intègre. En étant au fait des activités menées par d'autres, l'Instance permanente sera à même de veiller à ce que toute activité entreprise soit structurée de manière à éviter tout chevauchement inutile. Elle pourra ainsi entreprendre une

³⁰ L'UNESCO et l'OMPI ont par exemple souvent coopéré, notamment aux fins de l'élaboration de la Loi type de Tunis sur le droit d'auteur pour les pays en développement (1976) et des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982). Le document publié sous la cote UNEP/CBD/COP/8/INF/41 contient une liste exhaustive des activités menées en collaboration par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique et l'OMPI.

étude en utilisant rationnellement les ressources limitées qui sont les siennes et celles de l'ONU.

41. Les systèmes et activités existants peuvent être examinés de plusieurs manières. Il peut s'avérer efficace de commencer par examiner de manière approfondie la documentation à cet égard. Il peut également être utile d'organiser un atelier de suivi. Outre le fait qu'un nouvel atelier permettrait de veiller à ce que l'Instance permanente soit tenue informée de la situation actuelle, il serait l'occasion pour les experts et les organismes d'examiner la meilleure manière d'aller de l'avant. Selon l'approche retenue par l'Instance permanente, un examen de la documentation pourra suffire et un atelier, si nécessaire, pourrait s'avérer plus utile s'il était organisé à un stade ultérieur de l'étude, voire à intervalles réguliers durant la réalisation de celle-ci.

42. Il importe que l'Instance permanente ne se contente pas de simplement vérifier quels systèmes, activités et ressources existent déjà avant de demander qu'une étude soit réalisée sur cette base. Une fois que l'on aura déterminé quelles structures et quelles ressources existent ou devraient bientôt exister, il sera nécessaire d'évaluer leur pertinence et leur valeur au regard de l'étude. Sans une telle évaluation, l'étude risque d'être faussée et le champ des résultats de toute étude peut se trouver limité par les hypothèses consacrées dans un travail antérieur. Par exemple, il faudrait procéder aux évaluations en se demandant si des hypothèses sous-tendent le travail mené, si la question et les solutions que l'on envisage s'inscrivent dans le seul cadre du droit relatif à la propriété intellectuelle et si le travail a été mené en concertation avec les peuples autochtones. La manière dont ces mécanismes devraient être évalués devra être déterminée par l'Instance permanente. Il faudrait dresser une liste des objectifs ou des critères de pertinence pour orienter cette évaluation. En tout état de cause, il sera fondamental d'évaluer les mécanismes et les ressources existants pour garantir l'utilisation optimale des ressources émanant de l'ONU dont dispose l'Instance permanente. Une évaluation pertinente, et c'est là un élément important, permettra de recenser les domaines que l'étude doit couvrir et aidera aussi l'Instance permanente à définir l'étape suivante.

43. Une fois réalisée une évaluation adéquate, l'Instance permanente devra examiner la manière dont tout autre résultat pouvant découler de l'étude pourrait être rapproché des mécanismes et des ressources existants. Il lui faudra également envisager la manière dont tout résultat issu de l'étude sera lié à tout autre progrès possible, comme l'élaboration par l'OMPI d'un texte à caractère international. Il faudrait veiller à ce que toute entreprise future menée par des organismes des Nations Unies ou d'autres organismes intergouvernementaux vienne enrichir les résultats de l'étude, et inversement, plutôt que d'en limiter la portée.

D. Mécanismes et résultats potentiels

44. L'Instance permanente cherche à savoir s'il est possible de prendre en compte le droit coutumier dans les normes nationales et internationales. Comme nous l'avons signalé plus haut, il semble nécessaire d'établir un cadre international pour guider les États dans ce domaine. Des experts, réunis à Genève du 30 octobre au 1^{er} novembre 2000 pour examiner les systèmes et expériences des pays en matière de protection des savoirs, des innovations et des pratiques traditionnels, avaient fort justement conclu que les systèmes nationaux *sui generis* ne suffiront pas en eux-

mêmes à protéger correctement les connaissances traditionnelles. Il faut donc étudier la possibilité d'instituer un mécanisme international qui définirait les normes minimales d'un système international *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

45. Dans cet esprit, la réflexion qui suit se limite aux mécanismes de protection qui pourraient être établis au niveau international, sachant que tout mécanisme élaboré à cet échelon sera repris par les États en temps voulu et mis en œuvre au niveau national.

46. Même s'il existe plusieurs scénarios au niveau international, il semble que l'idée de créer un instrument international revienne souvent. L'Atelier et l'Instance permanente ont tous deux proposé que le droit coutumier soit traduit dans les normes internationales par un traité, un accord-cadre, un mémorandum d'accord ou d'autres mécanismes. Il convient de noter que les mécanismes envisagés dans ce document de réflexion ne préjugent en aucune manière de la possibilité d'en examiner d'autres dans le cadre de l'étude.

47. On peut envisager d'élaborer un traité pour traduire le droit coutumier dans un document international et, ainsi, établir un fondement solide pour la protection des savoirs traditionnels. Si un traité était élaboré dans le seul but d'assurer la protection des savoirs traditionnels autochtones sans tenir compte d'autres questions, il faudrait veiller à lui donner un caractère concret. Si certains articles du traité étaient très précis et créaient des obligations détaillées sur ce qui pourrait constituer des savoirs traditionnels ou dans quelle situation ceux-ci pourraient bénéficier d'une protection, cela pourrait éventuellement susciter des préoccupations quant à la rigidité du texte. Cependant, la rigidité est aussi un problème dès lors qu'il s'agit d'appliquer un traité dans son ensemble. Par exemple, si le droit coutumier était intégralement traduit dans un traité international, son développement pourrait être contrarié et le traité pourrait être perçu comme étant plus rigide que de raison. Une trop grande précision sur le sujet rendrait le traité uniforme alors que les peuples autochtones, le droit coutumier et les savoirs traditionnels ne le sont pas. Le problème que pose un traité comme celui-ci est qu'il pourrait ne pas laisser une marge de manœuvre suffisante à l'expression de la diversité des systèmes juridiques coutumiers des nombreux peuples autochtones du monde entier.

48. Un traité visant à codifier le droit coutumier risque non seulement d'être rigide quant au sujet qu'il couvre, mais également inapte à protéger le droit des peuples autochtones aux savoirs traditionnels. En effet, toute tentative visant à codifier le droit coutumier au niveau international sera artificielle. Par exemple, la grande majorité des systèmes juridiques autochtones dans le monde ne sont pas uniformes. Même si ces systèmes présentent certaines similitudes, comme la prépondérance des régimes de propriété collective, tel n'est pas toujours le cas. Par conséquent, toute tentative de traduction du droit coutumier en droit international en énonçant des principes de droit coutumier se rapportant aux savoirs traditionnels, pourrait en fait restreindre l'application du droit coutumier et donc ne pas protéger les savoirs traditionnels. Une telle perspective serait lourde de conséquences pour les peuples autochtones. Dans le même ordre d'idées, si le droit coutumier n'était pas codifié au niveau international et qu'un traité encourageait la codification au niveau national, cela susciterait les mêmes préoccupations.

49. Il faudrait également réfléchir au type de mécanisme qu'il conviendrait de mettre en place pour régler les différends découlant de l'interprétation des savoirs

autochtones traditionnels. La question de l'interprétation est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de savoirs sacrés ou secrets. Si le droit coutumier fait l'objet d'une forme quelconque de codification, la question de savoir qui interprétera le droit devient tout à fait pertinente. Dans le cas d'un traité international, les différends peuvent se régler par la diplomatie, par un organe créé à cette fin, tel qu'un tribunal ou une commission, ou parfois par la Cour internationale de Justice. Dans ce cas de figure, il est important de savoir que seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Les particuliers, les collectivités et les organisations internationales n'ont pas le droit de saisir la Cour, mais les organisations internationales publiques, notamment des organismes spécialisés tels que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et les organes de l'ONU, peuvent la saisir dans certaines situations³¹. Pour que la Cour internationale de Justice puisse se saisir des différends au titre de l'application d'un traité visant à protéger les savoirs traditionnels autochtones, il faudrait que celui-ci comporte des dispositions en matière de compétence³². L'étude pourrait conclure que l'idée de confier à la Cour internationale de Justice le règlement des différends et l'interprétation juridique ne soit pas la meilleure solution. En tout état de cause, la procédure de conclusion des traités prévoit de créer un mécanisme ou une instance où les différends peuvent être réglés, notamment ceux qui portent sur l'interprétation des dispositions. En codifiant le droit coutumier et en le traduisant intégralement ou substantiellement dans un instrument international, le danger pour les peuples autochtones est que le pouvoir d'interpréter le traité, y compris le pouvoir d'interpréter le droit coutumier, soit confié à un organe non autochtone. Il pourrait être utile de confier à un organe central la mission de régler ces différends. Cependant, cette décision devrait être prise avec prudence et tenir compte du risque qu'un tel organe puisse usurper le pouvoir d'interprétation et, par conséquent, le pouvoir normatif des peuples autochtones.

50. Dans le cadre de l'étude en question, il faudrait également envisager la possibilité d'élaborer un traité qui n'énonce pas précisément des principes de droit coutumier mais prévoit néanmoins une protection générale des savoirs traditionnels. Un tel traité pourrait prévoir une protection assez générale, bien que plus détaillée que celle prévue à l'alinéa j) de l'article 8 de la Convention sur la diversité biologique ou dans le Projet de déclaration, mais également les mécanismes concrets garantissant cette protection, notamment les dispositions en matière d'arbitrage et d'application. Un tel traité prendrait en compte mais n'énoncerait pas le droit coutumier. Au plan national, l'alinéa 1) de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 du Canada donne un exemple de protection générale, en disposant que : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. ». Une disposition qui attesterait et confirmerait le droit des peuples autochtones aux savoirs traditionnels pourrait en faciliter la reconnaissance internationale tout en évitant le risque d'énoncer de manière précise des règles de droit coutumier. Une disposition qui attesterait et confirmerait les savoirs traditionnels laisserait une marge de manœuvre juridique qui permettrait l'application du droit coutumier. Par la suite, un rapport de droit plus complexe devrait être établi entre le droit coutumier autochtone et le droit national,

³¹ Voir le site : <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasicstext/ibasicorgansandspecialized.html>. En anglais seulement.

³² Voir Statut de la Cour internationale de Justice, art. 36, par. 2 sur le site : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cpublications/cdocumentbase/cbasicstext/cbasicstatute.html>.

à condition qu'il s'appuie sur la reconnaissance et la confirmation internationales du droit des peuples autochtones aux savoirs traditionnels.

51. Deux démarches différentes ont été proposées quant à la création d'un traité sur les savoirs traditionnels : un traité précis codifiant dans une certaine mesure le droit coutumier et un traité plus général créant un cadre juridique qui permettrait aux systèmes juridiques autochtones de continuer à s'appliquer, sans empiéter sur leur fonctionnement. Pour savoir si l'une ou l'autre de ces propositions constitue une solution viable, l'Instance permanente devrait, dans le cadre de son étude, peser les avantages et les inconvénients s'y rapportant. Comme il a été signalé, les questions d'uniformité, de rigidité, de règlement des différends et d'interprétation devraient être prises en compte dans le cadre de l'évaluation des avantages relatifs de ces modèles. Par ailleurs, il faudrait aussi examiner minutieusement la question de l'enregistrement. Dans le cadre de cette étude, il conviendrait également de se pencher sur l'opportunité de la codification car celle-ci n'est peut-être pas la méthode idéale pour que les peuples autochtones puissent rester maîtres de leur droit coutumier.

52. Outre la création d'un traité, l'Instance permanente devrait aussi favoriser d'autres mécanismes, tels qu'un accord-cadre ou un mémorandum d'accord.

53. Quels que soient les modèles envisagés, l'Instance permanente devra décider si un document, un mécanisme ou une instance traiterait de tous les aspects de la question des savoirs traditionnels autochtones ou s'il faudrait envisager plusieurs documents, mécanismes ou instances qui couvriraient les questions diverses. D'une part, comment pourrait-on faire valoir le droit coutumier dans ces différents domaines? Cela pourrait-il se faire de manière uniforme? D'autre part, s'il faut créer un document, ou un mécanisme central, comment s'articulerait-il avec les instruments en vigueur, tels que l'alinéa j) de l'article 8 de la Convention sur la diversité biologique? Ces questions devront être examinées, quel que soit le mécanisme de protection envisagé. Par ailleurs, la question de l'arbitrage devrait faire l'objet d'un examen minutieux. Il faudrait réfléchir, dans le cadre de l'étude, à l'opportunité de créer un organe constitué des peuples autochtones ou de recourir à une instance déjà établie, telle que le Conseil des droits de l'homme. Enfin, quel que soit le moyen utilisé, la question de l'application et des mécanismes de contrôle devra être abordée.

54. Il est important d'envisager également des approches non juridiques de la protection. Même si un mécanisme juridique est probablement nécessaire, il pourrait être utile de réfléchir aux mécanismes à mettre en place en dehors du cadre international. Par exemple, l'Instance permanente pourrait favoriser des initiatives comme la création d'un label autochtone semblable à celui du commerce équitable, afin de mettre en évidence les produits d'origine autochtone³³. Une campagne de cette nature pourrait avoir des répercussions considérables et contribuer à faire connaître cette question dans le monde entier. Cette initiative pourrait être réalisée individuellement ou en marge de la création d'un instrument officiel.

³³ Rapport de la CNUCED et du Secrétariat du Commonwealth à la suite de leur atelier commun sur les éléments des systèmes nationaux *sui generis* de préservation, de protection et de promotion des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, ainsi que les options possibles pour l'élaboration d'un cadre international, tenu à Genève (Suisse), du 4 au 6 février 2004. Polycopié disponible sur le site : http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/tk2/TKworkshop.report.final.2August2004.pdf. En anglais seulement

55. En résumé, la communauté internationale pourrait élaborer un certain nombre de mécanismes de protection afin de prendre en compte, à des degrés variables, le droit coutumier et de protéger de manière adéquate les savoirs traditionnels autochtones, aux niveaux national et international. Une étude minutieuse des avantages relatifs de chaque instrument facilitera l'élaboration d'un mécanisme de protection qui aidera les peuples autochtones à défendre leurs savoirs traditionnels. L'élaboration d'un instrument ou d'un mécanisme ne sera pas facile, et il faudra résoudre de nombreuses difficultés, mais le processus en lui-même est important. En réfléchissant aux mécanismes possibles sans négliger les difficultés énoncées ci-dessus, l'Instance permanente réussira à résoudre cette question complexe.

V. Observations finales

56. L'Instance permanente souhaitera peut-être recommander au Conseil économique et social de commander une étude, dans le cadre de son mandat, afin de résoudre cette question. Par ailleurs, l'Instance permanente pourrait envisager de donner des conseils au Conseil économique et social sur la conduite de cette étude, notamment le rôle qui pourrait être attribué à l'Instance permanente dans le cadre de l'examen de cette question. Elle pourrait aussi décider d'examiner la question dans le cadre de son propre mandat.

57. L'Instance permanente pourrait créer une instance subsidiaire, telle qu'une réunion intersessions, nommer un Rapporteur spécial ou confier la question aux organisations qui s'en occupent. Elle pourrait décider de la stratégie à adopter pour appuyer les mécanismes existants. Elle pourrait aussi envisager de consacrer une partie de l'une de ses sessions, disons trois jours, à l'examen de cette question. Elle pourrait également confier à, disons cinq de ses membres, la responsabilité de tenir, pendant ses sessions, des réunions spécialisées sur les savoirs traditionnels autochtones. S'il était décidé de tenir une séance intersessions, elle pourrait réunir des membres de l'Instance permanente, des représentants de l'ONU, des représentants d'organismes intergouvernementaux et des experts autochtones s'intéressant à la question, constituant ainsi une instance adéquate pour superviser l'étude. Il faudrait également envisager de confier un rôle à un groupe d'appui interinstitutions. L'Instance permanente devrait également envisager l'opportunité de nommer un Rapporteur spécial qui se consacrerait à cette tâche ou de confier l'étude à d'autres entités. Quelle que soit la manière dont l'étude sera lancée, il faudra décider des modalités de son financement, sachant que la question des ressources de l'Instance permanente n'est toujours pas résolue.

58. Il y a plusieurs autres questions d'ordre pratique qu'il faudra peut-être régler au préalable, notamment celle de savoir s'il est nécessaire de dépêcher des missions exploratoires ou de mettre sur pied des projets pilotes dans certains pays et, le cas échéant, à quel stade du projet. Ces décisions ayant des répercussions budgétaires, elles devraient être envisagées d'entrée de jeu.

59. En élaborant une étude qui vise à remédier à l'absence de protection des savoirs traditionnels, l'Instance permanente devrait être consciente du processus. Mettre en place un processus approprié contribuera à sa réussite. L'étude devrait s'inspirer des enseignements tirés lors de l'élaboration par le système des Nations Unies du Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones. La capacité d'informer et de favoriser la compréhension entre les cultures ne devrait pas être

sous-estimée. L'Instance permanente souhaitera peut-être examiner de quelle manière et dans quelle mesure les peuples autochtones peuvent être associés à cette étude. On pourrait demander leur avis sur la méthode qui devrait être utilisée ou élaborer un code de conduite³⁴. S'il faut aller vers un véritable système de protection *sui generis*, la mise en place d'un système de consultations *sui generis* pourrait constituer une première étape essentielle, quand bien même elle prendra du temps.

60. En plus de réfléchir au rôle qu'elle souhaite jouer et à la manière d'élaborer un processus adéquat, l'Instance permanente devrait également réfléchir aux résultats escomptés de l'étude. Cela suppose, entre autres, d'énoncer les réalisations escomptées et de définir des indicateurs de succès ou des critères d'évaluation afin de déterminer la qualité et l'incidence de l'étude. Même si ces critères peuvent être modifiés au fur et à mesure de son évolution, ils n'en demeureront pas moins un élément important de la démarche de clarification des objectifs qu'elle doit atteindre car il convient de ne pas susciter inutilement chez les peuples autochtones des attentes irréalistes.

61. Même si la question des savoirs traditionnels autochtones retient l'attention de la communauté internationale depuis de nombreuses années, il faudrait se garder de la détourner de ses objectifs. Il est temps de reconnaître qu'il ne s'agit pas simplement d'une question de propriété intellectuelle. De même, ce n'est pas simplement une question de droits de l'homme ou de commerce, ni une association des deux. Protéger comme il se doit les savoirs traditionnels autochtones est une question qui appartient aux peuples autochtones. Ceux-ci doivent être au centre de cette entreprise.

³⁴ Voir UNEP/CBD/WG8J/4/8. En anglais seulement.