



Populations autochtones et brevetabilité du vivant

Albane Geslin

► To cite this version:

Albane Geslin. Populations autochtones et brevetabilité du vivant. Acteurs privés et droit du vivant, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires / CERIC, Jan 2009, Aix-en-Provence, France. pp.139-157. halshs-01069148

HAL Id: halshs-01069148

<https://shs.hal.science/halshs-01069148v1>

Submitted on 28 Sep 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.

POPULATIONS AUTOCHTONES ET BREVETABILITÉ DU VIVANT: LA TENTATION DE PERSÉPHONE

Albane GESLIN, Professeur de droit public

CESICE, Grenoble 2

in E. Brosset (dir.), *Le droit international et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés ?*, coll. Monde européen et international, La Documentation française, 2009, pp. 139-157.

« Peut-être découvrirons-nous un jour que la même logique est à l'oeuvre dans la pensée mythique et dans la pensée scientifique, et que l'homme a toujours pensé aussi bien »¹

Il ne s'agira pas, dans le cadre de cette intervention, de présenter, de façon technique, le droit de la brevetabilité du vivant dans ses rapports avec les populations autochtones². Cette question sera bien évidemment abordée, mais non pas pour elle-même, seulement en tant que point de départ d'une réflexion plus globale. Il s'agira, en effet, de tenter de faire un pas de côté; de porter sur le sujet un regard pluriel, autre que strictement juridique; de mettre en évidence les enjeux, aussi bien symboliques que réels, aussi bien anthropologiques que juridiques, de la rencontre des populations autochtones³ avec la brevetabilité du vivant⁴, et ce par-delà la traditionnelle antienne du choc des cultures ou des civilisations. Il est probablement plus fécond et intéressant d'analyser cette rencontre, récente, parfois brutale, comme étant un apprentissage des mondes, apprentissage qui aurait dû avoir lieu voici plusieurs siècles, notamment lors de la

¹ C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, tome I, Paris, Plon, 1958, p. 255.

² Voir notam. M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps », in M.-A. HERMITTE et Ph. KAHN (dir.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruylant, Bruxelles, 2004, notam. pp. 82-123; M.-A. HERMITTE, « Bioéthique et brevets: le nouveau contrat social issu du système international », in S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Pedone, Paris, 2006, pp. 111-164. G. AGUILAR, « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science and Policy*, 2001-4, pp. 241-256; G. VAN OVERWALLE, « Protecting and sharing biodiversity and traditional knowledge: Holder and user tools », *Ecological Economics*, 2005, n°53, pp. 585-607.

³ L'on tient à souligner dès l'abord un des travers du raisonnement qui va suivre, travers dont on ne peut toutefois guère se départir, à savoir traiter de l'unique pour le multiple; il sera, en effet, question, dans ces lignes, des populations autochtones en général, alors qu'elles ne sont pas une, toutes établies sur le même modèle; bien qu'il y ait de grandes similitudes entre elles, il y a aussi diverses formes d'organisation sociale. Le fait toutefois de n'évoquer ces populations qu'en tant que globalité pourrait trouver une explication si ce n'est une justification, partielle, par le fait qu'elles se présentent elles-mêmes – disposent-elles d'une alternative? –, sur la scène internationale, dans cette unité.

⁴ Cette problématique dépasse largement les seuls enjeux de la propriété intellectuelle et concerne également l'accès et les rapports à la terre, à l'eau, l'agriculture...

colonisation du monde par l'Europe.

Théogonies

Un panthéon juridique impénétrable

Paradoxalement, la notion de peuples autochtones ou indigènes n'a, en première analyse, de sens qu'au regard de ce phénomène de colonisation, puisque ces peuples ne sont désormais définis qu'en opposition avec les populations allogènes devenues majoritaires sur les territoires en cause. L'Organisation internationale du Travail, principale institution ayant établi une définition à portée juridique, retient, en effet, celle-ci :

« peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. »⁵

A ces populations indigènes sont généralement associés, au regard des droits et libertés qui leur sont reconnus, les peuples tribaux en tant que peuples

« qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale »⁶.

Ainsi, dans la plupart des situations⁷, les populations autochtones sont devenues des populations « résiduelles », minoritaires⁸. Toutefois, malgré leur marginalisation, qui nous les rend d'autant plus insaisissables, ces populations sont riches d'un patrimoine culturel et de savoirs traditionnels dont beaucoup contribuent à une gestion durable de la biodiversité.

Il n'y a pas de définition internationalement acceptée de la notion de « savoirs autochtones » ou de « savoirs indigènes ». En outre, les définitions retenues des savoirs

⁵ Article 1.1.b de la Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989.

⁶ Article 1.1.a de la Convention 169.

⁷ Mis à part au Groenland et au Guatemala où les autochtones représentent respectivement 90% et 60% de la populations.

⁸ L'on estime généralement qu'il existe, à ce jour, 5000 peuples autochtones, représentant environ 250 millions de personnes, réparties dans 70 pays, principalement en Asie, dans le Pacifique et en Amérique Latine (selon les données de l'OIT et du WWF). Il est à noter que le droit des minorités diffère du droit des populations autochtones; si les populations autochtones sont des minorités et peuvent invoquer, en sus de leurs droits propres, les droits des minorités, l'inverse n'est pas vrai; sur ce point voir notam. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS, J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 1996, 581 p.; G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, « "Peuples autochtones" et "minorités" dans les discours juridiques: imbrications et dissociations », *RIEJ*, 2000, vol. 45, pp. 1-26.

autochtones ne sont généralement pas très éclairantes. Ainsi, la Banque mondiale retient une définition à la fois négative et descriptive, aux termes de laquelle

« Indigenous knowledge (IK) is the local knowledge – knowledge that is unique to a given culture or society. IK contrasts with the international knowledge system generated by universities, research institutions and private firms. It is the basis for local-level decision making in agriculture, health care, food preparation, education, natural-resource management, and a host of other activities in rural communities ».

De façon générale, l'on considère les savoirs indigènes comme étant une forme particulière, propres aux populations autochtones, de savoirs traditionnels. À l'égard de ces derniers, l'on peut retenir, en première analyse, la définition récemment finalisée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI):

« le terme “savoirs traditionnels” s'entend généralement du contenu ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique précis, et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à un savoir associé à des ressources génétiques »⁹.

La richesse que constitue ce patrimoine culturel n'a pas échappé aux scientifiques, chimistes et biologistes du monde industrialisé. Depuis quelques décennies, de nombreuses entreprises spécialisées dans le génie génétique se sont lancées à la recherche de ressources phyto-génétiques dont les propriétés, mises en valeur par les connaissances traditionnelles des populations locales, seraient susceptibles de faire l'objet d'inventions brevetables. Ces savoirs locaux, ancestraux, deviennent ainsi le support d'une appropriation et d'une privatisation¹⁰ par

⁹ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Protection des savoirs traditionnels: projet d'analyse des lacunes y relatives*, 13e session, 11 oct. 2008, WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev., p. 4. D'autres définitions peuvent être également proposées; ainsi, parmi un relativement grand nombre d'exemples, l'on peut mentionner l'article 8 (j) de la Convention sur la diversité biologique de 1992, qui se réfère aux « connaissances, innovations et pratiques des communautés locales et autochtones qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique »; la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007 renvoie quant à elle à « 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, visuels et du spectacle » (article 31-1).

¹⁰ Etant donné que le brevet a pour principale fonction d'assurer un titre de propriété industrielle aux termes duquel sont conférés à son titulaire des droits exclusifs d'exploitation de l'objet breveté, ainsi que le précise l'article 28 de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC): « 1. Un brevet conférera à son titulaire les droits exclusifs suivants: a) dans les cas où l'objet du

un tiers, par définition extérieur à la communauté autochtone et ce sans contrepartie pour cette communauté. C'est ce que l'on qualifie généralement de « biopiratage ».

Afin d'éviter la spoliation des droits des populations autochtones, tout en préservant la logique marchande des droits de propriété intellectuelle à laquelle sont attachés aussi bien les Etats (industrialisés ou en développement) que les industriels, ces deux mondes – le monde des sociétés traditionnelles et autochtones et le monde du droit occidental et occidentalisé – vont donc devoir apprendre à coexister. C'est cette coexistence, et ses enjeux, qui seront ici analysés.

Un panthéon mythologique atemporel

Pour cela, il est intéressant de porter sur la question le regard de la mythologie. Non pas en ce que la pensée mythique serait une pensée archaïque à laquelle se rattacheraient encore les populations autochtones – soutenir cela serait pour le moins une réflexion anachronique voire rétrograde –; mais, bien au contraire, en ce que cette pensée, symbolique, nous permet d'interpréter le réel, à quelque époque que ce soit. Les mythes sont en effet une traduction, en mots, en récits, de phénomènes naturels, mais confus, entre réalité et imagination; ils sont l'expression, par l'homme, d'une volonté de connaître et d'organiser la connaissance qu'il a de lui-même et de son environnement¹¹. Ainsi que le souligne J. Jerphagnon,

« dans les textes antiques quels qu'ils soient, le mythique, le merveilleux ne sont jamais tout à fait gratuits. Le mythe exprime une idée de derrière la tête »¹².

Contrairement à ce que l'on pourrait encore croire, la pensée mythique n'est pas une pensée du lointain et de l'ancien, elle est de notre temps¹³. Elle ne peut plus être appréhendée comme une pensée de l'irrationnel, par opposition à la pensée moderne¹⁴, qui aurait seule l'apanage de la rationalité. Le rationnel et l'irrationnel, le mythique et l'esprit critique se côtoient à toute époque, se fondent dans la même intelligence, bien que, occidentaux, soi-disant modernes, nous ayons souvent tendance à l'oublier.

brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après: fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit; b) dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir l'acte consistant à utiliser le procédé et les actes ci-après: utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par ce procédé. 2. Le titulaire d'un brevet aura aussi le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licence. »

¹¹ Voir G. GUSRODE, *Mythe et métaphysique*, Nouvelle Bibliothèque scientifique, Flammarion, 1953, 267 p.

¹² L. JERPHAGNON, *Les dieux ne sont jamais loin*, Pluriel, Hachette Littératures, 2002, p. 161.

¹³ Il ne sera pas ici question d'observer le mythe comme le faisait R. Barthes, en tant qu'instrument de pouvoir, véhicule de l'idéologie bourgeoise dominante, analysé sous l'angle de la sémiotique (*Mythologies*, Points Essais, Seuil, 1970 (1957), 233 p., notam. « Le mythe, aujourd'hui », pp. 181-233).

¹⁴ L. Jerphagnon en appelle d'ailleurs à « regarder de plus près à la fois la démarche mythique et la démarche rationnelle, et tenir compte de leurs éventuelles interactions », *op.cit.*, p. 21. Voir également J.-P. VERNANT, *Entre mythe et politique*, Points Essais, Seuil, Paris, 1996, pp. 253-564;

Parmi les mythes fondateurs de la pensée occidentale¹⁵, celui de Perséphone¹⁶ est riche d'éléments susceptibles d'éclairer le sujet qui nous intéresse.

Perséphone est fille de Zeus, dieu suprême de l'Olympe, et de Déméter, déesse-mère, également soeur de Zeus. Elle est élevée par sa mère, isolée, sur l'île de Sicile. Hadès, frère des deux précédents, tomba éperdument amoureux de sa nièce; Zeus accepta, sans consulter Déméter, de donner sa fille au dieu des Enfers, lequel enleva donc Perséphone et l'entraîna avec lui aux Enfers. Déméter, ne trouvant plus sa fille, partit à sa recherche et, pendant 9 jours, refusa de boire, de manger et de dormir. Apprenant, le dixième jour, qui était le ravisseur de Perséphone, elle décida de ne plus rester sur l'Olympe et d'abdiquer ses prérogatives de déesse jusqu'à ce qu'Hadès lui ait rendu sa fille. Or, cette errance terrestre et la colère de Déméter rendirent la terre stérile, et mirent la survie de l'humanité en danger. Le risque était donc grand pour les dieux d'une disparition des offrandes et des sacrifices. Aussi Zeus, pour apaiser Déméter, envoya Hermès intercéder auprès d'Hadès afin qu'il libère Perséphone. Le dieu des Ombres accepta de restituer la jeune fille et lui donna, en cadeau, une grenade dont elle mangea quelques grains, à l'insu d'Hermès. Retrouvant sa fille, Déméter lui demanda si elle avait mangé quelque chose aux Enfers. Perséphone lui avoua avoir cédé à la tentation. Or, cela la liait définitivement à Hadès; elle devait donc être dans l'obligation de demeurer aux Enfers¹⁷. Zeus, toutefois, adopta une solution de compromis, le retour à la situation antérieure étant impossible: Perséphone vivra sur l'Olympe, auprès de sa mère, entre les semailles et les moissons, et rejoindra les Enfers durant l'hiver.

Du rapt au ravisement

La question peut alors être posée de savoir quel lien unirait les dieux de l'Olympe et des Enfers d'une part, aux populations autochtones et au droit des brevets d'autre part. En quoi ce mythe serait-il l'image spéculaire de ces relations socio-juridiques ? Ce lien ne peut apparaître d'évidence, mais il existe. En effet, le mythe de Perséphone est tout à la fois un mythe de la séparation et de la rencontre de l'hétérogénéité¹⁸; or, au dire mêmes des populations autochtones, le concept de brevetabilité du vivant leur est totalement étrangère:

« *time and again, western legal property regimes have been imposed on us,*

¹⁵ La conclusion de cette intervention donnera l'opportunité de revenir sur cet apparent paradoxe qu'il y a à mobiliser un élément de la pensée occidentale pour la dénoncer.

¹⁶ Parmi les différentes versions existantes (HÉSIODE, *Théogonie*, OVIDE, *Fastes IV*, CLAUDIEN, *L'enlèvement de Proserpine...*) le choix s'est porté, pour cette étude, et en raison de sa plus grande facilité d'accès, sur l'« Hymne à Déméter », in HOMÈRE, *Hymnes* (traduction de J. Humbert), Les Belles Lettres, Paris, 2003.

¹⁷ La grenade est considérée comme étant, entre autres, le symbole du mariage (M. CAZENAVE (dir.), *Encyclopédie des symboles*, Encyclopédies d'aujourd'hui, Le Livre de Poche, Paris, 1989, pp. 289-290).

¹⁸ B. DOV HERCENBERG, « Le mythe de Déméter et la tension entre la séparation tentée et la séparation impossible », *Archives de Philosophie*, 2005-1, pp. 95-105.

contradicting our own cosmologies and values »¹⁹.

Reprenons schématiquement les différents temps de ce mythe: 1) le rapt de Perséphone; 2) l'intercession d'Hermès; 3) les grains de grenade; 4) le compromis de Zeus. En apparence, deux temps séparateurs (1 et 3), deux temps unificateurs (2 et 4).

Reprenons également les différents temps des relations entre populations autochtones et brevetabilité du vivant: 1) biopiratage; 2) intercession des chambres des recours des offices de délivrance des brevets; 3) recensement et diffusion massifs des connaissances traditionnelles; 4) recherche d'un compromis juridique, internormatif, par la consécration d'un droit de propriété *sui generis*. En apparence, les deux temps séparateurs (1 et 3) et les deux temps unificateurs (2 et 4) sont identifiables.

Les temps 1 et 2 – les questions du biopiratage et des réactions contentieuses – sont désormais bien connues pour qu'il ne soit guère nécessaire d'insister sur ces éléments. Tout au plus peut-on préciser que la séparation (le rapt) tentée par les chercheurs et industriels des savoirs traditionnels et indigènes d'avec les populations dont ils étaient issus fut – tel Hermès descendant au royaume des morts négocier avec Hadès – combattue avec l'arme du langage, juridique en l'occurrence, par les ONG et représentants des populations autochtones sur le terrain même du droit des brevets et sur le fondement d'un raisonnement imparable. Un brevet ne peut, en effet, être délivré pour une invention qu'à la triple condition que celle-ci soit nouvelle, qu'elle résulte d'une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle²⁰.

La nouveauté est donc une des conditions essentielles. Elle est appréciée en comparaison avec l'« état de la technique » au moment où la demande de brevet est formulée²¹. S'appuyant sur ce principe, les opposants à la brevetabilité d'inventions issues de connaissances traditionnelles ont précisément orienté leur argumentaire sur l'absence de nouveauté. Les quelques résultats positifs obtenus, relativement modestes mais symboliques²², ont ainsi permis

¹⁹ *To no Patenting of Life! Indigenous Peoples' Statement of the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of the WTO Agreement*, Appel signé aux Nations Unies, Genève, 25 juillet 1999, <http://www.gene.ch>. C'est nous qui soulignons.

²⁰ Article 27, ADPIC.

²¹ Ainsi que le précise l'Office Européen des Brevets (OEB), « Pour déterminer si une invention est nouvelle, il convient tout d'abord de définir ce qui appartient à l'état de la technique, quel est l'état de la technique à prendre en considération et quel en est le contenu. Il faut ensuite comparer l'invention avec l'état de la technique ainsi défini et enfin déterminer si elle s'en distingue. Si l'invention se distingue de cet état de la technique, elle est nouvelle. » (*La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des Brevets*, 5e éd., déc. 2006, p. 54, www.epo.org).

²² Ainsi, en 1997, le United States Patent and Trademark Office (USPTO) a annulé le brevet accordé à deux chercheurs américains sur les propriétés cicatrisantes du curcuma (ou turmeric), le Conseil de la recherche scientifique et industriel indien ayant démontré que cette vertu était connue en Inde et en Perse depuis plusieurs centaines d'années (voir notam. B. DORIN, F. LANDRY, *Agriculture et alimentation en Inde: les vertes années (1947-2001)*, Editions Quae, Paris, 2002, p. 165). Les communautés autochtones d'Amazonie (par le biais du Bureau de coordination des Organisations des Peuples Indigènes du Bassin de l'Amazonie) eurent moins de chance dans leur action à l'encontre du brevet délivré par l'USPTO sur l'ayahuasca cultivé et utilisé lors de cérémonies religieuses depuis plusieurs siècles: après annulation du brevet en novembre 1999, l'office

d'éviter la dépossession de certaines populations autochtones de leurs savoirs et l'exploitation des ressources sur lesquels ceux-ci portaient. L'unité semblait donc ainsi restaurée, la stabilité assurée, la sécurité affirmée.

La grenade de la discorde

Mais c'était sans compter avec les grains de grenade que la société occidentale offrit (en toute bonne foi?) aux populations autochtones²³. La grenade prit l'apparence d'un raisonnement des plus séduisants: puisque la brevetabilité est refusée pour une invention ne faisant que reprendre l'état de la technique, il faut, afin d'empêcher le biopiratage, faire en sorte que les connaissances autochtones intègrent l'état de la technique. Fortes de cette logique rigoureuse, les organisations internationales et non gouvernementales entreprirent de vastes opérations de collecte et de diffusion des savoirs traditionnels et autochtones. C'est ce que l'OMPI qualifie de « protection défensive », à savoir

« faire en sorte que l'information soit publiée ou fixée de manière à répondre aux critères juridiques qui permettront de l'inscrire dans l'état de la technique auprès de la juridiction concernée »²⁴.

Plusieurs programmes ont ainsi été lancés, par l'UNESCO²⁵, la Banque Mondiale²⁶,

américain revint sur sa décision en 2001, accordant finalement le brevet (voir M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps », *op.cit.*, pp. 85-86). Plus récemment, à la suite d'une procédure d'opposition formée, entre autres, par le gouvernement mexicain et Greenpeace, l'OEB a annulé, le 12 février 2003, le brevet délivré trois ans auparavant à la société Dupont sur tout maïs, cultivé ou sauvage, à haute teneur en acide oléique, ainsi que sur les produits dérivés de ces maïs (www.epo.org). De même, le 8 mars 2005, la Chambre des recours de l'OEB a confirmé l'annulation d'un brevet sur un fongicide dérivé du neem (arbre indien aux vertus médicinales), au motif que les vertus fongicides et insecticides du neem étaient connues en Inde depuis plus de 200 ans (Thermo Trilogy Corporation et al. v. Aelvoet, Madga MEP, The Green Group in the European Parliament et al., T 0416/01, 8 mars 2005, <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t010416eu1.htm>).

²³ Précisons ici qu'il ne s'agira, en aucun cas, de faire un parallèle entre la perte de virginité de Perséphone, symbolisée par la grenade, et une soi-disant perte de virginité des populations autochtones lors de leur contact avec le monde occidental. Cette rhétorique, amenant à les considérer comme vivant dans un état de pureté quasi originel, est rejetée par ces populations mêmes, en ce qu'elle a, précisément, été à l'origine de la qualification de « primitives » qui leur a été attribuée (voir notam. S. CROSSMAN et J.-P. BAROU, *Enquête sur les savoirs indigènes*, Calmann-Lévy, Paris, 2001, pp.19-20).

²⁴ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, « Questionnaire sur la reconnaissance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système des brevets », juillet 2004, WIPO/GRTKF/IC/Q.5, p.2.

²⁵ Programme « Local and Indigenous Knowledge Systems » (LINKS).

²⁶ Avec la base de donnée de l'Indigenous Knowledge Program; la logique de cette collecte d'informations est plus large que la seule protection contre la brevetabilité: il s'agit d'une intégration dans une logique de développement économique. Cependant, ce travail de « *dissemination* » participe à l'intégration de ces connaissances à l'état de la technique.

l'Office européen des Brevets²⁷, des instituts de recherche américains²⁸, le Centre de Recherche pour le Développement International canadien, le Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR), l'ONG People and Plants International²⁹... En outre, à l'initiative de l'UNESCO, un grand nombre d'Etats s'est doté d'un Centre national de recherches sur les savoirs et pratiques autochtones (ou locales)³⁰. De même, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification incite les Etats à « répertorier ces technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques, ainsi que leurs utilisations potentielles, avec la participation des populations locales, et à diffuser les informations correspondantes, selon qu'il convient, en coopération avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes »³¹.

La traversée du Styx

Si l'objectif affiché de cette collecte des savoirs autochtones est clairement la valorisation et la protection de ces savoirs, il n'en demeure pas moins que cette stratégie de conservation génère une double séparation, à tout le moins symbolique, du fait d'une double décontextualisation.

Décontextualisation d'abord en ce sens que ces savoirs sont archivés *ex situ*, dans des bases de données informatiques, le plus souvent hors même de l'Etat auquel sont rattachées les populations en cause; or, par définition, le savoir autochtone est un savoir localisé³², un savoir intimement lié au territoire sur lequel il a pris corps. Ainsi que le souligne l'anthropologue H. Raffles, le savoir local est

« a particularistic knowledge of place and the thing in it; a knowledge born from

²⁷ En 1985, a été conclu entre l'OEB et l'Office d'Etat de la propriété intellectuelle de la République populaire de Chine un accord de coopération prévoyant notamment l'établissement d'une base de donnée sur la médecine traditionnelle chinoise (www.epo.org).

²⁸ En 1993, ont été mis en place, à l'initiative de la Fondation américaine pour les sciences, des Instituts nationaux de santé des Etats-Unis et de l'Agence des Etats-Unis pour le développement international, des International Cooperative Biodiversity Groups (ICBG). Le programme ICBG regroupe universitaires, sociétés pharmaceutiques, ONG et représentants des peuples autochtones et vise à « *integrate improvement of human health through drug discovery, creation of incentives for conservation of biodiversity, and promotion of scientific research and sustainable economic activity that focuses on environment, health, equity and democracy.* » (http://www.fic.nih.gov/programs/research_grants/icbg/).

²⁹ Au travers de leur programme « Knowledge Exchange », qui présente l'avantage d'être établi sur la base d'un échange réciproque d'informations entre les populations locales et les scientifiques, <http://www.peopleandplants.org>. Pour une étude de cette ONG, voir S. OLLITRAULT, « Des plantes et des hommes. De la défense de la biodiversité à l'altermondialisme », *RFSP*, 2004-3, vol. 54, pp. 443-463.

³⁰ La liste est disponible à l'adresse <http://www.unesco.org/most/bpiklist.htm>.

³¹ Article 18-2 (a) 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 Afrique, 17 juin 1994.

³² Il est important de se rappeler que le savoir scientifique, produit par les sociétés « modernes », est tout autant un savoir localisé; cependant, à la différence du savoir autochtone, le savoir scientifique est un savoir itinérant: sa soi-disant objectivité lui permet d'être plus aisément appréhendé par les circuits de pouvoirs (politiques, culturels, sociaux...); sur ce point, voir B. LATOUR, *La science en action. Introduction à la sociologie des sciences*, La Découverte, Paris, 2005, 663 p.

rooted experience »³³.

Ainsi, la principale caractéristique de ces savoirs est ce que l'on peut qualifier de « lieuité »³⁴. Plus précisément, I. Daes note que ce savoir autochtone ne peut être appréhendé ou acquis intégralement qu'à la condition d'avoir préalablement intégré les méthodes pédagogiques – cérémonies, pratiques, apprentissage – des populations concernées. L'auteur insiste particulièrement sur le fait que ces connaissances constituent

« un système complexe de savoir qui comporte ses propres concepts épistémologiques, philosophiques et scientifiques ainsi que sa propre validité logique »³⁵.

Partant, un savoir autochtone délocalisé peut-il encore être vecteur de sens? Pour un esprit cartésien, analytique, vraisemblablement, mais est-ce le sens qui lui était attribué à l'origine par ses auteurs, cela est peu probable.

Décontextualisation également étant donné que l'archivage engagé ne porte fondamentalement que sur ce que ses auteurs jugent « utile », susceptible de faire l'objet d'un usage pratique, en l'occurrence au regard de la recherche phytogénétique. Il y a donc non seulement instrumentalisation de ces savoirs mais aussi discrimination au sein des savoirs. Cela dans la parfaite logique du droit des brevets. Il ressort en effet de la jurisprudence de l'OEB, généralisable sur ce point au droit international des brevets, que le contenu d'une information ne sera destructeur de nouveauté que si l'enseignement technique qu'il renferme peut être concrètement mis en application³⁶. Par voie de conséquence, seuls les savoirs, et plus précisément les fragments de savoirs satisfaisant aux critères de scientificité posés par l'Occident, auront l'heur d'intégrer les bases de données³⁷. Ces savoirs sont ainsi objectivés dans une démarche conceptuelle, aux antipodes de la pensée autochtone, qui relève essentiellement d'une approche holistique. Ainsi que le soulignent les ethnologues, le savoir traditionnel est

« une tapisserie complexe qui entrelace l'empirique et le symbolique, la nature et la culture, dans une vision unifiée et unique du monde qui est celle des autochtones »³⁸.

³³ H. RAFFLES, « Intimate knowledge », *ISSJ*, 2002-3, p. 328.

³⁴ « idea of locality », *ibid.*

³⁵ E.I.A. DAES, *Protection du patrimoine des peuples autochtones*, Rapport préliminaire du Rapporteur spécial, Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1994/31, 8 juillet 1994.

³⁶ *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des Brevets*, *op.cit.*, p. 93.

³⁷ Ainsi que le précise avec vigueur A. AGRAWAL: « it should be clear that the creation of databases discriminates against all those forms of indigenous knowledge for which no practical use can be perceived, and which cannot be stated as direct cause and effect sentences. To this extent, the practical effect of databases of indigenous knowledges must be to flatten precisely that diversity of knowledge supposed to be a characteristic of indigenous forms. » (« Indigenous knowledge and the politics of classification », *ISSJ*, 2002-3, p. 293).

³⁸ P. GROS et D. NAKASHIMA, « Le savoir des Mayangnas au coeur de la Mésomérique », *Planète Science*, vol.6, n°4, oct.-déc. 2008, p. 19.

Les connaissances locales, traditionnelles, forment ainsi un ensemble, fait d'un *continuum* de gestes, de rituels, de croyances, mettant en cause des savoirs et des pratiques, mettant en jeu non seulement des relations de pouvoirs mais aussi une part déterminante d'affect³⁹. Partant, l'oeuvre de protection et de promotion de ces savoirs telle qu'entreprise aujourd'hui, sur des fondements forts éloignés de ceux ayant présidé à leur élaboration, conduit inévitablement à leur destructuration.

Cela n'aurait guère d'incidence si cet archivage et ses conséquences ne jouaient qu'entre brevetés potentiels et ne dépassait pas le cadre de la pensée occidentale; or, tel n'est pas le cas. Ces savoirs décontextualisés sont en effet, ainsi qu'il sera précisé ultérieurement, le support du dialogue qui va se nouer entre les porteurs des brevets et les populations autochtones, au sujet de l'utilisation des ressources et des connaissances locales.

Un aller sans retour?

Outre ce double phénomène de séparation par la décontextualisation, la stratégie de diffusion eut des effets pervers au regard des revendications formulées à l'encontre du biopiratage. En effet, la protection défensive ainsi mise en oeuvre a seulement pour objet d'empêcher des tiers à la communauté indigène d'obtenir un droit de propriété intellectuelle en usant de la connaissance autochtone, puisque, divulguée, cette connaissance a intégré le domaine public. Cependant, étant désormais diffusée, elle devient libre d'usage, sans brevetabilité possible certes, mais également sans que l'utilisateur ait à octroyer une quelconque contrepartie! Les détenteurs du savoir ne peuvent, en outre, plus exiger de consentement préalable à l'utilisation qui en sera faite.

Le droit des brevets est, tant sur le plan éthique qu'économique, doublement pernicieux pour les populations autochtones: si leurs connaissances ne sont pas divulguées, elles sont potentiellement brevetables; si elles sont divulguées, leur utilisation ne peut plus faire l'objet d'une compensation financière. De là à dire que ce travail fut inutile...

Il s'est donc avéré nécessaire d'instituer une protection particulière, propre aux savoirs autochtones et traditionnels. Tout comme la séparation imposée par Hadès à Déméter et Perséphone les a conduit à se confronter au principe masculin, au principe de différence, à l'altérité fondamentale, la séparation imposée par le droit des brevets, et plus largement par le droit de la propriété intellectuelle, aux populations autochtones d'avec leurs connaissances et la nature les a contraintes à se confronter au tout autre, la logique occidentale. La solution ne pourra donc plus être trouvée que dans le compromis.

Zeus médiateur

³⁹ H. RAFFLES, *op.cit.*, p. 326.

Ce rôle d'arbitre, statuant *ex aequo et bono*⁴⁰, sera assumé par Zeus, figure de l'ordre universel, qui semble ainsi avoir assuré le retour à l'unité et à la stabilité. L'ordre paraît avoir succédé au chaos, la *Diké* à l'*Hubris*. C'est oublier que la consommation des grains de grenade empêche définitivement tout retour au *statu quo ante*. Le compromis qui s'impose à Déméter et Perséphone va en effet produire « une modification du sens et de la conscience »⁴¹. L'enjeu fondamental est là!

Le compromis que l'on cherche à instaurer pour concilier le développement de la recherche scientifique et la protection des populations autochtones, de leurs ressources, savoir et savoir-faire, ne sera pas porteur d'unité, de réunification. Il ne le sera pas parce qu'il aura pour vecteur le droit de propriété. La réflexion, en effet, menée au sein des instances comme l'OMPI ou l'OMC vise à créer un « droit intellectuel *sui generis* »⁴², droit collectif, inaliénable, imprescriptible, allant au-delà des protections catégorielles, plus ou moins contraignantes, reconnues par certains mécanismes juridiques existants – nationaux ou internationaux⁴³ – mais par définition fragmentaires. L'idée serait ainsi d'assurer la divulgation des connaissances tout en garantissant leur protection contre une utilisation non voulue par leurs auteurs, ainsi que contre une création non autorisée de produits dérivés de ces savoirs.

De nombreuses critiques ont été maintes fois formulées à l'encontre de ces droits, que ce soit par les industriels⁴⁴ ou les anthropologues⁴⁵, il est inutile d'y revenir. Peut-on, juriste occidentale, partager l'engouement de M.-A. Hermitte, affirmant que

« si la propriété intellectuelle est le nouvel universel du développement économique mondial, il n'est pas aberrant d'en diversifier les rameaux pour qu'il puisse embrasser les différents rapports au temps, à la nouveauté et à la tradition, ainsi qu'aux modes et aux niveaux de ce développement »⁴⁶?

⁴⁰ « Selon ce qui est équitable et bon », et non pas en appliquant les règles de droit existantes.

⁴¹ B. Dov Hercenberg, *op.cit.*, p. 105.

⁴² M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps », *op.cit.*, p. 92.

⁴³ L'article 31-1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dispose que « 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 d'expressions culturelles traditionnelles. » Ce texte n'a toutefois guère de portée et ne sera pas directement applicable dans les ordres juridiques internes, étant donné le statut d'instrument non contraignant de la Déclaration.

⁴⁴ Au motif que des ressources sauvages ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'une protection au profit des communautés autochtones.

⁴⁵ La marchandisation et l'appropriation du vivant qu'instaure le droit de propriété intellectuelle étant précisément ce contre quoi luttent les peuples autochtones.

⁴⁶ M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du

La nuance est de rigueur. Ce serait oublier un élément essentiel. En effet, certaines conceptions du monde restent irréductibles à la notion même de propriété appliquée au vivant.

Le désenchantement du monde

Que suppose l'idée de propriété ? Elle présume un double mouvement de mise à distance et de chosification. D'une part, une distanciation entre l'humain et le non-humain, une prise de conscience d'une extériorité du non-humain, objet naturel ou manufacturé, par rapport à l'humain; d'autre part, une réification du non-humain, associée à l'exclusivisme de la subjectivisation de l'humain, distinction opérée en vertu d'une conscience que l'humain ne reconnaît qu'à lui-même. L'humain, sujet, doit appréhender le non-humain non plus seulement comme un objet, mais plus précisément comme une chose, extérieure à lui-même pour pouvoir s'en rendre propriétaire, pour exercer un pouvoir sur cette chose.

« D'une certaine manière on pourrait dire que l'avènement des temps nouveaux remonte au moment où l'objet est devenu chose »⁴⁷.

La matière devenant alors matériau. Tout le droit de propriété relatif au vivant porte la trace de ce phénomène de dissociation et de réification: les « choses vivantes » sont ainsi susceptibles d'être considérées comme des « inventions »⁴⁸. La vie ne pourra être appropriée, sur le plan technique, que si elle est, sur le plan théorique, séparée de l'homme⁴⁹. Pour que l'homme puisse utiliser le vivant, l'instrumentaliser, ce dernier doit être « dévalorisé » au rang de chose.

Chez les populations autochtones, les objets ne deviennent que rarement des choses⁵⁰. De ce fait, ces sociétés ne se sont pas engagées dans un processus de réification de la nature⁵¹. Elles se considèrent comme appartenant à la terre⁵² sur laquelle elles vivent, laquelle leur appartient en

temps », *op.cit.*, p. 5.

⁴⁷ J. POIRIER, « L'homme, l'objet et la chose », in J. POIRIER (dir.), *Histoire des mœurs, tome 1, Les coordonnées de l'homme et la culture matérielle*, Encyclopédie de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1990, p. 926.

⁴⁸ Voir sur ce point l'un des arrêts fondateurs de la brevetabilité du vivant, dans lequel la Cour Suprême américaine affirme que « *Congress thus recognized that the relevant distinction was not between living and inanimate things, but between products of nature, whether living or not, and human-made inventions.* » (United States Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980)).

⁴⁹ Voir B. EDELMAN, « Vers une approche juridique du vivant », in B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois Editeur, Paris, 1988, p. 33.

⁵⁰ « L'objet lui-même, pris dans la nature (qui fournit son matériau) et agissant sur la nature (qui est son point d'impact) est soumis aux mêmes contraintes: la nature est vivante, la terre est soit une divinité en soi, soit l'habitat de multiples entités invisibles, les esprits telluriens; elle n'est pas le domaine disponible que connaissent les ingénieurs de la civilisation industrielle » (J. POIRIER, *op.cit.*, p. 921).

⁵¹ Il ne s'agit pas de soutenir ici, ce qui serait absurde, que les peuples autochtones confondent le sujet et la chose; cependant, la Nature est humanisée, et les ressources qu'elle offre, bien qu'étant des objets, ne sont pas considérés comme des choses.

⁵² L'étymologie du terme « autochtone » en est la preuve même (du grec *autokthôn*, de *autos* « soi-même » et *kthôn* « terre »); à cet égard, l'on peut rappeler le mythe des hommes de Sidon, que Platon évoque à plusieurs reprises (dans *Les Lois* ou *La République*), comme étant un mensonge nécessaire, et selon lequel ces hommes étaient « modelés dans le sein de la terre et élevés, eux, leurs armes et tout leur équipement en

retour, à charge pour elles de la protéger. Ces peuples rejettent cependant toute idée d'appropriation du vivant, ainsi que cela a été affirmé clairement devant les Nations Unies:

« *We, Indigenous Peoples from around the world, believe that nobody can own what exists in nature except nature herself. A human being cannot own its own mother. Humankind is part of Mother Nature, we have created nothing and so we can in no way claim to be owners of what does not belong to us* »⁵³.

Bien que le débat ne soit plus limité à la question de l'appropriation de la nature, mais ait évolué vers celle de la protection des savoirs que les populations autochtones ont développé au regard de cette nature, l'incidence de ce glissement est toutefois minime pour la réflexion en cours. En effet, les peuples indigènes entretiennent avec leur environnement une véritable synergie, ils vivent dans un *continuum* entre les choses et les personnes⁵⁴. Les connaissances traditionnelles sont intimement liées aux ressources et lieux sur lesquels elles portent, lesquels sont eux-mêmes intimement liés aux êtres qui vivent de ces ressources⁵⁵. L'espace et les ressources qui s'y déploient sont non seulement sacralisés⁵⁶, mais également humanisés – à cet égard, l'emploi du pronom personnel « *herself* » et non « *itself* » pour qualifier la nature dans la déclaration indigène du 21 septembre 1999 est significative.

En outre, ces sociétés pensent le « nous » là où nous pensons le « je »; les personnes ne se vivent pas comme des individus uniques, mais comme les membres unis dans un même ensemble social composé d'êtres humains, d'esprits (des ancêtres et des forces telluriques) et d'objets. Partant,

« si les groupes ou les individus ont des droits sur des territoires, des biens ou des personnes, ce n'est guère que par métaphore qu'on peut les assimiler à la propriété

cours de fabrication; quand ils furent entièrement confectionnés, la terre qui est leur mère les a mis au monde, et maintenant ils doivent considérer cette contrée où ils se trouvent comme leur mère et leur nourrice et la défendre si on l'attaque, et réfléchir au fait que les autres citoyens sont comme leurs frères, sortis eux aussi du sein de la terre » (*La République*, Livre III, Garnier Flammarion, 1966, Paris, p.166, 414d-414e).

⁵³ *To no Patenting of Life, op.cit.*

⁵⁴ Le droit romain des origines associait personnes et biens dans les mêmes catégories, notamment celle de *familia* (voir notam. G. HANARD, *Droit romain, tome I Concept de droit, Sujets de droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1997, p. 83).

⁵⁵ Ainsi que le rappelle N. ROULAND, « La pensée mythique opère dans et par l'espace la jonction entre des éléments que la modernité nous a appris à séparer » (*Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, coll. Sciences humaines, Odile Jacob, Paris, 1991, p. 243). Sur la question plus générale des continuités et discontinuités entre l'homme et son environnement, voir Ph. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard, Paris, 2005, 623 p.

⁵⁶ Pour ne prendre que quelques exemples, l'une des premières lois qu'observent les Esquimaux est celle de ne jamais contrarier les manifestations de Sila, force vitale à l'origine du monde (voir J. MAULAUURIE, *Les derniers rois de Thulé*, Plon Paris, 1989, pp. 405-406). De même, les populations autochtones d'Amazonie appréhendent leur rapport à la terre sous la forme d'un ensemble de cercles concentriques: à mesure que l'on s'éloigne du village et que l'on avance dans la forêt, les territoires et les ressources qui s'y trouvent sont sous l'autorité des forces surnaturelles, les esprits chtôniens (voir G. FILOCHE: « Droits collectifs et ressources renouvelables. L'élaboration des plans de gestion participative, entre détours conceptuels et retour au terrain », *Natures Sciences Sociétés*, 16, 2008, p. 16).

car, ce faisant, on prive les choses “appropriées” du sens que leur confèrent les populations concernées »⁵⁷.

Cela pour dire que la création d'un droit de propriété intellectuelle, fut-il *sui generis* – collectif, inaliénable –, ne semble pas la meilleure des solutions à apporter au problème. Il est possible de considérer que les populations autochtones revendiquent désormais elles-mêmes ces droits, mais la véritable question est de savoir si elles en ont désormais le choix. Pas plus que Déméter et Perséphone n'ont eu le choix de la séparation. Cette revendication peut d'ailleurs être considérée comme la marque de cette « *modification du sens et de la conscience* » évoquée précédemment.

Doit-on se satisfaire du fait que ce droit en advenir mette en jeu les mécanismes de l'internormativité⁵⁸ et fasse ainsi s'associer deux systèmes de normes et d'appréhension du monde si différents? C'est indéniablement une grande victoire sur le plan éthique, le droit occidental admettant de ne plus s'imposer par la force de son unilatéralisme aux autres civilisations. Mais est-ce vraiment une concession faite par l'Occident? Ce n'est pas évident. Peut-être même pourrait-on aller jusqu'à affirmer que l'internormativité est, en réalité, un piège qui se referme sur les populations autochtones. Sous couvert d'une apparente conciliation entre droit occidental – appropriation du vivant – et règles autochtones – inaliénation des biens exprimant l'identité même du groupe⁵⁹ –, c'est la référence au Droit occidental⁶⁰ qui prévaut. En effet, outre le fait que le Droit soit généralement considéré par les anthropologues comme une

⁵⁷ M.-E. HANDMAN, « Propriété », in P. BONTE et M. IZARD, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Quadrige, PUF, Paris, 2007, p. 605. Il n'en demeure pas moins que, se fondant sur l'article 21 de la convention américaine des droits de l'homme, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a, à plusieurs reprises, reconnu au profit des populations tribales, autochtones, un droit de propriété sur leurs territoires et leurs ressources: « *pursuant to Article 21 of the Convention, States must respect the special relationship that members of indigenous and tribal peoples have with their territory in a way that guarantees their social, cultural, and economic survival. Such protection of property under Article 21 of the Convention, read in conjunction with Articles 1(1) and 2 of said instrument, places upon States a positive obligation to adopt special measures that guarantee members of indigenous and tribal peoples the full and equal exercise of their right to the territories they have traditionally used and occupied* » (I/A Court H.R., Case of the Saramaka People. v. Suriname, Judgment of November 28, 2007 Series C No. 172, §91).

⁵⁸ Telle est la position adoptée par M.-A. HERMITTE, affirmant que « Quel que soit le point de vue que l'on peut avoir sur ces affirmations et interprétations, peu importe dès l'instant que, par convention, le monde juridique dominant admet d'infléchir ses propres interprétations pour tenir compte, en droit, de ces mythes. », « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps », *op.cit.*, p. 105.

⁵⁹ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, pp. 274-276.

⁶⁰ « Le Droit est la manière dont l'Occident ordonne les règles que s'imposent les hommes », A. SUPPIO, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. La couleur des idées, Seuil, Paris, 2005, p. 85. L. ASSIER-ANDRIEU démontre avec brutalité mais lucidité comment le colonisateur occidental a « découvert », et plus précisément « inventé » les droits autochtones et comment, par un jeu en retour, les populations autochtones et les Etats issus de la décolonisation ont revendiqué ce soi-disant droit pré-colonial: « l'appréciation a posteriori de l'« avant » du contact, affirmation conditionnelle de l'universelle légalité, fut l'instrument juridique de la colonisation. Fiction réussie, elle servira avec une irréfragable constance de soubassement naturel aux mouvements revendicatifs et aux législations post-coloniales » (L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, coll. Essais et Recherches, Nathan, Paris, 1996, p. 93).

invention occidentale⁶¹, la notion plus restreinte de droit de propriété intellectuelle contraint les populations autochtones à s'inscrire dans un mode de pensée et dans un langage très éloignés de leur conception, générant ainsi une acculturation par l'imposition de catégories extérieures. L'on tente donc de protéger, mais avec les cadres conceptuels qui sont précisément à l'origine des problèmes. Cependant, il semblerait que l'on soit désormais dans l'impossibilité, dans un souci d'efficacité, d'agir autrement.

Triste entropie

Cette intrusion du Droit n'est, en outre, pas sans risque pour les sociétés autochtones, risque qu'a clairement évoqué la déclaration indigène de 1999:

« *The inherent conflict between these two knowledge systems and the manner in which they are protected and used will cause further disintegration of our communal values and practices.* »⁶²

En d'autres termes, le danger est grand que ce droit intellectuel ne génère du désordre au sein des sociétés autochtones, là où il y avait de la stabilité. Ainsi que le soulignait C. Lévi-Strauss à la fin des années 1950, et de façon relativement schématique, les sociétés autochtones⁶³ seraient des sociétés froides, générant en leur sein très peu de désordre, ayant « *une tendance à se maintenir indéfiniment dans leur état initial* »⁶⁴. L'important, pour ces sociétés, est en effet de d'entretenir, par des rituels notamment, l'égalité et l'unanimité au sein du groupe. À l'inverse, les sociétés dites modernes seraient des sociétés chaudes, ressemblant à des machines à vapeur⁶⁵, fonctionnant sur une différence de potentiel, résultant de la hiérarchie sociale. Elles généreraient donc plus de désordre en leur sein, notamment sur le plan des relations humaines (conflits sociaux, luttes politiques...)⁶⁶, désordre qui est une condition même de la pérennité de la société. À chaque fois que les écarts internes à la société parviennent à s'égaliser (fin du servage, de

⁶¹ « Le droit, tel qu'il se présente dans les sociétés occidentales, est un fait de culture et, comme tel, une possibilité dont certaines sociétés ont très légitimement pu faire le choix de se passer, en concevant d'autres solutions pour installer en leur sein la normativité qui chapeaute toute société », L. ASSIER-ANDRIEU, *op.cit.*, p. 101. Les normes régulatrices des sociétés autochtones sont le plus souvent limitées et imprécises, ayant principalement pour objet, non pas de planifier les activités de la collectivité, mais de régler des différends entre personnes, afin de restaurer la paix et la stabilité au sein du groupe, plutôt que de donner raison à l'un ou l'autre. Pour une présentation, succincte mais claire, des enjeux méthodologiques auxquels sont confrontés les anthropologues appréhendant « ce qui produit les mêmes effets que le droit » dans les sociétés dépourvues d'un ordonnancement juridique identifiable, voir A. MAHÉ, « Droit », in P. BONTE et M. IZARD, *op.cit.*, pp. 783-784.

⁶² *To no Patenting of Life, op.cit.*

⁶³ Alors qualifiées de « primitives », mais déjà avec des guillemets...

⁶⁴ G. CHARBONNIER, *Entretiens avec Claude Lévi-Strauss*, Agora, Presses Pocket, Paris, 1961, p. 38.

⁶⁵ C. LÉVI-STRAUSS fait ici un renvoi aux lois de la thermo-dynamique.

⁶⁶ « la grande différence d'ensemble est que les sociétés primitives s'efforcent, de façon consciente ou inconsciente, d'éviter que ne se produise ce clivage entre leurs membres, qui a permis ou favorisé l'essor de la civilisation occidentale », *Ibid*, p. 40.

l'esclavage, du colonialisme...), la société moderne a dû créer d'autres différentiels. La prise de décision à la majorité permet, structurellement, de maintenir ces écarts, en ce qu'elle est nécessairement génératrice d'une majorité et d'une minorité (ce que l'on peut comparer, en thermo-dynamique, à une différence de potentiel).

Pour quelle raison l'entropie gagnerait-elle les sociétés autochtones? Parce que la reconnaissance de ces droits, faute d'une définition précise de ce que recouvre le terme « collectif » et de ce sur quoi portent effectivement ces droits⁶⁷, risque de produire un déséquilibre entre ce qui relève des « droits » individuels et des « droits » du groupe. En effet, les droits collectifs sont des droits individuels exercés collectivement, alors que les droits de groupe sont les droits de l'entité. L'affirmation de droits collectifs ne risque-t-elle pas de générer une sur-représentation des individus au détriment de la communauté, et ce alors même que les droits individuels sont pour ainsi dire inconnus des populations autochtones? Ce faisant, le danger est grand de voir les membres de ces communautés s'appropriier, privatiser, les terres et les ressources. Ce faisant, le groupe – en tant que communauté et non pas en tant que somme d'individualités – ne peut plus assumer son rôle de régulateur⁶⁸.

En outre, si l'une des expressions de ce droit de propriété intellectuelle, ainsi que cela est envisagé, consiste en une autorisation préalable donnée par la communauté quant à l'usage de son savoir⁶⁹, n'y a-t-il pas là aussi risques de désorganisation sociétale?

Désorganisation, d'une part, au regard de la personne ou de l'entité habilitée à exprimer cette autorisation préalable. M.-A. Hermitte voit dans cette dernière un élément commun aux cultures occidentale et autochtone, cette ressemblance constituant le substrat de l'internormativité⁷⁰. Ce n'est toutefois un trait commun qu'en apparence. L'Occidental formule, en effet, sa demande « d'homme à homme »; en revanche, le plus souvent, le chasseur, le cultivateur autochtone formule sa demande aux esprits forestiers, à l'esprit de l'animal⁷¹. Le destinataire de l'autorisation s'avère donc radicalement différent. Cependant, l'important est moins dans cet élément que dans le fait que la demande d'autorisation préalable formulée par le scientifique va nécessairement conduire à la reconnaissance d'une nouvelle compétence au profit d'un ou de quelques individus au sein du groupe. Or, nouveau pouvoir sera susceptible de perturber les rapports interindividuels et collectifs au sein de la communauté.

Désorganisation d'autre part au regard du savoir en cause. Ainsi qu'il a été vu, l'agronome,

⁶⁷ Si ces définitions sont posées au plan interne – parfois de façon lacunaire – cela n'est pas le cas au plan international.

⁶⁸ Cf. G. FILOCHE, « Droits collectifs et ressources renouvelables... », *op.cit.*, p. 21.

⁶⁹ Autorisation préalable à laquelle s'ajoute le partage équitable des avantages, notamment financiers, tirés de l'exploitation de ce savoir.

⁷⁰ « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps », *op.cit.*, p. 105.

⁷¹ J. POIRIER, *op.cit.*, pp. 921-922.

le chimiste et l'industriel ne s'intéressent qu'aux savoirs « utiles ». Partant, le dialogue qui va s'engager entre les communautés indigènes et les chercheurs ne portera que sur des connaissances décontextualisées. L'« homme de science », non anthropologue, n'a que faire des gestes ou paroles qui accompagnent l'usage de telle ou telle plante pour soigner telle ou telle maladie, ce qui lui importe étant de découvrir le principe actif, la molécule ayant l'effet thérapeutique visé. Le risque n'est-il pas, qu'à terme, les peuples autochtones abandonnent leurs pratiques, leurs rituels, au profit d'une démarche utilitariste, répondant aux attentes de l'Occident, mais négligeant la dimension culturelle propre au groupe ? Dans cette hypothèse, l'usage du « droit de propriété intellectuelle » a-t-il encore du sens, sachant que

« (d)ans son sens juridique précis, la protection de la propriété intellectuelle consiste à définir le droit du détenteur de droits de s'opposer à l'utilisation par des tiers du matériel protégé ou, au minimum, de tirer un avantage équitable de son utilisation ainsi que celui de s'opposer au manque de reconnaissance *ou à la distorsion (perte d'intégrité)* »⁷².

Le testament d'Orphée

En guise de conclusion, revenons sur cet apparent paradoxe qu'il y a à mobiliser, ici, la mythologie grecque. La pensée grecque peut, en effet, être considérée comme le berceau de la pensée occidentale, laquelle se mâtinera, progressivement, de pensée chrétienne, mais l'origine est en Grèce. En outre, ce furent les Grecs qui séparèrent l'homme de la nature. Ils s'employèrent à mesurer l'espace, le parcellisèrent, se l'approprièrent. Ils ne le désacralisèrent toutefois pas, ne le dévitalisèrent pas, même si le rapport homme-nature-dieux traduisit une vision plus souple qu'auparavant. Néanmoins, l'alliance fut brisée (en apparence) et la rupture ne fera que s'accroître. Aristote le confirme, tenant un discours très éloigné de celui des populations autochtones:

« il n'y a pas d'amitié ni de justice envers les choses inanimées. Mais il n'y en a pas non plus envers un cheval ou un bœuf, ni envers un esclave en tant qu'esclave »⁷³.

Aussi, faire appel au mythe de Perséphone ne revient-il pas à user d'une grille de lecture appartenant au monde « dominant » pour comprendre des enjeux mettant en cause ce même monde dans ses rapports à ce qu'il veut dominer? N'est-ce pas avaliser la vision du vainqueur? N'est-ce pas procéder à un « retournement de l'outil »? Probablement pas. La démarche vise davantage à raviver, symboliquement, la pensée propre à ce temps de l'avant-rupture, lorsque les humains se considéraient comme agis par des forces extérieures. Elle vise également à rappeler

⁷² Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, « Protection des savoirs traditionnels: projet d'analyse des lacunes y relatives », 13e session, 11 oct. 2008, *op.cit.*, p. 27. C'est nous qui soulignons.

⁷³ *Ethique à Nicomaque*, Livre VIII. De l'amitié, chapitre 13, 1161b.

que la rupture homme-nature n'existe, en définitive, que sur le plan théorique et abstrait⁷⁴. A eux seuls, les risques environnementaux le prouvent chaque jour. Ce faisant, « l'homme moderne ne gagnerait-il pas à redevenir quelque peu magdalénien? »⁷⁵

Ce disant, sera-t-on, tel Cocteau, condamné pour crime d'innocence?

⁷⁴ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essais d'anthropologie symétrique*, La Découverte/Poche, Paris, 1997, 209 p.

⁷⁵ N. ROULAND, *Aux confins du droit, op.cit.*, p. 247.