

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones

Brendan Tobin. Chercheur, Institut d'études supérieures, Université des Nations Unies
Courriel : tobin@ias.unu.edu

La mise en place de lois et de politiques nationales et internationales sur l'accès et le partage des avantages (APA) est inextricablement liée à l'établissement de lois et de politiques appropriées pour reconnaître et protéger les droits des peuples autochtones et des communautés locales sur leurs savoirs traditionnels. De plus en plus, on exige le consentement préalable en connaissance de cause (PIC) des peuples autochtones et des communautés locales pour autoriser l'accès aux ressources génétiques présentes sur leurs terres et aux savoirs traditionnels de ces communautés. Il est aussi de plus en plus admis que le droit et les usages coutumiers des peuples autochtones et des communautés locales ont un rôle essentiel à jouer dans la définition de la manière dont les procédures de PIC devraient être appliquées. Dans la présente communication, nous cherchons à mettre en lumière l'importance du droit et des usages coutumiers dans la réalisation des trois objectifs de la Convention sur la diversité biologique (CDB) et à établir un plan de recherche qui aidera à définir les modalités permettant d'assurer la véritable reconnaissance, le respect et l'application du droit coutumier dans tout régime international sur l'APA.

Le PIC des peuples autochtones et des communautés locales

La CDB a établi le fondement moral, sinon juridique, de l'exigence relative au PIC des communautés locales et autochtones pour obtenir l'accès, aux fins d'utilisation, à leurs connaissances, innovations et pratiques traditionnelles relatives aux ressources biologiques. Les Lignes directrices de Bonn sont allées plus loin en stipulant que les utilisateurs des ressources génétiques et des savoirs traditionnels devraient rechercher le PIC des communautés autochtones et locales ainsi que l'approbation et la participation des détenteurs de connaissances, d'innovations et de pratiques traditionnelles. Si l'on en croit l'expérience dans la mise en place des lois régionales et nationales régissant l'APA, la tendance a été de considérer que les questions relatives à l'APA et aux savoirs traditionnels doivent être abordées en parallèle et que les utilisateurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels ont une obligation d'obtenir le PIC des communautés autochtones et locales pour acquérir et utiliser les ressources génétiques qui se trouvent sur leurs territoires ainsi que les savoirs traditionnels de ces communautés. C'est le cas notamment de la Décision 391 de la Communauté andine et de la Loi type africaine.

L'exigence du PIC des communautés autochtones et locales a été établie à l'échelon national par divers instruments, dont une loi constitutionnelle (Venezuela), une loi nationale sur les droits autochtones (Philippines) et des lois pour la protection des droits sur les savoirs traditionnels (Pérou) et le folklore (Panama). Les droits des communautés en ce qui concerne le PIC sont également inscrits dans la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail, qui exige la tenue d'une consultation avant l'octroi de droits d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles. Tous ces instruments reconnaissent, à des degrés

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

divers, que le droit coutumier des peuples autochtones doit être pris en compte dans la réglementation de l'accès et/ou la résolution des différends relatifs à l'utilisation des ressources et/ou des savoirs.

L'applicabilité du droit et des usages coutumiers à la gestion des ressources naturelles en général, et à l'APA et à la protection des savoirs traditionnels en particulier, est encore plus répandue. Dans de nombreux pays d'Afrique, d'Amérique latine, d'Asie et de la région du Pacifique, les lois constitutionnelles et nationales accordent un rôle au droit coutumier dans les questions relatives à la gestion des ressources naturelles et à l'utilisation des terres et des milieux marins. À titre d'exemple, dans la région du Pacifique, plus de 80 p. 100 des terres et une partie importante des zones côtières et marines font l'objet de régimes coutumiers d'utilisation. De même, dans cette région, les droits sur les ressources biologiques et génétiques sont assujettis au droit coutumier. Dès lors, on conçoit que, dans de telles circonstances, les questions d'APA doivent être traitées dans le respect du droit coutumier et conformément à ce droit. En outre, il est clair que le droit coutumier est étroitement lié à la gestion traditionnelle des ressources.

À la recherche de mécanismes de protection des savoirs traditionnels

Dans l'élaboration de régimes de protection des savoirs traditionnels, l'accent a généralement été mis sur la définition de mécanismes visant à contrôler l'utilisation scientifique et commerciale des savoirs traditionnels dans le but, apparemment, de permettre aux communautés autochtones et locales de profiter des avantages anticipés de la commercialisation des savoirs traditionnels. Cette approche est souvent entrée en conflit avec le désir exprimé par les communautés autochtones et locales de protéger l'intégrité des savoirs traditionnels, considérés comme faisant partie de leur héritage culturel, plutôt que de permettre que ces savoirs traditionnels deviennent une autre marchandise commercialisable.

Le droit coutumier permet certainement de réglementer l'utilisation locale des ressources et des savoirs traditionnels. Toutefois, il est très clair qu'il existe des limites à l'application du droit et des usages coutumiers en dehors des zones qui sont sous le contrôle des communautés autochtones et locales, et que cela réduit l'efficacité avec laquelle le droit coutumier peut protéger les droits sur les savoirs traditionnels. De même, si le droit national s'est montré capable d'étendre la protection des savoirs traditionnels au-delà de la zone contrôlée par les peuples autochtones, il n'en reste pas moins que cette protection s'arrête aux frontières du territoire national. Des initiatives régionales, telles que celles de la Communauté andine, de l'Organisation de l'unité africaine et du Forum du Pacifique Sud peuvent permettre une extension des droits, mais là encore, cette extension demeure limitée. Il est donc évident qu'une solution mondiale s'impose, une solution qui établit une reconnaissance claire et le respect des liens entre le droit coutumier et les divers niveaux du droit - national, régional et international.

Compte tenu de la multiplicité des régimes existants de droit coutumier, il est pratiquement impossible de trouver un ensemble particulier de règles qui pourraient s'appliquer à tous les cas. Le Conseil des points cardinaux, une organisation autochtone nord-américaine, a exprimé ainsi son point de vue :

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

Les peuples autochtones possèdent leurs propres systèmes de jurisprudence, particuliers à chaque localité, en ce qui concerne le classement des différents types de savoir, les procédures appropriées à suivre pour l'acquisition et le partage des connaissances, et les droits et les devoirs qui s'attachent à la possession des connaissances, chacun de ces aspects trouvant une expression unique enracinée dans chaque culture et dans sa langue. Plutôt que d'essayer d'établir un régime de propriété intellectuelle unique qui réponde à tous les besoins pour protéger les savoirs traditionnels, le Conseil des points cardinaux propose que les gouvernements s'entendent sur le fait que les savoirs traditionnels doivent être acquis et utilisés conformément au droit coutumier du peuple concerné.

Il est donc clair qu'il faut mettre en place un régime international souple offrant la sécurité d'un système exécutoire de protection des droits des communautés locales et autochtones, tout en respectant un éventail de systèmes différents de droit et d'usages coutumiers et en se conformant à ces systèmes.

Pour atteindre l'objectif de protection et de renforcement des systèmes traditionnels de savoirs et d'innovation, de la manière la plus appropriée et la plus efficace qui soit, il faudra établir :

- les objectifs de la protection;
- les menaces pesant sur les systèmes traditionnels de savoirs et d'innovation;
- les mécanismes potentiels pour assurer la protection;
- les priorités des dépositaires de savoirs traditionnels;
- les mécanismes potentiels pour assurer une large protection, d'une manière qui renforce et respecte le droit et les usages coutumiers et qui soit compatible avec ce droit et ces usages.

Jeter des ponts entre le droit et les usages coutumiers autochtones et les régimes juridiques nationaux et internationaux

À l'heure actuelle, dans la majorité des cas, lorsque le droit coutumier entre en contradiction avec le droit national, c'est ce dernier qui a préséance. Il y a exception à la règle lorsqu'il peut être démontré que le droit national entre en conflit avec des droits coutumiers reconnus par la constitution. Dans ce cas, la partie lésée aura encore besoin que les autorités modifient la loi anticonstitutionnelle et qu'elles prennent les mesures correctives nécessaires pour réparer le préjudice éventuel. Quelquefois, l'espoir d'une réparation est bien mince lorsque le préjudice résulte d'une exploitation irréversible de ressources. En l'absence de protection constitutionnelle, les communautés dépendront à jamais de la bonne volonté des autorités nationales, étant donné qu'une mesure législative peut toujours, n'importe quand, se traduire par l'abrogation de droits ancestraux.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

Le droit et les usages coutumiers peuvent être mis en péril par l'adoption de lois nationales insensibles aux valeurs culturelles. De la même façon, l'autorité traditionnelle est sapée lorsque des personnes qui n'acceptent pas ses décisions se tournent vers d'autres autorités ou demandent un examen judiciaire, deux réactions qui sont à la fois une cause et un symptôme de la désintégration des structures sociales communautaires.

Le défi, dans les processus en cours, consiste à trouver des systèmes pour définir légalement la propriété et la « responsabilité », d'une manière appropriée et sensible aux aspects culturels, sans provoquer une érosion de la confiance et de la sécurité dans les communautés. Lorsque les droits des peuples autochtones sont définis dans un cadre constitutionnel qui leur est complètement étranger, l'analyse de leurs droits, loin de créer des conditions favorables et d'offrir une protection, devient une forme de domination culturelle et juridique (Glenn, 2000). De la même façon, les peuples autochtones ne sont pas plus maîtres de leur destin lorsqu'ils sont placés devant le dilemme de devoir défendre leurs droits collectifs dans un contexte juridique, de communication et d'interprétation si éloigné de leur propre contexte social ou politique que le simple fait de déposer une plainte exige d'eux qu'ils acceptent le cadre culturel et théorique dominant (Turpel, 1990). Le défi pour les législateurs, aussi bien à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale, consiste donc à trouver des moyens de respecter et de protéger les droits autochtones d'une manière qui soit culturellement appropriée et juridiquement efficace.

Terri Jenki, dans un ouvrage exhaustif sur la protection de l'héritage culturel des peuples autochtones australiens, fait valoir qu'il ne s'agit pas seulement de reconnaître le caractère unique de la culture autochtone; il faut aussi respecter cette culture et comprendre que les savoirs autochtones et les savoirs occidentaux constituent deux systèmes d'innovation parallèles et égaux. Elle affirme également que l'on doit reconnaître que le droit coutumier autochtone et le système juridique australien actuel sont deux systèmes juridiques parallèles auxquels on doit accorder le poids et la reconnaissance appropriés (Jenki, 1998).

La reconnaissance et le respect du droit et des usages coutumiers sont donc considérés comme essentiels pour assurer la conservation et l'utilisation durable des écosystèmes terrestres et marins. Pour autant, lorsque ce droit et ces usages coutumiers entrent en contradiction avec les droits humains fondamentaux, il devient nécessaire de disposer de processus rationnels pour promouvoir l'élimination progressive des usages qui portent atteinte à ces droits humains fondamentaux. Dans la défense des droits des communautés locales et autochtones à se gouverner elles-mêmes (en utilisant le droit et les usages coutumiers), il est possible également de promouvoir le respect des droits humains. Il faut veiller néanmoins à ne pas bafouer les droits fondamentaux des communautés au nom de la protection des droits humains.

Des propositions pour codifier le droit et les usages coutumiers ont été mises de l'avant par un certain nombre d'institutions, notamment au sein du Comité intergouvernemental de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. À cet égard, il faut agir avec circonspection, car une telle codification aurait une incidence sur la souplesse des régimes juridiques coutumiers et pourrait avoir des conséquences négatives sur la protection à long

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

terme des droits autochtones. Une étude de l'expérience australienne au sujet des problèmes de titres autochtones fournit des enseignements précieux au regard de cette proposition. À propos des projets de codification du droit coutumier fondés sur l'expérience australienne, Mick Dodson, un militant autochtone de la première heure, a prévenu que la codification des droits pourrait constituer la première étape vers leur épuisement. C'est ce qui s'est produit avec la *Native Title Act*, lorsque, suite à l'institution du principe de l'épuisement des droits, de nombreux peuples autochtones ont perdu leurs droits territoriaux. On constate également l'existence d'une opposition au sein des communautés des États insulaires du Pacifique Sud, où le régime foncier coutumier est lié à la capacité de raconter l'histoire généalogique. La divulgation est considérée comme un abandon de la propriété et les communautés se montrent souvent réticentes face à la codification et au partage de cette information, qu'elles voient comme une menace pour leurs droits.

Certes, nous sommes beaucoup plus conscients aujourd'hui de la valeur intrinsèque, économique, sociale, environnementale et culturelle des savoirs traditionnels. Cela dit, il y a eu peu de recherche sur les liens entre l'APA, les savoirs traditionnels, le droit et les usages coutumiers et les droits territoriaux traditionnels tels qu'ils sont définis dans le régime foncier coutumier. À cet égard, une étude des expériences de communautés autochtones et locales en matière de reconnaissance et de protection de leurs droits sur leurs savoirs traditionnels, leurs terres et leurs ressources pourrait fournir des éléments d'orientation aux législateurs, à tous les échelons, ainsi qu'un moyen de respecter le droit et les usages coutumiers. En faisant fond sur des expériences pratiques, qu'elles aient été ou non couronnées de succès, il serait peut-être possible de cerner les mesures qui permettraient une interrelation plus étroite entre le droit coutumier et le droit national, régional et international.

Une étude comparative des principes sous-jacents du droit et des usages coutumiers pourrait faciliter la définition des notions générales, qui pourraient à leur tour aider à définir un ensemble de principes équitables sur lesquels il serait possible de s'appuyer dans la résolution des différends relatifs à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels. D'autres questions à examiner sont énumérées dans l'annexe ci-jointe.

Conclusions

Il est essentiel d'examiner les liens entre la gouvernance nationale et le droit coutumier, les savoirs traditionnels et le régime foncier coutumier si l'on veut déterminer les pratiques optimales qui permettront des interrelations entre les différents régimes juridiques.

Une telle étude ne devrait pas se limiter à un simple examen des modalités de protection des savoirs traditionnels et des mécanismes à mettre en place pour contrôler les utilisations commerciales et scientifiques des savoirs traditionnels. Ce qu'il faut plutôt, c'est adopter un point de vue plus large et plus expansif sur la nature, le rôle et les valeurs des savoirs traditionnels et sur leurs liens avec les systèmes traditionnels de gestion des ressources, dans le but de déterminer les facteurs internes et externes qui exercent des pressions sur les systèmes de savoirs traditionnels et d'innovation, de même que les facteurs qui sont propices à la protection et à la mise au point permanente de ces systèmes.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

Par conséquent, nous estimons qu'il est nécessaire de réaliser une vaste étude comparative des mécanismes qui permettront de protéger et de renforcer les systèmes de savoirs traditionnels et d'innovation en favorisant des interrelations efficaces entre les régimes juridiques nationaux et internationaux et le droit et les usages coutumiers. Il importe également, dans une telle étude, d'examiner les moyens de promouvoir l'adoption d'une politique nationale visant à favoriser le respect, la compréhension et la promotion des savoirs traditionnels et de renforcer les systèmes traditionnels de gestion des ressources et d'utilisation des terres.

ANNEXE

Établir un plan de recherche

Afin de faire progresser le débat sur les questions concernant le rôle du droit et des usages coutumiers dans la réglementation sur l'APA, des efforts concertés doivent être déployés pour promouvoir la recherche nécessaire — et plus particulièrement la recherche par des spécialistes des communautés locales et autochtones — sur les questions suivantes, notamment :

- Quel cadre de mesures législatives, administratives et de politique générale, à l'échelon national, est le plus apte à assurer la reconnaissance et le respect entiers et effectifs du droit et des usages coutumiers en ce qui a trait à leur mise en œuvre et au territoire où ils s'appliquent?
- Quelle est la corrélation entre la reconnaissance et le respect de l'autorité traditionnelle, d'une part, et la conservation et l'utilisation durable des ressources, d'autre part?
- Quel est le lien entre savoirs traditionnels, droit et usages coutumiers et régime coutumier d'utilisation des terres et du milieu marin?
- Quel est le rôle du droit et des usages coutumiers dans le processus visant à assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources?
- Existe-t-il des cas où le fait de permettre le libre exercice de l'autorité traditionnelle et/ou du droit et des usages coutumiers peut avoir des répercussions sociales, culturelles, environnementales et économiques négatives?
- Existe-t-il des cas où la législation nationale peut intervenir légitimement dans le processus de prise de décisions traditionnels afin de garantir les droits sociaux, économiques, culturels ou environnementaux?
- Où doit-on tracer la ligne entre la protection des droits humains et le droit d'exercer librement l'autorité traditionnelle et d'appliquer le droit et les usages coutumiers?
- Quelles conditions sont nécessaires au fonctionnement d'un système autonome de droit et d'usages coutumiers?

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones
et des communautés locales relatif à l'accès aux savoirs traditionnels
et aux ressources génétiques

- Quelles conditions sont susceptibles de provoquer la détérioration de l'autorité traditionnelle en matière de prise de décisions?
- Dans quelle mesure les régimes de droit coutumier non codifiés se prêtent-ils à une manipulation par les autorités en exercice?