



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada



LE MEILLEUR
DES MONDES :

Au carrefour de la biotechnologie
et des droits de la personne

Chapitre 7

Biotechnologie, droits et
savoirs traditionnels

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie
et des droits de la personne

juillet 2005

Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.

AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à copyright.droitdauteur@communication.gc.ca.

N° de catalogue Iu199-6/2005F
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :
<http://biotech.gc.ca>

Table des matières

7.1 Introduction	7-1
7.2 Aperçu : Biotechnologie et savoirs traditionnels	7-2
7.3 Savoirs traditionnels et biotechnologie : considérations relatives à la politique publique	7-6
7.4 Droits et savoirs traditionnels	7-9
7.4.1 L'établissement d'un droit sur les savoirs traditionnels	7-10
7.4.2 Scène internationale	7-12
7.4.3 La situation au Canada	7-30
7.5 Outils pour « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels	7-44
7.6 Conclusion	7-47

Biotechnologie, droits et savoirs traditionnels

Stefan Matiation

7.1 Introduction

Du point de vue des droits, deux grands aspects liés à l'impact de la biotechnologie sur les intérêts des Autochtones peuvent être examinés. Le premier concerne la protection et l'utilisation des connaissances, des innovations et des pratiques traditionnelles des Autochtones. Le deuxième a trait aux craintes, basées sur des exemples historiques et contemporains de mauvais traitements, que les peuples indigènes puissent être victimes de discrimination dans la conduite des recherches en biotechnologie sur des sujets humains¹. Ces deux aspects sont liés au niveau fondamental à la question suivante : quel est le juste équilibre à trouver entre l'intérêt de reconnaître et de respecter l'intégrité culturelle, politique, économique et sociale des Autochtones et celui d'encourager les activités de recherche et les percées scientifiques dans le domaine de la biotechnologie qui sont susceptibles d'apporter des

bienfaits à la société dans son ensemble? Le présent chapitre porte exclusivement sur ce premier aspect, à savoir la protection et l'utilisation des savoirs traditionnels autochtones. Nous ne fournissons pas de réponse à cette question, mais l'hypothèse avancée pourrait servir de point de départ à une réponse : l'analyse fondée sur les droits peut aider les gouvernements à trouver un juste équilibre dans l'élaboration de lois et de politiques pertinentes.

Le présent chapitre donne un aperçu de la question de la biotechnologie, des droits et des peuples autochtones et met l'accent sur les deux premiers sujets — c'est-à-dire les droits d'utiliser les connaissances, les innovations et les pratiques autochtones pour l'application en biotechnologie de ressources biologiques non humaines. La notion de « droits » utilisée ici inclut les droits de la personne dont jouissent tous les êtres humains, de même que les droits des Autochtones, ou, selon la terminologie canadienne, les

¹ Les ressources génétiques humaines présentent un intérêt pour la recherche en biotechnologie. On croit que l'étude du génome humain apportera d'importants bienfaits pour la santé qui enrichiront la vie de tous les humains. Les recherches sur les sujets humains, ou sur le matériel génétique de sujets humains, notamment à un niveau qui pourrait entraîner l'altération du matériel génétique d'individus, de groupes et de l'espèce humaine, soulèvent toutefois une pléiade de questions épineuses sur les plans juridique et éthique. Les peuples autochtones se sont dits très inquiets du risque d'être victimes de discrimination au cours ou par suite de telles recherches, notamment peut-être lors de la détermination de l'appartenance à une communauté autochtone particulière. Comme elles représentent souvent un pool génétique relativement homogène, les communautés autochtones sont considérées comme un bon objet de recherche en génétique humaine. Le Projet sur la diversité du génome humain (HGDP), projet international qui prévoit la collecte et la comparaison de matériel génétique de divers groupes ethniques dans le monde, y compris notamment des peuples autochtones, a soulevé des craintes au sein des ONG, dont certaines représentent des Autochtones. Les pressions exercées par la population ont grandement retardé le projet. En effet, jusqu'à présent, aucune collecte de données génétiques humaines n'a été entreprise par le HGDP, sauf par ses comités régionaux en Chine et en Asie du Sud-Ouest, qui ont prélevé certains échantil-

lons dans leurs régions (communication personnelle avec Henry Greely, Morrison Institute, Stanford University, HGDP North American Regional Committee, 24 novembre 2003). Les coordonnateurs du HGDP préconisent maintenant que tout échantillonnage soit effectué uniquement en conformité avec des lignes directrices en matière d'éthique qui tiennent compte des préoccupations des communautés locales et autochtones. Les lignes directrices qui ont été élaborées à cette fin sont affichées sur le site <http://www.stanford.edu/group/morrinst/hgdp/protocol.html>, consulté la dernière fois le 18 mars 2004. D'autres documents traitent de cette question, notamment Steve Olson, « The Genetic Archaeology of Race », *The Atlantic Monthly*, avril 2001, <http://www.theatlantic.com>, consulté la dernière fois le 24 novembre 2003; Henry Greely, « What About the Other Human Genome Project? The Perils and the Prospects of the Human Genome Diversity Project », en dossier; la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* de l'UNESCO, adoptée unanimement par la Conférence générale de l'UNESCO, le 16 octobre 2003; la *Déclaration des peuples autochtones de l'hémisphère occidentale concernant le Projet sur la diversité du génome humain*, affichée à l'adresse <http://www.indians.org/welker/genome.htm>, consultée la dernière fois le 21 octobre 2003; M. Foster, « The Human Genome Diversity Project and the Patenting of Life: Indigenous Peoples Cry Out », (1999) 7 *Canterbury Law Review*, 343; Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *La recherche sur la diversité du génome humain et les populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1998/4.

droits qui sont détenus par des Autochtones et des personnes en vertu de leur statut d'Autochtone². En raison de la nature des connaissances, des innovations et des pratiques autochtones, nous nous attarderons principalement sur les droits des Autochtones³. Pour cette raison, le présent chapitre diffère passablement des autres chapitres de ce recueil.

Comme il en sera question à la section 7.3, la revendication de droits centrale qui est en jeu peut être formulée pour les besoins de la présente discussion de la façon suivante : *les peuples indigènes ont un droit de propriété et de contrôle d'accès et de contrôle d'utilisation sur les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles*. Cette affirmation peut englober les connaissances, les innovations et les pratiques qui ne sont connues que d'une communauté autochtone de même que celles qui relèvent déjà du domaine public⁴, aspect beaucoup plus épineux. La question sous-jacente examinée est la suivante : les peuples autochtones ont-ils ce droit dans le droit international ou canadien? La reconnaissance d'un tel droit aurait des répercussions sur l'élaboration de politiques et de lois en matière de biotechnologie.

Il convient de noter d'entrée de jeu que la question de l'existence d'un droit de contrôler les savoirs traditionnels reste spéculative — il n'existe guère de droit directement applicable en la matière qui pourrait être utilisé pour trouver une réponse. De fait, il est même difficile de prédire, par exemple, si une revendication relative aux savoirs traditionnels pourrait faire l'objet d'un litige devant un tribunal national. La question des savoirs traditionnels est toutefois un point émergent dans le domaine des droits des Autochtones. Sans doute, les progrès à l'échelle internationale et nationale dans ce domaine continueront à prendre de l'importance pour le Canada dans les années qui viennent. Ainsi, un examen des droits associés aux savoirs traditionnels dans le domaine de la biotechnologie, bien que préliminaire, est utile.

Le chapitre débute par un aperçu de ce qu'on entend par « savoirs traditionnels » et des considérations pertinentes en matière de politique publique. Suit une section portant sur l'existence ou non d'un fondement en droit pour affirmer que les peuples autochtones ont un droit de propriété et de contrôle sur leurs connaissances, innovations et pratiques. Le droit international et le droit interne canadien sont

examinés dans cette optique. Enfin, nous examinons les stratégies possibles qui pourraient être utilisées pour défendre les intérêts des Autochtones en ce qui a trait à leurs connaissances, innovations et pratiques, tout en tenant compte des lacunes possibles dans les stratégies existantes.

7.2 Aperçu : Biotechnologie et savoirs traditionnels

La relation entre la biotechnologie et les connaissances, innovations et pratiques autochtones peut être illustrée par l'exemple suivant.

Les San, aussi appelés Bochimans, groupe autochtone qui vit dans certaines parties de l'Afrique du Sud, ont récolté et utilisé la sève de la plante *Hoodia gordonia* pendant des siècles comme agent anorexigène (pour diminuer l'appétit) et comme source d'énergie. En 2001, les San se sont rendus compte que le Council for Scientific and Industrial Research (CSIR) d'Afrique du Sud avait identifié le principe actif de *Hoodia*, qu'il a utilisé pour obtenir un brevet. Le brevet du CSIR a été plus tard acheté par Pfizer aux É.-U. comme point de départ pour la mise au point d'un médicament anorexigène. Bien qu'ils n'aient reçu au départ aucun avantage de l'application scientifique de l'information concernant *Hoodia* et n'aient pas été consultés à l'origine par le CSIR, les San ont fini par convaincre l'organisation d'entamer des négociations en vue de partager les bénéfices. Le CSIR a

² Conformément à la pratique internationale, le terme « Autochtone » est utilisé dans ce chapitre lorsqu'on désigne les peuples autochtones ou les membres de communautés autochtones dans des discussions portant sur le contexte international. Il n'existe aucune définition communément acceptée de « peuples autochtones » en droit international. Toutefois, pour les besoins du présent chapitre, qu'il suffise de dire que le terme inclut les Autochtones du Canada, terme que nous utiliserons ici en référence au contexte canadien. Conformément au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les peuples autochtones du Canada incluent les « Indiens, Inuits et Métis du Canada ».

³ On ne s'entend pas sur la façon dont le concept des droits des Autochtones est lié au concept des droits de la personne. Le présent chapitre ne tente pas de répondre à la question. Le terme « droits de la personne » est plutôt utilisé pour décrire les droits que tous possèdent (bien que certains puissent être propres à des minorités, aux femmes, aux enfants, etc.) et les « droits des Autochtones » servent à désigner les droits que seuls possèdent ou posséderaient les peuples autochtones. Le terme « droits des Autochtones » est plus spécifique. Le droit interne du Canada décrit ces droits, qui sont abordés à la partie 3 ci-dessous sur les savoirs traditionnels à l'échelle nationale.

⁴ Bien qu'il soit surtout utilisé dans le contexte des droits d'auteur, le concept de domaine public employé dans le présent document englobe également les choses qui ne sont pas brevetables dès le départ ou qui ne le sont plus.

reconnu qu'il utilisait le savoir traditionnel des San comme fondement de ses recherches sur la plante *Hoodia*, et en 2003, a accepté de conclure un accord prévoyant que les San recevront des versements de 8 à 10 millions de rands sur quatre ans, en plus de 6 p. 100 des redevances payées au CSIR par Pfizer, si un produit commercialisable était mis au point grâce au brevet⁵.

Les San étaient représentés par le South African San Council dans leurs négociations avec le CSIR. Cette organisation, de concert avec le Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa, qui représente des groupes autochtones d'Afrique du Sud, du Botswana, de la Namibie et de l'Angola, tente de protéger l'héritage des San en combinant des projets d'éducation et de renforcement des capacités, des activités de défense des droits de la personne et de formation et des services juridiques concernant les droits aux terres traditionnelles⁶. Le Council a fait valoir des arguments basés sur les droits pour convaincre le CSIR de discuter du partage des bénéfices avec les San.

Comme le montre le cas de la plante *Hoodia*, les ressources biologiques qui semblent prometteuses pour la recherche en biotechnologie de même que l'information sur leurs applications potentielles sont souvent « découvertes » lorsqu'on étudie les connaissances, innovations et pratiques des Autochtones. Les groupes autochtones, les sociétés de biotechnologie et les chercheurs, ainsi que les États qui comptent de grandes industries biotechnologiques ou ont un important potentiel de recherche, s'intéressent tous aux ressources biologiques et à l'information concernant leurs applications⁷. Cet intérêt soulève des craintes tout en laissant entrevoir certaines possibilités pour ces communautés. La capacité des groupes autochtones d'exploiter ces possibilités peut être liée à la reconnaissance et au respect des droits des Autochtones.

La « biotechnologie » est définie dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* dans les termes suivants :

[...] l'application des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation des organismes vivants ou de leurs parties ou produits, sous leur forme naturelle ou modifiée⁸.

... et, comme exemple international, citons la définition dans la *Convention sur la diversité biologique* (CDB), qu'a signée le Canada :

Toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, utilisée pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique⁹.

La biotechnologie classique — soit l'altération de la fréquence des gènes sur des générations successives en croisant différentes espèces ou variétés par hybridation — s'appuie sur le travail de pionnier effectué par Gregor Mendel au XIX^e siècle sur la science de l'hérédité. La biotechnologie moderne s'est développée dans la dernière partie du XX^e siècle. Elle fait appel à des techniques qui fonctionnent à l'échelle cellulaire ou moléculaire pour modifier le code génétique de micro-organismes. Ces techniques permettent aux scientifiques d'échanger l'information génétique d'un micro-organisme, d'une plante et d'un animal (y compris d'un humain) à l'autre¹⁰.

Les secteurs agricole, pharmaceutique et environnemental de l'industrie de la biotechnologie espèrent découvrir et modifier les ressources biologiques présentes dans les plantes, les animaux et les micro-organismes pour mettre au point de nouveaux produits, médicaments, procédés et applications. Bon nombre des innovations obtenues seront

⁵ « Traditional Knowledge of the San of Southern Africa: *Hoodia gordonia* », exposé préparé par Victoria Geingos et Mathambo Ngakaeaja, Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa for the Second South-South Biopiracy Summit, 22-23 août 2002, Johannesburg, Afrique du Sud [source].

⁶ Voir les sites Web du Working Group of Indigenous Minorities in Southern Africa et du South African San Council, <http://www.wimsareg.org> et <http://www.san.org.za>, respectivement, consultés la dernière fois le 24 mars 2004.

⁷ La convergence d'intérêts des gouvernements, des entreprises et des Autochtones pour les ressources biologiques n'est pas tellement différente de la convergence similaire d'intérêts pour d'autres ressources naturelles comme les minéraux, les forêts et les ressources pétrolières et gazières. Des efforts ont été déployés en vue de régler les conflits inhérents à cette convergence d'intérêts pour ces dernières ressources naturelles en identifiant les droits et les intérêts concurrents qui sont en jeu ainsi que les solutions possibles qui peuvent être mutuellement bénéfiques, ces efforts pourraient donc aider à trouver une solution aux conflits entourant ces ressources biologiques.

⁸ *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, ch. 33, par. 3(1).

⁹ *Convention sur la diversité biologique*, affiché à <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 15 mars 2004, article 2.

¹⁰ Ce paragraphe est tiré de *Biotechnology: A reference tool for DOJ practitioners*, 2003, pp. 4-5.

protégées par le régime des droits de propriété intellectuelle. Les chercheurs, qui sont nombreux à travailler pour un institut financé par l'État, s'intéressent particulièrement aux ressources biologiques qui existent dans des régions jouissant d'une grande biodiversité, telles que le bassin de l'Amazonie, de même qu'aux ressources présentes dans les environnements hostiles ou uniques, notamment certaines régions du Canada. Bon nombre des régions et des environnements qui attirent l'attention des chercheurs sont habitées depuis des millénaires par des peuples autochtones, qui ont depuis longtemps mis au point des techniques entrant dans la définition de la biotechnologie donnée ci-haut — l'observation, la modification et l'application d'organismes vivants à diverses fins telles que la production d'aliments, de médicaments et la gestion de l'environnement¹¹.

Qu'entend-on par savoirs traditionnels?

Grâce au rapport intime qu'elles entretiennent avec le monde naturel qui les entoure et une longue pratique transmise de génération en génération, les communautés indigènes dans toutes les régions du monde possèdent des connaissances, innovations et pratiques qui ont des applications traditionnelles et contemporaines. Le terme « connaissances traditionnelles » ou « savoirs traditionnels » est utilisé dans le présent chapitre comme une façon concise de décrire un large ensemble de connaissances, d'innovations et de pratiques qui plongent leurs racines dans le passé mais qui évoluent sans cesse¹².

Le présent chapitre porte sur les savoirs traditionnels qui ont le plus de rapport avec la biotechnologie, telles que celles utilisées pour repérer ou identifier les ressources biologiques qui pourraient permettre d'obtenir des brevets lucratifs et, surtout, celles servant à déterminer les utilisations possibles de ces ressources, comme dans l'exemple de la plante *Hoodia* décrite ci-dessus. Il importe toutefois de rappeler l'ensemble de la réalité à laquelle renvoie ce terme. Les savoirs traditionnels englobent divers aspects qui dépassent le cadre de la biotechnologie. Pour les peuples autochtones, les questions relatives aux savoirs traditionnels ne se limitent pas aux connaissances — elles concernent la culture, les pratiques et les droits coutumiers, l'organisation sociale, les rapports avec les terres et les ressources et l'autodétermination collective¹³.

Il n'existe pas de définition communément acceptée à l'échelle internationale ou nationale du terme « savoirs

traditionnels ». Ce dernier a plutôt été appliqué de façon variable selon les nombreux contextes différents et cadres politiques diffus dans lesquels il est utilisé. Le Secrétariat de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) désigne par ce terme « des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et des symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur les traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique¹⁴ ». Selon le Secrétariat, l'expression « fondées sur les traditions » concerne :

[...] les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution¹⁵.

L'application dans ce chapitre du terme « traditionnelles » aux connaissances, innovations et pratiques autochtones ne veut pas dire que les connaissances autochtones sont figées à une époque primitive avant tout contact avec des sociétés non autochtones¹⁶. Le passage qui suit montre bien le caractère évolutif des savoirs traditionnels.

¹¹ Dans un petit ouvrage montrant comment l'Amérique du Sud a perdu son hégémonie économique au profit de l'Amérique du Nord, Felipe Fernandez-Armesto discute brièvement de l'histoire de la production et du commerce du maïs chez les groupes autochtones, notamment l'application des techniques de sélection des plantes pour mettre au point de nouvelles variétés adaptées aux conditions locales. *History of the Americas*, 2003.

¹² Le terme « savoirs traditionnels » n'est pas nécessairement celui que préfèrent les peuples autochtones pour décrire l'ensemble de la réalité à laquelle il est censé référer. Sakej Henderson a traité de l'importance de préserver les langues et les visions du monde des Autochtones et du risque d'assimilation de la pensée autochtone dans les traditions linguistiques anglaise, française ou espagnole. Voir « Governing the Implicate Order: Self-Government and the Linguistic Development of Aboriginal Communities », 1993, copie en dossier.

¹³ Le droit à l'autodétermination est abordé plus en détail ci-dessous.

¹⁴ WIPO/GTRK/IC/3/9, p. 11, affiché sur le site Web de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à l'adresse <http://www.wipo.org>, consulté la dernière fois le 15 mars 2004.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ John Borrows a critiqué cette idée. Voir, par exemple, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, 2002, en particulier le chapitre 3.

[TRADUCTION]

Je tenterai ici de me faire l'avocat du savoir autochtone. Le terme bien connu « savoirs traditionnels » implique un corpus de données relativement anciennes qui ont été transmises pratiquement inchangées de génération en génération. S'appuyant sur cette hypothèse, les recherches en Occident ont principalement eu une visée taxonomique : l'identification des plantes et des animaux utilisés par les peuples autochtones, la consignation de leurs noms locaux et le répertoire des usages signalés. Les connaissances locales relatives aux propriétés pharmacologiques et physiques utiles de l'espèce indigène auraient été colligées, présume-t-on, il y a longtemps [...] [et] on peut les obtenir en consultant un informateur local compétent. À l'intérieur d'une communauté, cependant, les connaissances varient grandement d'une personne à l'autre. On observe des différences non seulement entre les personnes ordinaires et les experts, tels que les guérisseurs expérimentés, les chasseurs ou cérémonialistes, mais également de grandes divergences sur le plan de l'expérience et de l'opinion professionnelle entre les experts, ce à quoi il faut s'attendre dans tout système de connaissances dynamique et vivant qui réagit constamment à l'apparition de nouveaux phénomènes et de nouvelles trouvailles¹⁷.

Le fait de décrire les savoirs traditionnels comme une catégorie de connaissances, si large soit-elle, ne rend pas bien compte de l'importance du rôle que jouent les savoirs traditionnels dans les communautés autochtones. Les savoirs traditionnels sont souvent décrites dans le contexte des droits : [TRADUCTION] « droits aux terres, au territoire et aux ressources; droits à une divulgation pleine et entière et à un consentement éclairé préalable; droits à l'intégrité culturelle et aux pratiques coutumières; et droits à un partage équitable des bénéfices et au contrôle de l'accès aux ressources traditionnelles »¹⁸.

Les savoirs traditionnels sont considérés comme étant intimement liés au territoire et à la culture. Russell Barsh soutient qu'il ne s'agit pas d'un lien à la [TRADUCTION] « terre en général, mais à des paysages, à des reliefs et à des biomes particuliers où des cérémonies sont célébrées

en bonne et due forme, les histoires racontées comme il se doit, les médicaments récoltés correctement et les transferts de connaissances dûment authentifiés¹⁹ ». Dans le domaine culturel, les savoirs traditionnels ne peuvent pas facilement être distingués des langues dans lesquelles elles s'expriment, ni de la vision du monde de la communauté qui les utilise. En effet, Barsh indique que le plus grand danger qui menace les savoirs traditionnels provient des communautés autochtones elles-mêmes qui, selon lui, devraient conserver soigneusement leurs langues traditionnelles et leurs pratiques culturelles afin de préserver leur savoir traditionnel et créer de nouvelles innovations et applications à partir de ces connaissances²⁰.

Enfin, il ne faut pas isoler les savoirs traditionnels des processus d'apprentissage et de développement des connaissances qu'on retrouve dans la communauté non autochtone. Voici à cet égard ce que pense John Borrows :

[TRADUCTION]

Il y a quelque chose de valable de nos jours dans les traditions autochtones qui considèrent que tous les éléments constituant du territoire sont interreliés. Bien que je considère ces connaissances comme imparfaites et incomplètes, elles sont également empreintes de sagesse et d'une grande perspicacité. On peut retirer bien des avantages de l'application de ces connaissances à l'intérieur des communautés autochtones et du Canada dans son ensemble. Nos perceptions intellectuelles, affectives, sociales, physiques et spirituelles peuvent être simultanément comparées, distinguées, rejetées, soutenues et mélangées avec celles d'autres communautés²¹.

¹⁷ R. Barsh, « Defending Indigenous Science from Biopiracy: A Choice-of-Laws Approach », p. 3. Inédit. Copie en dossier.

¹⁸ G. Duffield et G. Posey, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous and Local Communities*, 1996, pp. 211-212.

¹⁹ Barsh, *supra*, note 17, p. 5. Voir également L. Whitt, M. Roberts, W. Norman et V. Grieves, « Belonging to Land: Indigenous Knowledge Systems and the Natural World », (2001) 26 Okla. City U.L. Rev., 701.

²⁰ Barsh, *supra*, note 17, p. 25. Voir également Sakej Henderson, *supra*, note 12; et M. Battiste, *Maintaining Aboriginal Identity, Languages and Culture in Modern Society*, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993.

²¹ Borrows, *supra*, note 16, les deux citations à la p. 147.

7.3 Savoirs traditionnels et biotechnologie : considérations relatives à la politique publique

L'accès aux savoirs traditionnels revêt de l'importance pour la société dans son ensemble car c'est souvent le point de départ de produits qui ont des applications bénéfiques d'envergure. Les savoirs traditionnels ont joué un rôle essentiel dans la mise au point d'applications agricoles, industrielles et pharmaceutiques importantes. La société s'intéresse grandement à promouvoir la recherche sur des médicaments qui peuvent sauver des vies, par exemple, en fournissant un cadre réglementaire qui favorise l'affectation de ressources suffisantes de façon à ne ménager aucun effort en vue de découvrir des organismes et des applications qui pourraient donner des fruits intéressants.

Les régimes juridiques actuellement en vigueur à l'échelle internationale et au Canada ont tendance à favoriser l'innovation dans la recherche biotechnologique en récompensant les créateurs et les inventeurs qui partagent leurs créations et applications nouvelles. [TRADUCTION] « Suivant la perception actuelle [des systèmes de droits de propriété intellectuelle], il existe des incitatifs sur lesquels on s'entend socialement qui visent à encourager l'innovation de même que la divulgation publique de l'information relative à ces innovations²² ». En vertu des régimes de propriété intellectuelle, les droits privés de propriété sont accordés pour récompenser l'investissement en recherche et développement par les inventeurs et les créateurs et pour encourager l'information du public concernant des inventions ou des créations. Afin de maintenir un juste équilibre entre cet intérêt et celui de préserver le domaine public nécessaire pour assurer la libre circulation des idées et de l'information à l'usage de tous les inventeurs et créateurs, ce droit privé de propriété qui est accordé a une durée limitée²³.

Bien qu'il n'exclue pas nécessairement la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans les applications ou innovations fondées sur des savoirs traditionnels, le régime de propriété intellectuelle ne s'est pas développé jusqu'à maintenant en tenant compte des savoirs traditionnels ni ne prend ainsi en considération bon nombre des caractéristiques particulières ou des perspectives des peuples autochtones concernant la façon dont ces connaissances devraient être conservées, partagées et respectées. Par exemple, au lieu d'être la propriété d'un créateur ou

d'un inventeur unique, les savoirs traditionnels sont considérés comme un actif communautaire que possède et applique une communauté au profit de ses membres, bien que certaines personnes dans une communauté puissent être reconnues comme des experts dans un domaine de connaissance donné ou jouent des rôles particuliers dans la protection ou la diffusion de ces connaissances. Les savoirs traditionnels ne sont pas en outre limités dans le temps. Ils sont plutôt considérés comme étant exclusifs et détenus depuis des temps immémoriaux. Les intérêts des peuples autochtones en ce qui concerne les savoirs traditionnels ne sont donc pas nécessairement bien servis par le régime des droits de propriété intellectuelle²⁴.

Du point de vue pratique, ce sont ceux qui possèdent les savoirs traditionnels qui les contrôlent. Un individu ou un groupe autochtone qui possède des savoirs traditionnels peut les protéger en décidant de ne pas les partager avec des étrangers, tels que des chercheurs en biotechnologie. Si l'histoire s'arrêtait là, il ne serait pas nécessaire de discuter des droits liés aux savoirs traditionnels, mais la question n'est pas si simple.

²² D. Downes, « How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge », (2000) 25 Colum. J. Envtl. L. 253, p. 261.

²³ *Ibid.*

²⁴ Selon la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), « Du point de vue juridique, cela signifie que pratiquement toute la culture et les connaissances traditionnelles des autochtones seraient déjà du domaine public et, donc, qu'aucune mesure de protection ne peut être invoquée. Dans les rares cas où la loi actuelle s'appliquerait, la protection serait de courte durée. » (*Rapport de la CRPA*, 1996, volume 3, chapitre 6, section 1.3, p. 679. Affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/index_e.html, consulté la dernière fois le 1er avril 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/index_f.html]). Voir également R. Coombe, « Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty: New Dilemmas of Indigenous Knowledge and the Conservation of Biodiversity », (1998) 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 59, Duffield and Posey, *supra*, note 18, J. Githaiga, « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge », (1998) 5 *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 1, affiché à <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n2/githaiga52.txt>, consulté la dernière fois le 1er octobre 2004; L. Whitt, « Indigenous Peoples, Intellectual Property and the New Imperial Science », (1998) 23 *Oklahoma City U.L. Rev.* 211; S. Ragavan, « Protection of Traditional Knowledge », (2001) 2 *Minn. Intell. Prop. Rev.* 1; D. Gervais, « Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge », (2003) 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 467; et G. Duffield, « Intellectual Property Rights and Development », *UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development*, 2003, affiché à http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/ipers/PP.htm, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

Les savoirs traditionnels des groupes autochtones sont souvent utilisés sans leur consentement — par exemple par des chercheurs s'adonnant à la prospection biologique ou à ce qu'on appelle le « biopiratage » — pour accéder à des ressources génétiques ou biologiques précieuses²⁵. L'usage non autorisé des savoirs traditionnels est fréquent en partie à cause de la somme considérable de connaissances autochtones qui ont déjà été colligées et décrites par les anthropologues, les ethnobotanistes et d'autres²⁶. De plus, à l'exception peut-être des connaissances sacrées, les communautés autochtones n'ont pas toujours tenté de garder leurs connaissances secrètes et à l'abri des curieux. Comme une partie des savoirs traditionnels sont dans le domaine public, il est difficile de les protéger au moyen des instruments juridiques existants qui ont été créés pour protéger les droits de propriété intellectuelle, comme la législation sur les brevets ou les droits d'auteur²⁷. Parallèlement, il est possible qu'un titulaire de brevet dont le brevet s'inspire des savoirs traditionnels puisse être en mesure d'utiliser des mesures de défense en vertu des régimes de protection des brevets pour empêcher les dépositaires autochtones de ces connaissances de les utiliser à des fins commerciales, voire non commerciales. Les peuples autochtones sont ainsi doublement pénalisés : ils peuvent ne pas pouvoir utiliser les droits de propriété intellectuelle à leur avantage et ceux-ci peuvent également être utilisés contre leurs intérêts.

Un autre enjeu a trait aux ressources biologiques qui sont récoltées sur les terres traditionnellement utilisées ou occupées par des Autochtones. Dans bien des cas, cela se fait aisément sans l'approbation ni la participation de la communauté intéressée. Cette question préoccupe les groupes autochtones, qui soutiennent qu'ils devraient recevoir des bénéfices lorsque des ressources génétiques sont recueillies sur leurs terres traditionnelles tout comme les propriétaires fonciers — l'État ou des intérêts privés — qui peuvent recevoir des bénéfices en contrôlant l'accès à certaines terres. Il convient de noter, cependant, que les terres que les peuples autochtones revendiquent parce qu'ils les utilisent ou les occupent depuis toujours couvrent souvent une superficie beaucoup plus grande que ce que les gouvernements sont prêts à reconnaître ou à négocier, souvent parce que ces terres ont été légitimement reprises pour des raisons valides²⁸.

Non seulement l'usage non autorisé des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques présentes sur les terres traditionnelles des Autochtones implique souvent que ces derniers ne peuvent pas tirer profit de l'utilisation de ces terres, mais aussi la connaissance sacrée ainsi que les plantes, les animaux et d'autres organismes qui sont importants pour les groupes indigènes peuvent être utilisés au détriment des cultures, des économies et des systèmes d'organisation sociale sur lesquels sont fondées leurs communautés. De fait, les inquiétudes en ce qui concerne l'usage abusif des éléments sacrés et l'impact négatif sur la communauté et l'environnement éclipsent souvent les considérations économiques. On fait parfois valoir que, peu importe les considérations économiques, les communautés autochtones devraient pouvoir interdire l'accès à certaines

²⁵ [Traduction] « Le biopiratage a été défini comme le processus suivant lequel les droits des cultures indigènes sur les ressources et les connaissances génétiques sont éteints et remplacés au profit de ceux qui ont exploité les connaissances et la biodiversité autochtones'. » Dans C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Discussion Paper*, 2001, p. 4. Dans M. DeGeer, « Biopiracy: The Appropriation of Indigenous Peoples' Cultural Knowledge », (2003) 9 *New Eng. Int'l & Comp. L. Ann.* 179, p. 180, il est défini comme [Traduction] « l'appropriation illégale de la vie — micro-organismes, plantes, animaux (y compris les humains) et connaissance de la culture traditionnelle qui l'accompagne ». Essentiellement, le terme désigne le détournement des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques. La « bio-prospection » désigne la recherche de telles ressources.

²⁶ Abordé dans Downes, *supra*, note 22, Correa, *supra*, note 25 et dans M. DeGeer, *supra*, note 25, entre autres.

²⁷ Il convient de noter en outre qu'une fois qu'un brevet est accordé, le titulaire du brevet peut prendre des mesures de défense pour empêcher l'utilisation par d'autres des connaissances en question. Le titulaire d'un brevet pourrait utiliser des poursuites ou la menace de poursuites pour prévenir toute utilisation ultérieure des connaissances à des fins commerciales ou autres par le groupe indigène qui les possédait à l'origine.

²⁸ Il faut également reconnaître que les revendications territoriales des Autochtones ne sont souvent pas prises en compte par les gouvernements dans bien des pays et que les terres traditionnelles des Autochtones leur ont été prises dans le passé et continuent de l'être pour des motifs illégitimes. Des mesures raisonnables et justes de conciliation des revendications territoriales autochtones et d'autres priorités relatives à l'utilisation des terres constituent un défi à l'échelle internationale. La Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a demandé à Erika Irene Dess d'effectuer des études sur les peuples autochtones et leur rapport avec la terre et sur les peuples autochtones et les ressources naturelles. Dess a produit certains documents sur le sujet : E/CN.4/Sub.2/2001/21, E/CN.4/Sub.2/2002/23 et E/CN.4/Sub.2/2003/20. Jusqu'à présent, ces travaux ont été décevants — s'appuyant de façon sélective sur certains documents tout en ignorant des principes importants relatifs à l'intégrité territoriale et la souveraineté des États sur les ressources naturelles. Ces rapports ne s'inspirent pas sur des mesures politiques et juridiques importantes qui ont été utilisées au Canada pour concilier les intérêts concurrents dans les dossiers relatifs à l'utilisation des terres et à la propriété des terres, qui dans bien des cas pourraient être imitées par d'autres pays.

ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes pour des raisons importantes à leurs yeux²⁹.

Selon la Chambre de commerce internationale et la Biotechnology Industry Organization, l'industrie de la biotechnologie semble prête à prendre plus au sérieux les préoccupations des peuples autochtones³⁰. Les entreprises qui s'adonnent activement à la recherche sur le terrain ne sont pas responsables du règlement des revendications plus vastes faites par les groupes autochtones en ce qui concerne leurs droits à leurs terres traditionnelles, la protection de leur patrimoine naturel et le droit à l'autodétermination — questions qui relèvent toutes entièrement de la compétence des États. Le fait que certaines entreprises reconnaissent qu'elles devraient, par exemple, seulement recueillir des savoirs traditionnels après avoir obtenu le consentement éclairé des dépositaires de ces connaissances et qu'elles devraient veiller à ce que les Autochtones qui fournissent les connaissances en retirent des bénéfices semble indiquer cependant qu'on admet de plus en plus que l'utilisation des savoirs traditionnels soulève des questions liées à l'éthique et aux droits³¹.

Par ailleurs, il ne fait aucun doute que les revendications des Autochtones inquiètent l'industrie de la biotechnologie, actuellement bien servie par un système qui favorise un

accès assez facile et peu coûteux aux ressources biologiques dans le but de promouvoir l'innovation et la recherche³². La reconnaissance des droits de contrôle sur les savoirs traditionnels qui relèvent déjà du domaine public est un enjeu particulièrement préoccupant. L'isolement de la quinine, par exemple, un antipaludéen de première importance, a été rendu possible grâce aux renseignements fournis au XVII^e siècle par des communautés indigènes à des explorateurs européens concernant l'utilisation de l'écorce de l'arbre *Chincona ledgeriana* pour traiter le paludisme³³. La reconnaissance d'un droit sur des savoirs traditionnels relatifs à des questions qui relèvent depuis longtemps du domaine public soulèverait peut-être des difficultés insurmontables.

Pour répondre aux préoccupations des Autochtones en ce qui concerne l'utilisation de leurs savoirs traditionnels et des ressources génétiques sur les terres qu'ils utilisent ou occupent depuis toujours (ou dont ils sont actuellement propriétaires), il faudra probablement trouver un juste équilibre entre, d'une part, les objectifs des autorités publiques en ce qui concerne la promotion de l'innovation et de la libre circulation des idées et de l'information et, d'autre part, la recherche de moyens de respecter les peuples autochtones et de promouvoir et de soutenir leurs objectifs culturels, sociaux, politiques et économiques. Une

²⁹ Le droit de propriété intellectuelle peut fournir non seulement des moyens défensifs mais aussi des moyens offensifs pour protéger les savoirs traditionnels contre une appropriation illicite. Par exemple, un groupe autochtone peut utiliser les principes et la procédure relativement à la propriété intellectuelle pour empêcher la monopolisation commerciale de leurs connaissances par d'autres. Barsh souligne que pour [Traduction] « être brevetables [...], les connaissances doivent être nouvelles d'une certaine manière. Une idée qui est déjà utilisée ailleurs, ou qui serait évidente pour quiconque connaît bien le domaine technique particulier, ne peut être protégée par un brevet ». En l'absence, cependant, de mécanismes satisfaisants de sélection préliminaire pour déterminer si un demandeur a indiqué s'il s'inspirait de savoirs traditionnels, ceux qui possèdent ces savoirs peuvent ne pas avoir les ressources nécessaires pour surveiller la multitude de brevets qui sont traités, par exemple par le US Patent and Trademark Office, et prendre des mesures offensives (Barsh, *supra*, note 17). Ces mesures ne règlent pas la question de la confidentialité des savoirs traditionnels. Christie soutient à cet égard que toute initiative de réforme du droit visant à tenir compte des préoccupations des Autochtones concernant le détournement des savoirs traditionnels devrait [TRADUCTION] « créer un mur de protection autour de la culture autochtone plutôt qu'un marché d'idées en faveur de leur utilisation » (G. Christie, « Aboriginal Rights, Aboriginal Culture, and Protection », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.*, pp. 447-484, par. 92. Par ailleurs, Borrows traite de l'importance de reconnaître le caractère interdépendant des relations entre Autochtones et non-Autochtones, gage d'une plus grande unité canadienne

(voir Borrows, *supra*, note 16, en particulier le chapitre 6). Cette vision semble encourager davantage l'échange de connaissances et d'idées que le secret prôné par Christie. La Commission royale sur les peuples autochtones déclare que « En affirmant leurs droits relativement au savoir traditionnel, les autochtones ne cherchent pas à se retirer du monde [...]. Les autochtones sont disposés à partager la richesse de leur culture [...] et [...] leur savoir [...]. Ils veulent aussi s'assurer que leur savoir est utilisé correctement [...]. Ils souhaitent toucher une juste rémunération [...] », *Rapport de la CRPA*, 1993, chapitre 6, volume 3, section 1.3, *supra*, note 24.

³⁰ Voir le site Web de la Chambre de commerce internationale à l'adresse <http://www.iccwbo.org>, consulté la dernière fois le 16 mars 2004, et celui de la Biotechnology Industry Organization à l'adresse <http://www.bio.org>, consulté la dernière fois le 16 mars 2004, pour obtenir des renseignements sur les positions de ces organisations. En particulier, voir le document de travail de la CCI intitulé « Protecting traditional knowledge » et une lettre de L. Val Giddings, vice-président à l'alimentation et à l'agriculture, Biotechnology Industry Organization, envoyée à Claudia McMurray, secrétaire générale adjointe déléguée à l'environnement, US Department of State, datée du 5 février 2004.

³¹ Voir « Biotechnology's Foreign Policy », discours prononcé par C. Feldbaum, président de la Biotechnology Industry Organization lors du congrès BIO 2002, l'International Biotechnology Convention and Exhibition, le 10 juin 2002 à Toronto. Affiché à l'adresse <http://www.bio2002.org/press/carl.asp>, consulté la dernière fois le 11 mars 2004.

³² Lettre de la BIO, *supra*, note 30.

analyse des droits des Autochtones sur leurs savoirs traditionnels pourrait fournir des indications utiles permettant de trouver ce juste équilibre.

7.4 Droits et savoirs traditionnels

Le chapitre 1 du présent rapport donne un aperçu des principales sources de droit à l'échelle nationale et internationale en ce qui concerne les droits de la personne et traite des droits humains existants et de leur évolution en rapport avec la biotechnologie. Nul n'est besoin de reprendre ici cet aperçu. Nous aborderons plutôt dans cette section les sources possibles de droits liés aux savoirs traditionnels. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le concept des « droits » utilisé dans le présent chapitre englobe les droits de la personne dont jouit tout individu, de même que les droits des Autochtones. À cause de la nature particulière des savoirs traditionnels et du fait que les droits des Autochtones à l'échelle nationale et internationale ne sont pas traités de la même façon en droit que les droits de la personne et qu'il n'en est pas question ailleurs dans ce rapport, la discussion portera principalement sur les droits des Autochtones.

Sous réserve de certains problèmes associés au caractère collectif de certains des droits que revendiquent, ou que

possèdent de fait, les groupes autochtones au Canada et dans d'autres pays³⁴, les Autochtones doivent jouir des mêmes droits de la personne que tout autre individu en vertu de la loi, au moins en théorie si ce n'est en pratique. Tous les Autochtones doivent jouir des mêmes droits humains universels légalement reconnus que tous les autres individus; les femmes autochtones doivent jouir des mêmes droits de la femme reconnus légalement que les femmes non autochtones; les enfants autochtones doivent jouir de tous les mêmes droits de l'enfant légalement reconnus que les enfants non autochtones; les Autochtones du Canada doivent bénéficier de la même protection des droits de la personne prévue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La déclaration suivant laquelle les Autochtones doivent jouir des mêmes droits de la personne que tout autre individu donne une image flatteuse confortable d'une situation beaucoup plus difficile. Les Autochtones font souvent l'objet d'un traitement discriminatoire³⁵. Cette discrimination peut être subie individuellement ou collectivement par les Autochtones de façon systémique. Par exemple, les Autochtones du Canada vivent depuis longtemps une expérience pénible de discrimination³⁶. Cette expérience fait en sorte que les Autochtones continuent de se retrouver « au bas de toutes les échelles,

³³ *Ibid.*

³⁴ Cette affirmation est posée parce que les conflits peuvent surgir entre les droits individuels dont jouissent tous les Autochtones et les droits collectifs des Autochtones. Il n'existe pas à l'échelle internationale de mécanisme reconnu pour régler ces conflits. En effet, certains États participant aux sessions du Groupe de travail des Nations Unies sur le Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones se sont vivement objectés à toute reconnaissance des droits collectifs dans cet instrument, position qui freine considérablement les progrès dans ce dossier. L'Allemagne et le Japon, par exemple, ont laissé entendre qu'ils n'appuieraient pas l'adoption d'une déclaration décrivant des droits collectifs. Le Canada ne partage pas le point de vue de ces pays, préférant plutôt clarifier quels droits dans la déclaration peuvent être décrits comme des droits collectifs et lesquels doivent être décrits comme des droits individuels. Il existe dans la Constitution canadienne un cadre pour régler les conflits entre les droits collectifs des Autochtones et les droits humains individuels, mais la jurisprudence est peu abondante. Ce cadre est abordé à la partie 2 ci-dessous. Au nombre des cas où les tribunaux ont été saisis de questions relatives à des conflits entre des intérêts communautaires et individuels, citons : *Corbière c. Canada* [1999], 2 R.C.S. 2003 et *Rose Desjarlais contre la bande indienne de la réserve n° 75 de Piapot*, [1990], 1 CNLR 39 (C.A.F.). Voir également S. Matiation, *La discrimination, le VIH/SIDA et les autochtones*, 1999, pour une analyse d'une situation particulière où un conflit peut être mal perçu. Affiché à l'adresse <http://www.aidslaw.ca>, consulté la dernière fois le 19 novembre 2003.

³⁵ Dans sa résolution E/CN.4/2001/57, la Commission des droits de l'homme a décidé de nommer un rapporteur spécial sur la situation des droits de

l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones. Le premier rapport du rapporteur spécial, M. Rodolfo Stavenhagen, a été soumis en 2002 (E/CN.4/2002/97). Ce rapport identifie les principales questions liées aux droits de l'homme auxquelles sont confrontés les peuples autochtones, du point de vue du rapporteur spécial.

³⁶ La *Déclaration de réconciliation* du Canada présentée aux peuples autochtones renferme le paragraphe suivant : « Malheureusement, notre histoire en ce qui concerne le traitement des peuples autochtones est bien loin de nous inspirer de la fierté. Des attitudes empreintes de sentiments de supériorité raciale et culturelle ont mené à une répression de la culture et des valeurs autochtones. En tant que pays, nous sommes hantés par nos actions passées qui ont mené à l'affaiblissement de l'identité des peuples autochtones, à la disparition de leurs langues et de leurs cultures et à l'interdiction de leurs pratiques spirituelles. Nous devons reconnaître les conséquences de ces actes sur les nations qui ont été fragmentées, perturbées, limitées ou même anéanties par la dépossession de leurs territoires traditionnels, par la relocalisation des peuples autochtones et par certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Nous devons reconnaître que ces actions ont eu pour effet d'éroder les régimes politiques, économiques et sociaux des peuples et des nations autochtones. » Affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/gs/rec_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/gs/rec_f.html]. L'histoire des rapports entre les Autochtones et les non-Autochtones du Canada est abondamment décrite dans le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones de 1996, volume 1, affiché à l'adresse http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sgsgmm_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/sgsgmm_f.html].

notamment pour l'espérance de vie, le revenu, etc., et en haut de l'échelle pour les pires conditions défavorables, telles que le chômage, le suicide, le diabète, etc.³⁷ ».

Les Autochtones font également valoir des droits qui les distinguent des non-Autochtones. Les droits différenciés des Autochtones sont liés à leur histoire particulière, à leur relation avec le territoire et les activités traditionnelles, à leur intégrité collective et à leurs cultures et pratiques particulières. Bien qu'on trouve des droits différenciés pour les Autochtones dans le droit interne canadien de même que dans un petit nombre d'instruments internationaux (certains récents), il peut être difficile pour les systèmes juridiques fondés sur la doctrine libérale occidentale de pleinement intégrer et appliquer ces droits.

Selon Patrick Macklem, les droits non différenciés comme les droits différenciés présentent un attrait pour les Autochtones. Les droits non différenciés sont accordés aux Autochtones [TRADUCTION] « non en raison de leur statut différent d'Autochtones mais plutôt parce qu'ils concernent des aspects de l'identité considérés comme des attributs fondamentaux essentiels de tout être humain³⁸ ». L'intérêt des droits différenciés [TRADUCTION] « tient à la notion intuitive que quelque chose dans la différence des Autochtones mérite d'être protégé juridiquement³⁹ ». Les écarts entre les droits dont doivent bénéficier les Autochtones comme être humains et les droits dont ils doivent jouir comme Autochtones posent des difficultés importantes sur le plan conceptuel, en particulier sur le plan des conflits entre les droits individuels et collectifs, thème qui revient souvent dans les discussions entourant les droits des Autochtones⁴⁰ ».

La présente section se divise en trois parties. La première replace en contexte le droit de base sur les savoirs traditionnels qui est revendiqué par les Autochtones, en se fondant sur un échantillon, il faut le dire, très restreint d'énoncés et de déclarations représentatifs. La deuxième partie traite des droits et des savoirs traditionnels à l'échelle internationale. La troisième porte sur la situation au Canada. Pour ce qui est des parties 2 et 3, il est tout d'abord utile de connaître : 1) le contexte dans lequel s'insèrent les enjeux liés à la biotechnologie, aux droits et aux savoirs traditionnels et 2) le cadre juridique qui régit les droits des Autochtones. Dans chaque partie, des

renseignements généraux sont présentés et sont suivis d'analyses portant sur le principal sujet du chapitre – l'existence ou non d'un fondement en droit sur lequel repose le droit des Autochtones de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels.

7.4.1 L'établissement d'un droit sur les savoirs traditionnels

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, il est difficile de formuler un droit sur les savoirs traditionnels. Le problème tient en partie à la nature de ce droit – les savoirs traditionnels sont considérées comme étant intimement liées aux terres, aux cultures et aux visions du monde des Autochtones. Il est donc difficile de séparer un « droit sur les savoirs traditionnels » d'autres droits revendiqués par les Autochtones. En outre, dans le droit canadien en particulier, la décision par les tribunaux en faveur ou non de l'existence d'un droit sur les savoirs traditionnels dépendra des faits et du lieu. Enfin, comme nous l'indiquons plus loin, il n'existe pas en droit international ni en droit canadien d'expression communément acceptée d'un « droit sur les savoirs traditionnels ».

Pour bien formuler ce droit, à tout le moins pour les besoins du présent rapport, il est bon de s'inspirer de quelques exemples de revendications qui ont été faites par des représentants autochtones eux-mêmes. Les droits que nous avons retenus ici représentent un échantillon très restreint, mais sont néanmoins instructifs. Bien que ces énoncés ou déclarations n'aient pas de force exécutoire, ils

³⁷ B. Morse, « Symposium: Tribal Sovereignty: Back to the Future? A View From the North: Aboriginal and Treaty Issues in Canada », (1995) 7 *St. Thomas L. Rev.*, p. 671-674. Des écarts importants persistent au niveau du bien-être entre les Indiens inscrits du Canada et d'autres Canadiens, comme le confirme le rapport suivant : D. Deavon et M. Cooke, « An Application of the United Nations Human Development Index to Registered Indians in Canada » dans *Aboriginal Conditions*, publié sous la direction de J. White, D. Beavon et P. Maxim, 2003.

³⁸ P. Macklem, « Indigenous Rights and Multinational Corporations at International Law », 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, p. 476, 481.

³⁹ *Ibid.*, p. 482.

⁴⁰ Abordé dans J. Arbour, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2001) 21 *Supreme Court Law Review* 3; P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, 2001; G. Christie, « A Brief Discussion about Section 25 and Issues around Group Rights », inédit, copie en dossier.

contribuent à l'élaboration de principes pertinents qui pourront influencer les décideurs et les législateurs à l'échelle nationale et internationale⁴¹.

En juin 1993, des Autochtones représentant un certain nombre de groupes se sont rencontrés en Nouvelle-Zélande pour le première Conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones. La *Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones* qui a été approuvée par les participants contient les énoncés suivants :

Nous déclarons que les peuples autochtones du monde ont le droit de décider de disposer d'eux-mêmes et que, dans l'exercice de ce droit, ils doivent être reconnus comme les dépositaires exclusifs de leurs biens culturels et intellectuels.

[...]

Nous reconnaissons que les peuples autochtones sont capables de gérer leurs savoirs traditionnels eux-mêmes mais sont disposés à les offrir au reste de l'humanité à la condition que leurs droits fondamentaux de définir et de contrôler ces connaissances soient protégés par la communauté internationale⁴².

D'autres énoncés dans le document traitent du rapport à la terre et aux ressources de même que d'autres questions culturelles.

Illustrant les liens étroits qui existent entre les terres et les savoirs traditionnels, l'énoncé qui suit est tiré de la *Déclaration de Kimberley*, adoptée à l'issue du Sommet international des peuples autochtones sur le développement durable, qui a eu lieu en Afrique du Sud en même temps que le Sommet mondial sur le développement durable en août 2002 :

En tant que peuple, nous réaffirmons notre droit à l'autodétermination et notre droit de posséder, de contrôler et de gérer nos terres et territoires ancestraux, ainsi que les ressources en eau et les autres ressources qu'ils recèlent. Nos terres et territoires sont au cœur de notre existence [...] [ils] sont inextricablement liés à

notre survie et à la préservation et au développement futur de nos systèmes de savoir [...] ⁴³.

Un troisième exemple de déclaration concernant les préoccupations autochtones liées aux savoirs traditionnels provient d'une organisation appelée Llamado de la Terra/Voix de la Terre, un regroupement de peuples autochtones s'intéressant aux politiques en matière de propriété intellectuelle, qui a organisé un atelier en novembre 2003 à Côme, Italie, en prévision de la troisième session du Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages, qui a eu lieu en décembre 2003. Dans un dossier d'information qui a été présenté durant la séance du groupe de travail par des représentants qui ont assisté à l'atelier, deux principes ont été exposés :

[TRADUCTION]

Nous jouissons de droits souverains sur nos connaissances, notre diversité biologique et ses éléments constitutifs. Nos connaissances sont intrinsèquement liées à notre diversité biologique et elles sont donc inséparables de notre diversité biologique⁴⁴.

Quant à l'élaboration et à la négociation possible par les signataires de la CDB d'un régime international régissant l'accès et le partage des avantages liés aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes, Voix de la

⁴¹ Michael Davis, Social Policy Group, *Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights*, Research Paper 20 1996-97, Parliament of Australia, Department of the Parliamentary Library, p. 15, affiché à l'adresse <http://www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1996-97/97rp20.htm>, consulté la dernière fois le 17 mars 2004.

⁴² *La Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones*, adoptée en juin 1993 par plus de 150 délégués participant à la Première conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, qui a eu lieu à Aotearoa, Nouvelle-Zélande, affiché à l'adresse <http://users.ox.ac.uk/~wgtr/mataatua.htm>, consulté la dernière fois le 17 mars 2004.

⁴³ *La Déclaration de Kimberley*, adoptée par le Sommet international des peuples autochtones sur le développement durable, à Kimberley, Afrique du Sud, le 23 août 2002. Affiché à l'adresse <http://www.yachaywasi-ngo.org/kimberley.htm>, consulté la dernière fois le 17 mars 2004. (version française : http://www.idrc.ca/fr/ev-30143-201-1-DO_TOPIC.html).

⁴⁴ Llamado De La Terra/Voix de la Terre, « Outcomes of the International Indigenous Workshop on Indigenous Perspectives on an International Regime on Access and Benefit Sharing to Traditional Knowledge and Associated Genetic Resources », atelier tenu à Côme du 22 au 24 novembre 2003, présenté à Montréal le 2 décembre 2003, p. 4, copie en dossier.

Terre déclare en outre qu'un tel régime [TRADUCTION] « doit veiller à ce que le droit à un consentement éclairé préalable des peuples autochtones soit garanti et protégé, à titre de principe fondamental de l'exercice de l'autodétermination et de la souveraineté des peuples autochtones⁴⁵ ».

Bien que ces déclarations ne représentent qu'un petit échantillon des déclarations faites à l'échelle internationale par les Autochtones qui participent au débat sur les savoirs traditionnels, elles donnent une idée de la revendication de base couramment formulée : *les peuples autochtones ont le droit de posséder et de contrôler l'accès aux savoirs traditionnels et l'utilisation de ces derniers*. Ceux qui font une telle affirmation n'établissent pas nécessairement une distinction entre les savoirs traditionnels qui n'ont pas encore été dévoilés et ceux qui relèvent du domaine public. La déclaration de Voix de la Terre suivant laquelle les Autochtones ont des droits souverains sur leurs savoirs traditionnels indique que la distinction n'est pas pertinente pour eux — que l'information soit publique ou non, les Autochtones veulent contrôler la façon dont elle est utilisée et, s'ils consentent à ce qu'elle soit utilisée par des tierces parties, ils veulent recevoir des avantages monétaires ou non monétaires suivant le cas, en contrepartie.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la revendication de droits sur les connaissances qui sont publiques pose des difficultés car elle pourrait avoir un impact considérable sur l'industrie de la biotechnologie, sur les gouvernements et sur la société, vu que de nombreux progrès en biotechnologie sont fondés sur la connaissance de plantes et d'autres organismes qui relèvent depuis longtemps du domaine public⁴⁶.

7.4.2 Scène internationale

A. La biotechnologie, les droits et les savoirs traditionnels à l'échelle internationale

Le Secrétariat de l'OMPI souligne que : « Les savoirs traditionnels sont en effet à l'ordre du jour dans les domaines de l'alimentation et de l'agriculture, de la diversité biologique et de l'environnement, de l'innovation et de la réglementation en matière de biotechnologie, des droits de l'homme, des politiques culturelles et du développement commercial et économique⁴⁷ ». Un certain nombre d'organisations internationales s'intéressent aux savoirs traditionnels, qui sont cependant souvent décrites

selon leur acception particulière utilisée dans chaque forum. Par exemple, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle* en novembre 2001, qui établit un lien entre la protection des savoirs traditionnels et les droits de l'homme⁴⁸; l'Organisation mondiale de la santé entreprend des travaux sur les médicaments traditionnels⁴⁹; et le *Traité international sur les ressources génétiques des plantes*, qui a été négocié sous les auspices de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture et qui entrera en vigueur après sa ratification par 40 États, traite des questions qui intéressent les agriculteurs traditionnels, notamment les agriculteurs traditionnels autochtones⁵⁰.

Bien que les initiatives prises dans chacun de ces forums aient des liens avec la question des « droits sur les savoirs traditionnels », les négociations internationales touchant la relation entre les savoirs traditionnels et la biotechnologie se font principalement par trois organes : la *Convention sur la diversité biologique* (la CBD), l'OMPI et le Conseil des ADPIC⁵¹. On peut soutenir que le débat dans le cadre de ces organisations est dominé par l'accent mis

⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁶ Lettre de la BIO, *supra*, note 30.

⁴⁷ Document de l'OMPI, *supra*, note 14, p. 6.

⁴⁸ Affiché à l'adresse http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_eng/decl_en.shtml, consulté la dernière fois le 30 mars 2004. En septembre 2003, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté la *Convention sur le patrimoine culturel immatériel*, qui concerne également les questions relatives aux savoirs traditionnels. Cette convention doit être ratifiée par les membres de l'UNESCO. Le Canada ne l'a pas ratifiée à cause de ses craintes concernant l'approche adoptée relativement au patrimoine culturel immatériel.

⁴⁹ Pour obtenir de l'information sur les activités de l'OMS, visiter le site http://www.who.int/health_topics/traditional_medicine/en/, consulté la dernière fois le 30 mars 2004 [http://www.who.int/health_topics/traditional_medicine/fr/index.html].

⁵⁰ Affiché à l'adresse <http://www.fao.org/ag/cgrfa/tpgr.htm>, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

⁵¹ L'Accord sur les ADPIC ou l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* fait partie du groupe d'accords réglementant le commerce international entre les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui ont tous signé également l'Accord sur les ADPIC. Il s'agit de l'entente multilatérale la plus complète sur les droits de propriété intellectuelle. Le Conseil des ADPIC est l'organisme créé en vertu de l'Accord sur les ADPIC pour surveiller le fonctionnement de cet accord et son respect par les gouvernements.

⁵² La *Convention sur la diversité biologique* est axée sur la préservation de la diversité biologique. Les considérations économiques en ce qui concerne la relation entre la conservation et les avantages financiers à tirer par certains États qui réglementent l'accès aux ressources génétiques constituent néanmoins un thème dominant.

sur les intérêts économiques d'alliances concurrentes dirigées par un certain nombre d'États⁵².

La partie de l'industrie de la biotechnologie qui désire avoir accès aux ressources génétiques et protéger sa propriété intellectuelle se trouve principalement aux États-Unis, au Japon et dans la Communauté européenne, qui sont généralement en faveur d'une harmonisation des lois régissant la propriété intellectuelle d'un pays à l'autre grâce à l'adhésion générale à l'Accord sur les ADPIC et à d'autres accords internationaux touchant la réglementation de la propriété intellectuelle⁵³. Face à eux, on retrouve [TRADUCTION] « des pays qui s'industrialisent rapidement tels que le Brésil et l'Inde, qui disposent de leurs propres industries émergentes en sciences biologiques de même que de réservoirs inexploités de ressources biologiques diversifiées et de connaissances autochtones dans leur arrière-pays vivant une situation de colonisation interne⁵⁴ ». Ces pays en pleine industrialisation appuient les efforts en vue de reconnaître les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones, peut-être par l'adoption de nouvelles mesures, afin qu'il soit plus difficile pour les chercheurs d'avoir accès aux savoirs traditionnels sans fournir d'avantages en contrepartie. Ils ne sont pas nécessairement en faveur d'un transfert direct aux communautés autochtones des avantages tirés de l'application de savoirs traditionnels. Des régimes juridiques nationaux pourront plutôt être utilisés pour s'assurer que les savoirs traditionnels sont traités comme une ressource nationale plutôt que comme une ressource dont les peuples autochtones sont les dépositaires⁵⁵.

Il est donc urgent d'évaluer ce qu'implique le débat international sur la biotechnologie au chapitre des droits. Il semble en fait que l'accent limité mis sur les intérêts économiques est abandonné en faveur d'un souci de préserver les intérêts et les droits des peuples autochtones dans les dossiers liés à la biotechnologie. Dans un tel climat, les groupes autochtones réussissent davantage que dans le passé à exprimer leurs préoccupations concernant l'utilisation de leurs savoirs traditionnels. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, les signataires de la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) comme les membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ont prévu une participation des Autochtones. Par voie de conséquence, les références aux droits autochtones

sur les savoirs traditionnels, si ce n'est l'élaboration de ces droits comme tels, se sont multipliées dans les diverses décisions adoptées par les parties à la CDB et dans les documents rédigés par le Secrétariat de l'OMPI pour renseigner la communauté internationale⁵⁶. Pendant ce temps, les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont convenu d'examiner la relation entre les savoirs traditionnels et les ADPIC dans le cadre de leur programme axé sur le commerce et le développement qui a été adopté lors de la séance ministérielle tenue à Doha en 2002⁵⁷.

B. Droits autochtones dans le droit international

Le système juridique international repose sur la prémisse suivant laquelle les États sont des entités souveraines qui sont les seules soumises au droit international. Au début du XXe siècle, le système international a été comparé à des boules de billard, chacune représentant un État, qui se frappent les unes contre les autres⁵⁸. La régie interne

⁵³ Certains États, notamment les États-Unis, ont essayé d'obtenir des protections plus grandes des droits de propriété intellectuelle dans leurs négociations bilatérales et multilatérales que celles que l'on trouve dans l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁴ Barsh, *supra*, note 17, p. 13.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 14. Cela ne contrevient pas nécessairement aux dispositions de la CDB, qui réaffirme la souveraineté des États sur leurs ressources. L'article 3 prévoit que les États ont « [...] le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement [...] ». De même, l'article 15 commence par ce qui suit : « Étant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, [...] ». Les groupes autochtones peuvent soutenir que la CDB ne renferme aucun énoncé indiquant que le droit de propriété et de contrôle autochtones sur les savoirs traditionnels est transféré aux États.

⁵⁶ Cette question est abordée plus en détail ci-dessous.

⁵⁷ Le 14 novembre 2001, la Déclaration ministérielle des membres de l'OMC (la Déclaration de Doha) renferme le point suivant à considérer par le Conseil des ADPIC : « 19. Nous donnons pour instruction au Conseil des ADPIC, dans la poursuite de son programme de travail, y compris au titre du réexamen de l'alinéa 27.3b), de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre du paragraphe 71(8.1) et des travaux prévus conformément au paragraphe 12 de la présente déclaration, d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la *Convention sur la diversité biologique*, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres [...] ». Très peu de progrès ont été enregistrés à cet égard jusqu'à maintenant.

de chaque boule de billard était considérée comme une question de souveraineté qui intéressait peu la communauté internationale. À partir de la Seconde Guerre mondiale, cette vision du système international, qui n'a peut-être jamais été bien exacte, a progressivement évolué pour tenir compte des droits des individus et des peuples et des responsabilités des personnes qui les gouvernent.

En quelque 20 ans, les peuples autochtones sont devenus l'un des plus importants protagonistes « autres que des États » sur la scène internationale. Aujourd'hui, les représentants des groupes autochtones sont plus souvent en mesure d'exprimer leurs préoccupations dans divers forums internationaux aux côtés de représentants d'États, les organisations internationales prennent plus souvent en considération les questions autochtones dans leurs travaux et leurs activités et les États sont plus souvent critiqués à l'échelle internationale pour les actes de discrimination à l'endroit des groupes autochtones qui vivent sur leur territoire.

Grâce à un certain nombre de progrès enregistrés au cours des 20 dernières années, les groupes autochtones ont réussi à influencer de façon profonde le système international. Au nombre de ces progrès, citons : 1) l'utilisation accrue par les groupes autochtones des mécanismes internationaux de plainte basés sur les droits de la personne; 2) les négociations permanentes relatives aux déclarations des droits des Autochtones à l'OEA⁵⁹ et à l'ONU; 3) l'attention de plus en plus grande accordée aux questions autochtones par diverses organisations internationales telles que la CDB, l'OMPI, la Banque mondiale, la CNUCED⁶⁰ et d'autres; et 4) les efforts déployés par les membres de l'ONU en vue d'intégrer la prise en compte des questions autochtones dans toutes les activités internationales pertinentes auxquelles ils participent, grâce notamment à la création de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones⁶¹.

Même si les peuples autochtones ont remporté beaucoup de succès dans leurs efforts en vue de se faire entendre à l'échelle internationale, ils n'ont pas encore obtenu une formulation largement acceptée de leurs droits dans le droit international. Les droits des Autochtones sont plutôt pris en compte à la pièce dans différents instruments, par divers organismes créés en vertu d'un traité et par divers

moyens. L'absence d'une formulation largement acceptée — à savoir une déclaration approuvée par les membres des Nations Unies ou une convention internationale ratifiée par un grand nombre de membres — ne signifie pas que les normes internationales touchant les droits internationaux des Autochtones n'évoluent pas. Certains commentateurs soutiennent en fait que ces normes sont déjà nées et font partie du droit coutumier international — cet ensemble de règles de droit international tiré de la pratique commune des États qui repose sur l'idée couramment acceptée qu'une telle pratique est régie par des règles reconnues à l'échelle internationale⁶².

Il est plus facile pour ceux qui ont une vision assez souple de ce qui constitue la pratique des États en ce début du XXI^e siècle de professer une telle conception du droit coutumier international. Benedict Kingsbury, par exemple, a décrit les politiques opérationnelles de la Banque mondiale qui lient le financement accordé par la Banque à la façon dont l'État traite sa population autochtone nationale comme une source non traditionnelle potentielle de « droit autochtone coutumier international »⁶³. Selon lui, [TRADUCTION] « l'expression, la formulation et l'application de normes supposent des interactions et un dialogue entre les institutions publiques internationales, les politiques et le droit nationaux, les peuples autochtones, les ONG, les acteurs du marché, le monde universitaire, etc.⁶⁴ ». Si Kingsbury dit vrai, la formulation de droits autochtones internationaux est en cours car de plus en plus de joueurs sur la scène nationale ou interna-

⁵⁸ La comparaison aux « boules de billard » est attribuée à Oppenheim et est analysée par B. Kingsbury dans « Sovereignty and Inequality », 9(4) Eur. J. of Int'l L., affiché à l'adresse <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No4/art1-01.html>, consulté la dernière fois le 8 octobre 2003. Kingsbury souligne que la vision orthodoxe pendant la plus grande partie du XX^e siècle voulait que [Traduction] « la division du monde en unités territoriales similaires sur le plan fonctionnel et juridique impliquait, dans la mesure où l'entité était reconnue à l'échelle internationale comme un État, que sa structure et le type de régime internes importaient peu ».

⁵⁹ « OEA » désigne l'Organisation des États américains.

⁶⁰ « CNUCED » désigne la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

tionale participent au dialogue sur les questions autochtones. Par ailleurs, l'attention portée par Kingsbury aux sources potentielles non traditionnelles de nouvelles normes internationales peut témoigner de l'absence de données plus sûres relativement à la pratique des États et à l'*opinio juris* touchant le droit coutumier international en matière de droits des Autochtones.

James Anaya soutient que les peuples autochtones ont eu recours au système international pour modifier de façon plus radicale la norme de souveraineté étatique que celle découlant de l'internationalisation des droits humains individuels. Au dire d'Anaya, les revendications autochtones concernant l'autonomie et les droits collectifs de contrôle sur les terres et les ressources remettent en question la primauté de l'État de manière plus fondamentale que les affirmations contenues dans la théorie classique des droits de la personne. En outre, les groupes autochtones ont utilisé les droits humains internationaux pour déplacer l'accent mis sur l'assimilation dans les politiques relatives aux peuples autochtones, en faveur de politiques basées sur le respect et ils ont fait reconnaître leur statut unique leur donnant droit à une participation accrue aux processus internationaux⁶⁵.

Aux yeux d'Anaya, les normes coutumières internationales touchant les droits des Autochtones sont déjà contraignantes. Ce point de vue est quelque peu extrême et peut ne pas être partagé par de nombreux États. Au chapitre de la création de normes internationales visant les droits des Autochtones, ces États ne peuvent nier, cependant, comme dans la chanson de Bob Dylan, qu'il se passe quelque chose même s'ils ignorent de quoi il s'agit⁶⁶.

C. Le droit international protège-t-il les savoirs traditionnels ?

Il n'y a aucun traité ni instrument international reconnu qui précise quels sont les « droits » liés aux savoirs traditionnels. Le principal instrument international portant sur les savoirs traditionnels est la *Convention sur la diversité biologique* (la CDB). Bien qu'il ne s'agisse pas d'un instrument de défense des droits de la personne, il reste que la CDB impose des obligations aux États Parties, le Canada y compris. Nous examinons donc dans la section (i) ci-dessous la CDB ainsi qu'un forum connexe, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques,

aux savoirs traditionnels et au folklore (CIG) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). On aborde de plus en plus la question des « droits » dans les deux forums par rapport aux peuples autochtones et aux savoirs traditionnels. Ainsi, nous examinons dans la section (ii) s'il existe, dans les instruments internationaux de protection des droits de la personne et des droits des Autochtones, des fondements permettant d'affirmer l'existence d'un droit des peuples autochtones à posséder et à contrôler leurs savoirs traditionnels.

(i) Savoirs traditionnels, diversité biologique et propriété intellectuelle

La CDB

La question des savoirs traditionnels a d'abord été mise de l'avant sur la scène internationale dans le contexte du développement durable. À l'occasion de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement qui s'est tenue à Rio de Janeiro en 1992, où le Canada a joué un rôle de premier plan, plusieurs instruments ont été mis au point qui prenaient en compte la question des savoirs traditionnels⁶⁷. Le plus important est la *Convention sur la diversité biologique*, signée par la plupart

⁶¹ L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones a été créée par le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) conformément à la résolution du Conseil E/RES/2000/22, comme organe subsidiaire du Conseil. L'Instance comprend 16 membres, dont huit sont nommés par les gouvernements et élus par le Conseil et huit qui sont nommés par le président du Conseil, après de vastes consultations auprès d'organisations autochtones. L'Instance joue le rôle d'organisme consultatif auprès du Conseil et est chargée d'examiner les questions autochtones et de faire rapport au Conseil. Pour plus d'information, consulter le site Web de l'Instance à l'adresse <http://www.un.org/esa/socdev/pfii>.

⁶² Voir Kingsbury, « Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples », *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999.

⁶³ Kingsbury, « Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law », *People's Rights*, 2001, p. 340.

⁶⁴ Kingsbury, 1999, *supra*, note 62, pp. 327-328.

⁶⁵ J. Anaya, « Indigenous Peoples and International Law Issues », (1998) 92 Am. Soc'y Int'l L. Proc., pp. 96-98.

⁶⁶ B. Dylan, *Ballad of a Thin Man*, copyright de 1965.

des 178 gouvernements ayant participé à la Conférence de Rio. Aujourd'hui, la CDB constitue l'un des traités internationaux en vigueur qui a été le plus largement ratifié⁶⁸. Elle vise trois grands objectifs : (1) la conservation de la diversité biologique, (2) l'utilisation durable de ses éléments et (3) le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques⁶⁹.

La CDB reconnaît l'unique contribution des peuples autochtones et de leurs savoirs traditionnels au développement durable. D'abord, on lit dans le préambule de la Convention que les Parties reconnaissent « qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments ». À l'article 10c) il est précisé que « chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : [...] [p]rotège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles [...] »⁷⁰. Mais ce qui importe le plus du point de vue des groupes autochtones qui souhaitent protéger leurs savoirs traditionnels, c'est que la CDB est le seul traité international exécutoire à l'heure actuelle qui fasse référence aux savoirs traditionnels. Selon l'article 8j) :

Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra :

- j. Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques⁷¹.

Même en tenant compte des mots « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra » et « sous réserve de sa législation nationale », l'article 8j) impose d'importantes obligations aux États de respecter l'utilisation des savoirs traditionnels: (1) les savoirs traditionnels doivent être respectés, préservés et maintenus; (2) l'accord et la participation des dépositaires de ces savoirs doivent être obtenus avant d'en favoriser une application sur une plus grande échelle; (3) le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances doit être encouragé.

Ces obligations sont en outre renforcées par les mesures qu'ont prises les Parties à la CDB en vue de mettre en œuvre ses dispositions. D'abord, la Conférence des Parties (la CdP) de la CDB se réunit tous les deux ans pour négocier, étudier et adopter des résolutions et des décisions visant la mise en œuvre progressive des engagements pris par les Parties lorsqu'elles ont ratifié la Convention⁷². Avec le temps, on a de plus en plus souvent fait référence aux savoirs traditionnels dans les décisions de la CdP, et, chose plus intéressante du point de vue du présent chapitre, à la nécessité de « respecter les droits des communautés autochtones et locales », à la notion du consentement éclairé préalable quant à l'accès aux savoirs traditionnels, ainsi qu'à d'autres thèmes intéressant les groupes autochtones⁷³.

Deuxièmement, la Conférence des Parties a créé le Groupe de travail sur l'article 8j) et dispositions connexes (le GT8j), et lui a confié le mandat de la conseiller concernant la mise au point de protections juridiques et autres et la mise en œuvre de l'article 8j), d'élaborer un plan de travail sur le sujet, de recommander des priorités et de fournir des avis sur les mesures susceptibles de renforcer la coopération internationale entre les communautés autochtones et locales dans les dossiers touchant les savoirs traditionnels⁷⁴. En plus de fournir un forum de discussions au sujet des savoirs traditionnels et de leurs relations avec la conservation de la diversité biologique, le GT8j) a permis une participation importante des groupes autochtones aux côtés des États dans les négociations et les débats entourant l'article 8j), même si ces derniers conservent le pouvoir de décider en bout de ligne.

En participant au GT8j), les groupes autochtones ont pu formuler leurs points de vue et faire inscrire leurs préoccupations au sujet de leurs droits et de leurs savoirs traditionnels à l'ordre du jour. Les groupes autochtones veulent aussi participer plus activement au sein d'une autre instance importante créée par la CdP, le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (le GTAPA)⁷⁵. Sur la recommandation du GTAPA, la CdP a décidé d'entreprendre la négociation et l'élaboration d'un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages lors de sa septième réunion en février 2004. Dans cette décision, il y a un paragraphe qui réclame une participation accrue de la part des groupes autochtones⁷⁶.

En plus d'établir un cadre pour les obligations en matière de savoirs traditionnels, du moins pour les États qui l'ont ratifiée, la Convention sur la diversité biologique, grâce aux réunions semestrielles de la CdP et autres rencontres des groupes de travail sur d'autres sujets, a permis de définir les grands enjeux en matière de savoirs traditionnels, même si ce n'est pas nécessairement en termes d'obligations formelles. Comme le suggèrent l'article 8j) et les dispositions connexes de la CDB, de même que les différentes décisions de la CdP ainsi que les recommandations formulées par le GT8j) et le GTAPA, les savoirs traditionnels, comme nous l'avons mentionné au début du présent chapitre, ne se limitent pas aux connaissances,

mais se rapportent aux relations, souvent décrites en termes de droits, entre un peuple autochtone et la terre, la culture et le pouvoir de décider des questions qui lui sont essentielles, y compris celui de décider de rechercher une compensation financière en commercialisant ses biens.

Par la définition progressive des enjeux en matière de savoirs traditionnels et l'élaboration des moyens permettant aux Parties à la Convention d'appliquer l'article 8j), et grâce à la participation active des représentants autochtones, les différentes obligations des États en vertu de la Convention se précisent. Même si les décisions de la CdP ne sont pas exécutoires, elles permettent de créer ou d'élaborer des normes dans le contexte de la CDB.

Le CIG de l'OMPI

En 2000, les membres de l'OMPI ont créé le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (CIG), un forum international pour discuter des enjeux relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore⁷⁷. Même s'ils sont indépendants les uns par rapport aux autres, le CIG, la CdP de la CDB et le GT8j) reçoivent des directives des membres de l'OMPI et des

⁶⁷ Outre la CDB, la question des savoirs traditionnels est abordée dans la *Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement et Action 21*, un programme d'action complet visant à assurer le développement durable dans le monde. Le principe 22 de la Déclaration de Rio affirme : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable. » Le chapitre 26 de *Action 21* s'intitule : « Reconnaissance et renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés ». Parmi ses objectifs, que les gouvernements « devraient s'efforcer d'atteindre », « en étroite coopération avec les populations autochtones et leurs communautés », « s'il y a lieu », on compte le suivant : « 26.3a) Établir un processus susceptible de donner aux populations autochtones et à leurs communautés des moyens d'action comprenant : (...) (iii) La reconnaissance de leurs valeurs, savoirs traditionnels et pratiques de gestion des ressources en vue de promouvoir un développement écologiquement rationnel et durable. » On peut accéder au texte intégral de la Déclaration de Rio et à celui de *Action 21* à <http://www.un.org/esa/sustdev/documents> consulté la dernière fois le 22 mars 2004 [<http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> et à <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action0.htm>].

⁶⁸ Il y a 188 Parties à la CDB. Le Canada a ratifié la Convention le 12 avril 1992. Fait à remarquer, les États-Unis ne sont pas Partie à la Convention. Ils l'ont signée, mais ne l'ont pas ratifiée. On peut consulter la liste des Parties sur le site Web de la CDB à <http://www.biodiv.org/world/parties.asp>.

⁶⁹ CDB, *supra* note 9, article 1.

Parties à la CDB, qui ne sont pas toujours les mêmes, de sorte que des discussions parfois ardues y ont cours au sujet des questions relatives aux savoirs traditionnels. On considère que la CDB a une longueur d'avance en ce qui concerne la relation entre les savoirs traditionnels et la conservation de la diversité biologique, alors que l'OMPI, en grande partie grâce au CIG, est en tête en ce qui a trait à la relation entre les savoirs traditionnels et les droits de propriété intellectuelle. La situation est en réalité plus complexe, mais il est utile de mentionner ici l'existence du CIG de l'OMPI.

Le CIG se trouve au centre des rivalités qui opposent les États appartenant aux principaux blocs de pouvoir sur les grandes questions relatives à la propriété intellectuelle. Les pays développés, qui ont d'importantes industries biotechnologiques, ne sont pas du tout convaincus que le système de propriété intellectuelle doit être profondément modifié pour tenir compte des droits de propriété intellectuelle à l'égard des savoirs traditionnels. Les pays en développement estiment pour leur part que le statu quo n'est pas efficace. Certaines modifications au système de propriété intellectuelle ont été proposées, comme des dispositions relatives à la divulgation facultative ou obligatoire requérant que les demandeurs de brevet indiquent si des savoirs traditionnels ont servi à mettre au point tel produit, ou si des ressources génétiques ont été recueillies et à quel endroit. Pour rendre les choses encore plus complexes, des pays appartenant notamment au monde très diversifié en développement veulent que des modifications soient apportées aux ADPIC (aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), qui constituent les éléments essentiels du régime global de protection des droits de propriété intellectuelle⁷⁸.

Le CIG est en quelque sorte un compromis : il a été créé pour étudier les questions, mais non pour négocier un régime de propriété intellectuelle ou un régime *sui generis* pour protéger les savoirs traditionnels, du moins pas dans l'immédiat. Grâce en partie aux contributions des États membres, le secrétariat de l'OMPI a produit des documents utiles sur la question, susceptibles d'avoir un impact sur la compréhension, à l'échelle internationale, de la relation entre les savoirs traditionnels et le système de propriété intellectuelle. Il reste que de nombreux pays en développement estiment que ses rapports de recherche, même s'ils sont bien

écrits et stimulent la réflexion, sont bien peu de choses. Ils sont impatients de voir s'accélérer l'élaboration d'un régime international de protection des savoirs traditionnels⁷⁹.

À l'heure actuelle, la CDB et l'OMPI constituent tous les deux d'importants forums pour discuter des droits et des savoirs traditionnels. Le Canada participe activement aux deux dans les discussions au sujet des savoirs traditionnels et des questions connexes qui sont importantes pour les peuples autochtones, et encourage la participation de ces derniers dans les discussions. Même si ni la CDB ni le CIG de l'OMPI ne sont des lieux appropriés pour définir des droits autochtones, la question des « droits » est de plus souvent abordée par les deux instances, et les principes qui sont importants pour les peuples autochtones, comme le consentement éclairé préalable en ce qui a trait à l'accès aux savoirs traditionnels, y sont discutés et élaborés. Quand on fait référence à des droits dans les documents de la CDB et de l'OMPI, par contre, il n'y a aucune analyse des sources possibles en droit international en matière de droits de la personne, ce qui fera l'objet de la section qui suit. Comme il se peut que les États décident qu'il est nécessaire d'élaborer un régime international *sui generis* sur la question des savoirs traditionnels et de ses liens avec le droit en matière de propriété intellectuelle, une telle analyse presse.

(ii) Instruments internationaux de défense des droits

Les arguments à l'appui de la proposition selon laquelle les peuples autochtones ont des droits de propriété à l'égard de leurs savoirs traditionnels ainsi que le droit d'en disposer à leur guise pourraient sans doute provenir de différentes sources. La présente section présente celles qui sont probablement les plus importantes à cet égard : les instruments internationaux portant spécifiquement sur les droits autochtones, et ceux qui portent plus généralement sur les droits de la personne et qui s'appliquent parfois aux

⁷⁰ *Ibid.*, article 10c).

⁷¹ *Ibid.*, article 8j). Parmi les autres articles particulièrement intéressants pour les savoirs traditionnels, citons l'article 15, portant sur les ressources génétiques, l'article 16 sur le transfert de technologie et l'article 22 sur les relations entre la CDB etc d'autres conventions internationales.

circonstances particulières des peuples autochtones. Aucun tribunal international ou canadien n'a encore statué sur la question des savoirs traditionnels en vertu spécifiquement du droit international, mais certaines lignes directrices peuvent se dégager de ces sources.

Instruments internationaux touchant spécifiquement les droits autochtones

Convention 169 de l'OIT

La *Convention 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 27 juin 1989, est actuellement le seul traité multilatéral en vigueur portant exclusivement sur les droits des peuples indigènes⁸⁰. Bien que cette Convention soit une importante source d'obligations pour les 17 pays qui l'ont ratifiée, et même si on s'y réfère à l'occasion dans des documents internationaux, elle n'a pas été ratifiée par un très grand nombre de pays, y compris ceux qui sont particulièrement actifs dans les discussions au sujet des droits autochtones comme le Canada, les États-Unis et l'Australie. De plus, la Convention ne dit rien au sujet du droit des peuples indigènes à l'autodétermination ni au sujet des savoirs traditionnels, et elle a été adoptée avant que la question des savoirs traditionnels ne soit à l'ordre du jour au plan international. Elle contient toutefois certaines dispositions qui sont pertinentes, notamment l'article 7(1), qui se lit ainsi :

Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre⁸¹.

Même si nous en traitons ici brièvement, il y a lieu de noter que, selon certains, la Convention 169 de l'OIT reflète le droit international coutumier en émergence⁸² et qu'elle pourrait donc être invoquée dans des affaires internationales touchant les droits des peuples indigènes à l'égard des savoirs traditionnels.

Projets de déclarations sur les droits autochtones

Outre la Convention 169 de l'OIT, les instruments internationaux portant spécifiquement sur les droits autochtones sont soit à caractère facultatif⁸³, soit sous forme de projet seulement. Parmi ces instruments, les plus importants sont les deux projets de déclaration sur les droits autochtones faisant actuellement l'objet de discussions dans des groupes de travail intergouvernementaux œuvrant sous les auspices des Nations unies et de l'OEA⁸⁴. Si elles sont adoptées un jour, ces déclarations joueront un rôle crucial

⁷² La Conférence des Parties (la CdP) a été instituée conformément à l'article 23 de la CDB. Elle a pour mandat « d'examiner l'application de la Convention ». Elle a notamment pour tâche d'examiner les modifications à apporter à la Convention, d'établir et de modifier les protocoles, ou de créer des organismes chargés de régler des questions spécifiques. Elle s'acquitte donc généralement d'une fonction législative ou normative. Quant aux tâches administratives de la CDB, elles sont prises en charge par un secrétariat créé en application de l'article 24, et situé à Montréal.

⁷³ De manière générale, voir les décisions de la CdP relatives à l'article 8j) et aux ressources génétiques. Les décisions relatives aux aires protégées, au tourisme et à la diversité biologique en régions montagneuses sont également intéressantes. On peut accéder aux décisions de la CdP sur le site Web de la CDB à l'adresse : <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 24 mars 2004.

⁷⁴ La CDB, Décision de la CdP IV/9, <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [<http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=IV/9>].

⁷⁵ Le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages a été créé par la CdP lors de sa cinquième réunion en 1998 afin d'élaborer des lignes directrices et d'autres approches pour favoriser l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, sujets abordés à l'article 15 of la CDB. Voir la CDB, Décision de la CdP V/26, <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [<http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=V/26>]. Sur la recommandation du GTAPA, la CdP a adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* à la sixième rencontre en 2000. Voir la CDB, Décision de la CdP VI/22, <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 24 mars 2004 [<http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=2&dec=VI/24>].

⁷⁶ Les décisions finales prises lors de la septième réunion de la CdP, en février 2004, ne sont pas encore affichées sur le site de la CDB, mais on peut prendre connaissance d'une version préliminaire de la décision sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, le document UNEP/CBD/COP/7/21, à l'adresse <http://www.biodiv.org>, consulté la dernière fois le 1^{er} avril 2004 [<http://www.biodiv.org/doc/decisions/COP-07-dec-fr.pdf>]. Voir en particulier le point D, à la page 340, « Régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages ».

dans la formulation des droits autochtones internationaux, même si elles demeureront, elles aussi, des instruments exhortatifs non contraignants. Toutefois, même dans leur présente forme, les projets de déclarations ont été qualifiés de sources d'importants principes de droit international⁸⁵, notamment par la Cour suprême du Canada⁸⁶. Par conséquent, on ne doit pas sous-estimer leur importance en regard des questions touchant l'existence de droits indigènes internationaux en matière de savoirs traditionnels, peu importe leur statut actuel.

Les groupes de travail de l'OEA et de l'ONU qui se penchent sur les projets de déclarations font porter leurs discussions sur de nombreuses questions épineuses et stimulantes, comme la question du droit des peuples indigènes à l'autodétermination, la nature et la portée des droits collectifs, et l'élaboration détaillée des droits indigènes sur la terre et les ressources. Les deux groupes de travail mènent leurs discussions à partir de textes rédigés par des experts. Même s'il existe d'importantes différences entre eux, notamment le fait qu'on ait accordé aux représentants indigènes une plus grande participation dans le groupe de travail de l'ONU que dans celui de l'OEA, il reste que dans l'ensemble, la plupart des droits décrits par les deux groupes sont similaires. Pour cette raison, la discussion qui suit portera surtout sur le *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des populations autochtones* (le *Projet de déclaration*). Le Canada participe activement aux processus, et encourage la participation des peuples autochtones.

En 1993, le Groupe de travail des Nations unies sur les populations autochtones (GTPA), formé de cinq experts, a terminé son travail entrepris dix ans auparavant de rédiger une déclaration des droits des peuples autochtones, prenant en compte les contributions qui leur furent communiquées par les États et les peuples autochtones.

En 1995, la Commission des droits de l'homme des Nations unies a créé un groupe de travail (le Groupe de travail *ad hoc*, à composition non limitée, sur le projet de déclaration (GTPD)) dans le but d'élaborer un projet de déclaration sur les droits des populations autochtones devant être adopté par l'Assemblée générale de l'ONU. La Commission s'est aussi engagée, dans la même résolution, à adopter une Déclaration avant la fin de la Décennie inter-

ationale des populations autochtones (1994-2004). Lors de sa première rencontre, le GTPD a convenu d'utiliser le projet de déclaration rédigé par les experts comme pierre d'assise de ses travaux.

La fin de la décennie approchant, les pressions se sont accrues au sein du GTPD pour en arriver à une déclaration qui pourrait être transmise pour adoption par l'Assemblée générale. Comme seulement deux ou trois articles du projet de déclaration ont été provisoirement adoptés jusqu'ici, et compte tenu de la diversité des positions défendues par les États au cours des dernières sessions⁸⁷, il serait étonnant qu'on réussisse à s'entendre sur un document définitif avant la fin de 2004, date visée pour son adoption. Il est plus probable que le mandat du GTPD sera prolongé pour pouvoir terminer le travail.

Le projet de déclaration comprend une disposition concernant les savoirs traditionnels. L'article 29 prévoit que :

Les peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels leur soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection.

Les peuples autochtones ont droit à des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leur culture, y compris leurs ressources humaines et autres

⁷⁷ Pour plus de renseignements au sujet du CIG, consultez le site Web de l'OMPI à <http://www.wipo.int/index.html.fr>. Le mandat initial du Comité est décrit dans le document de l'OMPI WO/GA/26/6, par. 14, que l'on peut consulter à l'adresse : http://www.wipo.int/documents/fr/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/ga26_6.pdf

⁷⁸ Pour une récente mise à jour sur les débats au sujet de la relation entre la CDB, l'OMPI et les ADPIC, voir le Volume 4, Numéro 5 de *Bridges Trade BioRes*, à : <http://www.ictsd.org/biores/04-03-19/story2.htm>, consulté la dernière fois le 30 mars 2004.

⁷⁹ L'Assemblée générale de l'OMPI a adopté un nouveau mandat « accéléré » pour le CIG de l'OMPI en septembre 2003. Le groupe africain a présenté une proposition à la sixième réunion du CIG, en mars 2004, qu'elle estime conforme à son mandat. Voir : http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_12.pdf, consulté la dernière fois le 30 mars 2004 [http://www.wipo.int/documents/fr/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_12.pdf].

⁸⁰ La Convention est entrée en vigueur le 5 septembre 1991.

⁸¹ On peut consulter le texte de la Convention 169 à l'adresse <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/62.htm>, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169>].

⁸² Dans un mémoire présenté à la Commission royale sur les peuples

ressources génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle⁸⁸.

En 1994, le Secrétariat de la Commission des droits de l'homme a procédé à une révision technique du projet de déclaration dans le but d'en expliquer la genèse ainsi que les liens entre certains articles et de formuler des recommandations aux États afin d'éliminer les doublons et rendre le texte plus clair. L'étude ne nous renseigne pas beaucoup sur les principes qui sous-tendent l'article 29, notant l'existence de l'article 8j) dans la CDB. Elle mentionne aussi les travaux entrepris par le Rapporteur spécial sur le patrimoine culturel autochtone touchant l'élaboration de lignes directrices en la matière⁸⁹. Depuis, le Rapporteur spécial a élaboré des *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*. Les directives n'ont pas été adoptées par les membres des Nations unies et ne sont pas exécutoires, mais elles traduisent l'esprit de l'article 29 du projet de déclaration, en précisant notamment :

Pour être effective, la protection du patrimoine des peuples autochtones devrait être largement fondée sur le principe de l'autodétermination qui comporte le droit des peuples autochtones de conserver et de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale⁹⁰.

Même s'il est vrai que l'article 29 et les directives traitent des revendications des peuples autochtones et des objectifs qui en découlent, la déclaration demeure toujours à l'état de projet et les directives sur le patrimoine culturel des peuples autochtones ne sont pas contraignantes. Il n'est pas encore certain que les États parviendront à régler les problèmes soulevés par certains participants, à l'occasion de consultations informelles intersessions qui ont eu lieu avant la rencontre de 2002 du GTPD, concernant les liens entre les principes en jeu dans l'article 29 et les lois en matière de propriété intellectuelle⁹¹.

De manière générale, les travaux du GTPD progressent très lentement. Certains représentants autochtones insis-

tent pour que la déclaration soit soumise à l'Assemblée générale et adoptée telle quelle. La plupart des États qui participent activement au processus, toutefois, demandent que des changements soient apportés à la majorité sinon à l'ensemble de ses articles⁹². Sans être un traité contraignant, une déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones serait largement utilisée par les groupes indigènes et tous ceux qui les appuient (y compris parfois des États) pour défendre leurs intérêts, par des organismes internationaux et autres pour interpréter et définir les droits indigènes internationaux, ainsi que par les tribunaux nationaux pour éclairer leurs interprétations dans le cadre de leur droit interne⁹³. Les travaux de l'OEA visant l'adoption d'une déclaration sur les droits autochtones procèdent selon un échancier similaire, et cette déclaration sera sans doute également largement utilisée si jamais elle est adoptée, cependant, à l'échelle des Amériques plutôt qu'à l'échelle mondiale.

Instruments internationaux relatifs aux droits de la personne en général

PIRDESC et PIRDCP

Le Canada a ratifié deux importants instruments internationaux en matière de droits de la personne : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIRDCP) et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIRDESC). Les deux contiennent des articles qui sont liés aux savoirs traditionnels, mais aucun de ces articles ne porte spécifiquement sur le droit des peuples autochtones à posséder et à contrôler leurs savoirs traditionnels, ni sur aucun autre droit autochtone d'ailleurs. Ces instruments sont cependant exécutoires pour les États

autochtones en 1995, James Anaya écrit que la Convention « représente toutefois un noyau dur d'attentes largement répandues internationalement et, à ce titre, elle traduit le droit international coutumier en voie d'émergence, qui, d'une façon générale, lie les différentes unités constituantes de la communauté internationale ». J. Anaya, *L'obligation de fiduciaire du Canada à l'égard des peuples autochtones du Québec en vertu du droit international*, in Commission royale sur les peuples autochtones, *L'obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones dans le contexte de l'accession du Québec à la souveraineté*, Volume 1: *Dimensions internationales*, 1995, p. 20. Compte tenu du nombre restreint de Parties à la Convention, on pourrait dire qu'Anaya exagère l'importance de la Convention dans l'élaboration du droit international coutumier.

⁸³ Par exemple, l'Assemblée générale de l'ONU et la Commission des droits de l'homme de l'ONU adoptent des résolutions sur des questions autochtones chaque année depuis plusieurs années. Ces déclarations sont des appels pressants qui n'ont cependant pas de caractère impératif. Certains font valoir qu'elles auront pour effet de définir des normes internationales avec le passage du temps, surtout lorsqu'il existe d'autres éléments indiquant

qui les ont ratifiés et ils définissent des droits de l'homme universels qui peuvent s'appliquer à la situation des peuples autochtones.

Une des sources possibles en matière de droits de la personne qui s'appliquerait à la question de savoir si les groupes autochtones ont le droit à la protection de leurs savoirs traditionnels se trouve à l'article 15 du PIRDESC. Parmi les dispositions de ces deux Pactes, cet article est celui que l'on considère le plus pertinent quant aux droits relatifs à la propriété intellectuelle et aux questions culturelles en général⁹⁴. La relation entre les droits de l'homme et les droits de propriété intellectuelle a été assez peu étudiée à l'échelle internationale, sauf récemment. Jusqu'ici, on a eu tendance à considérer que les droits de propriété intellectuelle étaient associés à des intérêts économiques. Cette façon de voir a été profondément remise en question par la crise du VIH/sida dans certaines parties du monde, notamment en Afrique subsaharienne, et par les liens qui ont été établis entre la pandémie et certaines restrictions limitant l'accessibilité aux traitements contre le VIH⁹⁵. La question des savoirs traditionnels est un autre point qui est soulevé dans ce débat, mais qui est jusqu'ici presque éclipsée par ce problème d'accès.

L'article 15 se lit ainsi :

1. Les États Parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
 - a. de participer à la vie culturelle;
 - b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
 - c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.
2. Les mesures que les États Parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.

3. Les États Parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

4. Les États Parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture⁹⁶.

Dans un rapport rédigé pour la 24^e session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), on a relevé trois éléments pertinents en matière de droits de l'homme et de propriété intellectuelle eu égard à l'interprétation à donner à l'article 15 : (1) Face au développement d'une économie mondiale, dans laquelle la propriété intellectuelle joue un rôle central, il est particulièrement nécessaire, pour les défenseurs des droits de l'homme, de revendiquer comme droits humains les droits des auteurs, des créateurs et des inventeurs, qu'il s'agisse d'individus, de groupes ou de collectivités. (2) Il est tout aussi important de protéger le droit de tous dans la communauté mondiale d'avoir accès aux savoirs. (3) Enfin, il convient de se demander si les lois applicables en matière de propriété intellectuelle respectent la dignité humaine et permettent la réalisation des autres droits de l'homme⁹⁷.

Bien que ces considérations soient sans doute importantes, la valeur de l'article 15 comme source de droits relativement aux savoirs traditionnels est peut-être limitée, en partie parce qu'il n'a pas fait l'objet de beaucoup d'attention, y compris par le CDESC, jusqu'à récemment⁹⁸. Par conséquent,

qu'elles traduisent des principes de droit généralement acceptés.

⁹⁴ Le *Projet de déclaration des Nations unies sur les droits des populations autochtones* est inclus dans le document E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1 (1994). Voir : www1.umn.edu/humanrts/instree/declra.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.Fr?OpenDocument)]. Le *Projet de déclaration américaine des droits des peuples autochtones* a été approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 26 février 1997. C'est ce texte qui sert aux discussions qui se poursuivent depuis. Le président du groupe de travail chargé de rédiger le projet de déclaration a préparé un texte unifié qui comprend les révisions proposées en date de juin 2003. Le texte est affiché à : <http://www.dialoguebetweenations.com/OASdeclaration/english/ConsolidatedTextofDD.htm>, consulté la dernière fois le 31 mars 2004 [<http://www.oas.org/consejo/fr/cajp/populations%20documents.asp#2004>].

⁹⁵ Voir Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Report 75/02, 27 décembre 2002, par. 128 à 130; Commission interaméricaine, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, Report 96/03, 24 octobre 2003; et Cour interaméricaine

on dispose de peu d'outils pour l'interpréter ou savoir dans quelle mesure il s'applique aux savoirs traditionnels.

On peut attribuer le peu d'attention accordée à l'article 15 en partie au fait qu'on ait attaché moins d'importance aux droits économiques, sociaux et culturels qu'aux droits civils et politiques, plus concrets⁹⁹. De plus, il n'existe pas de mécanisme permettant aux particuliers ou aux groupes de se plaindre contre les États en vertu du PIRDESC, ce qui a limité les possibilités d'étoffer le contenu de cet article¹⁰⁰.

Mais ce qui importe le plus aux fins du présent chapitre, c'est que l'article 15 ne reflète pas les vues des Autochtones au sujet des savoirs traditionnels. Le droit décrit dans cet article, comme tous les droits énoncés dans le PIRDESC et le PIRDCP, à l'exception de l'article premier qui leur est commun, soit le droit des peuples à l'autodétermination, est défini comme un droit individuel. Cette vision des droits décrits dans les Pactes n'est pas compatible avec celle selon laquelle les savoirs traditionnels sont des droits collectifs qui appartiennent aux communautés indigènes qui peuvent en disposer à leur gré. De plus, même si la communauté internationale a reconnu que tous les droits de l'homme étaient reliés les uns aux autres¹⁰¹, les droits définis dans les deux Pactes sont formulés en termes discrets. Comme nous l'avons dit plus haut, l'affirmation d'un droit de contrôler les savoirs traditionnels est liée à des revendications plus larges des peuples indigènes touchant la propriété collective de la terre, les droits culturels et le droit de disposer d'eux-mêmes, lesquels ne sont pas explicités dans les deux Pactes.

De plus, l'importance que l'article 15 accorde au partage global des innovations intellectuelles ne répond pas aux intérêts divergents que les peuples indigènes peuvent avoir à contrôler l'accès aux savoirs traditionnels ou, s'ils consentent à accorder un tel accès, la manière dont ces savoirs seront utilisés. La volonté des communautés autochtones de conserver la mainmise sur leurs savoirs traditionnels ne signifie pas nécessairement qu'elles voudront les garder secrets, mais peut signifier que les intérêts de la communauté à qui les connaissances appartiennent pourraient se voir accorder un poids plus grand que l'intérêt que pourraient avoir les autres à utiliser ces connaissances. L'article 15 en lui-même ne permet pas d'assurer l'équilibre voulu parce qu'il se fonde sur

l'idée que les intérêts concurrents sont ceux du créateur individuel opposés à ceux de la société dans son ensemble. En encourageant les créateurs à partager leurs innovations sous la forme d'un monopole de droits de propriété pendant une période déterminée, le système de propriété intellectuelle correspond sans doute aux valeurs exprimées dans l'article 15, mais ne prend pas en compte d'importantes considérations pour les communautés autochtones en ce qui a trait à leurs savoirs traditionnels.

Une autre source de droits pertinente pour les savoirs traditionnels, peut-être plus féconde, est l'article 27 du PIRDCP, portant sur le droit des personnes d'avoir leur propre vie culturelle en commun avec les autres. L'article 27 se lit ainsi :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue¹⁰².

Le Comité des droits de l'homme a étudié plusieurs plaintes formulées par des Autochtones contre le gouvernement des pays où ils vivent, y compris le Canada¹⁰³. Ces plaintes toutefois portent généralement sur la participation des personnes à certaines activités traditionnelles ou sur leur

des droits de l'homme, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, jugement rendu le 31 août 2001 (Ser. C) No. 79 (2001), opinion concordante du juge Sergio Garcia Ramirez. À l'opposé, Russel Barsh fait remarquer que, si elles sont adoptées, les déclarations n'auront essentiellement qu'un caractère consultatif, et que les déclarations provenant de l'ONU sont rarement considérées comme des sources de droit par les tribunaux nationaux (Barsh, *supra*, note 17, p. 11 et 12.)

⁸⁶ La Cour fait référence aux projets de déclarations de l'ONU et de l'OEA ainsi qu'à la Convention 169 de l'OIT dans l'arrêt *Mitchell c. M.N.R.* [2001] 1 R.C.S. 911.

⁸⁷ Voir, par exemple, les deux derniers rapports du président-rapporteur du Groupe de travail: E/CN.4/2003/92 et E/CN.4/2004/81.

possibilité de profiter de certaines lois ou programmes disponibles seulement pour certaines catégories de personnes appartenant à une communauté autochtone dans l'État concerné¹⁰⁴. Aucune plainte n'a été portée visant directement les savoirs traditionnels.

Il reste que le Comité a élaboré sa propre jurisprudence en la matière en étudiant ces plaintes. Ainsi, dans son Observation générale relative à l'article 27, le Comité a montré sa volonté de tenir compte de certains aspects des revendications en matière de droits autochtones liés à la culture. Par exemple, Le Comité a indiqué que « l'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi », et que « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones »¹⁰⁵.

Dans sa façon d'aborder les plaintes des groupes autochtones, le Comité semble considérer qu'il appartient aux États de concilier les intérêts concurrents, mais en tenant fondamentalement compte des droits qui sont en jeu. Par exemple, le Comité a déclaré que :

Il est compréhensible qu'un État puisse souhaiter encourager le développement des entreprises ou d'en favoriser l'activité économique. Sa latitude en la matière ne doit pas être évaluée par rapport à une marge de liberté d'appréciation mais par rapport aux obligations auxquelles il a souscrit au titre de l'article 27, lequel dispose qu'un membre d'une minorité ne doit pas se voir dénier le droit de jouir de sa propre culture. Des mesures dont l'effet équivalait à dénier ce droit ne sont donc pas compatibles avec les obligations souscrites au titre de l'article 27. Mais des mesures ayant un certain effet limité sur le mode de vie de personnes appartenant à une minorité n'équivaudront pas nécessairement à un déni du droit énoncé à l'article 27¹⁰⁶.

Pour déterminer si des mesures ont pour effet de dénier à une minorité le droit de jouir de sa propre culture plutôt que d'avoir simplement un effet limité sur son mode de vie, le Comité examinera si les membres de la minorité en question ont eu la possibilité de participer au processus de décision lié aux mesures faisant l'objet de la plainte, et si la

minorité pourra continuer de tirer profit de son économie traditionnelle¹⁰⁷. Parmi les grands principes liés à l'article 27 qui ont été définis par le Comité, mentionnons les suivants : (1) il faut réaliser un équilibre entre l'intérêt de poursuivre les activités gouvernementales et l'obligation de protéger les droits fondamentaux des personnes en cause; (2) les communautés autochtones touchées doivent participer à la prise des décisions les concernant; (3) les communautés autochtones touchées doivent continuer de tirer profit de leurs activités économiques traditionnelles après le début des activités gouvernementales. Chacun de ces principes pourrait s'appliquer à toute plainte que pourraient formuler les groupes autochtones préoccupés par les impacts des activités gouvernementales sur leurs savoirs traditionnels¹⁰⁸.

L'article 27 est d'une utilité limitée pour déterminer les enjeux que soulèvent les savoirs traditionnels. Premièrement, selon le Comité des droits de l'homme, le Protocole facultatif du PIRDCP prévoit un processus permettant aux individus, mais non aux groupes, de formuler des plaintes, ce qui limite son utilité pour les peuples autochtones¹⁰⁹. De plus, le Comité a reconnu que la formulation des droits qu'il doit interpréter lui impose certaines restrictions. En précisant que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes reconnu dans l'article premier du PIRDCP et le droit protégé par l'article 27 sont différents, le Comité affirme que l'article 27 confère un droit individuel à des particuliers et non un droit appartenant aux peuples¹¹⁰. Enfin, l'article 27 décrit un droit de jouir de sa propre vie culturelle en commun avec les autres. Il ne décrit pas le droit d'une communauté de posséder et de contrôler ses propres biens culturels, dont possiblement des savoirs traditionnels, ne répondant ainsi

nullement aux revendications formulées par les groupes autochtones concernant ces savoirs.

Il y a aussi lieu de noter que l'article 15 du PIRDESC et l'article 27 du PIRDCP énoncent des droits individuels et que ces articles, comme les autres dispositions des Pactes, peuvent limiter les mesures que peuvent prendre les États et les gouvernements indigènes (comme les gouvernements autochtones ayant conclu une entente d'autonomie gouvernementale au Canada) en réponse aux revendications des peuples autochtones voulant qu'ils aient un droit collectif de disposer de leurs savoirs traditionnels. En l'absence notable d'une affirmation largement acceptée des droits collectifs des groupes autochtones à l'échelle internationale, l'équilibre requis entre les droits individuels reconnus dans les Pactes et les droits collectifs revendiqués risque fort de pencher en faveur des droits individuels, puisque leur statut au regard du droit international n'est généralement pas remis en question.

Cela peut vouloir dire, par exemple, que les mesures législatives ou politiques visant à protéger le droit des peuples autochtones à conserver la mainmise sur leurs savoirs traditionnels devront peut-être céder le pas au droit qu'a toute personne, autochtone ou non, de bénéficier des progrès scientifiques ou de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre¹¹¹. Comme les droits collectifs des peuples autochtones n'ont pas été définis de manière élaborée et généralement acceptée à l'échelle internationale, le cadre permettant de déterminer les principes, les priorités et les arbitrages appropriés en cas de conflit entre les droits individuels et collectifs demeure aussi à élaborer.

Le système interaméricain des droits de l'homme

Les droits autochtones ont été étudiés par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la Cour IA) et par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (la Commission IA), les deux ayant été instituées en vertu de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CARDH). Le Canada n'est pas partie à la CARDH, mais comme il est membre de l'Organisation des États américains (OEA), il est assujéti à la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (la Déclaration américaine). Les particuliers peuvent porter plainte devant la Commission IA contre un État membre de

l'OEA qui aurait violé un article de la Déclaration. Les rapports de la Commission sur le bien-fondé de ces plaintes n'ont pas de caractère exécutoire, mais on leur reconnaît un poids moral à l'échelle internationale.

La Cour IA et la Commission IA ont toutes deux manifesté un vif intérêt pour les droits des peuples autochtones des Amériques. Jusqu'ici, les affaires mettant en cause des peuples autochtones qui ont été soumises à l'attention de ces organismes ont porté sur des questions de droits autochtones sur des biens immobiliers. Compte tenu des liens qui existent entre les savoirs traditionnels et les terres ancestrales des Autochtones, ces affaires pourraient s'avérer décisives, notamment en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques qui se trouvent sur ces terres. Dans une affaire importante dont était saisie la Cour IA, par exemple, les droits de coupe concédés à une compagnie forestière étrangère établie au Nicaragua ont été suspendus, en attendant que les terres ancestrales du groupe autochtone concerné aient fait l'objet des mesures prévues par les lois internes du Nicaragua concernant l'arpentage et les titres fonciers¹¹². En ce qui a trait aux liens entre les savoirs traditionnels et les droits culturels reconnus par la Déclaration américaine, il est aussi intéressant de noter que la Commission a décidé qu'elle pouvait se pencher sur une plainte formulée par une personne autochtone contre le Canada fondée sur l'argument voulant que les pratiques commerciales traditionnelles entre différents groupes autochtones au delà des frontières nationales étaient un droit culturel protégé¹¹³.

⁸⁸ Projet de déclaration de l'ONU, *supra*, note 84. Le texte consolidé du *Projet de déclaration américaine des droits des populations autochtones* comporte les dispositions suivantes concernant les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle : [Traduction] « 1. Les peuples autochtones ont droit à la reconnaissance, à la propriété, au contrôle, au développement et à la protection de leur patrimoine culturel grâce à des régimes spéciaux qui tiennent compte de la nature communautaire de cette propriété. Ces régimes doivent être établis avec leur consentement éclairé et leur participation. 2. Les peuples autochtones ont aussi droit à la protection juridique de cette propriété grâce à des brevets, marques commerciales, droits d'auteur et autres procédures de protection de la propriété intellectuelle. 3. Le patrimoine des peuples autochtones comprend notamment les savoirs, les conceptions et procédures ancestrales, les expressions artistiques, spirituelles, technologiques, scientifiques et biogénétiques, ainsi que les connaissances et leurs propres innovations liées à l'utilité et aux propriétés des plantes médicinales ». *Vsupra*, note 84.

En général, la Commission IA et la Cour IA ont montré qu'elles étaient disposées à tenter d'interpréter les mots de la CARDH et de la Déclaration américaine de manière à tenir compte de la conception communautaire que les peuples autochtones se font de leurs droits, du moins en ce qui a trait au droit à la propriété décrit dans ces instruments¹¹⁴. Même si aucune n'a été saisie de plaintes portant spécifiquement sur les droits de ces peuples de disposer de leurs savoirs traditionnels, la souplesse et l'intérêt dont elles ont fait preuve en ce qui concerne les revendications des peuples autochtones sont dignes de mention, ce qui confère au système interaméricain une importance particulière dans l'élaboration du droit international en matière de droits autochtones.

Le droit à l'autodétermination

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a un important rôle à jouer pour déterminer l'existence et la portée des droits autochtones. Par conséquent, même si ce droit est décrit dans l'article premier commun aux deux Pactes, nous en discutons ici séparément, plutôt que relativement à l'article 15 du PIRDESC et l'article 27 du PIRDCP.

Dans son historique de la Conférence de la paix tenue à Paris en 1919 durant laquelle le Traité de Versailles a été négocié et où les frontières de l'Europe, du Moyen-Orient et d'autres parties du monde ont été redéfinies par les grandes puissances de l'époque, Margaret MacMillan cite le président américain Woodrow Wilson, ardent défenseur du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, un concept nouveau à l'époque, qui a déclaré : [TRADUCTION] « Quand j'ai prononcé ces mots [que toutes les nations avaient le droit de disposer d'elles-mêmes], je l'ai fait sans savoir que des nationalités existaient, se manifestant à nous jour après jour »¹¹⁵. Bien sûr, personne n'aurait dû s'étonner du fait que la notion selon laquelle les peuples devaient être libres de déterminer leur statut politique et de poursuivre leur développement économique, social et culturel soit reçue avec autant d'enthousiasme par tous ceux qui s'estimaient opprimés ou mal gouvernés à l'époque du déclin des puissances impériales.

Pendant une bonne partie du XX^e siècle, le principe du droit à l'autodétermination, dorénavant reconnu comme un droit des peuples dans l'article premier commun au PIRDCP et au PIRDESC, était considéré comme étant lié à

la décolonisation. Mais en ce qui concerne les peuples autochtones, la perception est quelque peu différente. Il est certain que les revendications autochtones du droit à l'autodétermination remettent en question l'idée selon laquelle l'État est l'organe dominant auquel il faut s'identifier et porter allégeance, mais elles ne signifient pas un rejet complet de son rôle. Kingsbury note que [TRADUCTION] « la plupart des groupes qui participent au mouvement international d'émancipation des peuples autochtones [...] veulent continuer à avoir une relation durable avec l'État dans lequel ils se trouvent »¹¹⁶.

Le droit international ne définit pas encore qui sont les « peuples » qui ont le droit à l'autodétermination, ni en quoi consiste exactement ce droit. Selon la perspective traditionnelle mentionnée plus haut, les « peuples » visés par l'article premier des Pactes s'entendent de la population entière d'un État existant et des « peuples » qui vivent en situation coloniale. Le droit à l'autodétermination correspond alors au droit à un État indépendant. Selon cette perspective traditionnelle, la population entière du Canada, par exemple, constitue un peuple aux fins de l'article premier. Les communautés autochtones et les autres groupes infranationaux du Canada participent à l'exercice de ce droit à l'autodétermination en faisant partie du peuple canadien, en ayant le droit de vote et de prendre part au processus de gouverner, et possiblement en ayant droit à des mesures spéciales visant à répondre à leurs besoins et intérêts particuliers.

⁸⁹ Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Révision technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Note du secrétariat, E/CN.4/Sub.2/1994/2, par. 49 à 51 et 97. Il est intéressant de noter que l'étude n'établit pas de lien entre l'article 29 du projet de déclaration et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, discuté plus loin.

⁹⁰ On trouvera le texte des *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones* à l'annexe 1 du document E/CN.4/sub.2/2000/26.

⁹¹ Les préoccupations sont résumées dans le document *Summary of the Informal Intersessional Consultations*, Genève du 16 au 19 septembre 2002, qui est affiché à l'adresse http://www.treatycouncil.org/new_page_552.htm, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

⁹² *Supra*, note 87.

La Cour suprême du Canada a donné son avis sur le droit international à l'autodétermination dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans sa décision, la Cour fait remarquer que « peu de précisions formelles sont apportées à la définition de 'peuple' » et que « le sens du mot 'peuple' demeure incertain ». Elle n'a cependant pas proposé elle-même de définition. Elle a toutefois noté que dans certaines circonstances, « un 'peuple' peut s'entendre d'une partie seulement de la population d'un État existant » et que « le mot 'peuple' ne vise pas nécessairement l'entière population d'un État »¹¹⁷.

Dans un document de travail présenté à la 6e session du Groupe de travail des Nations unies sur les minorités, Asbjorn Eide note qu'il existe toujours un débat quant à savoir si les peuples autochtones sont des « peuples » au sens de l'article premier des Pactes, et il soulève des questions sur la portée de ce droit, notamment en ce qui a trait à la notion de souveraineté territoriale. Eide souligne que la discussion sur la relation entre l'article premier et la référence à l'autodétermination dans le projet de déclaration a été l'un des éléments les plus controversés du processus :

13. Un long débat a eu lieu ... [au sein] du Groupe de travail ... Les représentants des groupes autochtones se sont prononcés en faveur d'un droit intégral à l'autodétermination, même si cela ne signifiait pas nécessairement que ce droit serait invoqué pour se séparer des États dont ces peuples faisaient aujourd'hui partie. Les représentants des gouvernements se sont opposés à l'inclusion du droit à l'autodétermination ou se sont efforcés de lui donner un sens plus restreint que l'interprétation qui en était faite dans le contexte de la décolonisation.

14. Deux interprétations révisées du droit à l'autodétermination sont actuellement en discussion. L'une concerne l'autodétermination dite autodétermination « interne » laquelle désigne essentiellement le droit à une gouvernance effective et démocratique à l'intérieur d'États, ce qui permet à l'ensemble de la population de déter-

miner son statut politique et d'assurer son développement. L'autre voudrait assimiler le droit à l'autodétermination au droit à un certain degré — non précisé — d'autonomie dans le cadre d'États souverains¹¹⁸.

Selon Eide, les notions d'autonomie territoriale et d'autonomie culturelle devraient normalement demeurer distinctes, à la fois au plan conceptuel et au plan pratique :

... il est difficile d'accepter un principe d'autonomie territoriale strictement fondée sur des critères ethniques, car une telle démarche irait à l'encontre des principes fondamentaux d'égalité et de non-discrimination entre individus pour des motifs raciaux ou ethniques. Il y a, d'un autre côté, de solides arguments en faveur de formes d'autonomie culturelle qui permettraient de maintenir une identité collective¹¹⁹.

Toutefois, il poursuit en notant qu'un « trait particulier des peuples autochtones, c'est que la préservation de l'autonomie culturelle suppose un degré considérable d'autogestion et de contrôle sur les terres et les autres ressources naturelles »¹²⁰. En d'autres mots, il est difficile de séparer le concept d'autonomie culturelle de celui d'autonomie territoriale dans une définition du droit à l'autodétermination applicable aux groupes autochtones. Cela signifie que plusieurs des défis conceptuels les plus délicats liés à l'application de ce droit dans le cas des peuples autochtones ne peuvent pas être facilement mis de côté pour le motif que les savoirs traditionnels relèvent en réalité de l'autonomie culturelle, particulièrement si l'on considère l'étroite relation qui existe entre les connaissances, pratiques

⁹³ Il est toujours possible que la déclaration, si elle est adoptée, serve de base pour un nouveau traité sur les droits autochtones, même si la lenteur du processus de négociation jusqu'ici indique que cela risque de prendre beaucoup de temps.

⁹⁴ L'article 15 du PIRDESC s'inspire de l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH). On trouve un article semblable dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*.

⁹⁵ Cette question est discutée dans le chapitre du présent document portant sur les brevets.

⁹⁶ PIRDESC, article 15.

et innovations traditionnelles, d'une part, et les activités rattachées aux ressources naturelles, d'autre part.

Les questions relatives au droit à l'autodétermination des peuples autochtones ont reçu beaucoup d'attention durant les réunions du GTPD¹²¹. Les discussions s'y sont déroulées avec pour toile de fond l'article 3 du projet de déclaration, qui se lit :

Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel¹²².

Les États et les représentants des peuples autochtones ont fait porter l'essentiel de leurs discussions sur les liens entre l'article 3 et l'article premier des deux Pactes, sur la portée et le contenu du droit à l'autodétermination tel qu'exercé par les communautés autochtones au sein des États démocratiques existants, ainsi que sur les liens entre les droits individuels des membres de ces communautés et les droits collectifs. De façon plus générale, la notion de droit à l'autodétermination des peuples autochtones soulève plusieurs questions difficiles, notamment les suivantes : qui constitue un 'peuple' autochtone; qui fait partie de la communauté; une communauté autochtone peut-elle être un peuple si elle n'a pas d'assise territoriale; le droit à l'autodétermination peut-il s'appliquer de manière différente à différents peuples autochtones au sein d'un même État; ce droit peut-il être exercé tout en respectant l'intégrité politique, constitutionnelle et territoriale de l'État; enfin, quel est le juste équilibre à atteindre entre les droits individuels et les droits collectifs »¹²³?

Ces questions peuvent paraître se situer en périphérie de celles qui concernent les droits relatifs aux savoirs d'une communauté, mais elles sont pertinentes si l'on veut comprendre comment la revendication d'un « droit sur les savoirs traditionnels » s'articule avec la revendication d'un droit à l'autodétermination. Vu l'absence de consensus à l'échelle internationale au sujet de la portée et du contenu du droit à l'autodétermination, il devient donc hasardeux de s'appuyer sur l'un pour protéger l'autre. Une communauté autochtone, par exemple, affirmant que le mauvais usage de certains éléments de ses savoirs traditionnels par

un chercheur de l'extérieur est contraire à son droit à l'autodétermination, peut découvrir, après une analyse approfondie du droit international applicable, qu'elle n'est pas un « peuple » aux fins de l'exercice de ce droit. Une autre communauté, affirmant que l'information communiquée à un tiers par l'un de ses membres est malgré tout assujettie à son contrôle en raison de son droit à l'autodétermination, peut apprendre que tout effort en vue de restreindre la possibilité pour un individu de partager de l'information à certaines fins, par exemple la santé ou le bien-être personnel, est contraire au droit international applicable en matière de droits de la personne¹²⁴.

D. Résumé

Il n'existe pas encore de droit des peuples autochtones à disposer de leurs savoirs traditionnels qui soit largement reconnu en droit international. Même si on peut dire qu'une communauté autochtone peut exercer sa mainmise sur les connaissances qu'elle possède simplement en refusant de les rendre publiques, on ne sait trop ce qu'elle pourrait faire, en terme de droits, pour empêcher ses membres de partager de l'information avec des tiers, ou

⁹⁷ A. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'Homme : obligations découlant de l'art. 15(1) c) », mémoire présenté au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 24^e session, E/C.12/2000/12, 3 octobre 2000, par. 5. Voir : http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=6264&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁹⁸ *Ibid.*, par. 25. [Traduction] « Cela est en train de changer. Le CDESCa rédigé un projet d'observation générale sur l'article 15(1)c) qu'il a soumis à un petit groupe d'experts en août 2004 et à l'occasion de sa 33^e session en novembre 2004. Sous la pression d'organisations non gouvernementales, le Comité n'a pas adopté le projet avant qu'il soit étudié plus à fond. »

⁹⁹ Voir A. Eide et A. Rosas, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", in *Economic, Social and Cultural Rights*, 2nd ed., 2001, ed. A. Eide.

¹⁰⁰ Cela pourrait changer. Un groupe de travail des Nations unies a été formé pour examiner s'il y a lieu de créer un mécanisme de plainte en vertu du PIRDESC, semblable au protocole optionnel du PIRDCP.

¹⁰¹ Voir la *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, par exemple.

¹⁰² PIRDCP, article 27.

¹⁰³ On peut trouver une liste complète de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme relative aux plaintes formulées par les peuples autochtones à l'adresse <http://www.bayefsky.com>, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

pour empêcher des tiers d'utiliser des savoirs traditionnels qui appartiennent déjà au domaine public.

En ratifiant la CDB, 188 États ont accepté une obligation quelque peu limitée de respecter, de préserver et de maintenir les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones associées à la conservation de la diversité biologique. Même si la CDB n'est pas en elle-même un instrument de défense des droits de la personne, on parle de plus en plus de « droits » dans les décisions de la CdP et au sein des groupes de travail relatifs à la CDB.

Les sources permettant d'étayer de tels « droits » semblent plutôt minces : (1) les droits de l'homme universellement reconnus que l'on retrouve dans le PIRDCP et le PIRDESC ne comprennent pas de droits collectifs, ni de droits autochtones en particulier, ni le droit de disposer des savoirs traditionnels, même si l'article 27 du PIRDCP pourrait être pertinent dans le cas d'une personne autochtone empêchée de jouir de sa culture en commun avec les autres, y compris possiblement de ses savoirs traditionnels – l'article pourrait alors être invoqué devant les tribunaux dans les pays qui ont accepté le Protocole facultatif¹²⁵; (2) même si les organismes chargés d'interpréter la CARDH et la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* ont fait preuve de souplesse et d'intérêt à l'égard des questions concernant les peuples autochtones, ils n'ont été saisis jusqu'ici d'aucune plainte relative aux savoirs traditionnels; (3) la Convention 169 de l'OIT n'a pas été ratifiée par un très grand nombre de pays et ne traite pas du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes de façon générale, ni du droit à disposer de leurs savoirs traditionnels en particulier; (4) le projet de déclaration demeure empêtré dans un long débat, alors que le mandat du GTPD tire à sa fin¹²⁶; (5) enfin, le droit à l'autodétermination doit être mieux étudié et analysé avant que sa reconnaissance dans le cas des peuples autochtones ne soit largement acceptée, ou avant que les gouvernements et les peuples autochtones comprennent bien ce que son application implique.

Malgré ces limites, chacune de ces sources potentielles de droits fournit des arguments qui appuient les revendications faites par des représentants autochtones, comme nous en avons tracé un portrait très succinct ci-dessus.

Des restrictions semblables en droit international font que toute revendication relative aux droits autochtones internationaux présente de grands défis, et a fortiori dans le domaine des savoirs traditionnels. Cela n'a pas empêché les tribunaux internationaux et nationaux de s'inspirer des instruments juridiques internationaux et des rebondissements récents en politique internationale qu'ils considèrent liés à ces revendications et susceptibles de constituer des sources de droit international coutumier¹²⁷. Même si les nouvelles normes internationales concernant les droits des peuples autochtones ne définissent peut-être pas des obligations claires ou complètes, elles fournissent néanmoins des orientations aux États qui veulent adopter des politiques en matière de biotechnologie qui tiennent compte des impacts sur les intérêts des peuples autochtones. Cela est particulièrement vrai pour un pays comme le Canada qui est partie à la CDB et qui participe activement aux processus internationaux où les droits des Autochtones sont discutés, élaborés et analysés.

En demeurant prudent, on peut résumer ces orientations comme suit : (1) on a accordé aux peuples autochtones et aux questions qui les concernent un statut spécial dans les négociations internationales ayant une incidence sur leurs intérêts, ce qui indique que l'on reconnaît un certain mérite à leurs revendications; (2) les personnes autochtones jouissent des droits de la personne reconnus en droit international – les organismes de suivi des traités se penchent sur les plaintes qu'elles formulent, même si les instruments internationaux de défense des droits de l'homme qu'ils sont chargés d'interpréter n'abordent pas les droits autochtones de manière spécifique; (3) la notion voulant que les peuples autochtones ont des droits collectifs, y compris un certain droit à l'autodétermination, fait son chemin à l'échelle internationale, et est de plus en plus considérée par la communauté internationale comme une base pour de plus amples discussions et pour la création de normes, même si le juste équilibre entre les droits collectifs et les droits

individuels n'a pas encore été établi, et qu'aucune description de ce droits n'a encore été largement acceptée; (4) la relation particulière que les peuples autochtones entretiennent avec la terre, et avec leurs pratiques culturelles et leurs traditions, constitue un élément important dans les discussions entourant les questions autochtones à l'échelle internationale; (5) enfin, de façon plus générale, le cours des développements survenus un peu partout dans le monde confirme que la nécessité de respecter les peuples et les communautés autochtones dans nos lois et nos politiques est de plus en plus reconnue. Ce faisant, les États doivent cependant aussi respecter les droits de tous et tenir compte d'autres aspects importants de l'intérêt public. Chacune des « orientations » qui précèdent a une certaine pertinence quant à question de savoir s'il existe pour les peuples autochtones un droit de propriété et de contrôle sur leurs savoirs traditionnels.

Pour ce qui est de la biotechnologie et des savoirs traditionnels en particulier, on peut dire que : (1) les nombreux pays qui ont ratifié la CDB, dont le Canada, ont pris plusieurs engagements relativement aux savoirs traditionnels; (2) les questions autochtones sont au centre du débat international sur le traitement à accorder aux savoirs traditionnels dans les régimes internationaux de propriété intellectuelle, sur les mesures à prendre en matière d'accès et de partage des avantages, ainsi que sur les mesures environnementales et de conservation, entre autres sujets; (3) les peuples autochtones se sont vu reconnaître un rôle à jouer dans l'identification des problèmes et l'élaboration de solutions en matière de savoirs traditionnels dans différents forums, où leur niveau de participation est tel qu'il n'est pas très différent de celui des États; (4) les questions entourant les savoirs traditionnels sont de plus en plus souvent abordées sous l'angle des « droits »; (5) bien qu'elles soient imparfaites, peu élaborées par les tribunaux internationaux ou nationaux en ce qui concerne leur application aux savoirs traditionnels, ou, comme dans le cas du Projet de déclaration, incomplètes et destinées peut-être à le demeurer, les sources de normes internationales touchant les droits autochtones peuvent nous aider à mieux comprendre les discussions sur les droits entourant les savoirs traditionnels.

En effet, toutes les parties intéressées doivent savoir que les tribunaux pourront bien vouloir s'inspirer des sources mentionnées plus haut s'ils sont appelés à se prononcer sur des questions concernant l'existence, la nature et la portée des « droits en matière de savoirs traditionnels ». Même si c'est la valeur (ou absence de valeur) juridique de ces sources qui devrait déterminer le poids qu'il y a lieu de leur accorder, le fait que certaines n'aient aucune valeur juridique n'empêchera pas les juges de considérer qu'elles constituent une toile de fond utile, ni n'empêchera les gouvernements et autres parties intéressées de s'en inspirer pour déterminer de quelle manière aborder la question des savoirs traditionnels dans leurs lois et politiques.

7.4.3 La situation au Canada

Il est important de se rappeler que les réalités juridiques, politiques, économiques, sociales et culturelles des peuples autochtones du Canada sont incroyablement diversifiées. Si l'on voulait faire un recensement complet et détaillé des droits relatifs aux savoirs traditionnels et à la biotechnologie, il faudrait s'attarder de façon indépendante à chacun des trois grands groupes autochtones du Canada — les Inuits, les Métis et les Premières nations, soit les « peuples autochtones du Canada » pour employer la terminologie de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²⁸. Il faudrait peut-être aussi faire d'autres distinctions entre les groupes qui bénéficient du « statut d'Indien », en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et les autres; entre ceux qui vivent sur une réserve, et les autres; entre ceux qui vivent en milieu urbain, et ceux qui vivent dans des régions éloignées; entre les groupes qui ont signé des traités historiques et ceux qui ont conclu des ententes modernes en matière de revendications territoriales ou d'autonomie gouvernementale; et peut-être aussi entre les personnes ou les communautés qui sont parvenues à conserver et à enrichir leurs traditions et leur culture depuis le contact avec les Européens et celles qui, avec le passage du temps et les aléas des interactions avec la société non autochtone, n'y sont pas parvenues. Ces importants détails vont bien au delà de la portée du présent chapitre. La discussion qui suit portera plutôt et de façon plus générale sur une analyse des droits ancestraux et issus de traités des

peuples autochtones et leurs conséquences en droit canadien en ce qui a trait aux savoirs traditionnels. Comme pour la discussion sur le volet international qui précède, la question principale est de savoir s'il existe en droit canadien un fondement à l'assertion selon laquelle les peuples autochtones ont le droit de posséder et de disposer de leurs savoirs traditionnels.

Toute réponse à cette question demeure purement hypothétique, car les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu à examiner si un tel droit existe. De plus, comme nous le verrons plus loin, l'existence de droits ancestraux en droit canadien est établie en fonction des faits pertinents et des circonstances particulières du groupe revendiquant ces droits. Une décision selon laquelle un groupe jouit de droits ancestraux compte tenu des faits particuliers en cause ne signifie pas nécessairement que d'autres groupes autochtones au Canada jouissent des mêmes droits. Le droit canadien concernant les Autochtones est tel qu'il est impossible de se prononcer de manière générale sur l'existence ou non de ces droits.

Il y aurait lieu de noter aussi qu'en raison de la nature des savoirs traditionnels, considérés comme un bien collectif plutôt qu'individuel, nous nous attarderons dans cette section aux droits collectifs, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones, plutôt qu'aux droits fondamentaux qui sont protégés en vertu du droit interne du Canada. Nous avons présenté un tour d'horizon du cadre juridique canadien s'appliquant aux droits de la personne dans le chapitre 1 de notre étude, il est donc inutile de nous répéter ici. Nous présentons cependant brièvement dans la section C ci-dessous le cadre permettant d'aborder les conflits qui peuvent survenir entre les droits individuels de la personne et les droits collectifs des peuples autochtones.

A. Le contexte national en matière de biotechnologie, de droits et de savoirs traditionnels

La participation active du Canada dans les forums internationaux où les discussions relatives aux savoirs traditionnels ont occupé le devant de la scène nous permet de décrire le contexte national dans lequel se situe le débat en la matière. Ainsi, on peut utiliser, à l'échelle nationale, les rebondissements juridiques et politiques qui

sont survenus sur la scène internationale concernant les droits relatifs aux savoirs traditionnels, pour comprendre, par exemple, les initiatives qui ont été prises au plan juridique et politique, les arguments qu'on a utilisés devant les tribunaux, les approches communautaires adoptées en matière de protection et de maintien des savoirs traditionnels, ou encore les positions défendues dans les négociations relatives aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale. En particulier, le Canada doit prendre des mesures pour mettre en œuvre les engagements qu'il a pris en ratifiant la CDB, y compris ceux que l'on retrouve à l'article 8j), abordé plus haut. Étant donné les liens qui existent entre les savoirs traditionnels et les questions plus larges qui intéressent les peuples autochtones, bon nombre des mesures prises par le Canada au plan juridique et politique concernant les questions autochtones peuvent être pertinentes à cet égard, notamment dans le domaine des revendications territoriales, de l'environnement, de la protection et promotion de la culture, ainsi que du développement politique et économique.

Le débat entourant les savoirs traditionnels au Canada comporte différents enjeux. Essentiellement, il y a : (1) la volonté, de la part des gouvernements et des peuples autochtones, de comprendre de quelle manière s'articulent les savoirs et les pratiques traditionnels dans le cadre juridique et politique canadien; (2) les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouverne-

¹⁰⁴ Par exemple, l'affaire *Lovelace c. Canada* (24/1977)(R.6/24), ICCPR, A/36/40 (30 juillet 1981) 166, concernant la perte du « statut d'Indien » de la plaignante en vertu de la *Loi sur les Indiens*; l'affaire *Kitok c. Suède* (197/1985), ICCPR, A/43/40 (27 juillet 1988) 221, concernant la perte par le plaignant de sa qualité de membre de la communauté Sami, et par conséquent de ses privilèges d'éleveur de rennes; enfin l'affaire *Mahuika c. Nouvelle-Zélande* (547/1993), ICCPR, A/56/40 vol. II (27 octobre 2000) 11, — concernant la réglementation applicable aux pêcheurs maoris.

¹⁰⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 23, adoptée à l'occasion de la 50^e session du Comité en 1994, par. 7. <http://heiwwww.unige.ch/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment23.htm> Pour une discussion sur cette question, voir S. Prichard et C. Heindow-Dolman, « Indigenous peoples and international law: A critical overview », (1998) 3 AILR 473.

¹⁰⁶ *Lansman c. Finlande* (511/1992), ICCPR, A/50/40/ vol. II (26 octobre 1994), 66 (CCPR/C/52/D/511/1992) par. 9.4. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8eac0dd733269a14802566e3003a2aac?Opendocument)

¹⁰⁷ *Mahuika c. Nouvelle-Zélande*, voir *supra*, note 104, par. 9.5.

¹⁰⁸ Il y a lieu de noter que ces principes semblent comparables à ceux que l'on retrouve en droit canadien et qui sont examinés plus loin.

¹⁰⁹ Observation générale no 23, *supra*, note 105, par. 3.1.

¹¹⁰ *Ibid.*, par. 3.0, 3.1 et 3.2.

mentale; (3) les règles que l'on trouve dans certaines lois concernant l'utilisation des savoirs traditionnels¹²⁹; (4) des considérations d'ordre général concernant la nécessité de respecter, de préserver et de maintenir les cultures autochtones, notamment les langues, les activités et pratiques traditionnelles ainsi que les visions du monde¹³⁰.

Jusqu'ici, le lien entre la biotechnologie et les savoirs traditionnels a pris moins d'acuité que les autres aspects mentionnés plus haut. Cela tient peut-être au fait qu'on ignore encore si les ressources génétiques tirées d'organismes vivant au Canada seront utiles aux chercheurs en biotechnologie, même si les milieux sauvages, souvent intéressants à cet égard, abondent au pays¹³¹. Il est possible que les choses changent dorénavant, les Parties à la CDB ayant entrepris de négocier et d'élaborer un mécanisme international d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages dans lequel les groupes autochtones joueront un rôle majeur¹³².

En même temps que se dérouleront ces discussions entre les Parties à la CDB sur un « régime international » d'accès aux ressources génétiques, le Canada mettra en branle son propre processus d'élaboration d'une politique interne en la matière. Il existe à l'heure actuelle une sorte de vide politique et juridique sur cette question au pays. En fait, il n'y a à peu près aucune mesure de contrôle spécifique s'appliquant à la bioprospection au Canada. Et celles qui existent dépendent à la fois du type de ressources recherchées (par exemple, *in situ* ou *ex situ*)¹³³, et de la présence ou non de la ressource sur des terres publiques, où différentes lois fédérales, territoriales et provinciales peuvent s'appliquer, sur des terres privées, où des lois sur la violation du droit de propriété peuvent s'appliquer, ou sur des terres de réserve indienne ou des terres autochtones ayant fait l'objet d'une entente en matière de revendications territoriales, où des règles particulières peuvent s'appliquer concernant l'accès aux ressources¹³⁴.

Il est sans doute impossible d'estimer de manière crédible la valeur potentielle, en termes financiers, de ce que pourrait retirer l'industrie biotechnologique des savoirs traditionnels des peuples autochtones au Canada. Il reste que les facteurs suivants signifient que les progrès dans le domaine pourraient avoir des impacts substantiels sur l'élaboration des lois et des politiques concernant les

peuples autochtones ainsi que sur la négociation d'ententes visant à régler les questions des revendications territoriales et d'autonomie gouvernementale en suspens : (1) il existe un lien très clair entre les biotechnologies et les savoirs traditionnels; (2) ce lien fait l'objet d'un débat à l'échelle internationale dans de nombreux forums intergouvernementaux; (3) ce débat est important pour le Canada tant en raison de l'existence de sa population autochtone qu'en raison de la taille de son industrie de la biotechnologie.

Entre temps, peu importe les progrès accomplis dans le domaine de la biotechnologie, les efforts visant à déterminer le cadre politique et juridique approprié à la culture autochtone, y compris les langues, les savoirs traditionnels, les lois et les coutumes, continueront de s'intensifier au Canada. Sur la base de la reconnaissance accordée aux droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones aux termes de la Constitution canadienne¹³⁵, une jurisprudence particulièrement pertinente pour les peuples autochtones continuera d'être développée par les tribunaux et les plaideurs; différents outils, comme des ententes négociées, seront utilisés pour permettre aux peuples autochtones de se donner la marge de manœuvre voulue pour atteindre leurs objectifs; et l'élaboration des politiques publiques, bien que sujette aux priorités des gouvernements de l'heure, continuera d'être confrontée à des questions fondamentales sur la nature de la réconciliation, sur le sens à donner à une citoyenneté partagée au sein d'un État multidimensionnel, et sur les défis posés par la diversité qui existe au sein des communautés autochtones, si ce n'est à l'intérieur du

¹¹¹ Droits reconnus à l'article 12 et à l'article 15 du PIDRESC.

¹¹² L'affaire de la *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*, voir *supra*, note 85.

¹¹³ Voir le rapport no 74/03 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur l'admissibilité de la requête 790/01, *Grand Chief Michael Mitchell v. Canada*, 22 octobre 2003. On peut consulter ce rapport (en anglais) à l'adresse : <http://www.cidh.org/annualrep/2003eng/Canada.790.01.htm>, consulté la dernière fois le 24 mars 2004. La Commission a jugé admissible la plainte du requérant voulant que les mesures limitant sa capacité de procéder à des échanges commerciaux transfrontaliers sans payer de droits de douanes ou autres taxes étaient contraires aux dispositions relatives aux droits culturels de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*. La plainte sera maintenant étudiée sur le fond. L'article XIII de la Déclaration précise : « Toute personne a le droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de bénéficier des résultats du progrès intellectuel et notamment des découvertes scientifiques. De même elle a droit à la protection des intérêts moraux et matériels qui découlent des inventions ou des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, dont elle est l'auteur ».

Canada tout entier. Avec le passage du temps, ce processus évolutif aura une influence marquée sur l'élaboration des lois et des politiques en matière de biotechnologie, comme sur les autres grandes priorités politiques au Canada.

B. Droits autochtones en vertu des lois canadiennes

Il existe au Canada un cadre politique et juridique relativement bien développé concernant plusieurs questions autochtones. Toutefois, les droits existants des peuples autochtones ne sont pas bien définis à l'heure actuelle. Les incertitudes à cet égard, comme les encouragements des tribunaux¹³⁶, ont ainsi contribué à l'adoption de politiques qui privilégient la négociation d'ententes sur les droits autochtones plutôt que la confrontation devant les cours de justice. Le gouvernement du Canada a élaboré des politiques devant lui servir de guide dans la négociation d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale, aux revendications territoriales globales et aux revendications particulières concernant des obligations non respectées découlant de traités¹³⁷. Le règlement des questions relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales est discuté en détail plus loin.

Les droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones sont reconnus et affirmés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il y a une jurisprudence de plus en plus étoffée au Canada dans laquelle les tribunaux se sont donnés des outils pour déterminer l'existence, la nature et la portée des « droits des peuples autochtones » qui sont visés, quoique non définis, par l'article 35. L'analyse servant à déterminer s'il existe des droits autochtones dans des circonstances particulières fait l'objet de la section C ci-dessous.

Les « droits issus de traités » sont définis dans les nombreux traités historiques¹³⁸ ainsi que dans un nombre grandissant d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales ayant obtenu une protection constitutionnelle en vertu de l'article 35¹³⁹. Les traités définissent certains droits des peuples autochtones vivant dans la plupart des régions du Canada. En général, ils prévoient la cession de certains droits non définis contre une forme quelconque de compensation. Les traités historiques étaient habituellement brefs et abordaient des questions comme la paix et l'amitié, la chasse, la pêche et la cueillette, et l'attribution

des terres de réserve. Les traités modernes sont beaucoup plus détaillés et complets, abordant des questions comme les compétences et les pouvoirs conférés par une entente d'autonomie gouvernementale, les structures de gouvernance, la répartition des terres et des ressources, la chasse, la pêche et la cueillette, ainsi que la cogestion des biens fonciers et des ressources. Les négociations modernes relatives aux revendications territoriales visent habituellement à régler les différends qui subsistent dans des parties du pays où les droits des peuples autochtones ne sont pas définis dans des traités historiques, comme en

¹¹⁴ L'affaire de la *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* et les rapports sur l'affaire *Mary and Carrie Dann* et l'affaire *Maya Indigenous Communities of the Toledo District* portent toutes sur les droits autochtones relatifs aux biens immobiliers (toutes précitées à la note 85). Le droit de disposer de ses biens reconnu dans la CARDH et dans la Déclaration américaine n'est pas identique, mais dans ces deux affaires, on a jugé qu'il protégeait également les droits collectifs des peuples autochtones sur leurs terres. On pourrait considérer que le droit de disposer de ses biens décrit dans les deux instruments peut s'appliquer aux biens mobiliers, bien que la question n'ait pas encore été soumise à la Cour IA ni à la Commission IA. (Voir CARDH, article 21 et Déclaration américaine, article XXIII). Dans l'affaire *Yanomami*, Rapport 12/85, la Commission IA a reconnu les droits collectifs du peuple yanomami du Brésil à la démarcation et à la délimitation du territoire yanomami.

¹¹⁵ M. MacMillan, *Paris 1919*, 2003, p. 12.

¹¹⁶ B. Kingsbury, 2001, *supra*, note 63, p. 91.

¹¹⁷ [1998] 2 R.C.S. 217, par. 123 et 124, respectivement. Le simple fait d'avoir les caractéristiques d'un 'peuple' en droit international ne signifie pas nécessairement que celui-ci a le droit de sécession ou le droit à l'autodétermination. Une condition essentielle à cet égard est l'existence d'une situation d'oppression exercée contre le 'peuple' en question.

¹¹⁸ Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/2000/10, par. 13 et 14.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 15.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ L'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones a aussi fait l'objet de discussions au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et au Comité des droits de l'homme. Voir *Le droit à l'autodétermination*, 23/08/96, CERD Recommandation générale 21, (*Observations générales*), 48^e session, 1996, où le Comité affirme au par. 5 : « Les gouvernements devraient également envisager, dans leurs cadres constitutionnels respectifs, de reconnaître aux personnes appartenant à des groupes ethniques ou linguistiques constitués de leurs citoyens, si cela est approprié, le droit de se livrer à toute activité intéressant particulièrement la préservation de l'identité de ces personnes ou de ces groupes ». Le Comité des droits de l'homme a fait le lien entre le droit à l'autonomie gouvernementale au Canada et le droit à l'autodétermination dans ses observations finales relatives au quatrième rapport périodique que le Canada a présenté au Comité (CCPR/C/79/Add.105, par. 8). Dans ses observations finales relatives au quatrième rapport périodique de la Norvège, le Comité a demandé à la Norvège de faire rapport sur le droit à l'autodétermination du peuple sami (CCPR/C/79/Add.112, par. 17).

¹²² Projet de déclaration des Nations unies, *supra*, note 84.

Colombie-Britannique, dans les territoires situés au nord du 60^e parallèle, au Nouveau-Québec et au Labrador¹⁴⁰.

Les litiges au Canada ont le plus souvent porté sur l'existence et la nature du titre autochtone, l'interprétation des traités ou l'existence de droits ancestraux ou issus de traités permettant certaines activités traditionnelles comme la chasse, la pêche ou la cueillette, à chaque fois au cas par cas. Même si les activités qui jusqu'ici ont été soumises à l'attention de la justice traitent indirectement des connaissances autochtones, les causes ont surtout porté sur la possibilité pour un groupe autochtone de pratiquer ouvertement et physiquement une activité fondée sur des traditions historiques, plutôt que sur sa capacité de conserver et de contrôler des connaissances intimement liées à certains activités ou certains lieux¹⁴¹.

Il résulte de ces litiges portant sur les droits ancestraux et issus de traités un ensemble de règles de droit qui aide à déterminer à quel moment on peut affirmer l'existence de ces droits, à quel moment une action gouvernementale peut porter atteinte à ces droits et à quel moment cette atteinte peut être justifiée. Cette jurisprudence est bien connue des avocats qui travaillent dans le domaine du droit autochtone et a été abondamment décrite ailleurs. Nous ne nous étendrons donc pas sur le sujet, mais proposerons l'aperçu général qui suit.

Lorsque l'article 35 est venu se greffer à la Constitution, | le pouvoir qu'avait le gouvernement avant 1982 d'abolir unilatéralement des droits ancestraux ou issus de traités a été restreint¹⁴². Dans plusieurs arrêts importants, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les conséquences du par. 35(1). Essentiellement, il en ressort que les droits ancestraux et issus de traités, à compter de 1982, bénéficient d'une protection constitutionnelle. Cela ne veut pas dire qu'on ne peut pas porter atteinte à ces droits. La Cour suprême a indiqué qu'on pouvait porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités à condition que cette atteinte soit justifiée.

Cette justification repose sur une analyse ou une évaluation visant à déterminer si (1) l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif législatif valide et (2) si, en présence d'un objectif législatif valide, l'atteinte préserve l'honneur de la Couronne et est compatible avec les

rapports spéciaux, *sui generis*, de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada¹⁴³. La Cour a proposé une liste assez longue d'exemples d'objectifs législatifs valides, comme « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général [d'une province], la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins »¹⁴⁴.

Dans bien des cas, l'État doit entreprendre des consultations sérieuses avec les communautés autochtones touchées afin de satisfaire le critère de la justification. L'absence de consultation n'aura pas nécessairement des conséquences fatales pour la position défendue par la Couronne, mais sera prise en considération dans l'analyse visant à déterminer si l'atteinte au droit est justifiée. De plus, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Delgamuukw* qu'il y avait toujours obligation de consultation, certaines situations pouvant même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, lorsqu'une atteinte est portée à un titre aborigène existant¹⁴⁵. La Cour a aussi indiqué qu'il pouvait y avoir obligation de consulter dans le cas de

¹²³ Les rapports du Président-Rapporteur du Groupe de travail des Nations unies sur le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones indiquent que de nombreux États n'acceptent pas le principe selon lequel toutes les communautés autochtones ont le droit à l'autodétermination. Voir E/CN.4/1996/84; E/CN.4/1997/102; E/CN.4/1998/106; E/CN.4/1999/82; E/CN.4/2000/84; E/CN.4/2001/85; E/CN.4/2002/98; E/CN.4/2003/92; E/CN.4/2004/81.

¹²⁴ On trouvera une discussion utile et exhaustive sur les liens entre les droits individuels et les droits collectifs protégés par la Constitution canadienne dans J. Arbour, "The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for section 25", 4 avril 2003, [copie en dossier](#).

¹²⁵ C'est notamment le cas du Canada, qui a ratifié le Protocole facultatif en 1976.

¹²⁶ Il pourrait être renouvelé afin de donner aux participants la possibilité de conclure les discussions, soit en adoptant une déclaration ou en précisant que le projet n'a aucun effet en droit international selon les membres de l'ONU.

¹²⁷ *Supra*, notes 85 et 86.

¹²⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(2).

règlements de chasse ou de pêche ayant des impacts sur des droits existants¹⁴⁶.

De plus, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions importantes le 18 novembre 2004 dans les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*¹⁴⁷ et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*¹⁴⁸, décisions qui nous aident à répondre à une question soulevée au sujet du critère de justification et de l'obligation de consulter¹⁴⁹. Cette question était la suivante : l'obligation de justification et de consultation s'applique-t-elle seulement lorsque les droits autochtones sont établis en vertu d'une loi, d'un traité ou d'une décision des tribunaux, ou s'applique-t-elle lorsqu'il existe une preuve à première vue valable que des droits autochtones existants sont susceptibles d'être violés par une décision ou une activité gouvernementale (ou même seulement sur une simple affirmation allant en ce sens)? En abordant cette question, la Cour s'est attardée à la consultation, et a conclu que l'obligation de consulter et parfois d'accommoder les droits autochtones éventuels pouvait s'appliquer quand la Couronne a connaissance d'un possible droit autochtone et envisage de faire quelque chose qui pourrait y porter atteinte. Cette obligation ne fait pas partie du critère de justification, mais relève plutôt du principe de l'honneur de la Couronne. Avant ces arrêts, la Cour suprême du Canada n'avait abordé la question de la consultation que dans le contexte de droits autochtones établis en vertu de l'article 35.

Ce qui précède nous indique qu'en pratique, l'analyse juridique en matière de droits ancestraux et issus de traités au Canada ne porte pas sur des principes absolus, mais vise plutôt la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents. Les efforts du gouvernement dans sa recherche de ce juste équilibre doivent être inspirés par le principe de l'honneur de la Couronne mis en cause par sa relation *sui generis* de fiduciaire avec les peuples autochtones¹⁵⁰. Cela va dans le sens de la déclaration de la Cour suprême à l'effet que le paragraphe 35(1) vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »¹⁵¹.

C. Le droit canadien protège-t-il les savoirs traditionnels?

Même si les savoirs traditionnels n'ont pas encore fait l'objet de litiges devant les tribunaux, ils sont mis en cause dans

les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale, et il en est de plus en plus question dans les ententes bilatérales conclues entre des chercheurs ou des entreprises d'exploitation des ressources et des communautés autochtones. Les savoirs traditionnels sont aussi mentionnés dans quelques textes législatifs, où ils sont considérés comme faisant partie des processus globaux de collecte de renseignements liés aux questions environnementales et d'aménagement du territoire¹⁵².

Même si les progrès dans le domaine de la biotechnologie n'ont pas eu d'impacts substantiels sur ces questions, une description des façons dont les savoirs traditionnels ont été abordés ou mis en cause dans les différends concernant les droits ancestraux et issus de traités ou les ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ou aux revendications territoriales nous fournit quelques points de repère pour la construction d'un cadre d'évaluation d'une politique sur les biotechnologies axé sur les droits.

(i) Droits autochtones et savoirs traditionnels

Voici comment le juge en chef Lamer de la Cour suprême a formulé le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux dans l'arrêt *Van der Peet* :

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [par. 46]

[...]

Le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement *faisait de la société ce qu'elle était*. [Souligné dans le texte original]¹⁵³.

Le juge Lamer poursuit en disant que les coutumes, pratiques ou traditions constituant des droits ancestraux peuvent prendre une forme moderne, mais qu'elles doivent marquer la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens¹⁵⁴.

Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême a étoffé le concept de droits ancestraux, notamment en ce qui a trait aux rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs terres traditionnelles. Dans ses motifs, le juge en chef Lamer note que le par. 35(1) doit reconnaître et confirmer les deux aspects de la présence des peuples autochtones en Amérique du Nord avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, à savoir l'occupation antérieure du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part¹⁵⁵. Le critère applicable pour déterminer l'existence d'un titre aborigène énoncé par le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw* est semblable à celui permettant de déterminer l'existence de droits ancestraux. Il fait appel aux rapports historiques que le groupe autochtone visé entretient avec ses terres traditionnelles, mais exige aussi que l'occupation actuelle du territoire soit en continuité avec l'occupation historique¹⁵⁶.

Les grandes similitudes entre le critère servant à déterminer l'existence des droits ancestraux en général et celui relatif au titre aborigène en particulier s'expliquent par la conception de la Cour selon laquelle le titre aborigène se trouve à l'extrémité d'un spectre et les droits ancestraux à l'autre extrémité. Tous ces droits bénéficient d'une protection constitutionnelle. Le juge en chef Lamer dit :

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit... Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même¹⁵⁷.

En droit canadien, les décisions quant à l'existence ou non de droits ancestraux dans des circonstances particulières, ou, s'ils existent, quant à la possibilité d'y porter atteinte, sont prises au cas par cas. Ainsi, il est difficile de tirer des conclusions quant à l'existence de droits ancestraux concernant les savoirs traditionnels en l'absence d'une situation factuelle. Les commentaires qui suivent ont donc une portée générale et sont de nature spéculative.

Comme il est difficile d'identifier un élément ou un aspect particulier des savoirs traditionnels, plutôt qu'une activité, susceptible de faire l'objet d'une analyse à la lumière de l'arrêt *Van der Peet*, il n'est pas facile de prédire comment l'affirmation d'un droit à l'égard des savoirs traditionnels pourrait être formulée. D'une part, il est difficile dans l'arrêt *Van der Peet* lui-même de dissocier l'aspect « savoirs

traditionnels » du droit de pêche revendiqué et de l'activité de pêche traditionnelle en cause dans cette affaire. En fait, il devient difficile de définir quelque activité que ce soit en l'absence d'une description des connaissances, innovations et pratiques qui la sous-tendent. En se fondant sur la description donnée plus haut des savoirs traditionnels, il semblerait que les connaissances, innovations et pratiques autochtones devraient faire partie de tout droit ancestral susceptible d'être décrit. Une fois qu'il a été décidé qu'une coutume, pratique ou tradition constitue un droit ancestral, les savoirs traditionnels associés à cette coutume, pratique ou tradition pourraient également être protégés en vertu de l'article 35.

On pourrait dire la même chose au sujet du titre aborigène. Comme il est dit à plusieurs reprises dans ce chapitre, l'une des caractéristiques essentielles des savoirs traditionnels, c'est qu'ils sont intimement liés au territoire des peuples qui les détiennent. Mais il reste que ce ne sont pas toutes les connaissances, innovations et pratiques autochtones qui peuvent satisfaire au critère applicable. Les savoirs traditionnels pertinents sont ceux qui marqueraient une continuité avec les connaissances, innovations et pratiques qui existaient avant le contact avec les Européens et qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe revendiquant le droit. Borrow s'est dit inquiet de ce que les critères élaborés par la Cour suprême pour déterminer l'existence de droits ancestraux puissent avoir pour effet indésirable et inutile de confiner à une époque révolue les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones¹⁵⁸. Cela pourrait être particulièrement inquiétant dans le cas des savoirs traditionnels si l'on considère qu'ils font partie d'une vision du monde globale et holistique. Dans cette perspective, il devient difficile d'isoler la connaissance que l'on peut avoir d'une plante et de ses usages, par exemple, du contexte dans lequel cette connaissance est appliquée ou de la relation que la communauté entretient avec le monde qui l'entoure.

Des chercheurs canadiens se sont demandés si l'affirmation d'un droit ancestral sur un bien culturel matériel ou immatériel pouvait trouver une assise solide dans une analyse de l'arrêt *Van der Peet*. Ainsi, Catherine Bell et Robert Patterson ont fait valoir que dans le contexte de la revendication d'un droit ancestral sur des biens culturels matériels (comme le rapatriement d'artéfacts provenant

de la communauté), le « droit » en question pourrait être un droit de posséder et de léguer un bien fondé sur des lois et des pratiques traditionnelles, dans la mesure où ces lois et pratiques peuvent satisfaire au critère applicable¹⁵⁹. La question de l'affirmation d'un droit ancestral sur un bien culturel pose la difficulté de formuler ce droit d'une manière telle que les tribunaux puissent agir. Bell et Patterson proposent que les tribunaux abordent avec plus de souplesse l'analyse de base que l'on retrouve dans l'arrêt *Van der Peet* pour l'appliquer aux biens culturels, en raison de l'importance de ces biens pour les communautés autochtones¹⁶⁰. Et on a certes fait preuve de souplesse dans l'analyse des droits formulée dans *Van der Peet* par rapport à des activités. Dans *Delgamuukw*, par exemple, la Cour suprême a modifié le critère applicable aux droits ancestraux pour formuler un critère permettant de déterminer l'existence d'un titre aborigène, qui ne concerne pas le droit de s'adonner à une activité, mais qui correspond à un « droit au territoire lui-même »¹⁶¹.

L'affaire *Kitkatla* en est une qui a effectivement porté sur un litige entourant des biens culturels matériels, à savoir la délivrance de permis de coupe par les fonctionnaires

¹²⁹ Parmi ces lois, on compte la *Loi sur les espèces en péril*, 2002, ch. 29, qui comporte des dispositions relatives à la création d'un sous-comité sur les savoirs traditionnels qui aidera à déterminer si des espèces en particulier sont en péril au sens de la Loi, la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, 2003, ch. 7, où il est dit que les savoirs traditionnels font partie d'un processus global de collecte de l'information relativement à certains projets, la *Loi sur la Commission canadienne des affaires polaires*, 1991, ch. 6, où il est dit que la connaissance inclut le savoir traditionnel, la Commission ayant pour mandat d'en tenir compte et de le diffuser dans le cadre de ses activités consistant à promouvoir les connaissances au sujet des affaires polaires, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 1992, ch. 37, selon laquelle les savoirs traditionnels doivent être pris en compte lors des évaluations environnementales, et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, ch. 33, où on dit aussi que les savoirs traditionnels sont une source d'information pertinente pour les questions environnementales.

¹³⁰ À titre d'exemple, l'un des objectifs reconnus du projet gouvernemental visant à remanier la *Loi sur le droit d'auteur* est d'aborder la question du savoir traditionnel. Voir : <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/en/rp00877e.html>, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/rp00877f.html].

¹³¹ Pour une discussion sur les débuts de la bioprospection dans le parc national Yellowstone aux États-Unis et sur les impacts qu'une importante découverte biologique a eu pour la gestion du parc, voir H. Doremos, "Nature, knowledge and profit: the Yellowstone bioprospecting controversy and the core purposes of America's national parks", (1999) 26 *Ecology Law Quarterly* 401. À la suite de la découverte, la direction du parc Yellowstone a mis au point un contrat type fixant des règles pour la recherche effectuée sur les ressources biologiques du parc. L'auteur a une copie de ce contrat dans ses dossiers.

provinciaux dans une partie de la Colombie-Britannique où l'on retrouve bon nombre d'arbres modifiés à des fins culturelles¹⁶². À l'instar des tribunaux inférieurs, la Cour suprême du Canada a statué que la preuve à l'appui de l'existence de droits ancestraux sur ces biens culturels était insuffisante pour qu'elle se prononce sur la question. Elle s'est plutôt attachée à la question de savoir si la province avait le pouvoir de légiférer en matière de biens culturels en vertu du partage des compétences prévu dans la Constitution. La Cour suprême a confirmé les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique en concluant que la province avait le pouvoir d'adopter la *Heritage Conservation Act*, qui protège quelques-uns mais pas l'ensemble des arbres modifiés pour des raisons culturelles, en vue d'atteindre un équilibre entre la conservation et le développement économique. La Cour suprême a cependant affirmé qu'il « est sûrement possible que, dans certains cas, les biens et les sites patrimoniaux soient un élément essentiel de l'identité collective d'un peuple », et qu'il « se peut très bien que, dans une affaire future, un élément du patrimoine culturel d'une Première nation touche à l'essentiel de son identité de manière à affecter le pouvoir du fédéral sur les affaires indiennes et l'applicabilité de la législation provinciale »¹⁶³.

Gordon Christie a examiné si l'approche retenue dans *Van der Peet* pouvait s'appliquer aux connaissances autochtones immatérielles, comme celles qui sous-tendent les récits oraux. Selon lui, même si le critère a été formulé de manière à s'appliquer à des activités distinctes et identifiables — des activités que l'on pourrait qualifier de « concrètes » — il pourrait aussi s'appliquer aux [TRADUCTION] « récits, cérémonies et autres productions intellectuelles » des communautés autochtones qui définissent plus intimement la « nature essentielle de l'être au monde des peuples autochtones »¹⁶⁴.

Christie estime que pour entrer dans le cadre de cette analyse, le droit en question devrait être formulé comme le droit [TRADUCTION] « exclusif, pour la communauté autochtone, de contrôler et d'utiliser les savoirs traditionnels »¹⁶⁵. Cette formulation prend en compte les énoncés relevés plus haut dans la section sur le droit international. Il resterait ensuite à démontrer que cet intérêt relatif à l'utilisation et au contrôle exclusif existait avant le contact avec les Européens et qu'il existe toujours aujourd'hui.

Comme une grande partie des savoirs traditionnels appartient au domaine public, il sera peut-être difficile de satisfaire à cette partie du critère. Christie fait remarquer cependant que si les communautés autochtones étaient disposées dans le passé à partager leurs connaissances, cela ne signifie pas qu'elles ont accepté que les autres les utilisent à n'importe quelle fin, ni qu'on puisse affirmer qu'ils n'ont plus le droit exclusif d'en disposer¹⁶⁶. Il se peut que la jurisprudence relative au titre aborigène vienne appuyer la thèse de Christie. L'exclusivité est une considération que les tribunaux ont jugé pertinente dans le contexte des revendications à l'égard du titre aborigène, l'occupation exclusive du territoire étant une exigence essentielle. Dans ce contexte, l'occupation exclusive ne doit pas nécessairement signifier une [TRADUCTION] « occupation qui interdit l'entrée à tous les autres »¹⁶⁷.

Christie conclut en disant que même si on peut plaider avec succès que les connaissances autochtones peuvent être protégées en droit canadien en appliquant l'analyse proposée dans *Van der Peet* et en vertu de l'article 35, cela n'est pas vraiment le but à atteindre du point de vue des peuples autochtones. Pour Christie, le but est de faire valoir que [TRADUCTION] « les communautés autochtones sont les mieux placées et les plus en mesure de contrôler la diffusion d'information d'importance culturelle »¹⁶⁸. De plus, il affirme que plusieurs commu-

¹³² *Supra*, note 76.

¹³³ « *In situ* » désigne le matériel génétique que l'on trouve dans un organisme vivant et situé dans son habitat naturel. « *Ex situ* » désigne le matériel génétique qui se trouve toujours à l'état naturel, mais qui n'est plus dans son habitat naturel.

¹³⁴ H. Mann, *Access to Genetic Resources in Canada: The Legal Framework, Final Report (Draft)*, 12 mars 2002, article rédigé pour le Bureau de la Convention sur la biodiversité, Environnement Canada. Dossiers de l'auteur.

¹³⁵ Le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

¹³⁶ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 S.C.R. 1010, par. 186, où le juge en chef Lamer dit : « En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *[R. c. Sparrow]* [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1105, le par. 35(1) « procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises ». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés — toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les

nautés le font déjà, du moins pour ce qui est des connaissances qui ne sont pas encore accessibles à tous¹⁶⁹.

Les litiges en matière de droits ancestraux surviennent habituellement lorsqu'un groupe autochtone affirme qu'il possède des droits qui sont violés par une activité autorisée par le gouvernement en contravention de la loi. Dans le cas des savoirs traditionnels, par exemple, il pourrait s'agir d'une affirmation selon laquelle un institut de recherche gouvernemental en biotechnologie, en utilisant les savoirs traditionnels sacrés d'un groupe autochtone, viole son droit ancestral de contrôler la manière dont ces savoirs peuvent être utilisés. Mais il ne suffit pas d'affirmer l'existence du droit ancestral. Pour que l'activité litigieuse soit déclarée illégale, il faut qu'il soit impossible de la justifier. L'activité pourrait en effet satisfaire au critère de la justification dont nous avons parlé plus haut si elle permettait l'atteinte d'un objectif législatif valide et si elle était exercée d'une manière qui préserve l'honneur de la Couronne. De façon générale, la consultation est un bon moyen de satisfaire le deuxième volet du critère de la justification, et elle constitue dans bien des cas une sage décision politique même si elle n'est pas légalement requise en l'espèce.

Exemples comparatifs provenant d'autres systèmes juridiques

Les tribunaux d'autres pays ont aussi eu à se prononcer sur des affaires touchant les savoirs traditionnels. Ces causes ne nous renseignent peut-être pas directement sur le traitement que leur réserveraient les tribunaux canadiens, mais peuvent nous fournir certaines indications. En Nouvelle-Zélande par exemple, les Maoris ont revendiqué un droit sur à peu près toute la faune et la flore du pays, y compris le droit que leurs savoirs traditionnels et leurs biens culturels soient protégés¹⁷⁰. D'une part, la revendication s'appuie sur le texte fondateur régissant les relations entre les Maoris et la Nouvelle-Zélande, le traité Waitangi, de sorte que la décision qui sera rendue aura sans doute une valeur limitée pour des fins de comparaison avec le Canada, du moins comme source d'inspiration directe pour les tribunaux canadiens. D'autre part, la revendication traduit de manière plus générale le même type de vision du monde globale et holistique exprimée par les groupes autochtones au Canada et confirme, en raison de sa portée étendue, que si

jamais on formule des revendications relatives aux savoirs traditionnels ici, elles auront de lourdes implications.

En Australie, il y a eu quelques affaires portant sur l'usage abusif de biens culturels matériels dans le contexte du droit d'auteur. L'affaire *Bulun Bulun*, par exemple, concernait la poursuite intentée par un artiste aborigène et sa communauté contre une entreprise privée qui avait reproduit une œuvre de l'artiste sans autorisation¹⁷¹. L'artiste a fondé sa plainte sur la *Copyright Act* de l'Australie, plainte qui fut accueillie. Dans cette cause, l'avocat de la communauté a eu de la difficulté à étayer sa cause dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur et la common law, et a fini par abandonner l'argument selon lequel les connaissances en cause dans l'œuvre constituaient un aspect du titre aborigène communautaire¹⁷².

compromis qui s'imposent — processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire 'concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté'. Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester. »

¹³⁷ Il s'agit de la *Politique sur les revendications territoriales globales*, de la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale* et de la *Politique sur les revendications particulières*. Pour plus de renseignements, voir : http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/index_e.html, consulté la dernière fois le 25 mars 2004 [http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/index_f.html].

¹³⁸ Les « traités historiques » sont ceux qui ont été négociés par des groupes autochtones et des représentants de Sa Majesté britannique à compter du XVIII^e siècle environ jusqu'au début du XX^e siècle.

¹³⁹ Ce ne sont pas toutes les ententes sur l'autonomie gouvernementale conclues jusqu'ici au Canada qui bénéficient d'une protection constitutionnelle en vertu de l'article 35. Par exemple, il y a quatorze Premières nations au Yukon. Un peu plus de la moitié d'entre elles ont conclu des ententes sur l'autonomie gouvernementale qui ne règlent pas la question de leur statut constitutionnel. Lorsque les parties à une entente relative à l'autonomie gouvernementale ou à une revendication territoriale conviennent que l'entente bénéficie d'une telle protection, elles ajoutent une disposition à cet effet.

¹⁴⁰ Le premier « traité moderne », la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, a été signé en 1975 par les Cris du Québec, le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada. Depuis, des ententes en matière de revendications territoriales ont été conclues avec les Inuvialuit, les Dénés du Sahtu, les Gwitchins et les Dogribs (ou Tlichos) des Territoires du Nord-Ouest, avec les Inuits du Nunavut, entente dont le résultat fut la création d'un nouveau Territoire en 1999, avec les Nisga'as de Colombie-Britannique, et avec plus des quatorze Premières nations du Yukon. Plusieurs ententes sur l'autonomie gouvernementale ont également été signées. Celles qui confèrent les pouvoirs législatifs les plus étendus sont les ententes avec les Nisga'as et les Tlichos.

La Cour a plutôt accueilli l'argument selon lequel l'artiste aborigène jouissait d'une relation de fiduciaire avec la communauté. On trouve dans les motifs du jugement une longue discussion au sujet de la pérennité en common law australienne des lois coutumières aborigènes relatives à la propriété et à l'usage des savoirs traditionnels et des biens culturels après l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique. Ces lois coutumières étaient toujours valides jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par la *Copyright Act* au début du XX^e siècle¹⁷³. Malgré cela, la Cour a considéré que le droit coutumier aborigène faisait partie de l'ensemble des faits qui l'amenaient à conclure que la relation qu'entretenait l'artiste aborigène avec la communauté en était une de confiance mutuelle, relation que le droit australien reconnaît comme étant une relation de fiduciaire, impliquant des obligations. La Cour a fait remarqué que si la personne bénéficiant d'un tel rapport fiduciaire omettait de prendre des mesures raisonnables pour faire observer le droit d'auteur sur une œuvre faisant appel aux savoirs traditionnels, la communauté en cause serait fondée en droit de poursuivre l'artiste¹⁷⁴.

En proposant des exemples à des fins de comparaison, il est important de se rappeler que le droit canadien est passablement différent du droit qui existe dans les autres pays du Commonwealth dans le Pacifique Sud. En effet, les droits existants des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés dans la Constitution, ce qui implique une série de conséquences pour le gouvernement que l'on ne retrouve pas ailleurs. Ces exemples illustrent néanmoins le fait que les revendications en matière de savoirs traditionnels pourraient avoir d'importantes conséquences, comme l'évoque la revendication Wai 262 des Maoris en Nouvelle-Zélande, et qu'il faudra une certaine dose d'imagination de la part des parties en cause et des juges pour les aborder, comme l'indiquent les affaires relatives au droit d'auteur en Australie.

(ii) Autonomie gouvernementale et règlements des revendications territoriales

Comme nous l'avons rappelé plus haut, la Cour suprême du Canada a encouragé le gouvernement à régler les questions litigieuses concernant les droits des peuples autochtones par la négociation plutôt que par l'affrontement devant les tribunaux, étant donné la complexité des intérêts divergents en jeu. De nombreuses ententes font maintenant couramment l'objet de négociations entre

groupes autochtones, gouvernements et entreprises, qu'il s'agisse de règlements des revendications territoriales globales et d'ententes relatives à l'autonomie gouvernementale comme celles conclues avec les Nisga'as et les Tlicho, d'accords provisoires sur la cogestion des ressources, d'ententes sur les répercussions et les avantages, d'accords en matière d'environnement ou autres. En fait, dans un mémoire présenté à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Assemblée des Premières nations dit de cette approche qu'elle devrait servir de modèle dans les pays qui souhaitent favoriser les projets de développement des ressources situés sur les terres traditionnelles des peuples autochtones¹⁷⁵. Certaines communautés sont aussi en train de négocier des ententes avec des chercheurs pour leur donner accès à leurs savoirs traditionnels, même s'il n'existe pas d'obligation légale au Canada à cet effet, les communautés et les chercheurs étant libres de régler ces questions à leur gré. Il arrive que de pareilles ententes soient négociées dans le cadre de certaines exigences imposées par la loi, car certains textes exigent que les savoirs traditionnels soient pris en considération, même s'ils n'établissent pas de règle déterminant la manière dont ces connaissances devraient être obtenues¹⁷⁶.

Au Canada, les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale se déroulent dans le cadre de la *Politique sur les revendications territoriales globales* et de la *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale*, respectivement. La question des savoirs traditionnels est soulevée dans les deux.

¹⁴¹ Pour une discussion sur ce sujet, voir Christie, *supra*, note 29, et D. Robbins, "Aboriginal Custom, Copyright & the Canadian Constitution", 1999, à l'adresse <http://www.ubcic.bc.ca/docs/Robbins.pdf>, consulté la dernière fois le 31 mars 2004.

¹⁴² Dans l'arrêt *R. c. Badger* [1996] 1 R.C.S. 771, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'avant l'adoption de l'art. 35 en 1982, l'État avait le pouvoir de modifier ou de réduire unilatéralement un droit ancestral ou issu de traité par des moyens législatifs ou autres. Cela est conforme à la décision de la Cour suprême rendue en 1990 dans l'affaire *R. c. Horseman* [1990] 1 R.C.S. 901, où il est dit que l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* conclue entre le Canada et les trois provinces des Prairies, sans aucune participation de la part des Autochtones, abolissait effectivement les droits originaux issus de traités pour les remplacer par d'autres. Il appartient cependant à l'État de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été aboli par la législation.

¹⁴³ Discuté dans *Sparrow*, *supra*, note 136 et dans *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 161 à 163, entre autres.

¹⁴⁴ *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 165.

Dans le cas des revendications territoriales, les savoirs traditionnels sont en cause de différentes façons, parfois indirectement. Par exemple, l'article 16.6.17 de l'*Accord-cadre définitif du conseil des indiens du Yukon* de 1993, qui sert de modèle pour les accords définitifs avec les différentes Premières nations du Yukon, oblige ces dernières à fournir aux conseils des ressources renouvelables de l'information sur ses fonctions concernant les ressources halieutiques et fauniques, qui pourrait inclure les savoirs traditionnels. C'est ce qu'on peut raisonnablement déduire de cet article lorsqu'on le lit en ayant en tête les objectifs du chapitre 16, qui indiquent clairement que l'une des intentions des parties consiste à intégrer les connaissances des Indiens du Yukon au processus de décision des conseils¹⁷⁷. De même, l'article 12.1.6 de l'*Accord Tlicho* prévoit que « dans l'exercice de leurs pouvoirs conférés par le chapitre 12, les parties et le conseil des ressources renouvelables créé en vertu de l'accord prennent des mesures en vue d'acquérir et d'utiliser les savoirs traditionnels au même titre que les autres formes d'information scientifique et les opinions d'experts »¹⁷⁸.

Certains textes législatifs visant à donner effet aux engagements pris en marge des revendications territoriales, comme la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, font référence à l'inclusion des savoirs traditionnels pertinents dans le processus de prise de décisions concernant l'utilisation des terres. Même si ces références aux savoirs traditionnels liées à la cogestion des terres et des ressources ne signifient pas que l'on reconnaît l'existence de droits à l'égard des savoirs traditionnels, cela indique tout de même que les parties intéressées reconnaissent qu'il existe une relation étroite entre les savoirs traditionnels et l'utilisation des terres autochtones. Les groupes autochtones qui s'intéressent aux conséquences que peuvent avoir ces références aux savoirs traditionnels dans les règlements des revendications territoriales ou dans des dispositions comme l'article 16.6.17 de l'*Accord-cadre définitif*, qui obligent les Premières nations à communiquer certains renseignements, pourront vouloir étendre la discussion pour s'attaquer à la question des droits, et plaider qu'il leur faut des protections en échange de leur engagement à partager certaines connaissances.

De plus, les règlements de revendications territoriales impliquent normalement la cession en « fief simple » de certaines terres de la Couronne à la communauté autochtone visée. Ces terres sont détenues collectivement par le groupe autochtone, qui exerce la plupart des droits qu'aurait un propriétaire sur sa propriété privée, notamment en ce qui a trait à l'accès, sous réserve des modalités applicables contenues dans le règlement ainsi que des lois d'application générale. Cela signifie que les communautés autochtones qui ont conclu de telles ententes auront le droit, même s'il n'est pas absolu, de contrôler la bioprospection sur leurs terres¹⁷⁹. Outre le contexte des revendications territoriales globales, les communautés qui sont des bandes indiennes en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui ont des terres de réserve auront aussi la possibilité d'exercer un certain contrôle sur l'accès aux ressources biologiques qui se trouvent dans la réserve, même si la Couronne demeure le réel propriétaire des terres de réserve, qu'elle détient pour l'usage et le bénéfice exclusifs des bandes¹⁸⁰.

Les savoirs traditionnels sont également importants dans les négociations relatives à l'autonomie gouvernementale. Sur le plan des principes, le gouvernement du Canada a reconnu que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale était un droit existant des peuples autochtones en vertu de l'article 35, devant être exercé conformément à

¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 168.

¹⁴⁶ *Badger*, *supra*, note 142 et *R. c. Marshall* [1999] 3 R.C.S. 456.

¹⁴⁷ 2004 CSC 73, confirmant [2002] 2 C.N.L.R. 121, 2002 BCCA 147, motifs additionnels (2002), 216 D.L.R. (4e) 1, 2002 BCCA (CA).

¹⁴⁸ 2004 CSC 74, infirmant (2002), 211 D.L.R. (4e) 89, 2002 C.A.C.-B. 59 (CA).

¹⁴⁹ Pour une discussion des questions soulevées par la Cour suprême du Canada dans ces arrêts, voir Lawrence, S. et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » *Canadian Bar Review — Revue du Barreau canadien* 79 (2000): 252-79.

¹⁵⁰ Il y a une différence entre les relations et les obligations de fiduciaires. La relation entre la Couronne et les peuples autochtones est un rapport de fiduciaire *sui generis*, ce qui signifie que l'honneur de la Couronne est toujours en cause dans ses interactions avec les peuples autochtones. Dans certaines circonstances, les communautés autochtones peuvent avoir des motifs valides de croire que la Couronne agira exclusivement dans leur meilleur intérêt, en raison d'une obligation légale, d'une promesse faite unilatéralement ou d'une entente mutuelle. Il peut y avoir une obligation de fiduciaire en pareil cas. La violation d'une telle obligation entraîne des conséquences différentes au vu de la loi que le défaut de maintenir la relation fiduciaire. La Cour suprême du Canada a clarifié cette distinction dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245.

¹⁵¹ *Delgamuukw*, par. 186.

¹⁵² *Supra*, note 129.

¹⁵³ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 60 à 67.

¹⁵⁵ *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 141.

des ententes négociées dans le cadre de la Constitution canadienne. La *Politique sur le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale* énonce ce qui suit :

La reconnaissance du droit inhérent repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources¹⁸¹.

La politique fait la distinction entre trois catégories d'affaires. La première englobe notamment la création de structures de gouvernance, la langue, la culture et la religion, l'administration des lois autochtones et la gestion des ressources naturelles, soit une liste de sujets susceptibles de faire l'objet de négociations et de mener à la reconnaissance d'une compétence et d'un pouvoir de légiférer des peuples autochtones sur ces questions. La deuxième comprend des questions à l'égard desquelles les gouvernements autochtones pourraient se voir accorder des pouvoirs subordonnés à l'autorité du gouvernement fédéral ou provincial. La troisième concerne les questions à l'égard desquelles il est essentiel que le gouvernement fédéral conserve sa compétence législative¹⁸².

En ce qui a trait à la question des savoirs traditionnels, il y a lieu de noter que la compétence en matière de propriété intellectuelle appartient à la troisième catégorie, et relève donc du gouvernement fédéral, alors que la culture autochtone se trouve dans la première catégorie. Ainsi, les gouvernements autochtones peuvent se voir reconnaître le pouvoir d'adopter des lois visant leur culture, mais non touchant la compétence du gouvernement fédéral en matière de propriété intellectuelle¹⁸³. Il pourrait donc en résulter de stimulantes discussions sur les compétences législatives de chacun, discussions qui, étant donné la nature transnationale des questions touchant la propriété intellectuelle, pourraient en définitive intéresser le droit interne et le droit international, privé et public.

Même si les savoirs traditionnels ne sont pas nommément inclus dans les listes établis par la *Politique sur le droit*

inhérent à l'autonomie gouvernementale, on peut présumer qu'ils sont étroitement liés à la « langue, culture et religion » des peuples autochtones, qui appartiennent à la première catégorie pour fins de négociations¹⁸⁴. Il s'agit donc d'une des affaires que le gouvernement considère comme étant des « affaires internes du groupe, faisant partie intégrante de sa culture autochtone distincte et [l'un des] éléments essentiels pour lui permettre de fonctionner en tant que gouvernement ou institution »¹⁸⁵.

(iii) Droits individuels et collectifs

Les savoirs traditionnels étant considérés comme des biens collectifs plutôt qu'individuels, nous nous sommes surtout intéressés dans cette section aux droits collectifs — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones. Comme il est dit plus haut, le cadre juridique canadien relatif aux droits de la personne est traité dans le chapitre 1 de notre étude. Comme c'était le cas dans notre analyse portant sur le droit international et les « droits en matière de savoirs traditionnels », toutefois, il est important de noter qu'il pourrait y avoir des oppositions entre un droit quelconque des peuples autochtones à contrôler d'éventuels savoirs traditionnels existants et les droits individuels fondamentaux reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans le chapitre 1, nous avons relevé quelques-uns des droits garantis par la *Charte* qui pourraient être mis en cause dans le contexte de la biotechnologie. Deux de ces

¹⁸⁶ Les critères relatifs au titre aborigène et aux droits ancestraux sont semblables mais non identiques. Dans le cas du premier, pour établir l'existence de son titre sur un territoire, le groupe autochtone doit établir qu'il en avait l'usage exclusif au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Quant aux droits ancestraux, la date à retenir est celle du premier contact avec les Européens.

¹⁸⁷ *Delgamuukw*, *supra*, note 136. —

¹⁸⁸ *Borrows*, *supra*, note 16.

droits sont « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et le droit à l'égalité reconnu à l'article 7 et à l'article 15, respectivement, de la *Charte*. On ignore si et comment ces droits pourraient être invoqués dans le cas, par exemple, d'un conflit entre le droit d'une communauté autochtone de protéger et de contrôler ses savoirs traditionnels et les droits d'un membre individuel de la communauté ou d'une personne non autochtone. Aux fins de la discussion, on pourrait songer à une situation où des individus pourraient vouloir tirer profit d'une connaissance que la communauté ne souhaite pas divulguer.

En supposant que la *Charte* s'applique à une telle situation¹⁸⁶ et que la communauté autochtone fonde son action sur un droit existant, ancestral ou issu de traité, la question de l'interprétation de l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourrait être soulevée. L'article 25 concerne la relation entre les droits ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 et les droits individuels garantis par la *Charte*. Il se lit ainsi :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a. aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b. aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Les tribunaux n'ont pas encore statué de manière déterminante sur cette disposition, mais elle pourrait exercer une certaine fonction de protection ou d'équilibre dans la résolution des conflits qui pourraient survenir entre les droits des peuples autochtones et les droits individuels¹⁸⁷. Nous y faisons allusion dans ce chapitre parce que nous croyons qu'il s'agit d'un élément important du cadre juridique canadien en matière de droits qui est susceptible de jouer un rôle de plus en plus grand dans les différends opposant les droits des peuples autochtones et les droits garantis par la *Charte*, particulièrement dans le cadre des

nouvelles ententes sur l'autonomie gouvernementale qui seront négociées et mises en œuvre¹⁸⁸.

D. Résumé

Il n'y a pas encore de jurisprudence au Canada confirmant que les peuples autochtones dans leur ensemble, ou qu'un groupe autochtone en particulier, ont le droit de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la jurisprudence canadienne s'est développée de telle manière qu'une telle confirmation puisse être possible dans le deuxième cas — que les droits de certains groupes autochtones soient confirmés au cas par cas — plutôt que dans le premier — les droits de tous les peuples autochtones du Canada dans leur ensemble. Nous pouvons toutefois formuler quelques commentaires de nature générale qui peuvent fournir certaines orientations aux décideurs œuvrant dans le domaine de la biotechnologie.

Les tribunaux ont formulé un certain nombre de critères pour déterminer dans quelles circonstances, on peut affirmer l'existence de droits ancestraux et issus de traités bénéficiant de la protection offerte par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces critères sont axés sur les coutumes, pratiques et traditions d'un groupe autochtone qui marquent une continuité avec celles qui existaient avant le contact avec les Européens et qui font partie intégrante de sa culture distinctive. Bien que les affaires portées devant les tribunaux pour déterminer l'existence de droits ancestraux non éteints aient surtout traité jusqu'ici de questions comme le titre foncier ou le pouvoir d'un groupe de continuer à exercer une activité traditionnelle comme la chasse, la pêche ou le piégeage, il n'y a rien dans la jurisprudence qui indique que les questions

relatives au droit autochtone de posséder et de contrôler des savoirs traditionnels ne pourraient pas être soumises à l'attention des tribunaux. À l'heure actuelle toutefois, qu'un tel recours aboutisse à une réponse affirmative des tribunaux relève entièrement du domaine de la conjecture.

On peut dégager deux principes généraux de la discussion qui précède : (1) l'analyse des droits ancestraux et issus de traités en droit canadien ne porte pas sur des droits absolus, mais sur l'équilibre à atteindre entre des intérêts divergents dans le cadre de la Constitution et de la common law, et toujours dans le respect de la relation fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones; et (2) pour y parvenir, il vaut mieux souvent engager des négociations et des consultations contextuelles qui prennent en compte les intérêts de toutes les parties en cause que d'utiliser l'instrument grossier qu'est le recours aux tribunaux.

Bien qu'aucun tribunal canadien n'ait encore confirmé l'existence d'un droit autochtone de posséder et de contrôler des savoirs traditionnels, il est toujours bien avisé pour le gouvernement de vérifier si ses activités sont susceptibles de porter atteinte aux droits des peuples autochtones qui pourraient exister, ainsi qu'à ceux dont l'existence a déjà été établie par la jurisprudence, par une entente relative aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale, ou encore par un texte législatif. En procédant à des consultations, on parviendra bien souvent à éviter le recours inutile aux tribunaux, et à obtenir plutôt des résultats qui seront satisfaisants pour toutes les parties intéressées. Il est fort possible en effet que la consultation soit l'outil tout indiqué pour aborder les questions relatives à la biotechnologie qui concernent les peuples autochtones et leurs savoirs traditionnels, que ce soit à l'étape de l'élaboration des politiques en la matière, où des représentants autochtones pourraient être invités à apporter leur contribution en tant que parties intéressées, à l'étape de l'élaboration de la législation, ou encore au moment de définir des activités particulières. Que ces droits soient un jour confirmés par les tribunaux ou pas, la consultation des peuples autochtones en matière de savoirs traditionnels est clairement souhaitable.

Enfin, les décideurs dans le domaine de la biotechnologie doivent être sensibles au lien qui existe entre les questions de propriété et d'accès aux savoirs traditionnels et les

dispositions qui peuvent exister en la matière dans les ententes relatives aux revendications territoriales ou à l'autonomie gouvernementale.

7.5 Outils pour « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels

Le présent chapitre ne porte pas sur le cadre juridique ou politique relatif à la propriété intellectuelle et ne vise pas à distinguer ou à comparer toutes les options disponibles pour la protection des savoirs traditionnels ou à aborder les « droits » qui les concernent. Il est cependant utile de décrire quelques-uns des mécanismes disponibles. Dans cette section, nous laisserons donc temporairement de côté la discussion sur la question des droits.

Il existe une abondante documentation traitant des outils susceptibles d'être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels. Le recours aux lois relatives à la propriété

¹⁵⁹ C. Bell et R. Paterson, "Aboriginal Rights to Cultural Property in Canada", 3(1) *Int'l J. Cultural Property*, 167 (1999). Bell et Patterson dirigent un projet sur le patrimoine culturel autochtone financé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Le programme de recherche est décrit ainsi sur le site Web du projet : [Traduction] « Le projet de recherche [...] consistera à examiner la législation canadienne ayant un impact sur la possession et la protection du patrimoine culturel autochtone dans le but de proposer des stratégies de réforme. La recherche a quatre principaux objectifs : diffuser de l'information au sujet du cadre juridique en place; faciliter une compréhension et le respect des concepts et des lois des Premières nations en matière de patrimoine culturel; aider les Premières nations et leurs partenaires communautaires à se doter de ressources archivistiques et éducatives sur les lois autochtones et le patrimoine culturel; procéder à une analyse critique des lois canadiennes et formuler des recommandations de réforme. Pour plus de renseignements sur le projet, consultez : <http://www.law.ualberta.ca/research/aboriginalculturalheritage/index.htm>, consulté la dernière fois le 25 mars 2004.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 182.

¹⁶¹ *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 140. Dans l'arrêt *R. c. Powley* [2003] 2 R.C.S. 207, la Cour suprême du Canada a appliqué une analyse fondée sur l'existence de droits ancestraux à la question de savoir si les Métis bénéficiaient des mêmes droits, ce qui l'a obligé à nuancer le critère établi précédemment.

¹⁶² *Bande Kitkatla Band c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146. Les « arbres modifiés pour des raisons culturelles » sont des arbres qui « ont été modifiés par suite de l'utilisation traditionnelle que des peuples autochtones en ont fait, et ils revêtent une importance culturelle, historique et scientifique pour les Premières nations qui les ont ainsi modifiés (par. 1).

¹⁶³ *Ibid.*, par. 78. Pour une discussion antérieure à cette décision de la Cour suprême, voir C. Bell, "Protecting Indigenous Heritage Resources in Canada: A Comment on *Kitkatla v. British Columbia*", 10(2) *Int'l J. Cultural Property* 246 (2001).

¹⁶⁴ Christie, *supra*, note 29, par. 74.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 75.

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. 79 à 80.

intellectuelle ou à des lois et des politiques *sui generis* portant spécifiquement sur les connaissances des Autochtones fait présentement l'objet des travaux de l'OMPI et a été discuté par de nombreux commentateurs¹⁸⁹. D'autres travaux sur le sujet seront réalisés par le Groupe de travail de la CDB sur l'article 8j)¹⁹⁰.

Pendant ce temps, certains pays sont à élaborer des politiques relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages liés à leur utilisation qui devront tenir compte des intérêts des peuples autochtones (le Canada et la Nouvelle-Zélande, par exemple), ou ont déjà terminé le processus (l'Australie)¹⁹¹. D'autres pays ont légiféré sur la protection des savoirs traditionnels¹⁹² ou, comme au Canada, sur l'utilisation des savoirs traditionnels dans des textes réglementant les évaluations environnementales et la prise de décisions touchant l'utilisation des terres¹⁹³. Des communautés autochtones ont aussi élaboré des lignes directrices sur les meilleures façons d'utiliser leurs savoirs traditionnels, sous réserve de leur consentement éclairé préalable, dont peuvent s'inspirer les autorités compétentes¹⁹⁴. En outre, l'OMPI, de même que différents commentateurs canadiens¹⁹⁵, a entrepris d'examiner comment il serait possible de respecter les pratiques et les lois coutumières autochtones en matière d'accès et d'utilisation des savoirs traditionnels.

Il existe donc une abondance de sources dans lesquelles on peut puiser des idées sur la manière de traiter les questions relatives à l'accès ou à l'utilisation des savoirs traditionnels. L'existence de ces sources confirme qu'il est de plus en plus admis que les intérêts des peuples autochtones à l'égard de leurs savoirs traditionnels doivent être respectés et que des mesures doivent être prises pour favoriser le partage avec eux des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs, principes qui reflètent ceux que l'on trouve à l'article 8j) de la CDB.

Plusieurs des mécanismes pouvant aider les peuples autochtones à exercer un contrôle sur leurs savoirs traditionnels comportent d'importantes lacunes. Comme il a déjà été mentionné, les outils qui existent pour protéger la propriété intellectuelle peuvent parfois servir à protéger les savoirs traditionnels, mais leur utilité est très limitée, notamment parce qu'ils peuvent être beaucoup trop coûteux, parce que les savoirs traditionnels sont souvent

accessibles au public et parce que les peuples autochtones en revendiquent la propriété depuis des temps immémoriaux et n'ont pas un intérêt limité dans le temps à leur égard. La communauté internationale semble disposée à chercher plus activement des solutions à ces problèmes, ce qui aura des conséquences pour les législateurs et les décideurs canadiens. De plus, le simple fait de mentionner les savoirs traditionnels dans certains textes législatifs sans tenir compte des droits qui sont en cause peut poser problème. Par exemple, si on fait appel aux savoirs traditionnels à des fins d'évaluation environnementale au Canada, ceux-ci pourraient devenir accessibles au public en application de la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁹⁶.

On peut aussi se demander s'il est justifié d'exiger qu'un groupe autochtone divulgue ses savoirs traditionnels, ce qui semble être le cas, par exemple, dans certaines ententes sur les revendications territoriales décrites plus haut, même si une telle obligation se trouve dans un accord négocié avec le consentement de toutes les parties à l'accord. Enfin, il est peut-être insuffisant de laisser aux peuples autochtones seuls le soin de contrôler eux-mêmes l'accès à leurs savoirs traditionnels en signant des « contrats » avec des chercheurs ou d'autres. S'il est vrai que des droits fondamentaux sont en cause lorsqu'il s'agit des savoirs traditionnels, il se peut que des mesures de protection additionnelles soient nécessaires faisant appel

¹⁶⁷ Pour une discussion sur cette exigence d'exclusivité, voir *Delgamuukw*, *supra*, note 136, par. 155 à 159. Au par. 155, le juge en chef Lamer affirme : « Enfin, il faut que l'occupation ait été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, que j'ai défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper *de façon exclusive* les terres visées. L'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la communauté autochtone qui possède la capacité d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. » Plus loin, au par. 157, il ajoute : « La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. »

¹⁶⁸ Christie, *supra*, note 29, par. 93.

¹⁶⁹ *Ibid.*

à des mécanismes d'exécution de la loi par l'État en cas d'appropriation illicite.

L'énumération des outils permettant de « respecter, préserver et maintenir » les savoirs traditionnels en tenant compte des droits fondamentaux qui y sont rattachés soulève encore une fois la question de l'équilibre mentionnée au début du chapitre. Chercher un juste équilibre en vue de concilier les intérêts des peuples autochtones, d'une part, et d'autres considérations d'intérêt public touchant la diffusion et l'utilisation généralisées de toutes les sources de connaissance comportant des avantages pour la société, d'autre part, voilà qui est au centre de la discussion au sujet des liens entre la biotechnologie et les savoirs traditionnels. Selon Borrows, les lois et les pratiques coutumières des peuples autochtones relatives à l'utilisation des savoirs traditionnels pourraient utilement servir de source d'inspiration pour entreprendre cette réconciliation¹⁹⁷.

La relation entre les règles et les lois coutumières d'une part et l'accès aux savoirs traditionnels d'autre part fait l'objet de débats à l'échelle internationale¹⁹⁸. De nombreux pays ont de l'expérience en matière d'intégration du droit autochtone au droit de type occidental¹⁹⁹. En fait, le droit autochtone en matière de propriété foncière a joué un rôle important dans la récente décision de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud concernant les droits fondamentaux des Autochtones²⁰⁰. Dans le contexte canadien, Mark Walters a suggéré que [TRADUCTION] « le défi qu'il y a à définir les droits des peuples autochtones vient du fait qu'il s'agit de droits spécifiques à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement différentes; on pourra donc toujours se demander laquelle de ces cultures fournit la position la plus avantageuse pour définir les droits [...] une définition moralement et politiquement acceptable des droits s'appuiera sur les deux perspectives »²⁰¹. Par rapport à cette notion, le juge en chef Lamer a déclaré que dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral,

[...] le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit [...] Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue

doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien²⁰².

Les pressions en vue de trouver le moyen d'incorporer les lois et pratiques coutumières dans le droit canadien iront sans doute s'accroissant avec le temps, surtout si la discussion s'étend à l'intégration des lois adoptées par des communautés autochtones bénéficiant de l'autonomie gouvernementale. À cet égard, il pourrait

¹⁷⁰ *Indigenous Flora and Fauna & Maoris Intellectual Property Claim, Wai 262*. La cause est devant le tribunal Waitangi en Nouvelle-Zélande, une commission d'enquête mise sur pied en 1975 par la *Treaty of Waitangi Act* pour examiner les plaintes formulées par les Maoris fondées sur le traité, qui a été signé par les Maoris et les représentants de la Couronne britannique en 1840. Le tribunal en est à rédiger un exposé des questions en litige, selon ce qu'on peut lire sur le site Web du tribunal. (Voir <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/inquiries/current/>, consulté la dernière fois le 1^{er} avril 2004) En bref, les demandeurs donnent en exemple les rivières qui se jettent dans Hawkes Bay — où les activités agricoles ont progressivement eu pour effet d'abaisser le niveau de la nappe phréatique — pour expliquer la perte de leurs connaissances et de leur identité. La rivière est un habitat pour les poissons et les anguilles. Lorsque la rivière est en crue, ses eaux alimentent les plantes qui poussent sur les rives. L'altération de la rivière affecte les connaissances liées à l'habitat. Si les anguilles meurent, la connaissance des techniques et des lieux de pêche se perd. Si le lin qui pousse sur les berges disparaît, les techniques de tissage ne peuvent plus être transmises. Les demandeurs plaident que le tout porte atteinte à l'identité de leur peuple. La plainte porte aussi sur la législation et ses effets sur la façon dont les Maoris interagissent avec la société, et sur les atteintes portées à leurs traditions par ces lois — comme la *Tohunga Suppression Act* de 1907 qui a interdit aux guérisseurs traditionnels de pratiquer leur art. Les demandeurs font valoir qu'il en est résulté une perte de leurs connaissances médicales traditionnelles.

¹⁷¹ *Bulun Bulun & Anor v. R & T Textiles Pty Ltd.* [1998] 1082 FCA (3 septembre 1998). Une autre affaire australienne qui est intéressante est l'affaire *Milpurrruru v. Indofurn Pty Ltd.*, (1994) 54 FCR 240, qui a établi qu'on pouvait invoquer le droit coutumier aborigène pour fixer le montant des dommages-intérêts dans le cas d'une violation du droit de propriété intellectuelle. Pour une brève discussion sur le sujet, voir M. Blakeney, "Protecting Expressions of Aboriginal Folklore under Copyright Law," 1995, à l'adresse <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v2n1/blakeney21.html>, consulté la dernière fois le 4 mars 2004.

¹⁷² Le concept de titre aborigène communautaire en droit australien est discuté dans *Mabo v. The State of Queensland* [No.2] (1992) 175 C.L.R. 1.

¹⁷³ *Bulun Bulun*, *supra*, note 171, par. 21.

être préférable de parler de « lois autochtones » plutôt que de « lois coutumières ».

Comme les lois et les pratiques coutumières des peuples autochtones sont très diverses, il est très difficile de savoir dans quelle mesure elles permettent de dégager des principes utiles pour nous aider à atteindre un juste équilibre entre les intérêts des peuples autochtones à l'égard de leurs savoirs traditionnels et d'autres considérations d'intérêt public. Par contre, il y a une conséquence plus modeste mais très importante que l'on peut tirer de la suggestion de Borrows et qui peut nous servir de point de départ : dans le domaine des savoirs traditionnels, il est crucial d'avoir une meilleure compréhension des intérêts et des points de vue des peuples autochtones. Pour y parvenir, il faut leur donner l'occasion de participer au processus d'élaboration des politiques en la matière et d'exprimer leurs points de vue concernant les outils mis au point pour protéger leurs intérêts.

7.6 Conclusion

L'industrie de la biotechnologie et les gouvernements qui la soutiennent partagent avec les peuples autochtones un intérêt à l'égard des ressources biologiques et des savoirs traditionnels applicables à leur utilisation, ce qui à la fois pose des défis et offre bien des possibilités. Une réponse satisfaisante à ce dilemme sera sans doute de permettre l'utilisation de ces ressources et connaissances à l'avantage de tous, tout en reconnaissant que les intérêts des peuples autochtones à leur égard doivent être respectés. La société dans son ensemble a intérêt à soutenir le développement économique, culturel, social et politique de peuples autochtones. Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour justifier cette assertion, mais elle trouve son assise la plus solide dans l'affirmation des droits fondamentaux.

Nous avons vu dans ce chapitre que ni le droit international ni le droit canadien ne reconnaît encore un droit spécifique aux peuples autochtones de posséder et de contrôler leurs savoirs traditionnels. Cependant, un tel droit, ou quelque chose d'apparenté, pourrait commencer à prendre forme à l'échelle internationale en raison des efforts soutenus visant à prendre en compte les intérêts des peuples autochtones dans différents forums comme

la CDB, l'OMPI ou le Groupe de travail sur le Projet de déclaration. Il pourrait également s'exprimer en droit canadien par le biais des négociations et des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 29.

¹⁷⁵ Macklem P. et E. Morgan, "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in *Awas Tingni v. Republic of Nicaragua*", 22 *Human Rights Quarterly* 569 (2000).