

Vol. 35, n° 3

La protection des savoirs traditionnels et des créations immatérielles

Salomon Jean*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	711
INTRODUCTION	713
I- LES CATÉGORIES DE SAVOIRS TRADITIONNELS AU REGARD DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	714
A- Les savoirs traditionnels médicaux	714
B- Les savoirs environnementaux locaux	715
C- Les expressions du folklore	717

© CIPS 2023.

* Salomon Jean est professeur de droit à l'Institut Universitaire des Sciences en Haïti. Après avoir obtenu sa licence en droit à la Faculté de droit de l'Université d'État d'Haïti, il a effectué deux maîtrises ; l'une en droit privé et sciences criminelles, l'autre en droit des affaires à l'Université Nanterre Paris 10. Il a complété deux Master 2 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en droit comparé et en anthropologie du droit. Il a ensuite déposé sa thèse de doctorat en droit de la propriété intellectuelle à l'Université de Rouen Normandie. Il est actuellement avocat stagiaire à l'École du Barreau de Paris. Il a publié deux ouvrages et un article sous presse sur le droit de la propriété intellectuelle en Haïti et en France ainsi que sur la politique criminelle en Haïti.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

II- LES CONDITIONS DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS AU REGARD DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	717
A- La représentation des savoirs traditionnels dans les sociétés individualistes et holistes.....	717
B- Les conditions de production des savoirs traditionnels et des créations nouvelles.....	720
C- La nécessité de protéger les savoirs traditionnels	722
1. La qualification des savoirs traditionnels en général au regard de l' <i>open access</i>	722
2. Le système <i>sui generis</i> de la protection des savoirs traditionnels	727
CONCLUSION.....	730

RÉSUMÉ

Les connaissances et les savoir-faire qui ont été produits dans les sociétés traditionnelles sont qualifiés de traditionnels. Ils se divisent en expressions du folklore et savoirs associés aux ressources biologiques. Dans les sociétés développées, ces savoirs sont relégués au domaine public ou patrimoine commun de l'humanité. *A contrario*, les connaissances et savoir-faire produits dans les sociétés individualistes sont qualifiés de créations nouvelles. Ce sont des productions littéraires, artistiques et industrielles qui ont été individualisées et appropriées par des êtres humains ayant été l'objet de l'individuation qui est un phénomène sociohistorique.

Certaines communautés locales contestent la libre exploitation de leurs savoirs traditionnels dont l'exploitation est réglementée par des coutumes. Parallèlement, certains traités ont été adoptés dans l'objectif de protéger ces savoirs en conditionnant leur exploitation au consentement de ces communautés. Ce consentement est difficile à obtenir du fait que la plupart des communautés n'ont pas de représentants légaux au regard du droit positif individualiste. De plus, même s'ils arrivent à conclure des contrats d'exploitation de ces savoirs, ils ne sont pas en mesure d'intenter une action en justice pour obtenir réparation en cas de rupture abusive ou déséquilibre du contrat. La protection des savoirs traditionnels doit être conditionnée à la reconnaissance et au respect des coutumes qui ne sont pas codifiées. L'étranger désirant exploiter ces savoirs doit s'informer grâce à une enquête ethnographique de leurs statuts juridiques coutumiers avant de les exploiter pour éviter de porter atteinte aux droits collectifs de ces communautés.

MOTS-CLÉS

Créations immatérielles – Individu – Communautés locales – Domaine public – Folklore – Savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques – Traditions juridiques locales – Droit positif

ABSTRACT

The knowledge and know-how produced in traditional society are referred to as traditional. They are divided in folklore and knowledge associated with biological resources. In the developed society, such knowledge and know-how are relegated in a public domain or common heritage of humanity. In contrast, the knowledge and know-how produced after the emergence of the intellectual property law are qualified as new creations. These are literary, artistic and industrial productions that have been individualized and appropriated by human being who have been the object of individuation, which is a socio-historic phenomenon.

Some indigenous and local communities contest the free exploitation of their traditional knowledge that are not relegated in a public domain or common heritage of humanity according to their legal traditions. Parallely, some treaties are adopted with the aim to protect the traditional knowledge by conditioning its exploitation on the consent of these communities. This consent is very difficult to obtain because most of the communities have no legal representative according to the individualistic and positive law. Moreover, even they manage to conclude for the exploitation of their knowledge, they are not in position to take legal action to obtain the compensation in the event of abusive breach or imbalance of the contract. The exploitation of the traditional knowledge must be conditional on the respect of customs which are not codified. The foreigner wishing to exploit this knowledge must inform himself through an ethnographic survey of the local traditions before exploiting it to avoid infringing the collective rights of the communities.

INTRODUCTION

Je me suis intéressé à ce sujet de recherche depuis que j'ai suivi un séminaire avec mon directeur de thèse sur la question de la protection des savoirs traditionnels par les droits de la propriété intellectuelle. Tout au long de mon parcours universitaire en Haïti, on m'a toujours appris que les savoirs traditionnels n'avaient aucune valeur scientifique, technologique, artistique, littéraire et économique ; on m'a appris qu'ils ne contribuaient pas au développement culturel et économique des personnes qui les assimilent et les transmettent de génération en génération. Cependant, le contenu de ce séminaire a remis en question ma représentation intellectuelle de ces savoirs. En m'engageant dans cette réflexion, je me suis fixé comme objectif de répondre aux principales questions suivantes : Qu'est-ce qu'on entend par savoirs traditionnels au regard des droits de propriété intellectuelle ? (I) Quelles sont les conditions de production des savoirs traditionnels et des créations intellectuelles ? (II) Est-il nécessaire de protéger les savoirs traditionnels ? (III)

Avant de vous présenter brièvement les réponses que j'ai trouvées à ces questions, je vais exposer les principales difficultés que j'ai rencontrées au cours de la rédaction de cet article.

C'est un sujet assez vaste. La propriété intellectuelle est relativement absconse et pointue ; la compréhension et l'explication des savoirs traditionnels sont poreuses et touffues. Pour comparer deux domaines différents, il faut analyser les catégories concernées. J'ai remarqué que les catégories en propriété intellectuelle sont bien construites et s'imposent à la communauté scientifique. Mais en matière de savoirs traditionnels, les catégories sont poreuses. Raul Magni-Berton écrit : « Le tout est irréductible à la somme des parties. »¹ L'ensemble des savoirs traditionnels est irréductible à la somme des parties. Au plan logique, les savoirs traditionnels, c'est un peu un « fourre-tout » si vous me permettez l'expression, ils ne peuvent pas être systématisés facilement. Même la différence entre le

1. Raul MAGNI-BERTON, « Holisme durkheimien et holisme bourdieusien. Étude sur la polysémie d'un mot », (2008) 58-2 *L'Année sociologique* 299.

folklore et les savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques n'est pas formellement établie. Aucun élément ne peut être détaché et compris isolément. Ces difficultés rendent *a priori* la rédaction de l'article compliquée, mais originale et pertinente.

I- LES CATÉGORIES DE SAVOIRS TRADITIONNELS AU REGARD DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A- Les savoirs traditionnels médicaux

Les savoirs traditionnels médicaux sont les savoirs les plus populaires. Dans les sociétés modernes, la prévention et la guérison de la maladie sont appréhendées sous l'angle rationnel et scientifique tandis que chez les communautés locales, elles sont appréhendées sous l'angle religieux et/ou magique. Dans les sociétés industrialisées, les pratiques thérapeutiques visant à prévenir et à guérir les troubles psychosomatiques ont été rationalisées et sécularisées. Chez ces communautés, les pratiques médicales ne sont pas encore complètement vidées de leurs aspects religieux et magiques². Elles continuent à faire appel à des êtres divins et à leurs connaissances des plantes, des animaux et des matières minérales pour guérir ou prévenir les maladies. Certains d'entre eux produisent des médicaments traditionnels qu'ils distribuent à titre onéreux ou gratuit aux personnes souffrantes. Cependant, selon la médecine scientifique, ces médicaments peuvent être toxiques et mortels³ ou n'avoir que des effets placebo. En revanche, ces savoirs constituent des informations et des indices pertinents pour la création de produits médicamenteux par les industries pharmaceutiques. Selon certaines données recueillies sur l'efficacité des remèdes traditionnels, 32 % n'ont aucun effet thérapeutique⁴, 35 % de ces remèdes n'ont que des effets placebo et 25 % des médicaments pharmaceutiques⁵ n'auraient pas vu le jour sans ces remèdes⁶. La science médicale occidentale est onéreuse, mais améliore la qualité de vie et augmente la survie des patients. Elle peut aider aussi à combler les limites de la médecine traditionnelle.

2. L. SCHLOSSER, *L'art ancien de guérir*, Éditions France-Empire, Paris, 1984, p. 13.

3. John EDINGTON, *Indigenous Environmental Knowledge. Reappraisal*, Springer, London, 2017, p. 129 et 130.

4. *Id.*, p. 127.

5. *Id.*, p. 123.

6. Kwassi KONADU, *Indigenous Medicine and Knowledge in African Society*, Routledge, London, 2007, p. 8.

B- Les savoirs environnementaux locaux

Ces savoirs ont été développés grâce à l'observation de la nature et l'expérimentation des communautés locales⁷. Dans les sociétés modernes, ils ont été progressivement améliorés par des connaissances scientifiques et industrielles. Cependant, les industriels peuvent utiliser ces savoirs et continuent de le faire, par exemple, dans la perspective de créer des innovations végétales⁸ et des médicaments. De plus, dans les régions industrialisées, ces savoirs ont une valeur agricole et économique⁹. Il est pour le moins étrange de constater que la pensée scientifique discrimine les savoirs traditionnels locaux à partir desquels elle a pris naissance. Les conséquences néfastes d'un tel développement scientifique ont néanmoins contribué à la revalorisation de ces savoirs indispensables à la protection de l'environnement. En outre, dans les pays développés, ces savoirs sont exploités en fonction de leur valeur économique qui dépend de leur interdépendance avec le terroir. À partir de ces savoirs locaux, il est possible de produire des biens à valeur commerciale, c'est pourquoi ils sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle au titre des signes distinctifs collectifs.

Chez certaines communautés locales, et en particulier chez les jeunes, ces savoirs sont surtout l'objet de dévalorisation. Ils sont considérés comme démodés et ne peuvent pas aider les agriculteurs à produire assez de ressources pour nourrir la population¹⁰. Pour eux, ils n'ont pas de valeur marchande, car ils ne leur paraissent pas pertinents dans le contexte actuel. Ils refusent que ces savoirs leur soient transmis et préfèrent consommer les produits occidentaux qui sont de meilleure qualité pour eux. Ils ne reconnaissent pas la valeur environnementale et scientifique de ces savoirs qui n'améliorent pas leurs conditions de vie socioéconomiques. C'est pourquoi ces savoirs

7. Voir J.Y. MEYER, « Biodiversité, services écosystémiques et activités socio-économiques basés sur les ressources naturelles », dans Claude E. PARYI et Eric VIDAL (dir.), *Biodiversité en Océanie, un besoin urgent d'action*, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Calédonie, 2019, p. 20.
8. Chidi OGUAMANAM, « Farmers' Rights and the Intellectual Property Dynamic », dans Mathew DAVID et Debora HALBERT (dir.), *Agriculture, in The SAGE Handbook of Intellectual Property*, SAGE Publications, Londres, 2015, p. 240.
9. Andrée SONTOT, « Le bureau des ressources génétiques », dans Sélim LOUAFI et Bernard ROUSSEL (dir.), *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad/Iddri/IFB/Inra, Nancy, 2005, p. 98.
10. Stanford ZENT et Eglée L. ZENT, « On Biological Diversity form a Venezuelan Perspective: Tracing the Interrelationships among Biodiversity, Culture Change and Legal Reforms », dans Charles R. MCMANIS (dir.), *Biodiversity and the Law of Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Routledge, Earthscan, 2009, p. 96.

s'érodent progressivement¹¹. Certaines communautés locales en Haïti et dans les territoires ultramarins français commencent ainsi à abandonner la rotation des cultures agricoles au profit du productivisme qui contribue à la désertification des campagnes, l'abandon de nombreuses techniques d'entretien de la nature et la production des aliments traditionnels. La majorité des jeunes ne reconnaissent pas la valeur de ces savoirs dont la disparition peut provoquer des déséquilibres dans le fonctionnement des écosystèmes¹². Ils préfèrent acquérir les savoirs techniques modernes qui leur permettent d'accéder au confort moderne et urbain au détriment des savoirs traditionnels qui ne leur permettent pas de réaliser leur rêve occidental et de sortir de la marginalisation dont ils se sentent victimes. Mais on assiste à un renouveau de l'intérêt pour ces savoirs qui va de pair avec leur marchandisation progressive. Et cela commence à changer progressivement la perception culturelle que ces jeunes avaient jusqu'ici de ces savoirs traditionnels.

Actuellement, la majorité des membres de certaines communautés locales rejettent le conservatisme culturel de leurs communautés. Ils ne sont plus enracinés dans l'environnement. Ils font face au morcellement des exploitations familiales qui accroît le régime des successions intergénérationnelles ainsi que les problèmes de crédit et d'irrigation. Ils cherchent à tout prix à s'exiler dans les milieux urbains dans l'objectif de ne pas continuer à pratiquer l'agriculture de subsistance. Les communautés locales qui ont une économie d'abondance¹³ sont celles dont les traditions n'ont pas été influencées par les logiques du capitalisme et de l'industrialisation. L'introduction d'un droit au service d'une économie globalisée sape la cohésion

11. Elisabeth VILAYLECK, *Ethnobotanique et médecine traditionnelle créole. Contribution à l'étude du lexique de l'habitation*, Ibis Rouge Éditions, Paris, 2002, p. 39.
12. Anna Friederike BUSCH, *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America. A Legal and Anthropological Study*, Springer, London, 2015, p. 74.
13. « Au mythe trop persistant : la société primitive serait une société de manque et de la survie. Cette croyance vient du fait que les sociétés primitives ont un niveau technologique peu développé (par rapport à celui des sociétés modernes, mais bien suffisant pour leur mode de vie) et une économie de subsistance. Pourtant, rien n'est plus faux. Au contraire, les sociétés primitives sont des sociétés d'abondance, mais d'abondance dans la sobriété : pas de courses effrénées dans les rendements ou les innovations technologiques. La production, et donc le travail, sont remis à leur juste place : produire le nécessaire pour combler les besoins (ce qui inclut un stock pour prévenir les aléas climatiques) ». GIJOMO, « Introduction à la société contre l'État », dans *Bibliothèque Anarchiste*, p. 7, en ligne : <<https://fr.theanarchistlibrary.org/library/pierre-clastres-la-societe-contre-l-etat>> (consulté le 13 août 2023).

culturelle de ces communautés¹⁴. Leur situation se dégrade et elle est révolutionnée par les traditions individualistes occidentales et par l'évolution démographique. La production agricole suffit à nourrir la population mondiale, mais ces communautés souffrent de disette, de la faim et de l'inégalité de la répartition de la production agricole du fait que le principal objectif des entreprises agricoles est le profit¹⁵.

C- Les expressions du folklore

Les expressions du folklore des cultures sont dites « traditionnelles »¹⁶. En droit de la propriété intellectuelle, les expressions du folklore pourvues d'originalité relèvent du domaine public tandis que celles assimilées à des idées appartiennent au patrimoine commun de l'humanité. Au regard de ce droit positif, qu'elles soient qualifiées de sacrées ou non, ces expressions peuvent avoir une valeur économique et être exploitées au profit exclusif d'une personne physique ou morale. Tandis que selon d'autres traditions juridiques, certaines de ces expressions ne peuvent être exploitées qu'en respectant les normes religieuses qui les régissent. La protection et l'exploitation des expressions du folklore dépendent des différentes traditions juridiques. En droit positif de la propriété intellectuelle, il n'est pas interdit de produire des créations nouvelles blasphématoires à partir des expressions du folklore. Toutefois, selon certaines traditions juridiques, il est interdit de produire certaines créations nouvelles à partir de leurs expressions du folklore. Selon ces traditions, ces personnes peuvent être pendues et lapidées.

II- LES CONDITIONS DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS AU REGARD DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A- La représentation des savoirs traditionnels dans les sociétés individualistes et holistes

Dans les sociétés traditionnelles, tous les savoirs traditionnels ne sont pas qualifiés de choses, de biens ou d'objets d'appropriation.

14. David LÉA, *Property Rights, Indigenous People and the Developing World. Issues from Aboriginal Entitlement to Intellectual Ownership Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008, p. 43.

15. Marc BARRA, Laurent HUTINET et Gilles LECUIR, *Économie et biodiversité. Produire et consommer dans les limites de la biosphère*, Victoires Éditions, Paris, 2013, p. 161 et 162.

16. Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 151.

Les détenteurs de ces savoirs n'opèrent pas une différence dualiste et irréductible entre les personnes et les choses. L'établissement de la distinction formelle entre la personne et la chose¹⁷, le pour-soi¹⁸ et l'en-soi¹⁹ est une construction philosophique qui n'est pas universelle. En Occident, un *distinguo* catégorique est établi entre les objets ou choses et les êtres humains qualifiés de sujets. Les premiers peuvent être l'objet d'appropriation et les seconds ne peuvent pas l'être. Les savoirs traditionnels sont qualifiés de choses, par conséquent, ils peuvent être l'objet d'appropriation. L'être humain, membre d'une communauté et locale, ne dispose pas d'un droit de propriété sur le savoir traditionnel qui lui a été confié en tant que gardien²⁰. Les droits et les obligations de cet être humain sont fixés par les traditions juridiques coutumières. Selon le droit positif, les savoirs traditionnels peuvent être l'objet de marchandisation et de commercialisation. La personne qui s'approprie le savoir traditionnel peut donc exercer son droit de propriété qui implique le droit de l'utiliser, de jouir de ses fruits ou d'en disposer. En revanche, selon les traditions juridiques des communautés locales, leurs savoirs ne sont pas exclusivement des choses pouvant être l'objet de propriété au sens du droit positif de la propriété intellectuelle.

La qualification des savoirs dépend des registres culturels des sociétés qui se proposent de les analyser. Dans les sociétés modernes occidentales où les êtres humains sont individués en ce sens que l'on

-
17. Alain SUPPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, Paris, 2005, p. 69.
18. Jean-Paul SARTRE, *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Gallimard, Paris, 1943, p. 57.
19. Selon Jean-Paul Sartre : « Il existe deux modes d'être radicalement distincts, celui du pour-soi qui a à être ce qu'il est, c'est-à-dire qui est ce qu'il n'est pas et qui n'est pas ce qu'il est, et celui de l'en-soi qui est ce qu'il est. » Jean-Paul SARTRE, *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Galimard, 1943, p. 665, en ligne : <<http://www.philo5.com/Les%20philosophes/Sartre.htm>> (consulté le 9 juillet 2023) ; « *L'être en-soi* est une positivité "opaque" interrompue par aucun non-être ; il est ce qu'il est. *L'être pour-soi* a la capacité de néantisation. C'est seulement avec la conscience de l'homme que le néant est donné. "*L'être par qui le néant vient au monde doit être son propre néant*". Telle est la finalité de l'existence humaine. Celle-ci porte en elle sa propre négation, c'est-à-dire qu'elle est contradictoire : "*le pour-soi est ce qu'il n'est pas et n'est pas ce qu'il est*". L'homme est un être qui se projette, par-delà le présent, dans le futur ; il est déterminé par ses possibilités. Par ce projet il est toujours déjà au-delà de soi, il est ce qu'il n'est pas encore. De plus, l'homme ne peut pas se réduire au donné factice, il n'est pas seulement *ce qu'il est*, mais il est *ce qu'il fait de soi*. Il peut échapper au destin parce qu'à tout moment sa volonté est libre de s'y opposer. »
20. Fons COOMANS, « A Dual Perspective on the Rights to Enjoy the Benefits of Science Progress », dans Giselle CORRADI *et al.* (dir.), *Critical Indigenous studies*, Routledge, London, 2019, p. 95.

considère que chaque être humain est considéré comme singulier et unique²¹, et la production du savoir individualisée, c'est-à-dire qu'il est possible que chaque individu produise une création unique et personnalisée, les savoirs sont qualifiés de créations nouvelles. En revanche, dans les sociétés holistes où les êtres humains ne sont pas individués, en ce sens que chaque être n'est pas unique ou singulier, chaque être humain est considéré comme une partie d'un tout²² et la production du savoir n'est pas individualisée. La qualification des savoirs de traditionnels est une construction des sociétés occidentales modernes²³. Ainsi, il n'est pas possible d'attribuer la paternité de la production à un individu et la production du savoir n'est pas personnalisée. Dans ce contexte, les savoirs sont qualifiés de traditionnels. Cependant, il faut préciser que la différence entre ces sociétés n'est pas étanche. Enfin, la catégorisation entre savoirs traditionnels et non traditionnels n'est pas pertinente à l'égard de certaines communautés locales.

Avant de commencer mes recherches en ce domaine, j'ai appris que ce sont les sociétés des pays en développement qui sont dépositaires de savoirs traditionnels. Cette argumentation est à relativiser. En effet, j'ai découvert que les sociétés des pays industrialisés sont l'héritage d'anciennes sociétés primitives et traditionnelles, et à ce titre, elles sont aussi dépositaires de savoirs traditionnels²⁴. Je rends dès lors compte de l'existence des savoirs traditionnels chez les communautés locales, dans les pays en développement et dans les pays développés. Cependant, dans les pays développés, certains de ces savoirs sont l'objet d'un tarissement²⁵ progressif du fait que

21. Jeremy GILBERT, *Common Ground. Democracy and Collectivity in Age of Individualism*, Pluto Press, London, 2014, p. 31.

22. « Dans les sociétés traditionnelles, note David Le Breton, à composante holiste, communautaire, où l'individu est indiscernable, le corps n'est pas l'objet d'une scission, et l'homme est mêlé au cosmos, à la nature et à la communauté » : Christian LE BART, *L'individualisation*, Sciences Po. Presses, Paris, 2008, p. 31 et 32.

23. Salomon JEAN, *Les droits de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels : approche comparée franco-haïtienne*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Rouen Normandie, Rouen, 2021, p. 28.

24. Collette MECHIN et Benoist SCHAAL, *Sagesses vosgiennes. Les savoirs naturalistes populaires de la vallée de la Plaine*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 214 ; Marcelle BOUTEILLER, *Médecine populaire d'hier et d'aujourd'hui*, Éditions G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1987, p. 47.

25. « Par "tarissement" nous voulons désigner le transfert de ces connaissances qui s'est opéré des herboristes et tradi-thérapeutes aux structures modernes de recherche, de développement et de fabrication des médicaments. Ce tarissement a eu pour résultat que les prétendants à la titularité des telles connaissances se sont faits rares. Ce déclin s'est accompagné d'un accroissement corrélatif de demande de titres de propriété industrielle. Si le tarissement dont il s'agit semble

leurs productions et leurs circulations sont régies par le droit positif de la propriété intellectuelle.

Les savoirs traditionnels sont catégorisés et répartis dans les deux grands domaines de la propriété intellectuelle : les savoirs traditionnels attachés au folklore sont rattachés à la propriété littéraire et artistique alors que les savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques sont rattachés à la propriété industrielle. Cette catégorisation a été prise en compte dans la majorité des textes de droit positif par les États dans le cadre de la protection des savoirs traditionnels. Pourtant, elle ne reflète pas forcément la représentation juridique que s'en font les communautés locales dont tous les membres n'ont pas été individués. En effet, dans ces cultures, la production des savoirs traditionnels ne donne pas lieu à la reconnaissance de droits individuels. Ces savoirs sont protégés par des traditions juridiques qui les catégorisent en savoirs profanes, sacrés, utilitaires et/ou spiritualistes. Ces communautés contestent l'exploitation capitaliste des savoirs sacrés et spiritualistes²⁶.

B- Les conditions de production des savoirs traditionnels et des créations nouvelles

La production des savoirs qualifiés de créations nouvelles émerge dans les sociétés où prédominent les trois éléments suivants : l'individuation des êtres humains, l'imprimerie (qui est à la base du système de communication dans les sociétés de tradition écrite) et enfin, l'argent qui constitue le principal moyen d'échange. Tandis que la qualification des savoirs de traditionnels prédominent dans les sociétés où ces trois facteurs sont quasi inexistantes. Tout d'abord, l'argent existe et circule en faible quantité dans les sociétés traditionnelles ; ensuite, l'intérêt collectif prévaut sur l'intérêt individuel ; enfin, l'imprimerie qui est à la base du système de communication dans les sociétés de tradition écrite fait défaut²⁷.

avoir été fortement encadré et promu par la loi, il est cependant demeuré relatif » : Sitsosé Serge KOWOUVIH, *Le savoir-faire traditionnel. Contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Limoges, Limoges, 2007, p. 67.

26. Agnès LUCAS-SCHLOETTER, « La protection juridique du folklore », *Juris-Classeur Québec*, coll. « Propriété littéraire et artistique », fasc. n° 1962, mis à jour en 2003, 2^e éd., 2009.

27. Salomon JEAN, *Les droits de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels : approche comparée franco-haïtienne*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Rouen Normandie, Rouen, 2021, p. 55.

L'individu n'est pas un phénomène sociohistorique universellement connu²⁸. Dans les sociétés individualistes, l'être humain qualifié de personne juridique attributaire de droits sur ses créations nouvelles est une construction historique et juridique occidentale²⁹. Il est déclaré à la fois unique en son genre et égal aux autres individus. Être une personne, c'est être libre, doté de capacités physique, intellectuelle et morale³⁰. C'est avoir les mêmes droits et obligations que tous les autres individus. Selon la conception occidentale de l'individu, tous les individus sont égaux devant la loi. Cependant, certains ont plus de capacités physique, morale et intellectuelle que d'autres. Toujours selon cette approche, l'individu est propriétaire de son corps³¹, de ses propres capacités physique, morale et intellectuelle qui constituent un don naturel. Grâce à ses capacités, il est en mesure de produire des biens matériels et immatériels dont il est propriétaire et qu'il est en droit d'exploiter exclusivement à son profit. Les principaux critères d'appropriation des biens immatériels sont l'originalité, la nouveauté, l'inventivité et la distinctivité. Ces critères permettent d'attribuer la paternité de ces biens individualisés qui doivent refléter l'individuation des personnes qui sont à l'origine de leur création.

Chez certaines communautés locales où l'institution d'individu dans le sens occidental n'existe pas, les êtres humains ne pensent pas qu'ils sont fondamentalement différents des végétaux, des animaux, des minéraux, de l'air et de l'eau. Ils ne sont pas individués, en ce sens qu'ils ne se pensent pas comme des unités irréductibles et différentes des autres êtres. Pour eux, tout est lié³². Ils ne se considèrent pas comme propriétaires de leurs corps et ne s'approprient pas les biens matériels et immatériels qu'ils produisent à partir de leurs capacités physique, morale et intellectuelle.

De plus, la distinction entre le matériel et l'immatériel n'est pas pertinente³³. Ces biens sont détenus collectivement ou appartiennent

28. Max WEBER, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, traduit par Talcott PARSONS, Routledge, United Kingdom, 1930, p. 13.

29. Christian LE BART, *L'individualisation*, Sciences Po. Presses, Paris, 2008, p. 13.

30. Salomon JEAN, *Les droits de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels : approche comparée franco-haïtienne*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Rouen Normandie, Rouen, 2021, p. 148.

31. Lysander SPOORNER, *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, traduit de l'anglais par Patricia CHAMEAUREAU, Les Belles Lettres, Paris, 2012, p. 9.

32. Dina GILLIO-WHITAKER, *As long as. The Indigenous Fight for Environmental Justice from Colonization to Standing Rock*, Beacon Press, Boston, 2020, p. 58.

33. Ellen HERTZ, Florence GRAEZER BIDEAU, Walter LEIMGRUBER et Hervé MUNZ, *Politiques de la tradition. Le patrimoine culturel immatériel*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2018, p. 15 et 16.

à des entités divines. Ils ne sont pas libres de les traduire, de les exprimer et de les exploiter au détriment des autres³⁴. Les traditions juridiques des communautés locales ne leur reconnaissent pas le droit de s'approprier à titre individuel ce qu'ils produisent grâce à leurs capacités physique, morale et intellectuelle. À quelques rares exceptions, tout ce qu'un être humain produit est qualifié de profane, de sacré³⁵ ou d'utilitaire et n'appartient qu'à la collectivité. Il pourrait alors être utile de reconnaître des droits collectifs sur les productions culturelles, mais le droit positif y est réticent.

C- La nécessité de protéger les savoirs traditionnels

1. La qualification des savoirs traditionnels en général au regard de l'open access

Les savoirs traditionnels méritent d'être protégés pour trois principales raisons. Premièrement, certaines communautés contestent l'exploitation de leurs savoirs traditionnels lorsqu'elle ne contribue pas au respect de leurs identités culturelles et violent leurs traditions juridiques³⁶. Deuxièmement, la protection des savoirs traditionnels peut contribuer à la protection de l'environnement tout en évitant les déséquilibres environnementaux³⁷. Troisièmement, certaines communautés exigent le partage des bénéfices découlant de l'exploitation consentie de leurs savoirs traditionnels³⁸ qui sont susceptibles de valorisations commerciales par les communautés dans la mesure où ils peuvent être exploités comme remèdes traditionnels ou donner lieu au développement d'innovations biotechnologiques et au dépôt de droits de propriété intellectuelle³⁹.

34. La minimum unité de production est un groupe de familles essentiellement auto-suffisant. Au sein de l'économie indigène, il existe peu de possibilité d'accumulation de richesse individuelle. Les gens ont tendance à maintenir la cohésion sociale en encourageant la générosité. En effet, il existe fréquemment des mécanismes sociaux qui régissent la redistribution de la richesse au sein du groupe. Voir John BEAIDERK, Jeremy NARBY et Janet TOWNSEN, *Indigenous Peoples. A Field Guide for Development*, Oxfam, Oxford, 1998, p. 5.

35. Simone-Pierre E. MVONE-MDONG, *La rationalité de la médecine traditionnelle en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 8.

36. Kamil IDRIS, *Intellectual Property. A Power Tool for Economic Growth*, World Intellectual Property Organization, Genève, 2003, p. 239.

37. Bram DE JONGE et Niels LOUWAARS, « The Diversity of Principles Underlying the Concept of Benefit Sharing », dans Evanson C. KAMAU et Gerd WINTER (dir.), *Genetics Resources, Traditional Knowledge and the Law. Solutions for Access and Benefit Sharing*, Routledge, Londres, p. 38.

38. *Id.*, p. 37.

39. Thomas BURELLI, *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des*

Comment protéger les savoirs traditionnels ? L'exploitation des savoirs traditionnels peut être bénéfique à la fois pour ses détenteurs et les industries culturelles et biotechnologiques. L'appréciation de ces savoirs ne peut pas être faite uniquement selon le droit positif et individualiste occidental. Les traditions juridiques locales des communautés sont aussi à prendre en compte et apparaissent incontournables dans l'appréciation et la protection de ces savoirs.

Le droit positif de la propriété intellectuelle fait face à une sérieuse crise de légitimité⁴⁰ du fait que toutes les richesses qu'il a contribué à générer se concentrent dans les pays industrialisés. L'exploitation économique des biens intellectuels n'a pas contribué à l'amélioration des conditions socioéconomiques de la majorité des pays dans le monde. D'une part, l'accès verrouillé à la connaissance et aux biens intellectuels créés et inventés par des individus occidentaux constitue un frein au développement économique et socioculturel notamment des communautés locales. D'autre part, l'exploitation capitaliste de leurs savoirs porte atteinte à leurs droits collectifs⁴¹.

La globalisation du système de propriété intellectuelle porte atteinte aux droits économiques des pauvres à travers le monde⁴². Dans l'objectif de pallier la crise de légitimité de la propriété intellectuelle et l'exploitation monopolistique des créations nouvelles au profit seulement d'un petit nombre de bénéficiaires, certains auteurs encouragent la vulgarisation des créations nouvelles selon les logiques de l'*open access*. Tous les savoirs traditionnels n'ont pas les mêmes valeurs culturelles et économiques. Ils sont déjà protégés par des traditions juridiques différentes. Les modalités de partage de l'œuvre au regard de l'*open access* peuvent nous aider à identifier les différents statuts juridiques des savoirs traditionnels au regard des traditions juridiques locales.

L'*open access* dans la tradition anglo-saxonne ne s'inscrit pas exclusivement dans une logique propriétaire et individualiste. La

savoirs traditionnels du Canada, thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Perpignan, Perpignan, 2019, p. 29.

40. André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS et Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, Paris, 2012, p. 48.

41. Walid ABDELGAWAD, « La brevetabilité du vivant, commerce de la biodiversité et protection des savoirs traditionnels : les pays africains et le réexamen de l'article 27:3 B de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC », (2004) 14 *African Yearbook of International Law / Annuaire africain de droit international* 121.

42. Vandana SHIVA, *Protect or Plunder? Understanding Property Rights*, Zed Books, Londres, 2001, p. 39.

création nouvelle peut être accessible sans contrepartie financière. *Open access* ne s'inscrit pas dans la logique de l'exploitation exclusive de la production des créations nouvelles. Il s'inscrit plutôt dans une logique de partage des connaissances. En français, *open access* se traduit par **l'accès libre**. C'est un instrument juridique destiné à donner libre accès aux créations nouvelles. Il existe d'autres variantes plus restrictives découlant de *open access* : les **créations nouvelles ouvertes et celles à accès ouvert**.

L'œuvre est libre lorsque l'auteur décide de la mettre totalement libre à la disposition du public sans aucune condition⁴³. Le mouvement de l'encyclopédie Wikipédia est le plus emblématique de l'œuvre libre⁴⁴. *L'auteur a le droit exclusif d'utiliser, modifier, copier et redistribuer son œuvre. L'œuvre est libre lorsque l'auteur autorise une tierce personne à exercer tous ces droits sur son œuvre. Elle est ouverte* lorsque l'auteur autorise son utilisation au-delà de certaines limites fixées par la loi⁴⁵. **Elle est en accès ouvert** lorsque certaines utilisations se font en fonction de la législation applicable⁴⁶. En appréciant les savoirs traditionnels au regard des différentes catégories de *open access*, je constate qu'il en existe au moins trois catégories : **les savoirs traditionnels libres, ouverts et en accès ouvert** au regard des traditions juridiques locales.

Les **premiers** peuvent être exploités sans aucune restriction. Ils peuvent être assimilés aux œuvres totalement libres. Les **seconds sont ouverts** en ce sens que les membres de certaines communautés autorisent leurs utilisations au-delà de certaines limites fixées par les traditions juridiques locales. Les **troisièmes sont en accès ouverts** du fait que leurs exploitations se font en fonction des traditions juridiques locales. L'accès aux savoirs traditionnels qui sont en *accès ouverts* peut être interdit aux étrangers ou aux non-initiés. Le statut juridique des œuvres en *open access* s'apprécie en fonction du droit positif de la propriété intellectuelle tandis que les statuts juridiques des savoirs traditionnels doivent s'apprécier en fonction des traditions juridiques locales. **La dernière catégorie correspond à un accès totalement interdit** aux étrangers ou aux non-initiés. Cette catégorie ressemble au **secret défense** ou au **secret d'affaires** dans les pays industrialisés.

43. Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, « L'œuvre libre », JurisClasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », fasc. n° 1975, mis à jour le 22 juillet 2014, p. 1-57.

44. Carine BERNAULT, *Open access et droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 17.

45. François PELLEGRINI et Sébastien CANEVET, *Droit des logiciels. Logiciels privatifs et logiciels libres*, P.U.F., Paris, 2013, p. 57 et 58.

46. Carine BERNAULT, *Open access et droit d'auteur*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 31.

Les défenseurs de la protection des savoirs traditionnels par le droit positif de la propriété intellectuelle ne prennent guère en compte les traditions juridiques des communautés locales. Ils estiment que ces traditions sont dépourvues de juridicité⁴⁷. Ils luttent jusqu'à obtenir la mise en place d'un système juridique sécuritaire, formel et rigide par l'intermédiaire de l'adoption de textes de droit positif visant à protéger l'exploitation de ces savoirs déjà protégés par des traditions juridiques locales. Ce droit positif n'est pas efficace dans la qualification des faits litigieux relatifs à l'exploitation de ces savoirs. La qualification des faits litigieux dépend des conditions socioéconomiques et culturelles d'une société. Les critères de qualification des faits litigieux dans les sociétés modernes et individualistes sont différents de ceux retenus par les communautés locales. L'institution de la différence entre bien matériel et immatériel a été élaborée en droit positif occidental. Elle ne s'est pas développée chez ces communautés pour lesquelles le tangible et l'intangible, le matériel et l'immatériel sont indivisibles⁴⁸ et holistiques⁴⁹. Elles n'établissent pas la distinction entre le bien matériel et immatériel ou intellectuel. Selon Nicolas Binctin, le bien intellectuel découle d'une activité émanant de la volonté de l'homme⁵⁰. Selon les pensées indigènes, l'homme agit sous l'égide des dieux ; ce sont les esprits qui concourent à l'exercice de cette activité⁵¹ qualifiée de bien intellectuel en droit de propriété intellectuelle.

En droit de propriété intellectuelle, l'exploitation d'un bien immatériel sans le consentement de son propriétaire est qualifiée de contrefaçon. En revanche, l'exploitation des savoirs traditionnels sans leur consentement est qualifiée de biopiraterie. Selon Walide Abdelgawad, la biopiraterie est une pratique qui désigne l'appropriation illicite des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont attachés par le biais des droits de propriétés intellectuelles, notamment le système de brevets, soit l'accès et la collecte non

47. Gilda NICOLAU, Geneviève PIGNARRE et Régis LAFARGUE, *Ethnologie juridique, Autour de trois textes*, Dalloz, Paris, 2007, p. 121.

48. Anna Friederike BUSCH, *Protection of Traditional Cultural Expressions in Latin America. A Legal and Anthropological Study*, Springer, London, 2015, p. 108.

49. Françoise BOURZAT et Kristina HUNTER, *Consciousness Medicine. Indigenous Wisdom, entheogens, and Expanded States of Consciousness for Healing and Growth*, North Atlantic Books, Berkely, 2019, p. 118.

50. Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2015, p. 30-41.

51. David LÉA, *Property Rights, Indigenous People and the Developing World. Issues from Aboriginal Entitlement to Intellectual Ownership Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Brill Academic, Boston, 2008, p. 186.

autorisés de ces ressources en vue de leur commercialisation⁵². Les critères de qualification des faits litigieux en droit positif ne sont pas transposables dans les droits coutumiers. Ainsi, les conflits qui peuvent surgir de l'exploitation de ces savoirs peuvent être qualifiés de biopiraterie ou de violation de droits culturels de ces communautés. L'exploitation de ces savoirs n'est pas interdite en droit de la propriété intellectuelle. Ce sont les textes de droit positif visant à protéger les savoirs traditionnels qui ont vocation à les sanctionner. Dans le cas de l'exploitation illicite de ces savoirs, il est prévu selon ces textes que les différends peuvent être portés devant les institutions de droit positif. Mais ces dernières ne peuvent pas les résoudre, car ils ne peuvent pas être juridicisés et judiciarisés sauf si **la qualification des faits litigieux correspondant à l'exploitation des savoirs traditionnels se fait en fonction des traditions juridiques locales**. L'exploitation de ces savoirs par les industries culturelles et technologiques n'est illégale qu'au regard des traditions juridiques locales qui ne sont pas uniformes. Cette exploitation n'est pas illicite en droit de propriété intellectuelle. C'est un acte de biopiraterie qui ne peut pas être juridicisé et judiciarisé en droit de propriété intellectuelle.

La représentation de la justice est différente entre les sociétés modernes individualistes et les communautés locales. Ce qui est juste et légitime pour les premières peut ne pas l'être pour les secondes. Dans les sociétés occidentales, l'accès effectif à la justice dépend de la mise en application des droits de l'homme selon une approche basée sur la liberté et l'autonomie de l'individu. Dans ces sociétés, l'accès à la justice dépend ainsi du respect de droits individuels tandis que chez les communautés locales, cet accès est conditionné au respect des droits collectifs et non individuels. La violation des droits d'un individu entraîne automatiquement la violation de tous les membres de la communauté.

52. Walid ABDELGAWAD, « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ? », (2009) 22-1 *S.Q.D.I.* 53, en ligne : <https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/221_03_Abelgawad.pdf> (consulté le 22 décembre 2018).

Le terme de biopiraterie a été inventé par l'activiste canadien Pat Mooney pour défendre les pays en développement accusés de pirater les idées des pays développés. Actuellement, la biopiraterie vise à attirer l'attention sur le vol des savoirs traditionnels des pays en développement par les entreprises des pays les plus riches. Voir Krishna DRONAMRAJU, *Emerging Consequences of Biotechnology Biodiversity Loss and IPR Issues*, World Scientific, London, 2008, p. 152.

2. *Le système sui generis de la protection des savoirs traditionnels*

L'institution d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels est tributaire d'une approche anthropologique dont l'objectif est la comparaison des normes qui régissent les collectivités humaines. Elle prend en compte le droit positif et les traditions juridiques locales. Au regard de cette approche, ces traditions ne sont pas moins contraignantes et sont porteuses de juridicité. Pour les communautés locales, le droit ne se résume pas uniquement à l'ensemble des normes qui émanent de l'autorité étatique. Leurs savoirs traditionnels sont aussi réglementés par des traditions juridiques endogènes que les exploitants occidentaux se refusent à prendre en compte, ce qui porte atteinte à leurs intégrité et identité culturelle. Pour certaines communautés, ce que les occidentaux qualifient de nature et de ressources biologiques est sacré ; l'interdiction de les exploiter émane des puissances surnaturelles. Et ce que les exploitants capitalistes qualifient de savoir traditionnel exploitable commercialement ne l'est pas forcément pour certaines de ces communautés.

La prise en compte à la fois des traditions juridiques coutumières et du droit positif de la propriété intellectuelle dans la résolution des conflits relatifs à l'exploitation des savoirs traditionnels pourrait contribuer à la défense des intérêts économiques et culturels des détenteurs de ces savoirs.

La mise en place d'un système *sui generis* pour toutes les communautés locales est impensable du fait des spécificités linguistiques et culturelles. Pour les communautés qui aspirent à la protection de certains de leurs savoirs, je propose de reconnaître la juridicité de leurs traditions juridiques et des divers ordres normatifs dont l'État n'étant qu'un parmi d'autres créateurs de sens juridique⁵³ en matière de protection des savoirs traditionnels. Cette reconnaissance implique que l'appropriation des créations nouvelles ne dépendra pas uniquement des conditions d'originalité, de nouveauté, d'inventivité et de distinctivité. Elle sera conditionnée aussi au respect des traditions de ces communautés locales. À titre d'illustration, l'article 12, al. 1^{er} du protocole de Nagoya doit être modifié. Cet article dispose que les parties doivent mettre leurs droits internes en conformité avec ce protocole. Elles doivent tenir compte du droit coutumier des communautés locales.

53. Pooja PARMA, *Indigeneity and Legal Pluralism in India. Claims, Histories, Meanings*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 9.

Au regard des dispositions de cet article, le droit coutumier est néanmoins traité de manière subsidiaire. Pour moi, le droit coutumier de ces communautés ne doit pas s'inscrire dans l'ordre de « s'il y a eu ». Il a une importance fondamentale pour ces communautés. Avant d'exploiter un savoir traditionnel, l'exploitant capitaliste doit chercher le statut juridique de ce savoir au regard du droit coutumier. La connaissance de ce droit coutumier dépend d'une enquête ethnographique.

En somme, en droit positif, ce sont les États qui imposent leurs lois à leurs ressortissants, aux personnes et aux biens se retrouvant sur leurs territoires. Pour répondre aux revendications des communautés locales, c'est à elles de déterminer la loi ou les traditions juridiques applicables à leurs savoirs traditionnels. Il s'agirait de considérer que les critères de qualification de la production et de la titularité des savoirs sont différents de ceux applicables aux créations immatérielles. L'adoption de certains textes de droit positif tels que la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya contribuent à la valorisation culturelle et économique de ces savoirs, mais leur mise en application en faveur des communautés locales se révèle inefficace du fait d'une contradiction entre le fondement individualiste et marchand du droit positif de la propriété intellectuelle⁵⁴ et les traditions juridiques locales. Les droits de propriété intellectuelle qui protègent les créations nouvelles sont l'objet d'une codification formelle et aspirent à une harmonisation universelle tandis que les traditions juridiques locales se refusent à la codification et à l'harmonisation. La protection des savoirs traditionnels dépend de la prise en compte effective des traditions juridiques locales qui protègent les intérêts des communautés locales⁵⁵ et qui contribuent à la préservation de la biodiversité et la protection de l'environnement.

Cette protection dépend aussi de la modification du droit positif de la propriété intellectuelle. Néanmoins, on constate des résistances, car les industries culturelles et biotechnologiques n'ont aucun intérêt dans la modification de ce droit qui leur assure un monopole financier.

L'exploitation des savoirs traditionnels peut être sans aucun doute bénéfique à la fois pour les industries culturelles et biotechnologiques⁵⁶, d'une part, et les détenteurs des savoirs traditionnels,

54. Tyron Rakeiora LOVE, *Indigenous Organizations Studies, Exploring Management, Business and Community*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, p. 3.

55. Philippe KARPE, *Le droit des collectivités autochtones*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 746.

56. « On s'entend généralement pour dire que les ressources génétiques et les matières d'origine biologique en général sont essentielles à la création et à la

d'autre part. Certaines entreprises industrielles ont décidé de prendre les revendications légitimes des communautés locales. Elles ont passé des contrats d'exploitation des savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques. Ces contrats n'ont pas toujours été exécutés avec succès du fait que les coutumes de ces communautés n'ont pas été prises en compte. Dans le cas de la violation des contrats d'exploitation des savoirs traditionnels ou de leurs traditions juridiques, il conviendrait de leur laisser la latitude de demander l'application de leurs traditions ou du droit positif qui protègent équitablement leurs intérêts économiques et culturels du fait que leurs savoirs ne s'apprécient pas en fonction des catégories individualistes élaborées en Occident.

La mise en place d'un système *sui generis* et la résolution des différends relatifs à l'exploitation des savoirs traditionnels sont tributaires de la prise en compte des coutumes locales du fait que les différends nés de l'exploitation de ces savoirs ne peuvent pas être contractualisés et judiciarisés selon le droit positif d'origine individualiste et occidentale.

Beaucoup de membres de communautés locales n'arrivent pas à accéder à la justice à cause de l'exigence du respect de la procédure. En général, l'accès à la justice est conditionné au respect des règles de procédure. En Haïti, les justiciables ne peuvent pas accéder à la justice sans être assistés d'un avocat, ce qui constitue une règle de forme. Cependant, en réalité, la majorité des justiciables ne peuvent pas payer les services d'un avocat professionnel. C'est pourquoi ils font appel aux traditions juridiques pour régler leurs litiges. Les membres des communautés locales ne comprennent pas le droit positif, notamment les délais de procédure et les contraintes de procédure qui les empêchent de vaquer à leurs occupations quotidiennes. La détermination de la différence entre les règles de fond et de forme dépend des traditions juridiques et d'une enquête ethnographique qui aide à fixer le contenu de ces traditions.

production de variétés de semences, de médicaments et d'un large éventail de produits industriels. L'accès à ces ressources et matières revêt également une importance croissante dans le domaine de la biotechnologie. L'intérêt économique des ressources génétiques est désormais largement reconnu. Or, les données particulières sur le sujet sont rares et, dans le meilleur des cas, difficiles à obtenir. Qui plus est, les ressources génétiques, en tant que clé de la biodiversité future de la planète, sont également porteuses d'importantes valeurs culturelles, spirituelles et esthétiques » : Susan PERKOFF BASS et Manuel RUIZ MULLER (dir.), « Introduction », dans *Protéger la biodiversité. Les lois nationales régissant l'accès aux ressources génétiques en Amérique*, Centre de recherches pour le développement international, Ottawa, 2000, p. 1 et 2.

CONCLUSION

Tous les savoirs traditionnels notamment détenus par les communautés locales ne peuvent pas être exploités sans le consentement de leurs détenteurs. Ces derniers ne trouvent pas légitime le droit de propriété intellectuelle qui les relègue dans le patrimoine commun de l'humanité ou domaine public. Les conditions de protection des créations nouvelles sont l'originalité, la nouveauté, l'inventivité et la distinctivité. À ces conditions doivent s'ajouter les exigences de certaines communautés locales dont les savoirs traditionnels sont protégés par des traditions juridiques et locales. Les principaux traités internationaux : convention sur la biodiversité biologique et le protocole de Nagoya qui ont été déjà adoptés sur la protection des savoirs traditionnels doivent être modifiés dans l'objectif de reconnaître la juridicité des traditions juridiques de ces communautés. Ces traités ne doivent pas s'inscrire exclusivement dans la tradition individualiste. Ces traités, à titre principal, doivent reconnaître les droits collectifs de ces communautés sur leurs savoirs qui sont protégés par les traditions juridiques et locales et à titre subsidiaire, les droits individuels de leurs membres.