



HAL
open science

Compte-rendu de thèse: La protection du patrimoine culturel des peuples autochtones au Pérou: limites de la propriété intellectuelle et essai d'une protection sui generis

Olivia Giordano

► **To cite this version:**

Olivia Giordano. Compte-rendu de thèse: La protection du patrimoine culturel des peuples autochtones au Pérou: limites de la propriété intellectuelle et essai d'une protection sui generis. Revue Lexsociété, 2024. hal-04569595

HAL Id: hal-04569595

<https://hal.science/hal-04569595v1>

Submitted on 6 May 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



**La protection du patrimoine culturel des
peuples autochtones au Pérou : limites de la
propriété intellectuelle et essai d'une
protection *sui generis*
Le cas d'étude du peuple Shipibo-Conibo**

Compte-rendu de thèse

Thèse soutenue le 30 novembre 2023 à l'Université Côte d'Azur¹

Direction : F. SIIRIAINEN

OLIVIA GIORDANO

*Groupe de Recherche en Droit, Économie et Gestion (GREDEG), Université
Côte d'Azur*

Résumé : Le patrimoine culturel autochtone, héritage collectif matériel et immatériel transmis de génération en génération, est menacé par la perte et l'appropriation illégitime. La recherche d'un cadre juridique adapté pour sa protection est un défi global. Si les droits de propriété intellectuelle semblent être une solution, leur inadéquation aux particularités de ce type de patrimoine est flagrante. Un régime juridique *sui generis* est alors privilégié. Au Pérou, la

¹ Le jury était composé de : Jean-Michel BRUGUIERE, professeur à l'Université Grenoble Alpes (président du jury), Clotilde JOURDAIN-FORTIER, professeure à l'Université de Bourgogne (rapporteuse), Michel VIVANT, professeur émérite à l'Institut d'Études Politiques de Paris (rapporteur), Fabrice SIIRIAINEN, professeur à l'Université Côte d'Azur, Julien DELLAUX, professeur à l'Université Côte d'Azur, Sarah VANUXEM (examinateur), maîtresse de conférence à l'Université Côte d'Azur (examinatrice).

protection de ce patrimoine implique des aspects juridiques, politiques, socioculturels et environnementaux. La solution réside dans la combinaison de mesures légales et extra-légales, et dans la garantie de l'autonomie de gestion et du droit de décision des communautés autochtones.

Mots-clés : propriété intellectuelle ; peuples autochtones ; patrimoine culturel autochtone ; protection *sui generis* ; Pérou

1. La préservation d'un patrimoine culturel autochtone exige une approche pluridisciplinaire. Le recours à plusieurs disciplines (droit, anthropologie, ethnographie, histoire, etc.) est nécessaire pour appréhender un objet juridique aussi complexe. Il ne rentre dans aucune catégorie juridique connue, ce qui rend difficile l'application d'un régime juridique. En outre, il s'agit d'une notion dont les dénominations et les définitions peuvent varier d'un pays à l'autre (patrimoine culturel immatériel ou de la Nation, savoirs traditionnels, folklore, expressions culturelles traditionnelles, etc.). Au demeurant, un patrimoine culturel autochtone est un ensemble de connaissances, expressions, pratiques, objets et espaces naturels ou culturels, que les peuples ou communautés autochtones en tant que dépositaires ont hérité, font exister et recréent en permanence dans un contexte traditionnel. Ces éléments caractérisent une identité culturelle. Ils sont gérés et transmis de génération en génération en respectant des normes coutumières. Le patrimoine culturel autochtone revêt un caractère holistique, continu, dynamique et collectif et se rattache à une cosmovision propre. C'est ce qui ressort d'un terrain de recherche en Amazonie péruvienne, dans l'une des communautés Shipibo-Conibo, qui a permis de récolter des données de ce qu'est un patrimoine culturel autochtone.

2. L'intérêt pour les savoirs autochtones est apparu lors des négociations internationales sous deux aspects : reconnaître leur valeur pour l'humanité et réfléchir à leur protection. En 1987, le rapport Brundtland avait souligné l'utilité des modes de vie des communautés locales pour la conservation des milieux naturels². Ce même rapport définit

² Ces modes de vie pourraient « donner d'utiles leçons aux sociétés modernes en ce qui concerne la gestion des ressources présentes dans les écosystèmes complexes des forêts, des montagnes et des terres arides », G.H. BRUNDTLAND, Notre avenir à tous (« Our Common Future »), Commission mondiale sur l'environnement et le développement, Oslo, 1987, II.1. Population et ressources humaines.

la notion de développement durable qui consiste à « répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs »³. Assurer un héritage aux générations futures n'est plus réservé aux peuples autochtones. En 1992, à l'issue du Sommet de Rio, la Convention sur la Diversité Biologique a donné le ton sur cette prise de conscience : d'une part, les modes de vie des peuples autochtones contribuent à préserver la biodiversité et d'autre part, l'utilisation de leurs connaissances, innovations et pratiques doit impliquer un partage équitable des avantages en leur faveur. Par la suite, d'autres travaux tels que la Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'Unesco (2003) consacre une définition de ce patrimoine et reconnaît son caractère intangible.

3. Rechercher une protection adaptée au patrimoine culturel autochtone présente aussi des intérêts pratiques. Les défis des peuples autochtones sur leur héritage culturel sont immenses. Ils concernent le quotidien de plus 300 millions de personnes dans le monde. La discontinuité de la transmission des traditions entraîne une perte progressive de leur identité culturelle. La disparition des pratiques ancestrales fragilise davantage la situation. Un autre enjeu apparaît : ce patrimoine peut subir des appropriations par des titulaires de droits de propriété intellectuelle, ce qui favorise des cas de biopiraterie ou d'appropriation culturelle. Aussi, alors que le patrimoine des peuples autochtones regorge de solutions pour le futur de l'humanité, le changement climatique accentue sa perte.

4. La qualification juridique des éléments d'un patrimoine culturel autochtone s'avère complexe. Quel régime juridique peut-on appliquer à un savoir sur une plante médicinale transmis de génération en génération ? Dans plusieurs pays, la propriété intellectuelle s'est hissée comme un outil

³ *Ibidem.*, 3. Développement durable.

juridique à haut potentiel. Protéger les créations des actes de dénaturation ou d'exploitation non autorisés présente un grand intérêt. Pour être admissibles à la protection par la propriété intellectuelle, les composantes du patrimoine doivent être le fruit d'une création intellectuelle. On y trouve alors un intérêt théorique : dans notre contexte, la propriété intellectuelle est-elle un mécanisme de droit pertinent ? Peut-elle protéger des créations issues d'un contexte traditionnel ? Quelles sont les limites de son champ d'application ? Les résultats de cette recherche ouvrent de nouvelles perspectives pour la propriété intellectuelle.

5. À travers une approche d'anthropologie juridique, la thèse développe deux axes de réflexion. Le premier est de savoir si les droits de propriété intellectuelle offrent une protection appropriée aux expressions d'un patrimoine culturel d'un peuple autochtone au Pérou. L'enquête de terrain et la recherche documentaire ont rapporté une réponse nuancée. La pertinence des catégories de droits de propriété intellectuelle, aménagées ou non, est interrogée. Le second - et dont l'intérêt est tout aussi important - consiste à proposer une solution alternative et plurielle, à travers un régime légal *sui generis*, mieux adapté, et dont l'application au Pérou devra être complétée par des mesures locales extra-légales.

I- Le patrimoine culturel autochtone et la propriété intellectuelle : une compatibilité insatisfaisante

6. De nouveaux types de créations bousculent le champ d'application de la propriété intellectuelle⁴. La comparaison des deux concepts -

⁴ Il y a une certaine inflation des droits de propriété intellectuelle par l'apparition de nouveaux objets (le logiciel et le slogan). J.M. BRUGUIERE (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2011, p.3-4.

propriété intellectuelle et patrimoine culturel autochtone - nous conduit inévitablement à observer les rapports qu'ils entretiennent. La thèse analyse cette articulation sous deux niveaux. D'abord au Pérou, où l'on tentera de savoir si la propriété intellectuelle est une protection favorisée ou non pour protéger un patrimoine culturel autochtone, dont il faudra saisir l'essence (A). Puis, de manière générale et hors contexte péruvien, on constate que la propriété intellectuelle est une piste de solution controversée (B).

A. L'articulation de la propriété intellectuelle et du patrimoine culturel autochtone au Pérou

7. Le patrimoine culturel autochtone au Pérou. Qu'est-ce qu'un patrimoine culturel autochtone au Pérou ? Pour y répondre, la thèse étudie l'interdépendance du patrimoine culturel et des peuples autochtones dans les textes péruviens. Puis, il est apparu primordial de présenter concrètement ce qu'est un patrimoine culturel autochtone. Un terrain de recherche effectué sur place a permis de rendre compte d'une grande partie du patrimoine culturel du peuple Shipibo-Conibo.

8. Dans les textes. La législation péruvienne reflète la dynamique internationale de préservation de la biodiversité et de la diversité culturelle. Le Pérou se distingue dans la lutte contre la biopiraterie en adoptant, dès 2002, la loi n°28711, première loi au monde sur l'accès aux connaissances collectives des ressources génétiques. Cette initiative pionnière, consécutive à une refonte partielle de sa législation après son adhésion à la Convention sur la Diversité Biologique en 1992, a valu au pays une reconnaissance internationale en tant que précurseur dans ce domaine. Les « créations de communautés culturelles basées sur des traditions » sont placées au rang des biens immatériels intégrant le patrimoine culturel de la Nation (art. 2.1 - Loi n°28296). Dès lors, est reconnue la relation

d'interdépendance entre un patrimoine culturel et les détenteurs, les peuples autochtones, définis par le ministère de la Culture par des critères de qualification issus d'instruments internationaux. La reconnaissance des droits collectifs des peuples autochtones (la plupart constitutionnels) demeure le vecteur d'une gestion collective de leur patrimoine culturel : le droit à une identité culturelle (que l'on rapproche du droit à l'autodétermination), le droit à une juridiction coutumière, le droit à l'autonomie et le droit à la consultation préalable.

9. En pratique. La législation définit le statut du patrimoine culturel autochtone, mais n'aide pas à comprendre les besoins réels de protection. Le juriste est parfois contraint de quitter les textes afin de mieux saisir l'essence de sa matière. Afin de réfléchir à une protection adéquate, il fallait comprendre ce que constitue un patrimoine culturel pour les détenteurs autochtones. Un terrain de recherche effectué en Amazonie péruvienne a permis de rapporter qu'un patrimoine culturel autochtone se vit plus qu'il ne se définit. Chaque peuple autochtone détient un patrimoine culturel propre, qui dépend d'un milieu naturel et répond à des règles coutumières. Celui des Shipibo-Conibo se révèle être un ensemble d'expressions et de savoirs en interaction constante, dont les frontières sont peu marquées. La thèse propose de le présenter en trois piliers : la médecine traditionnelle (les plantes rao dont l'ayahuasca), l'artisanat comme institution culturelle (l'art kené et la céramique cumancaya) et les traditions orales tels que les chants ikaros et les mythes contés.

10. La protection du patrimoine culturel autochtone par les droits de propriété intellectuelle. Les manifestations d'un patrimoine culturel autochtone, aussi singulières que celles du peuple Shipibo-Conibo, peuvent-elles être protégées par la propriété intellectuelle ? Sont-elles des créations au sens des catégories de la propriété intellectuelle ? La thèse explore les possibilités et les limites de l'utilisation du droit d'auteur, des

droits connexes et des droits de propriété industrielle pour protéger les créations Shipibo-Conibo (savoirs médicaux, créations artisanales et chants traditionnels). Le législateur prévoit une protection spécifique ou un renvoi aux droits de propriété intellectuelle selon la nature des éléments à protéger. Pour certains, des mesures spécifiques sont privilégiées, écartant la propriété intellectuelle jugée non pertinente. Pour d'autres, comme l'artisanat, une double protection est possible, incluant marques, droits d'auteur, indications géographiques ou certains droits de propriété industrielle.

11. Les obstacles. Pour autant, le législateur n'interdit pas le recours aux droits de propriété intellectuelle pour les créations autochtones. Ce qui complexifie ce recours, ce sont davantage les conditions requises : le critère de nouveauté ou d'originalité n'est pas aussi évident à rapporter quand il s'agit d'un savoir collectif transmis de génération en génération. Le but de certains droits de propriété intellectuelle n'est pas adapté à la protection d'une création autochtone contre une appropriation illicite : par exemple, une marque sert à distinguer un produit sur le marché et l'appellation d'origine protège le consommateur. Dès lors, l'analyse remarque l'incompatibilité entre les standards de la propriété intellectuelle et les caractéristiques des créations autochtones shipibo. Cette incompatibilité remet en doute l'évidence du recours à la propriété intellectuelle. De plus, les difficultés que rencontrent les peuples autochtones au Pérou pour y accéder sont multiples : manque de moyens financiers, faible représentation politique, discrimination, méconnaissance des lois et surtout, une différence de systèmes de valeurs qui justifie leur certain désintérêt pour les droits exclusifs.

B. Le système de la propriété intellectuelle, une piste de solution controversée

12. La thèse s'éloigne du cas péruvien pour explorer une perspective plus globale. Elle examine le rôle de la propriété intellectuelle dans la protection du patrimoine culturel autochtone en s'inscrivant dans une réflexion menée au sein des Nations Unies depuis 2001⁵. Deux questions guidaient le débat : les mécanismes classiques de propriété intellectuelle sont-ils - ou peuvent-ils être - appliqués aux savoirs traditionnels ? Sont-ils pertinents pour répondre au besoin spécifique de protection ? La thèse explique que d'une part, le rôle de la propriété intellectuelle est ambiguë. D'autre part, l'incompatibilité entre les concepts de la propriété intellectuelle et les valeurs du patrimoine culturel autochtone rend son utilisation controversée.

13. L'ambiguïté du rôle de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle doit parfois faire face aux nouveaux enjeux de nos sociétés. L'objet juridique que représente le patrimoine culturel autochtone en est un de taille⁶. Celui-ci regroupe des créations particulières : elles sont collectives, interdépendantes et sujettes à un renouveau permanent. Il existe des réalités où la propriété intellectuelle est effectivement utilisée pour des créations reflétant le patrimoine culturel d'un peuple autochtone.

⁵ En 2001, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) délégua ces questions au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore créé à cet effet. La première session avait pour objet de présenter la législation régionale sur la propriété intellectuelle en vigueur dans la Communauté Andine. OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Première session du 30 avril au 3 mai 2001. Doc. OMPI/GRTKF/IC/11.

⁶ Certains l'appelle la « propriété intellectuelle du 3^{ème} millénaire ». H.P. Sambuc, *La protection internationale des savoirs traditionnels. La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Ed. L'Harmattan, Les cahiers du CeFap, 2003, p. 46-48.

À travers ces réalités, la thèse démontre que la propriété intellectuelle est à la fois la meilleure des solutions juridiques, et un outil risqué qui fait naître des actes d'appropriations illégitimes.

14. Le recours positif aux catégories de droits intellectuels.

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle avait distingué deux types de protection : la protection positive permet aux membres autochtones d'exercer des droits intellectuels sur leurs créations, alors qu'une protection défensive empêche l'octroi des droits exclusifs à des tiers, et donc freine toute appropriation illicite ou illégitime⁷. La thèse relate des cas concrets dans lesquels des communautés autochtones (ou certains membres) ont pu protéger de manière positive ou défensive, leurs créations. En Australie, certains artistes autochtones ont intenté avec succès des procédures pour atteinte au droit d'auteur sur des œuvres qui expriment leur identité culturelle⁸. Au Canada, la marque Cowichan désigne des pulls en laine brute et non traitée, tricotés selon des méthodes traditionnelles par des membres de la Nation Coast Salish (Colombie Britannique)⁹. Ces cas permettent de comprendre que, non seulement certaines expressions d'un patrimoine culturel autochtone remplissent les conditions requises pour exploiter des droits moraux et/ou des droits patrimoniaux, et que ceux-ci peuvent constituer un outil de protection efficace.

15. Les droits de propriété intellectuelle comme outils d'appropriation. En revanche, il y a des situations dans lesquelles les éléments de l'identité culturelle autochtone sont confrontés à des risques de perte culturelle et d'appropriation illégitime ou illicite causés par des

⁷ OMPI, Élaborer une stratégie nationale de propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles, dossier n°3 [Brochure], 2016.

⁸ Affaire M*, Payunka, Marika & Others v Indofurn Pty Ltd 30 IPR, 1994.

⁹ Demande n° 0792173 par le *Cowichan band Council*, enregistrement n°TMA46583.

droits intellectuels¹⁰. L'octroi de droits exclusifs à des tiers peut ouvrir la porte à des pratiques néfastes comme l'appropriation culturelle et la biopiraterie (pillage de ressources biologiques, sans respect du dispositif d'Accès et Partage des Avantages de la Convention sur la Diversité Biologique). Ces phénomènes engendrent des répercussions graves sur les détenteurs autochtones, comme des préjudices économiques, écologiques et culturels considérables. Conçue initialement pour lutter contre le pillage intellectuel et rémunérer les créateurs, la propriété intellectuelle peut paradoxalement fragiliser les contextes traditionnels déjà affaiblis par des réalités sociopolitiques. La protection offerte a tendance à ne bénéficier qu'à ceux dont la philosophie juridique épouse celle du mécanisme de la propriété intellectuelle. Cette idée nous amène à réfléchir sur la compatibilité des concepts autour du patrimoine culturel autochtone.

16. L'incohérence des concepts juridiques classiques aux fins de protéger le patrimoine culturel autochtone. Au regard des traitements juridiques du patrimoine culturel autochtone, on observe qu'ils sont fondés majoritairement sur des concepts issus de traditions juridiques occidentales ou occidentalisées (la propriété, le domaine public ou encore le contrat)¹¹. Or, les cultures juridiques non-occidentales reposent souvent sur d'autres concepts, des normes coutumières, et sont ponctuées par des événements historiques¹². Deux principes fondamentaux du patrimoine

¹⁰ Pour qu'il soit considéré comme illégal, l'acte d'appropriation doit être interdit par une loi nationale. Autrement, il est illégitime ou inéquitable aux yeux des détenteurs autochtones. C. AUBERTIN & C. MORETTI, « La biopiraterie, entre illégalité et illégitimité », In C. AUBERTIN, F. PINTON & V. BOISVERT (dir.), *Les marchés de la biodiversité* (p. 91-120), IRD Éditions, Paris, 2007.

¹¹ H.P. GLENN, « La tradition juridique nationale », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 55 (2), 2003, p. 263-278.

¹² W. CAPELLER & T. KITAMURA (dirs.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruylant, 1998.

autochtone entrent en contradiction avec les critères de la propriété intellectuelle : le maintien de l'usage coutumier des connaissances et expressions culturelles, qui s'oppose à l'exclusivité des droits individuels, et la dimension collective du patrimoine, hérité et transmis au fil des générations, qui s'oppose à la notion de titularité individuelle. Les détenteurs autochtones assument un rôle de gardiens, transmettant leur mémoire collective selon les coutumes ancrées et un lien particulier à la Terre. La notion de dépositaire de savoirs (fidéicomis), plutôt que celle de titulaire, reflète mieux cette réalité. Le concept *sumak kawsay*, « bien-vivre » en langue quechua, prend racine dans la cosmovision andine et évoque une approche du développement. Ce concept phare propose une vision intégrale de la vie où les éléments composant le monde sont en équilibre et entretiennent des liens de réciprocité.

17. Des systèmes de valeurs différents. Faire usage de ces concepts alors que les situations factuelles leur sont extérieures, est une démarche incertaine. Il y a des risques à ce que la protection recherchée ne soit pas pertinente. L'incompatibilité théorique entre un objet juridique tel que le patrimoine culturel autochtone et le mécanisme de la propriété intellectuelle, peut être expliquée par le contraste entre leurs systèmes de valeurs respectifs. Il y a une « différence entre l'éthique autochtone et la philosophie sous-jacente des lois de la propriété intellectuelle »¹³. La thèse questionne les concepts utilisés pour mieux traduire et qualifier les faits autochtones. La plasticité des catégories juridiques existantes est alors évaluée. La critique de notre propre conception du droit et les réflexions sur nos propres catégories juridiques, présagent l'ouverture vers une nouvelle démarche. Dès lors, penser un régime juridique alternatif, se

¹³ V. UDY, « L'appropriation du patrimoine culturel autochtone : examen des avantages et inconvénients du régime de propriété intellectuelle au Canada », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 27 (2), 2015, p.860.

rapprochant de concepts autochtones mais s'inscrivant dans l'ordre juridique national, est un défi nécessaire à relever.

II- À la recherche d'une protection alternative du patrimoine culturel autochtone au Pérou

18. L'insuffisance de la propriété intellectuelle pour répondre aux besoins de protection spécifique d'un patrimoine culturel autochtone, conduit à changer de fondation de pensée et à faire émerger un nouveau genre de solutions. La thèse propose une solution plurielle qui donne de l'importance aux réalités locales. Elle s'appuie sur un régime légal spécifique, c'est-à-dire *sui generis* (**B**) qui existe déjà en partie au Pérou, mais qui doit être révisé pour compléter des mesures extra-légales (**A**).

A. La nécessité d'une protection extra-légale en fonction des réalités locales

19. Les enjeux et les défis d'une protection alternative en pratique. Toute législation n'est pas à l'abri de rencontrer des difficultés sur le terrain de son application. En anthropologie juridique, les capacités de réception du droit comptent autant que les moyens juridiques employés. Pour reprendre Etienne Le Roy, « l'anthropologie oblige le chercheur à se soumettre à la pesanteur des faits ou à se démettre »¹⁴. La thèse rend compte de la place considérable qu'occupent les données contextuelles (paramètres sociaux, économiques, politiques et géographiques). Elle invite à sortir de l'analyse conceptuelle pour mieux saisir l'influence des réalités locales. Comment appliquer une loi si le contexte sociopolitique

¹⁴ É. LE ROY, « Pour une anthropologie du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1, 1978, p. 74.

est défavorable à sa réception ? Doit-on s'affranchir de connaître la conjoncture du pays ?

20. Un contexte défavorable. Au Pérou, les problèmes liés à la corruption sur plusieurs échelles présentent un grand défi pour les juristes. La lenteur des procédures et l'instabilité politique rendent l'application des lois difficile. Concernant la question du patrimoine culturel autochtone, les réalités montrent d'une part, qu'elle n'est guère la priorité de l'État (faible représentation nationale et absence de politique publique). D'autre part, les détenteurs autochtones luttent encore pour rester et vivre sur leurs territoires, rattrapés par des disparités socioéconomiques et par une désinformation relative à leurs droits. Ils sont, en outre, accablés par les effets du changement climatique et par les activités économiques illégales qui causent une grande insécurité juridique.

21. Une portée étendue. Nonobstant, ces difficultés n'enlèvent pas le caractère urgent de la protection des patrimoines culturels autochtones au Pérou. Les enjeux environnementaux et sociopolitiques sont réels et prennent de l'ampleur. Ils font partie du quotidien des détenteurs autochtones, et parfois dépassent les intérêts de ces derniers. La thèse révèle que sauvegarder le patrimoine culturel autochtone va bien au-delà de la protection d'une identité collective. Sa portée est plus étendue. Bien qu'elle réponde à la croissance des revendications autochtones, elle semble être une réponse accessoire aux violations des droits humains dans le passé (justice transitionnelle)¹⁵. Puis, il s'agit de préserver des savoirs ancestraux

¹⁵ La justice transitionnelle (ou justice de transition, justice restauratrice, justice post-confliktuelle) est communément décrite comme une forme de justice ouverte aux victimes directes ou indirectes de violations graves et impunies de droits humains, généralement à caractères politique et collectif (génocides culturels, disparitions forcées, tortures etc.). Elle est fondée sur quatre objectifs : le droit à la vérité (le droit de savoir), le droit à la justice, le droit à la réparation et les garanties de non-répétition. Voir F. HOURQUEBIE, J.

porteurs de solutions pour l'avenir. Des plantes médicinales d'Amazonie aux techniques agricoles des Andes, les systèmes de connaissances autochtones regorgent de solutions pour faire face aux défis climatiques.

22. La nécessité d'une protection extra-légale. Pour tempérer ces obstacles, l'analyse propose de compléter la loi *sui generis* (la protection légale évoquée plus loin) par des mesures extra-légales. Cette stratégie vise à créer un environnement plus favorable à l'adoption et à l'application effective de la loi. Plusieurs acteurs jouent un rôle crucial dans la sauvegarde du patrimoine culturel autochtone. La thèse suggère d'ajuster les interactions entre les différents acteurs directs (les communautés autochtones, et les personnes morales qui les représentent) et les acteurs indirects (notamment l'État, les entreprises privées et les instances internationales) qui font exister ce patrimoine.

23. L'autonomie des peuples autochtones. L'étape cruciale pour préserver le patrimoine culturel autochtone réside dans l'autonomie des peuples autochtones, gardiens directs de ce patrimoine. Cette autonomie est plurielle : culturelle, économique et institutionnelle (gouvernance). Les initiatives autochtones existantes sont inspirantes. Elles montrent que la participation des détenteurs autochtones est essentielle pour réfléchir à une protection efficace. Afin de renforcer le pouvoir de la communauté autochtone sur les plans culturel, économique et institutionnel, des ateliers de sensibilisation et de renforcement des capacités sont mis en place. Ces ateliers portent sur la richesse des savoirs collectifs, l'affirmation de l'identité culturelle, la récupération des langues, l'artisanat, les droits disponibles et les menaces pesant sur le patrimoine culturel. En premier lieu, il est crucial de renforcer le pouvoir culturel des peuples autochtones par des actions concrètes. Ces ateliers d'affirmation culturelle visent à

GILLET & D. SALAS, « En hommage à Louis Joinet, pèlerin de la justice transitionnelle », Les Cahiers de la Justice, 3, 2015, p. 315-318.

valoriser les systèmes de connaissances et à informer les communautés autochtones sur leurs droits fondamentaux. Ensuite, favoriser une économie culturelle au sein de la communauté est essentiel, tout comme encourager des processus de gouvernance autochtone. Le renforcement de l'autonomie économique et institutionnelle permettra aux communautés de prendre des décisions éclairées concernant leur patrimoine culturel et leur développement global. Cependant, cette autonomie ne peut être efficace sans une collaboration avec les acteurs externes à la communauté. Les acteurs indirects devront adopter une approche coopérative.

24. La synergie des actions des acteurs directs comme indirects contribue à une protection plus appropriée et durable. Sans ces mesures extra-légales et locales, la portée de la protection légale (la loi *sui generis*) est limitée.

B. Une protection légale *sui generis* du patrimoine culturel autochtone

25. Face à l'utilisation abusive des ressources naturelles et à un certain vide juridique qui l'accompagne, les pays dont les peuples autochtones détiennent d'importantes connaissances ancestrales ont envisagé une protection spéciale. L'option *sui generis* s'est imposée, au Pérou comme ailleurs, comme une réponse aux lacunes « perçues par les communautés et les pays dans les mesures conventionnelles qui ne répondent pas à la nature holistique et unique de l'objet des savoirs traditionnels » [Traduction Libre]¹⁶. Cette option est un succès. Néanmoins, son applicabilité est remise en doute. Bien que précurseur en la matière, le Pérou a proposé un système ad hoc qui demeure lacunaire. La thèse

¹⁶ M. I. GÓMEZ LEE, Protección de los conocimientos tradicionales en las negociaciones TLC, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 114-115.

propose que cette démarche soit révisée, afin de soumettre une proposition de loi *sui generis* adaptée aux peuples autochtones péruviens.

26. Le régime *sui generis*, un succès remis en doute : le cas du Pérou. Certains États précurseurs ont tenté de créer un outil juridique pertinent. La pertinence est jugée au regard des besoins spécifiques de la préservation d'un patrimoine culturel autochtone : le respect des formes traditionnelles, collectives et spirituelles des créations, la permanence de la protection, la pérennisation du système de transmission plutôt qu'une logique économique et temporaire. Les législateurs ont alors le choix : le recours à des droits *sui generis* basés sur la propriété intellectuelle ou la création d'un régime *sui generis* spécifique, à part¹⁷. Le Pérou est l'un des pays qui a choisi cette dernière option afin de mieux répondre aux réalités locales de sa nation pluriethnique. La Loi n°27811 du 24 juillet 2002 établit un régime de protection des connaissances collectives des peuples autochtones relatives aux ressources biologiques, transposant les principes issus de la Convention sur la Diversité Biologique. Bien que l'apport de cette initiative soit louable (la création de registres permet d'inventorier les savoirs collectifs afin d'empêcher l'octroi de brevets et chaque accès demandé implique un partage des bénéfices), la loi n'a pas offert les résultats escomptés (aucun contrat d'accès enregistré). La raison principale est qu'elle n'englobe pas toutes les formes d'existence d'un patrimoine culturel autochtone. Elle ne concerne que les savoirs dotés d'une valeur commerciale, ceux qui portent sur les ressources naturelles.

¹⁷ L'OMPI considère que « l'idée à retenir est que la propriété intellectuelle est le droit de dire "non" à des tiers (et, par conséquent, le droit de dire "oui" à toute personne qui demande l'autorisation de reproduire ou de fixer ou d'utiliser l'objet protégé) », OMPI, Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, 3^{ème} session du Comité intergouvernemental, 13-21 juin 2002, Genève, doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8, p.10, point 19. Le Comité se réfère à la protection des bases de données, dont la souplesse permet de s'adapter aux circonstances particulières.

27. L'expérience péruvienne nous indique qu'il est insuffisant de se contenter de transposer des principes internationaux. De nouveau, la création d'un mécanisme *sui generis* oblige à prendre en compte bien plus de paramètres que prévus (les facteurs religieux, culturels, moraux, sociaux et environnementaux liés aux savoirs traditionnels).

28. Proposition d'une loi-type adaptée aux peuples autochtones du Pérou. La thèse se termine par la proposition d'un modèle de loi-type qui consacre la protection à l'entière d'un patrimoine culturel autochtone (et non cantonné à un type de savoir), en conférant des droits collectifs aux détenteurs autochtones et en reconnaissant des formes de préjudices spécifiques (préjudice culturel et préjudice écoculturel). L'intérêt de réfléchir à un instrument national plutôt qu'international – auquel certains s'intéressent – tient au fait qu'une protection nationale est mieux ajustée¹⁸. L'impact sera plus important. L'étude s'inspire de trois instruments juridiques conçus pour le même but¹⁹.

29. Les droits collectifs des détenteurs autochtones. Les droits consacrés concernent le droit de décision sur l'usage non-coutumier du patrimoine culturel autochtone et le droit de maintenir leurs manières de vivre dans un environnement naturel. Ils sont inaliénables, incessibles et imprescriptibles et sont d'une durée indéterminée. Ils confèrent un moyen de contrôler le destin d'une identité culturelle. La loi-type donne la liberté

¹⁸ L'UNESCO et l'OMPI travaillent sur un instrument international *sui generis*. UNESCO, Rapport relatif à l'étude préliminaire sur l'opportunité de réglementer à l'échelon international, par un nouvel instrument normatif, la protection de la culture traditionnelle et populaire. Conseil exécutif, 161^{ème} session, 2001, [371], doc. 161 EX/15, p.5, § 20.

¹⁹ La Loi péruvienne n°27811 évoquée plus haut, la Loi-type régissant la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de la Communauté du Pacifique de 2002 et le projet de Loi du pays relative à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone développée en Nouvelle-Calédonie en 2012.

aux détenteurs autochtones d'inscrire ou non les éléments culturels qui pourront être utilisés dans un contexte non-coutumier. Sont instaurés deux registres distincts : le registre culturel (accessible sous conditions) qui regroupe des savoirs disponibles pour une utilisation non-coutumière et le registre culturel secret (confidentiel) qui centralise des savoirs inaccessibles, gardés pour une utilisation coutumière. Dès lors, le consentement préalable et éclairé est exigé pour l'usage non-coutumier (commercial ou non) d'un élément (ou plusieurs) du patrimoine culturel, indépendamment de leur support matériel ou immatériel, lorsqu'il se trouve dans un registre²⁰.

30. L'autorisation d'usage non-coutumier par l'Autorité Culturelle et l'Autorité autochtone. En vertu de ces droits, la loi-type établit une procédure d'autorisation d'usage non-coutumier. La décision implique principalement deux entités morales, l'Autorité Culturelle et l'Autorité autochtone, dont les fonctions sont définies. Celles-ci sont consultées lorsqu'un utilisateur désireux d'accéder et d'utiliser un savoir inscrit dans le registre culturel, en fait la demande. Interface institutionnelle et culturelle, l'Autorité Culturelle est une entité publique qui se chargerait de la gestion des demandes d'accès et du respect des utilisations. En l'occurrence au Pérou, il s'agirait de la Direction Générale des Droits des Peuples Autochtones du ministère de la Culture déjà en fonction. Une Autorité autochtone est une entité morale qui assure la représentation et la défense d'une communauté ou d'un peuple autochtone. Il s'agit d'une instance (conseil coutumier, organisation représentative etc.), faisant figure d'interface locale qui permet de prendre

²⁰ Par usage non-coutumier, on entend toute utilisation qui tend à modifier, reproduire, diffuser ou publier.

des décisions sur la gestion du patrimoine culturel en vertu des lois coutumières²¹.

31. Les préjudices portant atteinte aux « manières de vivre ». Un patrimoine culturel autochtone est un objet juridique singulier. Les préjudices que peuvent subir les détenteurs le sont tout autant. La notion « manières de vivre » englobe tant les manifestations culturelles par lesquelles s'expriment un peuple autochtone (l'identité culturelle) que leurs modes de vie dans un milieu naturel (identité écoculturelle)²². La spécificité des manières de vivre des peuples autochtones fait naître une catégorie de préjudices spécifiques : transversaux, qui portent sur des éléments tant matériels qu'immatériels, et collectifs, puisqu'ils touchent aux intérêts de l'ensemble des membres de la communauté. Le préjudice culturel et le préjudice écoculturel, que la thèse définit, sont des préjudices qui rapportent la dimension écologique et spirituelle des atteintes causées à l'identité culturelle ou écoculturelle d'un peuple autochtone. Le préjudice culturel concerne l'atteinte à l'identité culturelle autochtone causée par l'absence ou le non-respect de l'utilisation des éléments d'un patrimoine culturel autochtone. Le préjudice écoculturel résulte d'un dommage environnemental (ou d'une atteinte à un écosystème environnant) qui affecte in fine l'identité culturelle autochtone. L'identité écoculturelle incarne la relation étroite et co-dépendante qu'entretiennent les peuples autochtones avec la Nature (illustrée par le concept de pachamama, Terre-Mère).

²¹ Par exemple, le Conseil Shipibo-Konebo-Xetebo (COSHIKOX) présente une forme d'autogouvernance.

²² Régis Lafargue parle d'une « façon d'être au monde ». R. LAFARGUE, « Le préjudice culturel né du dommage environnemental : par-delà nature et culture, un préjudice écologique spécifique », In L. NEYRET & G. J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, p. 222.

32. La réparation. La loi proposée établit des pistes de réparation. Ce qui est privilégié est une justice restaurative et une action en réparation (compensation ou sanction pécuniaire), enclenchées par l’Autorité autochtone et/ou l’Autorité Culturelle. Bien que le recours aux voies légales soit possible, cela n'exclut pas l'utilisation de modes alternatifs de règlement des différends basés sur les coutumes, qui sont parfois plus appropriés. Le but est de restituer les conditions naturelles ou culturelles qui permettaient, avant l’atteinte, d’exprimer les manières de vivre d’un peuple autochtone.

33. La loi-type proposée a pour double objectif de contrôler l’accès et l'utilisation du patrimoine culturel autochtone, et de sanctionner les actes illégaux portant atteinte à ce patrimoine et aux modes de vie des détenteurs autochtones. Cette approche tente de s’aligner aux attentes locales, qui consistent à maintenir, préserver et transmettre un patrimoine culturel transgénérationnel. La thèse souligne que cette loi-type est prospective. Elle peut être adaptée en fonction des besoins locaux.

34. Une finalité du *droit*, dans notre contexte, est d’offrir une protection appropriée pour l’héritage culturel qui fait vivre une identité culturelle fragile. Ce bilan a conduit à réfléchir à une solution plurielle et complémentaire qui prend en compte des paramètres à la fois socioculturels, ethnologiques, politiques et juridiques. La collaboration des populations autochtones, telle que celle du peuple Shipibo-Conibo étudié, est cruciale pour la mise en place d’une solution pertinente. Il en ressort le constat suivant : au Pérou, l’approche la plus efficace consiste à adopter une loi spécifique complétée par des mesures locales adaptées aux réalités du terrain. Garantir une autonomie de gestion ainsi qu’un droit de décision de la communauté sur son patrimoine culturel, tout en coopérant avec les acteurs extérieurs, demeure une solution de protection appropriée.

35. Finalement, en marge de ces résultats, la question de la protection d'un patrimoine culturel autochtone se pose comme un élément central dans la réflexion sur sa place et sa valeur pour l'humanité. Les savoirs autochtones, transmis de génération en génération et fruits d'une observation empirique fine, constituent un précieux atout pour la préservation de la diversité naturelle et culturelle. Leur lien intrinsèque avec le développement durable est désormais reconnu : garantir un héritage aux générations futures n'est plus l'apanage des seuls peuples autochtones, mais devient une responsabilité partagée par toutes les sociétés. La relation Culture-Nature des peuples autochtones ne fait que prendre de la valeur. Ainsi, en écho aux voix des peuples autochtones, une évidence s'impose : la thématique autochtone, pluridisciplinaire et transversale, concerne des problématiques qui touchent le passé, le présent et l'avenir de l'humanité.