

3

La gestion juridique de la biodiversité dans un pays en développement

Florence Galletti

Indépendamment de la dimension du développement durable considérée, toute concrétisation du développement durable à l'échelle d'un pays passe par l'application de prescriptions scientifiques de la durabilité écologique, et par une réorientation du type de rapports socio-économiques et juridiques vis-à-vis des ressources naturelles disponibles. Ces rapports de l'homme aux ressources sont à favoriser, à réguler ou à bannir, pour moins de pauvreté humaine et moins de dégradation environnementale. Face à la complexité d'une construction cachée derrière un énoncé simple, deux épineuses questions se dressent :

Les États sont-ils en position égale ? En apparence, la difficulté gouvernementale et législative est la même pour tous : dépasser la phase des discours lénifiants sur la durabilité, bannir les expériences ratées mentionnées aux rapports annuels sur l'avancée du développement durable, et réaliser la traduction du développement durable nationalement adéquate et internationalement humaniste. En réalité, la question de l'égalité de position des États est source de multiples malentendus et rancœurs différemment exprimés sur la place publique internationale.

À quels instruments, mobilisés par quelles disciplines scientifiques, recourir aujourd'hui ? C'est la question du choix d'une ou de plusieurs disciplines moteurs de la construction du développement durable. Parmi l'éventail qu'offrent les disciplines naturalistes ou les disciplines de l'intervention publique ou privée sur les ressources naturelles et les situations socio-économiques, se trouvent l'économie, la science politique ou le droit.

Cette contribution envisage le cas de la discipline juridique, étendue ici aux politiques publiques et à la science administrative. Elle les

confronte à un secteur pour lequel des mesures de développement durable doivent être instituées, celui de la biodiversité. Le choix d'un seul secteur est raisonnable car il est encore illusoire de concevoir une application de développement durable, horizontale, tous secteurs confondus, dans des pays soumis à des contraintes de développement dirimantes. C'est, ici, le secteur de la gestion durable de la biodiversité par le droit qui est analysé. Les éléments, les contraintes et les alternatives de ce secteur seront posés liminairement et généralement pour les pays en développement, et seront parfois traités en référence au cas de Madagascar.

Quelques années après la ratification en 1995, par Madagascar¹ de la Convention sur la diversité biologique (CDB), l'Etat malgache a entrepris de s'attaquer au chantier de la création d'une législation adéquate et de la mobilisation d'institutions pour gérer et valoriser une biodiversité reconnue². Plus spécifiquement, la question du partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources de la biodiversité et, en particulier, des ressources génétiques devait fatalement se poser. À ce jour, malgré des avancées en termes de réflexions juridiques menées depuis 2000, en terme d'avant-projet de loi proposé entre 2004-2005 et fin 2006³, de prospective réglementaire pour préciser des textes d'application d'une telle loi, cette question de l'accès aux ressources et au partage des avantages en découlant n'est pas tranchée. La réflexion initiée relativement à des ressources relevant de la compétence du ministère de l'Environnement et des Eaux et Forêts (MINENVEF) devrait s'élargir à des ressources relevant de la compétence du ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et des Pêches (MAEP) et prendre la forme, en 2007 peut-être, d'un décret unique plutôt que d'une loi. Les retards de conception d'un texte juridique destiné à régir la question de l'accès aux ressources de la biodiversité à Madagascar ne sont pas uniquement liés aux contextes politiques électoraux de l'année 2006. Ils viennent de difficultés techniques liées à la complexité des éléments de la biodiversité et à la diversité des régimes juridiques attribués à ces éléments de la biodiversité. Ils viennent aussi de la contradiction entre instruments

1. Loi n°95-013 du 9 août 1995 autorisant la ratification de la CDB (*J.O.* n° 2317 du 21.08.95, p. 1909) et Décret n° 95-695 du 03 novembre 1995 portant ratification de la CDB.

2. Décret n° 2003-984 du 30 septembre 2003 portant adoption de la Stratégie nationale pour la gestion durable de la biodiversité (*J.O.* 2286 du 02 février 2004, p. 820).

3. Cf. en particulier les travaux du Service d'appui à la gestion de l'environnement (SAGE) de Madagascar et du Fonds de solidarité prioritaire-gestion décentralisée des ressources naturelles (FSP-GDRN), projet FSP n°FSP 2002-0109, Ambassade de France-Service de coopération et d'action culturelle à Madagascar : « Finalisation du projet de texte de loi sur l'accès aux ressources de la diversité biologique, juin 2005 », CDROM 2006.

juridiques internationaux auxquels Madagascar est partie, de la nature des ressources naturelles en cause, certaines majeures ou stratégiques, ou encore de l'inadéquation entre certaines constructions juridiques concurrentes ; on pense ici aux droits de propriété intellectuelle face à certaines réalités sociologiques (comme les savoirs traditionnels sur les ressources) que le droit moderne, commercialiste et civiliste, a du mal à prendre en compte et à protéger.

Au-delà des difficultés spécifiques à chaque Etat, c'est donc par une connaissance des données juridiques relatives à biodiversité et au cercle de la décision publique, replacées dans le contexte d'un pays en développement (PED) (partie 1) que l'on cerne la position de l'État qui se trouve devant l'obligation qui lui est faite de gestion (durable) de la diversité biologique par le droit (partie 2), telle que prescrite par la Convention sur la diversité biologique (CDB).

1. Quelques données juridiques de l'action publique et de la gestion de la biodiversité dans un PED

La tentative de construction du développement durable dans un secteur d'activité s'appuie sur un ensemble de supports (décisions, actions, législations, réglementations) et une succession de réalisations tangibles. Quels sont les instruments qui peuvent être mobilisés prioritairement ? Le droit public, qui nous retient ici, apparaît comme une vaste discipline récemment requise pour accélérer le développement durable (section 1), et propose le recours prioritaire à un triptyque salvateur et interventionniste : le droit, les politiques publiques et la science administrative, à mobiliser ensemble pour assurer la construction juridique d'un développement durable. À ce triptyque élémentaire incompressible, déjà source de difficultés théoriques, empiriques, voire idéologiques, s'ajoutent les aléas juridiques, de nature technique et politique, d'une application concrète, au sein d'un secteur défini. En isolant le secteur de la gestion de la biodiversité et la manière dont il est conçu et traité par le droit (section 2), on a une idée des raisonnements et difficultés par lesquels le juriste passe pour instituer un ou plusieurs modes de gestion juridique de la biodiversité ou plutôt de ses composantes.

1.1. La part du droit dans la construction du développement durable

1.1.1. Le triptyque droit – politiques publiques – science administrative pour le développement durable

Les nouvelles formes de développement durable, dont le traitement juridique de la biodiversité fait partie, passent par la construction d'un droit orienté vers la gestion de la ressource naturelle et la construction de politiques publiques nationales novatrices ou renouvelées, le tout devant être appréhendé sous l'angle de la science administrative.

Concernant la construction du droit, lorsque le Législateur (le parlement ou l'exécutif) s'engage vers une règle comportant un caractère obligatoire, l'assortit de sanctions pour en garantir le respect et permet que leur irrespect ou leur inapplication fasse l'objet du recours à un juge, alors on peut penser que le droit, fort de sa capacité d'organisation et de son caractère contraignant (puisqu'intimement relié à l'État, puissance publique, détentrice du monopole de la contrainte légitime), peut être mis au service d'une situation où une urgence environnementale est identifiée. Le traitement juridique de la biodiversité, si réclamé, fait partie de ces urgences environnementales.

On voit ici que ce traitement de la biodiversité est tributaire de la construction d'un droit législatif, réglementaire, uniforme ou sectoriel, capable d'encadrer, d'organiser, ou simplement de réguler des secteurs d'activité où une conservation de la ressource s'impose, et capable d'assurer par incitation, dissuasion ou coercition, la protection de certaines zones et de certains types de ressources naturelles. Faute d'existence d'un droit général du développement durable, et du fait du caractère embryonnaire ou inexistant du droit de la biodiversité dans les PED, ce sont essentiellement le droit public, le droit de l'environnement et certains aspects de droit économique qui sont susceptibles de soutenir ces objectifs (Galletti, 2002) ; le droit pénal, lui, apporte la fonction de coercition/répression dont la présence est inévitable. On retiendra que face au défi de la construction du développement durable dans un PED, le droit envisage des prescriptions générales et des prescriptions de durabilité par secteur. Sans nier l'importance des prescriptions générales, c'est surtout comme ensemble matériel de règles juridiques que le droit est appelé, requis, ou imposé, pour organiser le développement durable sectoriel (ici la gestion de la biodiversité).

Or, considérer isolément le droit ne suffit pas. Il faut le considérer dans le contexte des pouvoirs publics dans l'État en développement, à

l'aide d'une analyse de science administrative. Sans elle, la vision est tronquée. En effet, le droit ne fait pas qu'englober le droit privé (droit commun applicable aux particuliers et à leurs intérêts) comme le langage courant le fait croire. Il englobe aussi la discipline du droit public qui entretient un rapport particulier avec l'État et ses institutions publiques dont elle permet l'action (action publique, interventionnisme des pouvoirs publics) et dont elle encadre les activités (soumission de l'État au droit). La connaissance de cet aspect est essentielle car volontarisme et interventionnisme publics sont déterminants pour des questions relatives à la gestion de la ressource naturelle nationale.

Enfin, le droit, instrument, est au contact des pouvoirs politiques au plus haut niveau de l'État, et par là avec la volonté politique de dirigeants. La volonté politique, ou au contraire l'inaction politique, sur des sujets donnés, se traduit dans la conception (ou l'absence de conceptions) de politiques publiques destinées à répondre à une situation perçue comme une difficulté à laquelle des solutions doivent être trouvées. Les politiques publiques environnementales, ensemble de mesures ordonnées selon certaines urgences, régulations et arbitrages, viennent former cet autre instrument censé, en *sus* du droit, permettre la construction pratique du développement durable par secteur (politiques publiques halieutiques, forestières, phytosanitaires, etc.). Les politiques publiques, parmi les mesures multiformes qu'elles prévoient, font une large place aux mesures juridiques, afin de modifier des situations environnementales ou plutôt les comportements des acteurs sociaux et économiques sur des territoires et vis-à-vis des ressources spécifiques.

En définitive et dans la réalité, la traduction juridique du développement durable dans des formes d'intervention de l'État est intimement affectée par le caractère d'État en développement. Ce caractère est déterminant. Dans un PED, la production du droit reste, d'une part, tributaire d'une institution-pilier, l'appareil d'État et ses structures, et de son mode de fonctionnement difficile, d'autre part, elle est fonction des liens de cet État avec des partenaires divers et plutôt successifs, États-tiers et/ou organisations qui influent de manière tangible et souvent désordonnée sur le droit national édicté. Ceci, y compris à Madagascar, État de tradition juridique francophone au contact actuellement d'une forte influence juridique anglo-saxonne.

Quoi qu'il en soit, le droit étatiste avec ses difficultés et ses potentialités reste encore un support de la construction du développement durable et de la construction d'un droit de la biodiversité. D'abord pour une raison historique, l'État en développement, en dépit de particularismes non contestés, fonctionne encore sur l'inspiration de l'État occidental romano-germanique, de l'État à la française ou de type

plus anglo-saxon, et surtout sur le principe d'un droit étatiste et non sociétal ; ensuite pour une raison pratique, la grande complexité du secteur de la biodiversité et des questions juridiques qu'il pose nécessitant une mobilisation des secteurs de l'administration publique les plus performants et les plus centralisés.

1.1.2. Le droit étatiste, support du développement durable

Par droit étatiste, on vise la législation nationale édictée à partir des différentes sources du droit formel ; il s'agit des "sources normatives" (la constitution, les lois, le règlement), des "sources jurisprudentielles" (le droit issu des jugements des tribunaux), des "sources coutumières" (les usages répétés bien vivants et reconnus, à ne pas confondre avec le droit sociétal, plus large, qui relève d'un ensemble de pratiques et d'usages, pour majeure partie non reconnus par le droit étatiste et qualifiés d'informels par ce dernier), des "sources internationales" (part du droit national d'un État directement issue d'engagements internationaux de formes diverses ou même issue d'une simple inspiration internationale⁴).

Par droit étatiste, on vise aussi la position spéciale du droit public par rapport au droit privé ordinaire, droit public essentiellement constitué de normes et de principes de nature à permettre une action efficace de l'appareil d'État, conforme aux vœux des gouvernants (Bockel, 1979) et que l'on espère conforme aux intérêts des gouvernés qui les élisent. Il prescrit l'action de l'État (gouvernants, agents administratifs, activités) et l'organise comme ensemble d'activités sur le territoire national. Il encadre également les rapports juridiques que l'État va établir avec d'autres États au plan international. Ici, le droit public peut devenir le relais de l'interventionnisme public en faveur d'un développement durable allégué et de la création de règles juridiques destinées à régir le secteur biodiversité (accès, protection, valorisation, attribution). Si le droit public se divise en matières tel que le droit constitutionnel, administratif, ou de l'environnement, dans une perspective d'application du développement durable par des voies de droit, le droit administratif occupe une place déterminante. Régissant l'activité des personnes publiques (État, régions, collectivités territoriales, établissements publics) (Rivero et Waline, 1996), il est au cœur de l'intervention environnementale que souhaitent mettre en place des pouvoirs publics : ces derniers, ou plutôt le pouvoir central dans les PED, le font en usant du règlement (décrets, arrêtés, directives, etc.), et/ou en élaborant dans des

4. Comme on le voit souvent en matière de droit international/national de l'environnement, droits récents et techniques par excellence.

cabinets ministériels des politiques publiques à objet environnemental. À côté du droit public, ces mêmes pouvoirs politiques (Exécutif centralisé ou déconcentré) et le Législateur peuvent préférer utiliser le droit privé, autre relais possible du traitement, par le droit, des questions environnementales, comme le montrera le secteur de la biodiversité. La forme des normes utilisées pour agir varie : la norme souvent choisie pour communiquer sur des questions de droit privé est la Loi, celle utilisée pour des questions de droit public est le Règlement, mais l'origine de la conception de la norme est plus importante que sa forme et son appellation (habillage) dans les PED.

C'est par référence à des aspects reliés qu'on identifie les transformations du droit vers la durabilité environnementale, voire vers la durabilité économique et l'amélioration des conditions d'existence pour le plus grand nombre, tâches beaucoup plus difficiles. Parmi ces aspects, citons :

- la création de politiques de durabilité au travers de la rationalisation de l'exploitation des ressources naturelles, de la protection et de la valorisation du milieu naturel,
- la construction d'un droit national de l'environnement et ses conséquences,
- les caractères de la gouvernance institutionnelle existante et perpétuellement en mutation,
- les caractéristiques de l'administration de l'État en développement,
- la part des acteurs non étatiques dans la construction d'un droit des ressources naturelles et leurs résistances.

Mais l'analyse uniforme trouve ses limites ; si Madagascar, engagé vers la réalisation du développement durable depuis les années 1995, est concerné comme tout PED, le pays présente des particularismes forts, peu exportables. Il est marqué par l'enchaînement de trois plans d'actions environnementaux⁶ entre 1991 et 2009 au sein desquels des tendances propres se dessinent :

- Une volonté fortement exprimée émanant de l'exécutif présidentiel en faveur d'actions-phares appliquées aux ressources naturelles (par exemple, la décision de tripler le périmètre des aires protégées terrestres ou marines d'ici 2012) ;
- Le contexte de réforme de l'État et la création de multiples organismes à statuts divers, excentrés des ministères, chargés de prérogatives publiques mais exerçant souvent sous statut de droit privé,

6. Les dates initiales étaient : Programme environnement I ou PEI de 1991 à 1995. Programme environnement II ou PEII de 1996 à 2000. Programme environnement III ou PEIII de 2001 à 2005. En réalité le PEIII a commencé en 2005 pour se poursuivre jusqu'en 2009. La question d'un possible PEIV n'est pas tranchée actuellement.

organismes dont la nature et le devenir sont en pointillés à ce stade du Programme environnemental III s'achevant en 2009 ;

- Le recours très caractérisé au secteur privé, acquis ou en cours, pour assumer des missions de service public environnemental, dont on pense qu'elles peuvent être privatisées, puisque leur coût dépasse les capacités d'un appareil ministériel affaibli ;

- Le transfert de missions dont sont escomptées, pêle-mêle, facilités de comptabilité, efficacité de la gestion des ressources naturelles, répartition équitable des bénéfices tirés des aménités environnementales, valorisation des potentiels écologiques, touristiques, pharmaceutiques que l'économie qualifie d'actifs environnementaux. Participent de cette dernière tendance, les projets juridiques actuellement discutés à Madagascar concernant les aires protégées, qui montrent que le secteur privé pourrait remplacer le secteur public dans la fonction conservation-gestion-valorisation (accord État-ANGAP⁶ en discussion, procédures de mises en concession ou transfert d'activités, d'infrastructures et de services, à des personnes privées, sur le territoire ou à proximité d'aires protégées).

En définitive, face à un cas pratique, l'analyse opérationnelle est moins celle, théorisée, du développement durable dans les PED, que celle, plus fonctionnelle, de la gouvernance, mise au service du développement durable (Galletti, 2006), dont le droit n'est qu'un élément constitutif. Analyser la gouvernance, c'est s'interroger sur les conditions d'efficacité des systèmes bureaucratiques centralisés d'administration publique du pays et sur la capacité de l'État à absorber des réformes dans leur principe, et à les mettre en œuvre au moyen de divers instruments, dont la Législation *lato sensu*, l'intervention publique et les politiques publiques ; c'est s'interroger aussi sur la réponse de la société à ces changements, et sur le recours subi ou souhaité aux tiers-bailleurs, désormais inscrits dans le paysage institutionnel et éléments de son fonctionnement. Madagascar fournit, ici, un exemple caractérisé de cette omniprésence.

Reste que les questions de gouvernance, si fondamentales soient-elles, ne doivent pas occulter que des complexités propres au raisonnement juridique expliquent aussi les aléas et valse-hésitations autour de la biodiversité. Ainsi, la position particulière du droit, devant l'objet biodiversité et le secteur d'activité qu'il génère, est un exercice de fin raisonnement certes mais aussi une source de complications pour le profane et pour le spécialiste.

6. Association nationale de gestion des aires protégées.

1.2. La position du droit devant les composantes de la biodiversité⁷

Si, sous l'angle de vision naturaliste, de nombreuses incertitudes entachent la caractérisation de la biodiversité, la vision qu'en a le droit est loin d'être simple. Vue par les sciences naturelles, la diversité biologique est formée d'un ensemble dont on ne connaît pas les limites (nombre des espèces?). C'est un continuum du vivant qui va du plus simple organisme au plus complexe. L'ensemble "diversité biologique" abrite des ressources biologiques. L'expression ressources biologiques évoque plus à l'économiste et au juriste que celle de diversité biologique. Par ce biais de la ressource, des utilisations et d'autres concepts juridiques comme le patrimoine, la souveraineté, etc., le droit se positionne devant la diversité biologique et il essaye d'en organiser la gestion, du moins d'en encadrer l'utilisation, avec des instruments juridiques différents. Certains sont internationaux, conçus dans les enceintes internationales et habilités à régir les relations inter-États quand les ressources naturelles et les droits sur celles-ci sont en jeu. Le reste des instruments juridiques est constitué d'instruments nationaux, au sens où ils sont édictés par les États pris un à un et suivant des procédés formels de création des normes juridiques propres à chacun (institutions éditrices particulières, hiérarchie des normes juridiques, conditions de validité des normes juridiques, etc.). Le débat sur la gestion de la diversité biologique, loin d'exclure le droit, l'appelle de plus en plus de ses vœux. Démystifier les aspects juridiques permet de mieux cerner les nouvelles questions auxquelles un PED caractérisé par une biodiversité remarquable, tel Madagascar, a à répondre, les nouvelles obligations qu'il lui est demandé d'assumer, les défenses juridiques derrière lesquelles il peut s'abriter.

1.2.1. Droit et typologies des ressources biologiques

Le traitement de la question de la biodiversité par le droit n'est pas direct et dans tous ses aspects. Discipline des typologies, il procède à des distinctions élémentaires en considérant, d'une part, le cas premier des ressources biologiques simples d'accès et des ressources génétiques (gènes qui caractérisent les micro-organismes, les plantes et les animaux, non humains ici). Il isole, d'autre part, le cas de ce qui se trouve à l'intérieur d'une ressource, en distinguant par exemple pour la ressource génétique, les ressources génétiques dites phytogénétiques, les ressources génétiques marines, ce qui revient à établir une sous-distinction juridique

7. De Sadeleer et Born (2004) ont inspiré ces paragraphes.

au sein d'un type de ressource donné. Et enfin il considère le cas de l'usage que l'on veut faire de la ressource génétique, distinguant ici en fonction des usages, les ressources génétiques utilisées pour l'agriculture, les ressources génétiques utilisées pour la pharmaceutique, etc.

1.2.2. Diversité de régimes juridiques des ressources biologiques

Le droit national ne traite pas la biodiversité dans tous ses aspects. À la diversité des ressources biologiques qui la composent, le droit répond par la diversité des régimes juridiques applicables à tel type de ressources biologiques et pas à un autre. Un fonds commun existe, le principe de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles applicable aux ressources naturelles biologiques et minérales (l'État a des droits de prélèvement, d'utilisation, de gestion, de destruction, de commercialisation, de contrôle des activités menées autour de la ressource biologique). Il les possède *ab initio* et ne les perd pas, même quand elles sont l'objet d'une appropriation privée, dont il est à l'origine (par l'établissement du régime de la propriété privée sur le territoire national, des conditions d'indemnisation en cas d'atteinte à ce droit, etc.). Mais avec ce principe de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles, cohabite une variété de régimes juridiques pour les ressources, chacun porteur de spécificités. Ainsi, il ne suffit pas que des ressources biologiques soient simples (accessibles sans transformation) pour que le droit les rapproche et les traite à l'identique. Une ressource biologique forestière n'est pas envisagée comme une ressource biologique marine. Pourtant, toutes deux sont dites simples et sont sous souveraineté de l'État détenteur. Chaque type de ressource biologique a donc en général un régime de droit. Ainsi, la ressource forestière (non privée) a un régime juridique qui dépend du droit de la domanialité de l'État dans lequel elle se situe, et la ressource biologique marine et/ou halieutique a un régime juridique qui relève de la législation de l'État en matière de pêche et des prescriptions du droit international en ce domaine ; encore qu'il faille ici distinguer selon les ressources halieutiques, celles continentales ou marines, et surtout, en droit, le lieu où elles se trouvent.

1.2.3. La spécificité juridique de chaque ressource biologique

Chaque régime juridique de ressource biologique va être complexe ou receler des subtilités : face à la ressource forestière, la première question que le droit pose est : quels régimes de domanialité et d'appropriation ? Face à la ressource biologique marine sur un territoire maritime toujours découpé, la question essentielle est : quelle est la répartition spatiale de la

ressource marine et quel est le lieu de prélèvement de cette ressource marine ? Le fait que la ressource marine ou le conflit se situe en eau territoriale, en zone d'exclusivité économique, ou en haute mer, par exemple, modifie parfois le statut juridique et modifie toujours le raisonnement utilisé par le juriste. Enfin, si on prend le cas des collections de ressources génétiques dites *ex situ* (hors de leur milieu), qui font débat, la question préliminaire est : quel est le lieu d'origine de la ressource et à quel moment le prélèvement s'est-il fait ? Ici, les solutions juridiques varieront selon que le prélèvement évoqué ou contesté s'est fait avant ou après le 29 décembre 1993, date d'entrée en vigueur de la CDB. Le nombre de conventions ratifiées, s'il témoigne de la volonté de se soumettre à une organisation juridicisée de l'accès à la ressource et au traitement à lui appliquer, crée des situations juridiques nouvelles. Madagascar a pour sa part ratifié la CDB en 1995, et la Convention de Montego Bay (UNCLOS⁸) sur le droit de la mer en 2001, soit 19 ans après la conférence préparatoire initiale.

1.2.4. L'histoire d'une ressource biologique détermine les liens que le droit entretient avec elle

On connaît le phénomène des transformations des disciplines qui composent la matière juridique (ainsi le droit administratif, ou constitutionnel, ou commercial, etc., dans un État, n'est jamais immuable mais évolue...), et la mutabilité des objets d'études qu'elles investiguent. Tout comme la diversité biologique, chaîne qui héberge du plus grand élément au plus petit, la matière juridique s'attache à de vastes objets, l'État par exemple, mais a aussi conquis les champs du plus petit, tel celui des ressources génétiques ou de l'immatériel à l'aide du droit de propriété intellectuelle. La ressource biologique a évidemment une histoire qui nous est donnée par l'évolution biologique, mais ce n'est pas elle qui nous retient, ce sont les connaissances produites sur cette ressource qui nous intéressent. L'histoire de la connaissance produite sur la ressource est une clef d'explication sans laquelle l'évolution du droit sur cette ressource n'a pas de sens apparent. La recherche du sens de l'évolution juridique importe face à des droits complexes, qui restent véritablement opaques sans cet effort de démarche. Ainsi par exemple, le contexte historique des inventions sur la ressource génétique et les réponses apportées par le droit, pour résoudre les difficultés, expliquent qu'il y ait actuellement quelques grandes questions de droit en matière de génétique : il s'agit surtout du régime de la conservation du patrimoine

8. United Nations Convention on the Law of the Sea.

génétique, de la question du droit applicable au développement d'organismes génétiquement modifiés par les biotechnologies, et de celle de la protection des inventions biotechnologiques par le droit des brevets.

2. L'État en développement devant l'obligation de gestion de la diversité biologique par le droit

Dans les pays dotés d'une biodiversité remarquable, voire endémique, les débats se cristallisent autour de deux instruments d'origine internationale : la CDB et des éléments du système multilatéral des échanges et du commerce de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui cherchent à organiser les échanges sur la biodiversité. Face à la nécessaire composition à trouver entre les prescriptions que CDB et OMC posent et s'opposent, face aussi au laconisme et/ou à l'ambivalence que l'on va tenter de montrer pour chacun de ces deux instruments, la place d'un pays riche en biodiversité mais pauvre économiquement est extrêmement difficile et sa marge de manœuvre étroite (section 1). Des efforts de construction de normes adéquates et des efforts de déconstruction de systèmes juridiques sur lesquels il s'appuyait précédemment sont pour lui une obligation supplémentaire (section 2). Ils nécessitent des renforcements de capacité des appareils d'État, Législateur y compris, qui ne se produisent pas.

2.1. L'État en développement face aux ambiguïtés des instruments de droit international requis sur la question de la diversité biologique

2.1.1. Les pistes juridiques suggérées à l'État détenteur et fournisseur de ressources biologiques par la CDB

La CDB, adoptée en 1992 suite à la Conférence de Rio, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, comprend 187 États signataires, une Conférence des parties (COP) et un groupe d'expertise scientifique et technique. Signée et ratifiée par Madagascar en 1995, elle pose à cet État certaines difficultés juridiques, ne serait-ce que par les pistes qu'elle suggère pour un État détenteur et fournisseur de ressources biologiques.

Cette convention charismatique a d'abord été pensée autour du concept juridique de patrimoine commun de l'Humanité, mais les implications d'un tel concept l'ont poussée à revenir au principe plus aisé de souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles. Avec la CDB et

surtout avec les 14 années qui la suivent, la conservation des ressources biologiques dans l'État devient un objectif mondial partagé par tous les pays détenteurs, fournisseurs ou prospecteurs de ressources biologiques. Toutefois, on mesure à peine les transformations de droit qu'elle requière, à charge des États détenteurs surtout, et des États prospecteurs un peu moins.

La CDB a trois objectifs principaux : la conservation de la diversité biologique à l'échelle nationale et internationale, l'utilisation durable de ses éléments, et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources biologiques, génétiques en particulier.

La CDB diffère des instruments classiques du droit international de l'environnement protecteurs de zones régionales, de milieux, ou d'espèces. En *sus* des incitations ou des obligations classiques de gestion rationnelle des ressources utilisées par les conventions ou accords environnementaux, la CDB veut organiser un ensemble d'incitations puis d'obligations juridiques autour de l'accès à la ressource biologique et autour de la contrepartie de cet accès. La CDB s'appuie sur deux outils : le droit des contrats et les droits de propriété intellectuelle (DPI), qu'elle maîtrise encore mal et dont la pratique reste limitée (pour le contrat) et l'avenir incertain (pour les DPI). La CDB table sur une modification des pratiques juridiques et informelles d'États réunis autour d'une ressource biologique. Dans la réalité, on note qu'il y a actuellement une lourdeur pour l'État détenteur et peu d'initiative à attendre de l'État prospecteur.

Ces parts de résistances proviendraient du système prôné par la CDB qui conçoit le traitement de la diversité biologique, d'abord comme des obligations réciproques entre deux parties, que vient régenter ensuite un instrument sur lequel tout l'espoir est mis, le procédé du contrat entre les parties.

Transposé au contexte d'un PED, si la conservation biologique est vue comme les "obligations réciproques de deux parties", quelle est la charge pesant sur chacune d'elle ?

La charge pesant sur l'État détenteur/fournisseur est essentiellement de régler juridiquement la question de l'accès aux ressources (De Sadeleer et Born, 2004), y compris génétiques. C'est une charge multiforme et parfois contradictoire : le pouvoir de l'État souverain sur sa ressource (art.15, CDB) est doublé d'une obligation puisqu'il est aussi responsable du bon usage de la ressource devant les autres États parties à la CDB (ne pas laisser s'installer un accès anarchique). Cet État subit aussi une recommandation forte de ne pas bloquer l'accès à la ressource (art. 15-2) et doit en faciliter l'accès et ne pas instituer des restrictions à l'objectif CDB de "conservation par la circulation de la ressource". Enfin, il doit assurer l'accès, par contrat éventuellement, mais tout en ayant pris

soin, pour octroyer cet accès (à un autre), de faire cet octroi en donnant un consentement préalable et en connaissance de cause. Sauf si l'État fournisseur renonce à cette formalité du consentement, celle-ci doit être respectée pour octroyer l'accès. La condition du consentement donné en connaissance de cause est plus délicate, du fait des problèmes potentiels de dissimulation d'informations (au cédant) par l'autre partie (l'accédante), d'incertitude de l'information, de la méconnaissance de l'avenir économiquement heureux ou malheureux de l'usage fait de la ressource.

La charge essentielle pesant sur l'État demandeur/prospecteur est de proposer une contrepartie à l'accès octroyé et de modifier des aspects de sa législation et de sa politique de prospection ou celle de ses ressortissants si celles-ci ne sont pas conformes à l'esprit du traitement de la biodiversité prôné par la CDB. Cette charge se décline en obligations. D'abord, il faut qu'une contrepartie immédiate de l'accès soit prévue au contrat d'accès à la ressource, dont la forme va du paiement de droits de prospection, au versement de droits conditionnels, à l'octroi d'aides scientifiques et techniques pour développer les capacités de recherche du fournisseur, à l'installation d'aires protégées financées en partie, etc. Ensuite, l'État demandeur doit réaliser l'obligation de transfert de technologie ou permettre l'accès à une technologie pour l'État fournisseur, obligation que les faits révèlent plus aléatoire ; il s'agira, par exemple, d'élaborer une politique nationale encourageant la coopération ou la recherche scientifique et technique susceptible de renforcer la capacité du pays fournisseur à conserver et valoriser sa diversité, ou de l'engagement du chercheur collecteur de poursuivre son programme de recherche dans le pays fournisseur avec participation des chercheurs locaux. Enfin, l'État prospecteur doit édicter des mesures pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la valorisation des avantages issus de l'utilisation commerciale des ressources génétiques en particulier (redevances sur des inventions brevetées et exploitées). Et, naturellement, l'État prospecteur doit faire respecter par ses ressortissants les nouveautés juridiques instituées avec la CDB.

C'est donc le procédé contractuel qui est proposé comme outil de formalisation des volontés de l'État fournisseur et de l'État prospecteur. Le contrat devient la réponse pour la conservation, l'enrichissement, le transfert de techniques (Noiville, 1997). C'est beaucoup. Si on cherche l'objet du contrat, celui-ci est un contrat de collecte, de transfert, ou d'exploitation de la ressource, ou les trois ensemble. C'est à ce type de contrat que s'apparentent les contrats de bio-prospection, contrats complexes pouvant englober des questions comme l'identification de la propriété génétique de la ressource dite criblage, l'extraction de leur

matériel génétique et la purification de leur matériel génétique (Noiville, 2004). Des clauses annexes aux contrats peuvent prévoir un objet plus large entre les parties.

La réalité de la pratique du contrat par des États apporte d'autres enseignements sur la future gestion, se voulant durable, de la biodiversité : peu de contrats de ce type sont passés mais les choses évoluent ; par ailleurs, les contrats pour l'accès sont plus nombreux que ceux prévoyant la répartition des avantages (véritable chantier juridique dont les États se sortent mal) ; enfin, les clauses réglementaires (interventionnisme de l'État, pré-rédaction, lignes directrices ou *guidelines*) reviennent dans un contrat que l'on croyait totalement libre : mention de l'administration compétente, conditions techniques de la collecte, sanction pour défaut d'autorisation ou détournement d'usage de l'autorisation, tendance à étendre la condition du consentement préalable à toute collecte d'organisme sauvage ou domestique, terrestre ou marin, collecte par une personne physique ou une institution, par un ressortissant ou un étranger, etc. On peut avancer que ces contrats affectant la biodiversité, qui se développent, font un mélange des genres : ils ne sont pas des contrats ordinaires mutuellement négociés et guidés par la main invisible du marché, mais conservent la marque de l'interventionnisme de l'État et tentent la jonction entre intérêt général/utilité publique et intérêts particuliers et du commerce. Ici, l'État fournisseur qui les signe ou contrôle la signature doit jouer un rôle d'ordre public de protection : protéger les partenaires faibles que sont les institutions de l'État fournisseur et les groupes d'utilisateurs impliqués autour de la ressource et reconnus⁹. Il doit jouer un rôle d'ordre public de direction, c'est-à-dire canaliser l'activité contractuelle vers l'utilité publique comprise comme développement national et protection de l'environnement. La gestion de sa propre biodiversité impose une nouvelle fonction complexe à l'État en développement, déjà dépassé par les fonctions usuelles à assumer, fonctions essentielles dont les bailleurs de fonds le dessaisissent variablement sur la base de l'argument qu'une meilleure administration d'une question ou d'une fonction peut être effectuée par le secteur privé, le fait que la fonction soit régalienne n'ayant alors plus d'importance pourvu qu'elle soit remplie et si besoin par des institutions privées.

Ainsi recontextualisé, le contrat, instrument fétiche du droit civil et solution phare de la pensée juridique anglo-saxonne, n'est pas d'usage si

10. Les groupes sociaux vivant de l'exploitation de telles ressources, les travailleurs, les individus ou groupes détenteurs de savoirs, souvent anciens, sur ces ressources et leurs utilisations, les groupes dotés de la personnalité juridique telles les communautés de base, autorités décentralisées

facile pour l'État en développement, ses institutions, ses légistes, ses administrateurs. La question des DPI sur la biodiversité, qui va de pair avec celle du contrat, l'est encore moins, dans un rapport États riches et PED défavorable aux seconds. Cette question des DPI sur la biodiversité est traitée dans le cadre de l'OMC.

2.1.2. Le traitement juridique de la biodiversité confronté au système multilatéral des échanges et du commerce organisé par l'OMC

Les États en développement doivent organiser un cadre juridique pour le traitement de la biodiversité en tenant compte de la manière dont la biodiversité, ou ses éléments, sont pris en compte dans le système multilatéral des échanges et du commerce relevant des règles de l'OMC. Précisément, les DPI sur la biodiversité relèvent des règles de l'OMC et ont vocation à alimenter le système multilatéral des échanges et du commerce en épineuses questions. Là encore, la marge de manœuvre laissée à l'État détenteur de ressources est contrainte. Expliquons pourquoi : l'entrée en vigueur des Accords de Marrakech (1994) et l'établissement de l'OMC le 1^{er} janvier 1995 ont amené des transformations institutionnelles et matérielles considérables sur le système commercial multilatéral (Maljean-Dubois, 2003)¹⁰. Il y a un droit du commerce international unissant 144 États membres de l'OMC, liés entre eux par cette organisation (accords et principes obligatoires, mécanisme de règlement des différends), l'OMC, à laquelle Madagascar est lié à depuis le 17 novembre 1995. S'il y a bien une compétence extensive de l'OMC (services, agriculture, propriété intellectuelle, investissement international) qui touche par ricochet la question de la biodiversité, elle ne s'étend pas, au sens strict, à l'environnement. Néanmoins, un lien entre les accords juridiques de l'OMC et l'environnement peut se faire de plusieurs manières.

D'abord, existe un lien de fait évident : le commerce international, *via* les activités qui en dépendent, a un effet sur l'environnement, et les politiques environnementales internationales ou nationales (politiques publiques) ont une incidence en retour sur ce commerce. On a ensuite un lien de droit direct lorsque le droit issu d'un accord multilatéral de

10. Globalement le droit de l'OMC se construit à partir des accords suivants : les accords sur le commerce des marchandises qui recourent l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947 à 1994) et les accords variés sur le commerce des marchandises, dont l'accord sur l'agriculture, l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, l'accord sur les obstacles techniques au commerce, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'accord général sur le commerce des services, l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (AADPIC, TRIPS en anglais).

commerce interfère avec un accord multilatéral environnemental (conflit de droit et de philosophie, problème de répartition des tâches, de prévalence d'un accord sur l'autre, d'une convention sur l'autre). Il y a parfois un lien de droit non clarifié quand une jurisprudence de l'OMC admettra qu'une dérogation aux règles soit faite lorsqu'une question environnementale est en jeu. Il y a un lien de droit indirect mais important quand les accords OMC, bien que non environnementaux, ont pour effet indirect et réel d'affecter la question environnementale et la question de la gestion de la biodiversité dans un État. Enfin, il y a un lien juridique d'opposition puis de composition entre instruments du droit international comme le montre l'exemple des relations entre la CDB et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (AADPIC). Ici l'AADPIC va vraisemblablement s'opposer au droit que des institutions publiques et politiques veulent créer en s'appuyant sur la CDB. L'AADPIC peut freiner ou bloquer les avancées d'une législation s'inspirant de la CDB. Il peut orienter le futur juridique sur la biodiversité dans un sens qui n'était pas celui voulu au départ.

Où se trouvent ces points d'opposition entre les principes juridiques de la CDB et ceux de l'AADPIC ?

Le principe de l'AADPIC est celui d'un renforcement de la protection juridique de la propriété intellectuelle dans les relations entre États. Les États ont obligation de le respecter et de modifier leur législation pour le faire respecter. Dans le champ de l'environnement et de la biodiversité, des questions de propriété intellectuelle se posent et c'est la section AADPIC relative au droit des brevets qui fait problème. Un brevet peut être obtenu par un inventeur ou découvreur pour toute invention de produit ou procédé (ici sur les ressources biologiques) dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive, et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. S'il y a exclusion de brevetabilité pour les procédés essentiellement biologiques (découverte), il y a brevetabilité des découvertes et inventions réalisées à partir de ces procédés. Un débat sur l'AADPIC appliqué aux ressources biologiques est né et ne s'est pas apaisé. Les pays les plus développés qui produisent le maximum de travaux brevetés considèrent le droit protecteur des brevets comme essentiel pour protéger leurs institutions et ressortissants publics et privés et valoriser au mieux leurs découvertes sur le marché national et international. Le lieu d'origine de la ressource biologique n'a pas d'importance¹¹, contrairement à ce que revendiquent les pays

11. Cette conception peut produire le résultat à l'extrême où il n'y pas de transfert possible ou pas d'accès au brevet, sinon une cession de licence à reconduire éternellement, et l'idée est ici un durcissement continu de la brevetabilité, sans partage et

fournisseurs. Ces derniers considèrent que le principe de brevetabilité sur une ressource biologique n'a pas lieu d'être. S'il persiste, il faut mentionner la ressource biologique originelle, l'État qui a fourni et prévoir une co-brevetabilité avec répartition de bénéfices, en tous cas créer de nouvelles règles *sui generis*¹² sur la question (question de la "spécification du brevet"). Leur crainte est que le brevet empêche le transfert de technologie vers le fournisseur d'origine de la matière, ou même vers un autre PED, puisque le brevet fait du transfert un transfert payant et discrétionnaire. Par ailleurs, nombre d'États trouvent dangereux le DPI sur la ressource biologique : il serait une menace pour la diversité biologique, s'il conduit par exemple à un droit qui favorise la monoculture de variétés végétales, ou s'il renforce le contrôle de la production semencière par un nombre limité de firmes et s'exerce contre la production traditionnelle (augmentation des prix de la nourriture, des médecines, droit d'obtention des variétés végétales, etc.). D'où des tentatives de régulation, telle celle du Programme des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), avec en 2001 le traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, ou le "privilège du fermier".

Concernant la concrétisation du développement durable dans le secteur de la gestion de la biodiversité, le débat sur les DPI comme appui à la diversité biologique ou comme contrainte à la diversité biologique n'est pas clos. Il vient d'être réactivé avec une vraie opposition lors des Réunions de Bangkok de février 2005¹³ entre les partisans d'une transformation de ces DPI (vision du Programme des Nations unies pour le développement) pour les adapter à la CDB et les partisans de la supériorité du DPI sur les aspects non obligatoires de la CDB.

Quant au fond, car c'est sur ce terrain que la confrontation CDB/AADPIC gagne à être envisagée par les administrations publiques et les parlements des pays concernés, l'État en développement fait face à deux instruments juridiques internationaux aux objectifs différents (De Sadeleer et Born, 2004).

La CDB poursuit la création d'un droit et des politiques publiques nationales qui vise(ront) le partage juste et équitable des avantages

sans rétrocession si ce n'est financière et à conditions dures. Un PED a toutes les chances d'être écarté car ne pouvant se payer l'accès au brevet. Cette conception peut produire un résultat modulé où on constate une avancée vers la protection de la brevetabilité mais où il n'y a pas d'accord sur les frontières de la brevetabilité.

12. Qui ont leur propre genre et n'entrent pas dans une typologie ou classification pré-admise.

13. Réunions de Bangkok de février 2005, 10^{ème} réunion de l'organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques et 3^{ème} réunion du groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des bénéfices.

découlant de l'utilisation des ressources biologiques, génétiques en particulier¹⁴. L'AADPIC poursuit l'objectif de réduction des distorsions ou entraves, en matière de commerce international, tout en promouvant une protection efficace des DPI (De Sandeleer et Born, 2004). L'objet du régime de protection institué par la CDB est la ressource biologique et il poursuit un intérêt public. Cet intérêt public va contribuer indirectement à la sauvegarde d'intérêts privés (on le souhaite) tel celui de ressortissants du pays fournisseur, l'apparition de droit d'usages, certains rétribués, etc. L'AADPIC vise, lui, directement comme destinataires des intérêts privés restreints. Les DPI sont des droits privés. Élargir la protection du brevet revient à garantir les droits d'un nombre d'acteurs limités, souvent privés (les firmes, les entrepreneurs privés), plus rarement les institutions publiques (pas ou peu de politique de valorisation économique proprement dite, néanmoins circulation mieux assurée de la découverte). Cela revient à exclure un nombre impressionnant d'autres acteurs. La CDB est un instrument du droit international du développement. Elle est souple, imprécise, en quête de nouvelles formules juridiques et de nouveaux acteurs juridiques ou "juridicisables" comme les populations locales regroupées ou non. Elle accepte de nouvelles méthodes comme l'usage coutumier des ressources biologiques à encourager et à protéger juridiquement. L'AADPIC est un instrument du droit international inscrit dans la logique de protection des droits économiques privés existants ou futurs. Il est très précis et obligatoire, mais il ne s'intéresse pas aux savoirs séculaires sur les ressources, ni aux catégories de populations, pour lesquels on ne voit pas encore comment les conditions de brevetabilité peuvent être assouplies pour les prendre en compte. Ce n'est pas seulement une question technique, mais une question d'approche : l'AADPIC ne sauvegarde que l'innovation technique, donc la nouveauté, et non la reproduction de savoirs anciens.

2.2. La nouvelle fonction de l'État en développement : la construction du chantier juridique ouvert par la CDB

Malgré l'engagement affirmé pour le développement durable, l'ébranlement ne viendra pas des conférences du cycle de Doha du 9-14 novembre 2001 et de leurs suites. Une des charges certaines pesant sur le Législateur, le pouvoir exécutif relayé par des administrations ministérielles, et le pouvoir judiciaire du PED caractérisé par une

11. Aspects juridiques de redistribution des bénéfices et aspects juridiques du transfert de technologie pour des États vers lesquels il n'est pas fait, qui n'y ont pas accès ou pour lesquels l'accès à la technologie est difficile ou contraint.

biodiversité particulière et attractive, va être de devoir réaliser à leur niveau cette composition obligée entre les deux instruments juridiques. La CDB ne peut pas régler la question du transfert de technologie, d'un État vers d'autres, sans utiliser les DPI. Elle ne peut aller contre les réglementations internationales en matière de brevets. La question des DPI doit donc être admise et retravaillée. Sa réorientation pourrait se faire vers, d'une part, le transfert des brevets et inventions à un niveau préférentiel et à des conditions acceptables pour ceux qui les réclament, et vers, d'autre part, la création de DPI adaptés tels ceux reconnus à des acteurs aujourd'hui exclus comme les populations détentrices de savoirs ou de méthodes.

Juridiquement les solutions inventives sont possibles, et les questions de définition d'une population détentrice d'un savoir ne sont pas insolubles. L'octroi de la personnalité morale juridique à un groupe ou un individu est une simple question d'attribution dont les lois peuvent se faire les instigatrices. Sans doute la question de la nature du savoir à protéger est-elle plus difficile ; ces savoirs sont hérités, provenant d'échange d'informations et de biens, il n'y pas de savoir originel, on puise toujours l'essentiel de ses connaissances dans le savoir des autres. Pour autant, des cas d'espèce sont simples, tel celui de la fréquentation assidue des guérisseurs et herboristes locaux par certaines firmes installées pour réaliser des recherches, sans problème majeur jusqu'à ce que découverte et brevetabilité soient réalisées. La difficulté de l'établissement de la preuve scientifique de la part apportée par le tiers à la réalisation de la recherche, le coût de l'établissement de cette preuve, trop élevé pour des populations défavorisées et non informées, ne doivent-ils pas conduire à penser par avance des mécanismes de partage à la source ? Quelques États d'Afrique se lancent dans une révision du statut juridique des "tradipraticiens", étape préliminaire possible au chantier des lois de partage des avantages et de redistribution des bénéfices dont, ni les cellules ministérielles spécialisées, ni les parlements nationaux, ni souvent les experts juristes étrangers n'arrivent à se sortir ; le chantier encore en cours à Madagascar sur cette question n'échappe pas à ce constat.

Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de cadre juridique clair sur ce point, ce qui gêne les États et les opérateurs économiques. Certains défendent la nécessité d'adjoindre un protocole à la CDB sur cette question des DPI et du partage juste et équitable des avantages découlant de l'accès et du travail sur une ressource biologique. Le fait que la CDB soit une convention-cadre a pu être un handicap que les diverses lignes directrices (*guidelines*) exprimées dans les enceintes internationales et les comités essaient de combler en fournissant des guides d'applications concrètes.

Outre les enceintes internationales, des solutions seront certainement portées par des États pionniers. Chaque État conserve une marge de manœuvre que d'ailleurs l'AADPIC lui reconnaît pour construire un système efficace de DPI *sui generis* véhiculé par une législation originale. Le principal frein ne paraît pas être la capacité de l'État en développement d'envisager cette législation originale. Par contre, la question du coût public d'une réforme de législation pour des avantages qui se feront attendre est une difficulté pouvant difficilement être surmontée.

Ainsi entourés, on voit des États détenteurs de ressources et des États prospecteurs faire une lecture étroite ou minimaliste de l'instrument CDB, déchu au rang des instruments trop commentés pour de petits effets contractuels, ou classé parmi les combats à risques puisqu'il pourrait exposer un État à un différend porté devant l'OMC, ou renvoyé aux actions non urgentes puisque son coût en terme d'efforts juridiques est fort, eu égard à une valorisation qui n'est pas immédiate¹⁵.

Par opposition, d'autres États détenteurs de ressources pourraient faire une lecture maximaliste de l'instrument CDB, poussés par le sentiment d'une urgence ou par l'aiguillon d'une volonté politique fermement environnementaliste. On pense aux raffermissements de la politique environnementale malgache depuis la mise en place du Programme environnemental 3 en 2005 (PEIII), dont des illustrations peuvent être données ici : l'exemple des directives envoyées aux agents de contrôle officiant à l'intérieur des aires protégées de procéder à des appréhensions directes des délinquants, l'évolution du *quantum* et de la nature des peines pour les infractions graduelles commises contre les ressources naturelles dans les espaces protégés, le renforcement de l'octroi d'autorisations de recherches naturalistes ou humaines, la suppression de la délivrance de permis de coupes ; ou même sur un autre plan, la multiplication des agences d'exécution chargées de missions relatives à l'environnement, le projet de codification d'un droit de l'environnement malgache, et plus globalement la juridicisation *via* le secteur privé ou public des activités liées aux ressources naturelles ou ayant un impact sur elles, tel le décret MECIE (Mise en compatibilité des investissements avec l'environnement) du 15 décembre 1999.

La CDB entraîne les États qui feraient le choix d'une lecture maximaliste de la convention vers une modification de législation, une

15. Un aléa pèse sur la valorisation du brevet déposé par l'État prospecteur. Ce dernier réussira-t-il à faire fortune avec son brevet, à quelle échéance ? Autant d'incertitudes qui confortent le fournisseur acculé à céder l'accès pour un prix comptant et immédiatement exigible.

inflexion des régimes de droit existants, ou une création d'un droit *ex nihilo*. Les questions juridiques à traiter concernent alors :

- L'accès à la ressource et les types de propriété existants : faut-il réformer le domaine public de l'État, propriétaire des ressources naturelles ? Ou dégrader ce domaine public environnemental pour le classer domaine privé de l'État plus aisément transférable à des privés par des concessions ou à des personnes publiques ? Faut-il revoir le régime de la propriété privée ? Quels nouveaux droits de propriété collectifs, pas forcément anciens ou archaïques, et reconnus comme acceptables et inventifs dans un cadre de mondialisation juridique faut-il inventer ? On renvoie à la société civile non reconnue et à la place de son droit de l'informel, vivant mais non officialisé, devant le droit public moderne (Galletti, 2004).

- L'encadrement, par la loi ou les règlements nationaux, des contrats visant la biodiversité ; contrats non ordinaires, avec une meilleure perception des enjeux publics et d'intérêt général dans des contrats où le partenaire de l'État cédant est en général une partie privée puissante. Le partenariat public avec l'État cédant est envisageable dans le cadre de partenariat de recherche (établissements public de recherche) mais peu vraisemblable dans le cadre de communautés locales territoriales ou de communes décentralisées ne disposant que d'une très faible capacité d'investissements et de compétences monnayables à l'heure actuelle.

- La reconnaissance du droit de conclure le contrat : quels titulaires publics et privés de ce droit de conclure le contrat ? Quel statut juridique et droits reconnus/protégés du guérisseur ou des "tradipraticiens" sur leurs savoir-faire appliqués aux ressources par exemple ?

- La question de la décentralisation devant être mieux comprise. Dans son premier volet, le volet territorial, la décentralisation politique ou administrative est le transfert de compétences et de financement à des autorités décentralisées ; or, sans qu'il s'agisse de décentralisation, on a d'abord eu à Madagascar le procédé dit de simple "transfert de gestion" attribuant des compétences aux communautés sur les ressources naturelles ; au delà de la reconnaissance juridique des communautés par octroi de statut juridique et capacité de contracter qu'organisent les lois malgaches de transfert de gestion (loi n° 96 025 de 1996 dite Loi GELOSE gestion locale sécurisée ou loi de gestion contractualisée des forêts commentée par Bertrand *et al.*, 2006, il faudra approfondir ces expériences situées au contact avec la biodiversité, dans des contextes de survie économique et de tensions latentes, et ce dans le cadre de la décentralisation en marche. Dans son second volet, le volet technique, la décentralisation est un transfert de fonctions à des établissements publics censés mieux gérer les ressources naturelles à un niveau localisé.

D'aucuns y verront une forme du principe de subsidiarité. Se pose la question des démembrements techniques de l'État, de leur maintien sur le territoire, et du soutien à leur fournir, lorsque l'État paraît sommé de reculer par des pouvoirs privés parfois issus des institutions d'aide publique ou privée au développement ou encouragés par elles.

- Le coût d'une législation réformée ou créée. Il faut alors en prévoir les modalités de contrôle (police administrative, officiers de contrôle, capacité de connaissance de l'infraction et de sanction), la pérennisation technique, logistique, financière, et l'admissibilité du point de vue des usagers et administrés dont elle a vocation à encadrer ou simplement réguler les activités.

Conclusion

Les contraintes considérables pesant sur les administrations des PED, peu imaginables en Europe, n'ont pas totalement dissuadé le volontarisme juridique pour la gestion de la biodiversité. Les difficultés de l'objet (les formes de biodiversité), de la matière (le raisonnement juridique, les instruments du droit mal connus et non vulgarisés), et l'effet d'annonce pour lancer le secteur éco-touristique (Andrianambinina et Froger, 2006) font que les États élaborent des stratégies de conservation de la biodiversité transversalement plutôt que d'user de Législation¹⁶. Sont mêlés créations institutionnelles¹⁷, programmations, forum d'échanges, éléments de politiques publiques variées, projets financés, et réformes de droit au coup par coup, simple outil, parmi d'autres, dans un désordre important.

17. Cf. Éléments de législations mobilisables, diversement présents selon les secteurs, à Madagascar. Existents notamment depuis 1984 sur les droits de propriété intellectuelle de nombreux textes, y compris sur la propriété industrielle. D'autres domaines comme celui de la législation semencière, forestières en particulier, ou la prévention des risques biotechnologiques relatif à la CDB, le commerce de certains produits chimiques et pesticides dangereux ou la protection des végétaux, etc., sont développés.

18. De nombreux organismes rattachés à des ministères différents comme ceux de la Recherche, de l'Environnement, de l'Agriculture de l'Élevage et des Pêches, ou de l'Industrie, sont créés pour doubler les services ministériels ou les seconder ou se voient attribuer de nouvelles fonctions pour faire face aux enjeux juridiques de la biodiversité : pour mémoire et non exhaustif : Office malgache de la propriété industrielle (OMPI), Conseil supérieur de la protection de la nature (CSPN), Conseils national et régional des semences (CONASEM/CORESEM), Comité d'orientation de la recherche environnementale (CORE), Commission interministérielle de la pêche et de l'aquaculture, Centre national appliqué à la recherche pharmaceutique (CNARP), Centre national de recherche appliquée au développement rural (CENRADERU/FOFIFA), etc.

D'autres raisons expliquent que le droit n'ait pas été prioritaire, excepté dans ses aspects répressifs supposés dissuasifs des atteintes à la faune et à la flore :

- en Afrique, les parts du droit liées à la biodiversité ont d'abord été repoussées comme trop complexes, coûteuses, un "droit de riches" destiné à régler depuis l'extérieur et pour une minorité, des questions d'investisseurs. Inversement, naissait en Amérique latine un mouvement de défense des peuples et travailleurs de la biodiversité ;

- le droit se fait craindre par sa capacité, réelle ou supposée, d'inverser des rapports de force ou de pouvoirs sur la biodiversité et par là sur l'accès aux ressources, rapports que l'économie, habituellement, confirme ;

- le fond du droit sur la biodiversité est-il trop en avance ? S'il a vocation à positionner la biodiversité animale et végétale non plus comme objet d'analyse (définition de régimes juridiques, classification des ressources selon des critères naturels, spatiaux, théoriques) mais comme objet de droit, voire sujet de droit (les composantes de la biodiversité devenant titulaires de droits), les droits occidentaux ne franchissent pas ce pas, au contraire de certains droits orientaux. La biodiversité n'est appréhendée que par le truchement de l'individu (concessionnaire, gestionnaire, exploitant, délinquant) ou d'institutions (fondations, États, établissements publics, communes) agissant sur la ressource naturelle, selon des modes d'accès et d'exploitation déterminés à l'échelon national et international, et qui s'opposent des droits, plus rarement des devoirs. On voit que chaque acteur avance alors son droit à accéder, exploiter, etc. omettant son devoir de conserver, partager etc.

- Les thématiques de la biodiversité sont moins l'intérêt général, le service public environnemental, la responsabilité, que la valorisation économique de la biodiversité et l'attribution de celle-ci. Seul, le partage des avantages ou la redistribution des bénéfices paraissent transversaux aux quatre à condition de n'être pas traités sous le seul angle de l'économie.

Bibliographie

ANDRIANAMBININA D., FROGER G., 2006, L'écotourisme facteur de valorisation économique dans un contexte de mondialisation ? Le cas de Madagascar, in FROGER G. (dir.), *La mondialisation contre le développement durable ?*, PIE, Bruxelles, pp. 281-310.

BERTRAND A., MONTAGNE P., KARSENTY A., 2006, *L'État et la gestion durable des forêts en Afrique francophone et à Madagascar*,

L'harmattan-Cirad, Paris.

BOCKEL A., 1979, *Le droit administratif*, Nouvelles éditions africaines, Coll. du CREDILA, Manuels et traités, n°2, Paris et Dakar.

CADOUX C., 1987, *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des institutions politiques*, 3^e éd, Cujas, Paris.

DE SADELEER N., BORN CH-H., 2004, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Dalloz, coll. Études, Paris.

GALLETTI F., 2002, Le Droit de l'environnement, un ensemble de normes juridiques pour le Développement durable ?, in FÉVRIER J.M. (dir.), *Le Développement durable, Tome II, Emergence d'une norme juridique*, Némésis n°4, CERTAP, PUP, Perpignan, pp. 239-275.

GALLETTI F., 2004, *Les transformations du droit public africain francophone. Entre étatisme et libéralisation*, Bruylant, Bruxelles.

GALLETTI F., 2006, Quelle(s) gouvernance(s) pour le développement durable face à la mondialisation. Le cas de Madagascar, in FROGER G. (dir.), *La mondialisation contre le développement durable ?*, PIE, Bruxelles, pp. 218-233.

MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), 2003, *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Travaux du CERIC, Bed. Bruylant, Bruxelles.

NOIVILLE C., 1997, *Ressources génétiques et droit. Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Pédone, Paris.

RIVERO J., WALINE J., 1996, *Droit administratif*, Dalloz, Paris.

Galletti Florence

La gestion juridique de la biodiversité dans un pays en développement

In : Chaboud Christian (dir.), Froger Géraldine (dir.), Méral Philippe (dir.), Deberre J.C. (préf.). Madagascar face aux enjeux du développement durable : des politiques environnementales à l'action collective locale

Paris : Karthala, 2007, p. 81-105. (Economie et Développement). ISBN 978-2-84586-908-0