

# LA CRITIQUE AUTOCHCHTONE DE L'APPROPRIATION CULTURELLE COMME DÉFI À LA CONCEPTION OCCIDENTALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :

## LE CAS DE L'APPROPRIATION ARTISTIQUE

par

Jean-François Gaudreault-DesBiens [\[\\*\]](#)

### Introduction

1. Du délit d'appropriation ou la mise en accusation de l'appropriation culturelle
2. Une dynamique normative internationale favorable
3. Le droit occidental de la propriété intellectuelle et ses limites

### Conclusion

#### Introduction

Sans doute plus que pour tout autre domaine du droit, le destin du droit de la propriété intellectuelle a été tributaire des (r)évolutions technologiques survenues au fil des siècles. S'étant véritablement développé dans la foulée de l'invention de l'imprimerie [\[1\]](#), laquelle, ayant rendu possible la reproduction mécanique d'un ouvrage, problématisait du même coup le concept d'"originalité", le droit de la propriété intellectuelle continue de voir certains de ses fondements remis en question à l'ère des technosciences. D'où l'intérêt croissant des juristes pour l'étude des impacts potentiels sur le droit positif des technologies et autres phénomènes liés à l'émergence du cyberspace [\[2\]](#).

Toutefois, si ces technologies et phénomènes contribuent indubitablement à l'ébranlement, pour ne pas dire à l'implosion, de certains des postulats du droit moderne de la propriété intellectuelle, force est cependant de constater que leur étude tourne essentiellement autour de la question suivante: "la toile normative que tisse ce droit permet-elle d'appréhender adéquatement la nouvelle donne techno scientifique?" Bref, on se demande si notre droit de la propriété intellectuelle n'est pas un peu "dépassé" par les récentes évolutions technologiques et ce, autant dans ses postulats que dans ses applications concrètes. La question fondamentale, dans cette optique, en est donc avant tout une d'adaptation du droit à la réalité et, partant, d'effectivité de ce droit. Les questionnements qui en découlent peuvent certes être qualifiés de "radicaux" au sens étymologique du terme, en ce qu'ils impliquent une réflexion sur les fondements de ce domaine du droit, mais leur radicalisme se trouve atténué d'entrée de jeu du fait que la réflexion demeure essentiellement *interne* au droit lui-même. Comme tel, on ne remet pas en question les grands axiomes intellectuels de ce domaine du droit, si ce n'est pour les adapter ou en substituer d'autres dans un but de réforme du droit. Or, toute réforme sous-tend une acceptation préalable de ses potentialités limitées. En ce sens, elle présuppose une adhésion, critique peut-être, mais néanmoins continue au système que l'on souhaite réformer. Autrement dit, contrairement à une révolution [\[3\]](#), une réforme est nécessairement contrainte par les paramètres philosophiques inhérents à ce système.

Si, comme il nous semble, les défis qui confrontent le droit de la propriété intellectuelle dans la foulée de l'émergence des cybertechnologies risquent de ne mener qu'à des réformes [\[4\]](#) découlant essentiellement d'une prise de conscience, au sein même de la communauté des juristes, des lacunes de ce droit dans l'optique d'une saisie plus adéquate de la nouvelle donne techno-scientifique, il en va tout autrement du défi identitariste que lui lancent certains groupes culturels. À mille lieux de l'hyper modernité caractérisant les phénomènes cyberspatiaux, ce défi, tel un cri

provenant du fond des âges, prend en fait la forme d'une critique radicale non seulement de l'inadéquation du droit moderne de la propriété intellectuelle face à certaines revendications de ces groupes culturels, mais aussi de son insensibilité et, surtout, de son illégitimité. Cette critique s'en prend tout particulièrement à l'impuissance de ce droit à contrer les pratiques d'"appropriation culturelle" dont ces groupes s'estiment victimes, ainsi qu'à son inhospitalité intrinsèque aux revendications socio-juridiques qu'ils font valoir à l'encontre de ces pratiques.

Mais qu'entend-on au juste par "appropriation culturelle"? Pour l'essentiel, cette expression générique désigne l'emprunt non autorisé qu'effectue un membre d'une culture donnée, le plus souvent dominante, de modes d'expression, de styles littéraires ou visuels, d'une symbolique, d'une thématique ou d'un savoir-faire quelconque, qui sont généralement associés à une culture autre que la sienne, le plus souvent dominée [5]. Pareille appropriation, soulignent ses détracteurs, s'inscrit généralement dans un contexte global d'exploitation socio-économique et de *ghettoisation* des membres de cette culture. Plus encore, continuent-ils, les ersatz qui résultent la plupart du temps de ces actes d'appropriation contribuent, à travers stéréotypes et clichés, à fausser l'image de ces cultures dominées, ce qui, en bout de ligne, est censé les empêcher de s'auto-définir ou de se faire entendre au sein de la société globale.

Au Canada, les revendications concernant ces pratiques d'appropriation culturelle émanent surtout des milieux artistiques autochtones [6]. Elles ont essentiellement deux volets, qui procèdent d'une même logique de contrôle de l'expression. D'une part, on souhaite que les organismes publics subventionnant les disciplines artistiques interdisent expressément à leurs boursiers de recourir à de telles pratiques et fassent du respect de cette prohibition une condition essentielle au versement de toute bourse. Ceci soulève directement la question de l'imposition de restrictions à la liberté d'expression des boursiers [7]. D'autre part, en parallèle à une critique radicale du droit moderne de la propriété intellectuelle, on évoque l'hypothèse de l'instauration d'un régime juridique particulier qui permettrait aux collectivités autochtones de se voir reconnaître des droits, dont la nature reste à déterminer, sur ces biens "intangibles" que sont les modes d'expression, le savoir-faire, les styles visuels ou littéraires, la symbolique ou la thématique traditionnellement associés à leurs cultures. C'est principalement de ce volet de la critique autochtone de l'appropriation culturelle dont nous allons discuter dans cet article. Pour ce faire, nous identifierons d'abord les griefs formulés contre les pratiques d'appropriation culturelle et circonscribons ainsi la nature du "délict d'appropriation" (partie 1). Nous analyserons ensuite la logique identitariste qui sous-tend cette critique et évaluerons les assises qu'elle peut trouver dans la dynamique normative internationale contemporaine (partie 2). Nous mesurerons enfin l'écart qui existe entre les revendications autochtones concernant les pratiques d'appropriation culturelle et la capacité d'ouverture toute relative du droit moderne de la propriété intellectuelle face à ces revendications. Ceci nous poussera à évoquer quelques pistes de solution qui ont été envisagées çà et là afin de satisfaire minimalement ces revendications au plan juridique sans cependant faire indûment violence au régime déjà en place dans le champ de la propriété intellectuelle (partie 3).

Un mot, enfin, sur la nature du regard que nous porterons sur la critique autochtone de l'appropriation culturelle et le défi qu'elle pose à la conception occidentale de la propriété intellectuelle. À cet égard, cette critique s'en prend avant tout à la légitimité de cette conception, à son applicabilité à un système de valeurs "autre", donc parce qu'elle fait intervenir des considérations qui débordent largement du droit positif, il convient d'adopter dans cet article une approche qui aille au-delà de l'exégèse positiviste traditionnelle. Aussi y privilégierons-nous une approche sociojuridique qui nous incitera certes à aborder notre problématique *en droit* (point de vue interne) mais surtout à jeter un regard *sur* celui-ci (point de vue externe). Dans cette optique, ce texte se veut avant tout une introduction générale à un débat qui interpelle de manière radicale les juristes intéressés au droit de la propriété intellectuelle. Il est d'ailleurs fort à parier que cette interpellation, tant par son contenu que par sa forme, en étonnera plusieurs.

## 1. Du délit d'appropriation ou la mise en accusation de l'appropriation culturelle

Une question se pose d'emblée: pourquoi des artistes autochtones s'en prennent-ils si vivement à des pratiques d'appropriation culturelle qui, pour la plupart, ne visent que des idées ou des symboles qui relèvent de l'intangible? Comme nous le verrons ci-après, ils le font d'abord en raison du contexte historique dans lequel l'acte même d'appropriation de leurs cultures a émergé. Ils remarquent ensuite que, malgré la sensibilisation accrue des non-autochtones à la cause autochtone, les pratiques d'appropriation culturelle ont toujours cours dans les sociétés occidentales contemporaines, même si elles se matérialisent sous des formes plus subtiles que jadis. Enfin, ils estiment que ces pratiques entraînent des conséquences préjudiciables pour la survie et surtout l'intégrité des cultures autochtones, qui sont déjà extrêmement vulnérables.

Rappelons-le, la définition donnée ci haut à l'expression "appropriation culturelle" fait référence à un contexte d'exploitation. Mais à quelle exploitation les critiques de l'appropriation culturelle songent-ils donc? Référant avant tout à un contexte *historique* d'exploitation, ils établissent un lien de filiation entre les pratiques contemporaines d'appropriation culturelle et d'autres formes d'appropriation ayant eu lieu dans le passé. Ce lien de filiation, ils sont en mesure de l'établir en conceptualisant l'appropriation culturelle comme procédant d'une logique impérialiste qui trouve sa source dans la soi-disant universalité de la pensée occidentale. De fait, dès lors que l'on présume l'universalité de cette pensée, il peut paraître légitime de tenter de l'imposer à des cultures dont les systèmes de valeur se situent pourtant souvent aux antipodes. Ce sont d'ailleurs ces deux idées de domination et d'éloignement qui caractérisent le concept d'impérialisme, qu'Edward Saïd définit comme étant "(...) the practice, the theory, and the attitudes of a dominating metropolitan center ruling a distant territory" [8]. Dans une relation marquée par l'impérialisme, en effet, l'un domine l'"autre". Faisant fi des valeurs ou des choix de ce dernier, il n'hésite pas à lui imposer ses normes, quelle qu'en soit la nature. Voilà précisément ce qui est arrivé aux cultures autochtones à partir du contact avec les Européens: leurs valeurs, leur ordre juridique, bref toute leur cosmogonie, se sont vu dévalorisés au profit de leurs concurrents européens. D'une certaine façon, ces cultures ont vécu un processus de "périphérisation" sur le territoire même où elles s'étaient auparavant épanouies. Cette expérience, dont il n'est pas besoin de décrire l'empreinte qu'elle a laissée sur le rapport que les autochtones entretiennent aujourd'hui avec la société majoritaire, s'est inscrite dans leur mémoire collective. On ne peut donc, dans ce sillage, ignorer le rôle que joue la référence au passé dans l'interprétation que font plusieurs artistes autochtones des pratiques contemporaines d'appropriation culturelle.

C'est par exemple à travers ce prisme qu'avant même d'examiner l'adéquation du droit occidental de la propriété intellectuelle au regard de leurs revendications concernant l'appropriation culturelle, ils peuvent aisément constater à quel point la philosophie qui inspire ce droit est étrangère à leurs schèmes normatifs traditionnels. Or, la délégitimation de ces schèmes et leur occultation subséquente dans la foulée de l'imposition / superposition d'un système normatif radicalement différent du leur ne représentent selon eux qu'une des conséquences inévitables de l'idéologie impérialiste occidentale. De sorte que quelles que soient ses qualités intrinsèques, le droit occidental de la propriété intellectuelle se voit d'emblée réduit au rang d'outil impérialiste perpérateur de "violence symbolique" envers les cultures autochtones [9]. Ainsi "assigné à ses origines" [10], il voit sa légitimité radicalement mise en question.

Si la référence à l'impérialisme revient constamment dans le discours des détracteurs autochtones de l'appropriation culturelle, ce n'est cependant que pour servir de canevas à une critique plus étoffée. Car la lecture qu'ils font des phénomènes contemporains d'appropriation culturelle est surtout informée par un constat des effets dévastateurs et bien concrets du fils légitime de l'idéologie impérialiste, à savoir le colonialisme. Pour ses contempteurs, en effet, l'appropriation culturelle est d'abord liée, et de façon inextricable, au colonialisme, dont elle constitue une facette, au même titre que l'appropriation foncière <sup>1</sup>[1]. Précédée de l'exploitation économique proprement

dite [12], l'appropriation culturelle transpose la mécanique de cette exploitation au plan culturel, en traitant la culture autochtone comme une ressource brute qui ne mérite que d'être transformée en "art". L'"œuvre" qui en résultera ne sera qu'un minable ersatz aux yeux de ses critiques autochtones, le thème ou le symbole approprié ayant été radicalement altéré par la vision ethnocentrique de l'auteur de l'appropriation [13].

Mais, objectera-t-on, les récentes évolutions, généralement positives, de la condition sociopolitique des peuples autochtones ne signalent-elles pas que l'époque du colonialisme est finie? Partant, pourquoi ne pas traiter l'appropriation d'éléments des cultures autochtones au même titre que l'appropriation de n'importe quel autre élément provenant de n'importe quelle autre culture? La raison en est, répliquent les détracteurs autochtones de l'appropriation culturelle, que cette pratique, sous ses formes contemporaines, n'est pas moins liée qu'auparavant au colonialisme et n'est pas moins dommageable que l'était jadis l'appropriation foncière. Pour eux, la perpétuation de cette pratique dans nos sociétés contemporaines serait rendue possible par un processus psychologique qui entraînerait une obstruction de la mémoire historique au sein de la société majoritaire [14]. L'appropriation culturelle étant abstraite du contexte colonialiste ayant favorisé son émergence, il deviendrait dès lors facile de n'y voir qu'une appropriation parmi tant d'autres, par exemple de la considérer de même nature que celle à laquelle procédait Andy Warhol lorsqu'il utilisait dans ses toiles l'image de marque des boîtes de soupe Campbell's. La distanciation plus ou moins consciente de l'épiphénomène "appropriation culturelle" du phénomène "colonialisme" assurerait ainsi ultimement sa banalisation. En quelque sorte, cette thèse évoque l'idée d'un aveuglement collectif de la société majoritaire, qui ferait obstacle à la reconnaissance de la dialectique dépossession / prise de possession inhérente à toute entreprise coloniale. À cet égard, poursuivent les opposants de l'appropriation culturelle, autant cette forme subtile d'appropriation que celles, moins subtiles, qui ont eu cours dans le passé, impliquent une dépossession. L'appropriation culturelle, allèguent-ils, contribue à les déposséder de leur identité, laquelle, une fois appropriée, échappe à leur contrôle pour tomber sous la coupe du groupe ethnique dominant. En ce sens, la critique de l'appropriation culturelle se présente comme celle d'un colonialisme dont les modalités ou les manifestations ont peut-être changées, mais qui perdure néanmoins à travers un système d'oppression historique et systémique [15]. Or, puisque le colonialisme s'est avéré préjudiciable pour les cultures autochtones, il s'ensuit que toute pratique contribuant à sa perpétuation ne peu, elle aussi, que leur être préjudiciable. Mais encore faut-il voir les formes concrètes que prend aujourd'hui ce préjudice.

Pour ce critiques, les pratiques d'appropriation culturelle ont pour effet de perpétuer des stéréotypes des cultures ainsi appropriées. Ces stéréotypes, exerçant d'une certaine manière une fonction normative, agissent alors comme éléments d'un mécanisme de contrôle social permettant de refuser aux groupes stéréotypés l'accès au pouvoir politique ou économique <sup>1</sup>[6]: au pire, ils renforcent les perceptions négatives au sein de la société à l'endroit des groupes ainsi stéréotypés; au mieux, ils cristallisent une image exotique de ces groupes [17]. Du reste, ce problème se pose avec d'autant plus d'acuité en raison de l'efficacité et du succès de ces stéréotypes [18]. En somme, opérant à la manière d'un détournement d'image, le stéréotype disloque la réalité autochtone de façon à la restructurer en fonction de la perception qu'en a la société non autochtone et à conforter cette perception, d'où son effet réifiant.

Au-delà de ce préjudice collectif, les critiques de l'appropriation culturelle soutiennent que cette pratique cause également un préjudice aux membres individuels du groupe visé. Être exposé à une image stéréotypée de son groupe d'appartenance engendrerait selon eux douleur et angoisse [19]. Pareille exposition emporterait au surplus des effets particulièrement pervers au regard de l'objectif de survie du groupe. D'une part, ses membres seraient susceptibles de croire ces stéréotypes et de les utiliser pour forger leur perception d'eux-mêmes [20]. D'autre part, la vision d'images stéréotypées de leur groupe d'appartenance pourrait les inciter à douter de l'opportunité de maintenir cette appartenance, voire à la rejeter carrément <sup>2</sup>[1]. Bref, les représentations

stéréotypées propagées par les pratiques appropriationnistes nuiraient à la définition de leur identité personnelle et collective [22].

Cela dit, les détracteurs de l'appropriation culturelle ajoutent à leur liste des préjudices causés par cette pratique le préjudice économique. Ils soutiennent en effet que les emprunts que font les artistes non autochtones aux cultures autochtones auraient pour conséquence de restreindre les possibilités des véritables artistes autochtones de s'imposer sur le marché de l'art et d'en tirer profit. De sorte qu'à une revendication visant en premier lieu une redistribution du capital culturel s'en adjoint une autre, celle-là visant une répartition différente du capital économique. Or, quel pan du droit réunit mieux les impératifs culturels et économiques que le droit de la propriété intellectuelle?

Après cet examen des circonstances entourant la perpétration du délit d'appropriation culturelle et des préjudices que'il causerait, voyons brièvement quels visages il prend. Une analyse du discours des détracteurs de l'appropriation culturelle révèle à cet égard qu'il s'incarne sous cinq formes différentes: les délits représentationnel, herméneutique, moral et politique ainsi que le délit juridico-économique de propriété [23].

Le délit *représentationnel* pose pour l'essentiel la question du rapport entre la quiddité identitaire et la réalité que l'on cherche à représenter, la prémisse étant que "[t]oute représentation exogène, faite de l'extérieur d'une culture donnée, est déclarée être nécessairement problématique par rapport à l'être et au vécu de cette culture." [24] Pour éviter la condamnation, la représentation doit non seulement être "vraie" d'un point de vue ontologique, mais également authentique, c'est-à-dire faite par un membre du groupe représenté. Le délit *herméneutique*, quant à lui, serait consommé lorsqu'un non-autochtone prétend interpréter les cultures autochtones, le postulat étant que la capacité d'interprétation d'une culture est fonction de l'appartenance à cette culture et, partant, d'un rapport de proximité, voire d'intimité, avec l'expérience collective de cette culture.

Pour sa part, le délit *moral* soulève la question de l'intégrité et de la responsabilité de la personne qui fait acte de représentation ou d'interprétation. Cette responsabilité lui impose, par exemple, d'éviter les stéréotypes et les clichés dans la représentation qu'elle fait d'une culture autre que la sienne. Or, avons-nous dit précédemment, l'effet ultime de l'accumulation des stéréotypes est d'empêcher une culture dominée de s'autodéterminer. Cette problématique prend une acuité toute particulière compte tenu de ce que Moser qualifie de délit *politique*, c'est-à-dire la concentration entre les mains de non-autochtones des moyens de production et de diffusion culturels et le déni corollaire aux autochtones d'un accès égal à ces moyens de production et de diffusion. C'est principalement afin d'empêcher la perpétuation de cette exclusion systémique que des artistes autochtones ont pu proposer que l'octroi des subventions du Conseil des arts du Canada devienne conditionnel à l'obtention d'un engagement préalable de la part des artistes non autochtones subventionnés de ne pas s'approprier d'éléments traditionnellement associés aux cultures autochtones. Juridicisée, cette proposition aurait emporté l'imposition de restrictions à la liberté d'expression des artistes subventionnés, allant ainsi au-delà de son inspiration politique initiale pour devenir juridique, et plus spécifiquement constitutionnelle. Qui plus est, la revendication générale d'un accès élargi aux moyens de production et de diffusion culturelles s'avérait, elle aussi, porteuse d'une interrogation juridique, en ce qu'elle soulevait des questions ayant trait à l'articulation du rapport entre droit à l'égalité et liberté d'expression ainsi qu'à une éventuelle reformulation "positive" de cette liberté [25].

Enfin, situé au cœur de la problématique d'appropriation culturelle, le délit *juridico-économique de propriété* se concrétise par l'usage non autorisé que fait un non-autochtone de biens intangibles dont les groupes autochtones réclament la propriété. C'est à ce stade que se cristallise vraiment la relation trouble entre la critique de l'appropriation culturelle et le droit occidental de la propriété intellectuelle.

## 2. Une dynamique normative internationale favorable

Si les griefs des détracteurs autochtones de l'appropriation culturelle sont légion, tous n'en sont pas moins fondés sur une même logique identitariste, qui inspire à son tour leur nationalisme culturel. Ce nationalisme, qui vise non seulement à protéger mais aussi à promouvoir le caractère distinct de l'identité autochtone, nourrit la possessivité des autochtones au regard des éléments fondamentaux de leur identité, comme leur culture [26]. Cette possessivité s'exprime de la même façon que celle que manifeste un individu au regard d'un bien qu'il considère sien, à la différence que ce sentiment se répand dans le groupe dans son entier plutôt que de rester confiné à la sphère individuelle. Cette extension à la collectivité de la logique de l'individualisme possessif, qui est considérée comme l'une des caractéristiques typiques de la conception de la personne humaine dans la culture moderne [27], nous éclaire quant à la réponse à donner à la question suivante: pourquoi les dépossédés de l'identité font-ils de la reprise du contrôle de leur culture la pierre d'assise de leur nationalisme? C'est qu'en contrôlant leur culture, ils estiment être en mesure de contrôler leur identité et d'assurer son épanouissement [28]. Ce qui soulève la problématique des frontières culturelles et, corollairement, celle de l'accès à ce qui se trouve à l'intérieur de ces frontières.

De fait, suivant la logique des nationalistes culturels, qu'ils soient autochtones ou non, une culture particulière, dont les frontières sont relativement bien circonscrites, se voit associée à un peuple particulier, dont elle constitue un élément essentiel de l'identité. On ne s'étonne pas, dans ce contexte, que l'affirmation d'un lien inextricable entre survivance identitaire et contrôle de sa propre culture [29] ait entraîné le développement d'un contentieux ayant trait à la restitution des biens culturels *corporels ou tangibles* lorsque ceux-ci se trouvent dans un État autre que celui d'où ils proviennent ou lorsqu'ils sont en possession d'une institution sur laquelle ceux qui exigent la restitution n'exercent aucun contrôle. L'exemple classique d'un tel contentieux est celui fourni par les marbres de l'Acropole, que Lord Elgin avait "saisis" au profit du British Museum. Évidemment, la question de la restitution de ces biens remet en cause la moralité des pratiques culturelles adoptées par plusieurs États occidentaux lors de la période coloniale. Qu'elles soient juridicisées ou non, les revendications que formulent les groupes autochtones du Canada et d'ailleurs quant au rapatriement de biens culturels qui leur appartiennent et que possèdent des musées "non autochtones" procèdent de la même inspiration [30].

Cela dit, la consécration juridique du nationalisme culturel, notamment en ce qu'elle suppose la reconnaissance d'un intérêt particulier, voire d'un droit de propriété, que détiendrait sur un bien culturel approprié ou susceptible d'appropriation la collectivité qui en serait l'"auteure" présumée, ne va pas de soi dans un environnement juridique international qui s'est d'abord montré soucieux de transcender les différences culturelles. Car si le sort réservé aux biens culturels peut certes être envisagé sous l'angle d'une logique nationaliste et relativiste, il peut aussi l'être sous l'angle d'une logique universaliste et humaniste [31]. Or, force est de souligner que c'est précisément cet esprit, et non l'esprit particulariste qui anime le nationalisme culturel, qui inspirait la saisie juridique internationale des phénomènes identitaires aux lendemains de la deuxième guerre mondiale. Ainsi un instrument aussi fondamental que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* [32], qui se fonde sur le constat que "(...) le seul fait d'être homme confère certains droits universels" [33], s'érige-t-il en apparence contre les manifestations de ce nationalisme. Ce constat trahit en effet "(...) une conception de l'homme en dehors de toute détermination culturelle spécifique (...) [u]n homme *a-culturé* en somme" [34], quoique construit en fonction de valeurs occidentales, ajoutent certains [35]. Sous l'impulsion de cette idéologie à la fois universaliste et humaniste s'en est développée une autre, celle-là marquée par un internationalisme culturel, qui s'articule autour de l'idée de l'existence d'un patrimoine commun de l'humanité, d'une part, et de la croyance en la contribution de chaque peuple et de chaque culture à ce patrimoine, d'autre part [36]. Cette manière de voir emporte évidemment des conséquences quant à la formulation des problématiques juridiques: si un bien culturel fait partie du patrimoine commun de l'humanité,

chaque État est d'une certaine façon solidairement responsable avec les autres de sa préservation non seulement pour son bénéfice mais aussi pour celui des autres. Dans cette optique, la question du lieu où se trouve concrètement ce bien revêt une importance moindre, sinon pour en assurer la préservation. Un instrument tel que la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* [37] procède par exemple de cette idée.

La réception de ces idéaux universalistes et humanistes s'est toutefois vite heurtée à l'attitude négative des États exportateurs de biens culturels [38], qui ont fait pression en faveur de l'adoption d'autres instruments qui, eux, refléteraient une logique nationaliste et, partant, tiendraient compte des déterminismes culturels ainsi que des sensibilités associées à ces déterminismes. Tel est le cas de la *Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* [39], qui vise à lutter contre le commerce illicite des biens culturels désignés tels par les États parties à cette convention. Pareille convention "(...) gives nations a special interest, implies the attribution of a national character to objects, independently of their location or ownership, and legitimizes national export controls and demands for the repatriation of cultural property" [40]. Dans la foulée de cette convention, de nombreuses législations nationales destinées à contrôler la circulation des biens culturels ont vu le jour [41].

En revanche, des juristes n'en estiment pas moins que ces conventions internationales et, *a fortiori*, ces lois nationales qui prétendent régir la restitution des biens culturels, ne vont pas assez loin, notamment quant à la nature du droit qui est conféré sur ces biens et à ses effets juridiques. Aussi plaident-ils en faveur de la reconnaissance expresse d'un nouveau concept de propriété collective ("property for grouphood") fondé sur des prémisses suivant lesquelles certains biens culturels, parce qu'ils participent à la construction de l'identité d'un groupe et à son épanouissement, ne peuvent appartenir qu'à ce groupe et devraient par conséquent être déclarés radicalement inaliénables [42]. Un tel argument, qui voudrait que soit consacrée une forme de propriété communale sur un bien du seul fait du rapport constitutif étroit qu'entretenirait ce bien avec l'identité de cette communauté, ne va évidemment pas de soi dans le système du droit occidental de la propriété. Qui, par exemple, seraient les titulaires de pareil droit de propriété? Les États? Des groupes infra-étatiques personnifiés, tels les conseils de bande au Canada? Quelle définition, de surcroît, donner à l'expression "bien culturel" dans ce contexte [43]? Devrait-elle couvrir ces "idées", ces biens intellectuels, qui font si souvent l'objet d'appropriations? On dirait qu'à mesure que les questions fusent, les réponses, elles, semblent fuir. Mais qu'à cela ne tienne, un constat s'impose néanmoins: si la production normative des organisations internationales oscille entre universalisme et relativisme en ce qui a trait aux questions intéressant la culture et tente même d'établir un certain équilibre entre ces deux pôles [44], il reste cependant que la légitimité du nationalisme culturel y est expressément reconnue. La critique de l'appropriation culturelle, qui se rattache indubitablement à ce courant nationaliste, peut donc y trouver des munitions, d'autant plus que l'activité internationale semble tendre de plus en plus à prendre acte de la différence identitaire et à se soucier de la préserver.

On le remarque notamment en examinant l'activité internationale à vocation normative [45] qui affecte la question de la protection des peuples autochtones, envisagés ici collectivement [46]. Celle-ci constitue en effet un indicateur supplémentaire de l'existence d'une dynamique politico-juridique favorable non seulement à une protection accrue des droits culturels mais également à une reconnaissance internationale de l'actualité du discours des tenants du nationalisme culturel. De fait, allant au-delà de la simple légitimation de ce nationalisme, certains documents reprennent à leur compte la critique de l'appropriation culturelle en associant aux discriminations historiques dont ont été victimes les peuples autochtones l'exploitation de leurs formes d'expression artistique (objets d'artisanat, danses, cérémonies, musique, etc.) "(...) dans le plus total mépris de l'authenticité et de la nécessité de préserver ce patrimoine" [47]. Le projet de *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* [48] propose ainsi à son article 12 de

reconnaître aux peuples autochtones le droit collectif d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leurs cultures, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et les arts du spectacle et la littérature. Ils ont aussi droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

Dans ce sillage, l'article 29 de ce projet pose que “[l]es peuples autochtones ont droit à ce que la pleine propriété de leurs biens culturels et intellectuels soit reconnue ainsi que le droit d'en assurer le contrôle et la protection. [Ils] ont droit à des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leurs cultures, y compris (...) leurs traditions orales, leur littérature, leurs dessins et modèles, leurs arts visuels et leurs arts du spectacle.”

Les travaux entrepris sur la question de la protection de la propriété et du contrôle des biens culturels des peuples autochtones par Madame Erica-Irène Daes, Rapporteur spécial nommé par la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, suivent la même logique, mais donnent des précisions quant aux orientations à venir. Ainsi, les *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones* [49] proposent un certain nombre de paramètres qui permettraient de concrétiser le souhait d'une protection accrue de ce patrimoine, lequel est défini comme se composant autant de biens tangibles qu'intangibles ou culturels qu'intellectuels [50]. Trois des principes énoncés présentent un intérêt particulier pour les fins de cette étude: d'une part, on pose que “[l]a propriété et la conservation par les peuples autochtones de leur patrimoine doivent rester collectives, permanentes et inaliénables, comme le prescrivent les coutumes, les règles et les pratiques de chaque peuple” (principe 5); d'autre part, on souligne que “[l]e consentement en toute liberté et en toute connaissance de cause des propriétaires traditionnels est un préalable essentiel à tout accord en vue de l'enregistrement, de l'étude, de l'utilisation ou de l'exposition du patrimoine des peuples autochtones” (principe 9); enfin, on estime que “[t]out accord conclu pour l'enregistrement, l'étude, l'utilisation ou l'exposition du patrimoine des peuples autochtones doit être révoquant et doit garantir aux peuples concernés qu'ils continueront d'être les premiers bénéficiaires de toute application commerciale” (principe 10) [51].

Les directives, quant à elles, paraissent encore plus audacieuses. C'est ainsi que, cherchant à s'attaquer à l'appropriation culturelle dans le champ artistique, la directive 46 pose que “[l]es artistes, interprètes, exécutants et écrivains devraient s'abstenir d'incorporer à leurs œuvres des éléments *inspirés* du patrimoine autochtone sans le consentement, en toute connaissance de cause, des propriétaires traditionnels” [52]. Ce qui semble ici n'être qu'une invitation à ne pas se livrer à des pratiques d'appropriation culturelle pourrait toutefois prendre une autre dimension compte tenu de l'incitation faite aux États, à la directive 25, de garantir aux peuples autochtones la possibilité d'intenter des recours préventifs ou compensatoires pour empêcher les appropriations de leur patrimoine auxquelles ils n'ont pas préalablement consenti. Les *Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones* proposent également aux États d'adopter des mesures législatives en matière de propriété intellectuelle, destinées à décourager les pratiques d'appropriation. Ainsi la directive 26 stipule-t-elle par exemple que ces États “(...) devraient interdire à toute personne ou société d'obtenir des brevets, des droits d'auteur ou une autre protection juridique pour un élément quelconque du patrimoine des peuples autochtones sans preuve documentaire du consentement libre et en toute connaissance de cause des propriétaires traditionnels à un arrangement de partage de propriété, de contrôle et de profits.” À cette protection négative devrait s'ajouter, selon la directive 27, une protection positive, laquelle garantirait “(...) la dénomination et l'attribution correcte des œuvres artistiques, littéraires ou culturelles des peuples autochtones chaque fois qu'elles sont publiquement exposées ou vendues.



L'attribution devrait prendre la forme d'une marque déposée ou d'une appellation d'origine autorisée par les peuples ou les communautés concernés". Ces principes et directives envisagent donc la lutte juridique contre l'appropriation culturelle sous deux angles, qui ne sont autres que ceux privilégiés par les détracteurs autochtones des pratiques appropriatrices au Canada, soit la censure directe de la liberté d'expression des "appropriants" potentiels non autochtones et la reconnaissance aux autochtones de droits exclusifs sur leur patrimoine culturel. Notons-le, pareille reconnaissance ne pourrait vraisemblablement avoir de signification concrète que si elle s'accompagnait d'une ouverture à une application potentielle des normes coutumières autochtones régissant la propriété intellectuelle. Autrement dit, elle exigerait nécessairement une ouverture accrue au pluralisme juridique.

On constate, au vu de ce qui précède, que l'activité internationale à vocation normative intéressant les peuples autochtones va bien au-delà de la reconnaissance, déjà acquise, d'un droit collectif à l'identité culturelle [53], lequel, malgré le flou relatif de sa portée, vise d'abord à assurer la "reproduction sociale permanente" des peuples autochtones [54]. De fait, d'aucuns estiment qu'un droit plus précis, en l'occurrence le droit fondamental des peuples autochtones à la protection et à la jouissance de leur patrimoine, est déjà consacré en droit international [55]. Quant aux conséquences de cette reconnaissance sur le droit positif, elles restent à déterminer selon ce qui, de toutes les propositions normatives évoquées précédemment, sera retenu ou rejeté. Chose certaine, on ne saurait douter du fait que la problématique de l'appropriation culturelle est prise très au sérieux au sein de plusieurs organisations internationales, qui n'hésitent pas à l'associer à celle de l'appropriation des terres autochtones [56]. La réappropriation des patrimoines culturel et foncier procède dans cette optique d'un même impératif, à savoir la reprise par les peuples autochtones du contrôle sur leur destinée et la revitalisation corollaire de leurs systèmes normatifs et culturels. Par extension, se trouve ainsi établi un lien quasi inextricable entre la préservation de l'identité culturelle et la présence d'institutions politiques, juridiques et sociales distinctes, fonctionnelles et autonomes. La question est maintenant de savoir ce que tout cela peut bien signifier pour le régime juridique occidental de la propriété intellectuelle.

### **3. Le droit occidental de la propriété intellectuelle et ses limites**

L'intérêt que portent depuis quelques années les organisations internationales aux questions affectant la propriété foncière, culturelle et intellectuelle des peuples autochtones ne relève pas du hasard. Si, de manière générale, il n'est pas étranger à la culpabilité ressentie face au traitement qu'ont réservé les puissances occidentales aux peuples autochtones à travers l'histoire, il s'explique également par une prise de conscience de l'écart qui sépare les philosophies juridiques occidentale et autochtone et du déficit de légitimité qui frappe un système de droit au mieux perçu comme ignorant les conceptions juridiques des peuples autochtones, au pire réduit au rang d'instrument de violence symbolique envers ces peuples.

Les postulats philosophiques du droit occidental de la propriété intellectuelle s'avèrent de fait singulièrement inhospitaliers aux revendications visant à ce que soient reconnus aux peuples autochtones des droits sur les éléments de leur patrimoine culturel qui font couramment l'objet d'appropriation de la part de non-autochtones. Nous examinerons donc dans cette dernière partie l'écart entre ces postulats et les conceptions autochtones au regard de la problématique particulière de l'appropriation artistique d'éléments *intangibles* du patrimoine culturel autochtone, après quoi nous porterons notre attention sur certaines solutions qui ont été proposées pour réduire cet écart et ainsi satisfaire les groupes autochtones sans pour autant remettre en question tous les fondements du régime occidental de la propriété intellectuelle. Du reste, le cas de l'appropriation artistique du patrimoine autochtone présente ici un intérêt indéniable en ce qu'il nous force à nous interroger sur la multiplicité des formes d'appropriation, allant de la plus évidente à la plus subtile, ainsi que sur la nature protéiforme des éléments patrimoniaux autochtones qui font l'objet d'appropriations. De surcroît, l'appartenance *exclusive* de certains de ces éléments au patrimoine

autochtone s'avère plus que contestable. Cela soulève en fait la question de la portée qu'attribuent les critiques autochtones de l'appropriation culturelle ainsi que leurs alliés à cette idée de "patrimoine autochtone" ainsi que celle des limites de la déférence qui peut ou doit être manifestée envers les systèmes normatifs autochtones dans l'optique de la mise en place d'un régime de propriété intellectuelle en quête d'une légitimité intersubjective, c'est-à-dire qui soit légitime autant chez les autochtones que chez les non-autochtones.

Cela dit, pour bien mesurer l'ampleur de l'écart entre la cosmogonie des peuples autochtones et la philosophie du droit occidental de la propriété intellectuelle, rappelons, d'une part, que les détracteurs de l'appropriation culturelle considèrent cette pratique comme une forme de violation d'une propriété intellectuelle communale. Plus précisément, leur critique présuppose une croyance en l'existence d'un droit échéant à un groupe donné, en l'occurrence autochtone, de contrôler l'usage externe qui est fait des connaissances, de la symbolique, des thématiques ou des formes d'expression qui lui sont traditionnellement associées. Elle implique en quelque sorte la revendication d'un droit moral collectif sur certains modes d'expression, droit qui serait fondé sur une reconnaissance de l'existence d'un lien d'intimité entre ces modes d'expression et la culture d'où ils sont issus et sur l'acceptation de l'idée voulant que l'authenticité de l'expression soit nécessairement fonction de la possession d'une origine ethnique donnée. Il convient, d'autre part, de re-situer la place de l'acte d'appropriation dans le champ artistique occidental. Dans la modernité, et particulièrement depuis l'époque romantique, l'artiste se sert de son art comme moyen de découverte et d'expression de son moi, de son authenticité en tant que personne. La trame de sa vie est, d'une certaine manière, la trame de son œuvre. Or, parce que sa vie se tisse d'expériences et de rencontres, l'artiste qui s'exprime ne peut faire autrement que de s'approprier au passage des éléments qui, tout compte fait, n'émanent pas directement de lui. Son "essence", s'il en est, est en ce sens plus proche de la courteline que de la soierie monochrome. De même, au plan formel, l'artiste est exposé à diverses influences, autant d'ordre proprement artistique qu'idéologique. Encore là, son œuvre ne manquera pas d'être imprégnée de ces sources nourricières; il ne lui restera qu'à les transcender. C'est à ce moment que naîtra vraiment une "œuvre". En revanche, cette œuvre, si originale soit-elle, ne pourra jamais se dire complètement vierge d'influences, substantielles ou formelles. Dans ce sens, elle ne saurait exister sans une certaine mesure d'appropriation. D'où cette conclusion: dans la conception occidentale de l'art, l'acte d'appropriation est inévitable, voire souhaitable, en ce qu'il est vu comme nourriture du geste artistique. La liberté d'expression garantie aux artistes sert entre autres à leur aménager un espace d'appropriation, au-delà duquel, toutefois, ils ne peuvent aller. Car le droit associe des conséquences économiques à l'acte créatif, qui sont consacrées dans les législations relatives à la propriété intellectuelle. Dans le cas de la création artistique, ces conséquences seront généralement réglées dans les lois sur le droit d'auteur.

Si l'appropriation existe dans les arts depuis fort longtemps, cette pratique s'est surtout développée vers le début du vingtième siècle, notamment avec le cubisme et le synthétisme. Se perpétuant durant les décennies suivantes, cette pratique s'est affichée de plus en plus ouvertement. De l'appropriation d'un style, par exemple celui de l'art africain, on est passé à l'appropriation d'œuvres individuelles d'autres artistes ou de l'image de marque de produits commerciaux. On pense évidemment ici au pop art et surtout à Andy Warhol, avec ses toiles reproduisant des boîtes de soupe Campbell's. Aujourd'hui, avec l'art postmoderne, l'image appropriée est utilisée afin de briser les perceptions normatives imposées par la culture de masse [57]. Cette appropriation prendra autant la forme "douce", mais combien répandue, du simulationnisme, pratique par laquelle un individu s'approprie un style, plutôt qu'un objet ou une image individualisés, pour créer une œuvre d'art qui ressemble à des œuvres du même style existant déjà sans pour autant être identique à aucune d'elles [58], que celle, plus "dure", de l'usage direct et non médiatisé d'un objet ou d'une image propre à la tradition d'un peuple autochtone. Autrement dit, dans le premier cas, on fait "à la manière de" dans un but sérieux ou parodique, alors que dans l'autre, on prélève un fragment d'une œuvre pour le recopier dans une autre. Bref, on fait dans l'échantillonnage. En

elle-même, la pratique postmoderne de l'appropriation conteste les fondements du régime de la propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de la place qui y est attribuée au concept d'originalité, de la mercantilisation de l'art que ce régime implique -du fait de l'attribution d'une valeur pécuniaire à une œuvre et à son usage-, du postulat d'autonomie et de liberté de l'artiste qui y est posé et, enfin, de la séparation qui y est opérée entre réalité et illusion [59]. Ironiquement, la critique de l'appropriation culturelle rejoint l'appropriationnisme postmoderne en remettant elle aussi en question l'à-propos du régime juridique moderne de la propriété intellectuelle. Elle s'oppose au caractère essentiellement capitaliste de ce régime, dont la logique interne et l'économie générale reflètent le triomphe des seules règles du marché et ce, au détriment d'autres valeurs [60]. Elle lui reproche aussi d'être euro-centrique, d'ignorer les systèmes de valeurs d'autres groupes culturels et de forcer ces groupes à occulter leurs propres systèmes de valeurs pour se conformer à la règle occidentale [61].

Les peuples autochtones sont particulièrement enclins à formuler une telle critique. On peut difficilement s'en étonner si l'on considère que les divisions que le régime juridique occidental de la propriété intellectuelle opère entre idée et expression, oral et écrit, de même que l'idée d'un art autonome par rapport à la société, n'ont guère de sens au regard de leur cosmogonie traditionnelle, qui repose sur une vision holistique de la vie et du monde [62]. Or, parce que la critique de l'appropriation culturelle procède d'une certaine façon de cette vision, le régime juridique de la propriété intellectuelle, tel qu'il existe au Canada, ne peut remédier au préjudice que, dit-on, cette pratique cause à leurs cultures. Nous verrons ci-après quelques points d'achoppement d'une possible "rencontre" entre ces visions occidentale et autochtone.

Un mot, d'abord, sur la conception radicalement différente de la propriété dans la cosmogonie autochtone [63]. De fait, avant même de discuter de propriété intellectuelle, il convient d'examiner, ne serait-ce que brièvement, la philosophie qui inspire le droit autochtone des biens, notamment quant à l'usage ou à la possession non autorisés de biens "autochtones" par des non-autochtones. À cet égard, la possession de tels biens, et particulièrement de biens culturels, par des non-autochtones pose problème aux peuples autochtones du fait que "[d]ans la plupart des sociétés autochtones, les biens culturels appartiennent à l'ensemble de la communauté [et] (...) ne peuvent être la propriété d'un seul individu" [64]. Par conséquent, selon le droit autochtone, l'individu qui posséderait un bien culturel n'en serait pas le propriétaire et ne pourrait dès lors l'aliéner de son propre chef, surtout à des étrangers. Il s'agit là d'une application du principe d'exo intransmissibilité, dont le juriste et anthropologue Norbert Rouland décrit ainsi les contours: "À l'extérieur du groupe (exo aliénation) s'applique le principe d'exo intransmissibilité: on peut prêter ou louer la terre à des étrangers au lignage, mais non la céder à titre définitif. À l'intérieur du groupe (endo aliénation), la circulation de la terre est à l'inverse possible." [65] Sachant le lien qu'établissent les critiques de l'appropriation culturelle entre cette forme d'appropriation et l'appropriation foncière, il paraît indubitable que ce principe trouve ici application. Mais il y a plus. En effet, si le principe d'exo intransmissibilité régit le transfert des biens hors de la communauté de référence, il existe, au sein même de cette communauté, des restrictions à l'appropriation individuelle des biens, lesquelles découlent d'une conception fondamentalement communautariste de la propriété. Et sans pour autant exclure toute reconnaissance de droits individuels aux membres de la communauté [66], cette conception n'en assujettit pas moins l'exercice de ces droits à des conditions qui, en cas de conflit avec les droits du groupe, visent à assurer la prééminence de ces derniers. Autrement dit, au primat de l'individualisme dans la philosophie du droit occidental est substitué le primat du communautarisme dans les sociétés traditionnelles, y incluant les sociétés autochtones.

Au-delà des différences entre les postulats respectifs des régimes autochtone et occidental de droit des biens, le sens donné dans les cultures autochtones aux biens culturels ou intellectuels susceptibles de faire l'objet d'appropriations artistiques contribue à accroître la difficulté d'un dialogue transculturel et transsystémique. De fait, des objets, des symboles ou des récits

autochtones qui, d'un point de vue occidental, présentent avant tout un intérêt esthétique ou littéraire, prennent une toute autre dimension chez les autochtones. Ainsi, des symboles ou des dessins peuvent avoir une connotation religieuse au sein d'un groupe autochtone particulier, ce qui influe sur le régime juridique qui leur est applicable en vertu du droit traditionnel en vigueur dans ce groupe. C'est le cas, par exemple, de certains symboles ou dessins qui, dans la mythologie des aborigènes australiens, sont censés être l'expression même du Créateur, qui les a légués aux générations futures au moment où il faisait surgir du néant la terre où vivent ces aborigènes [67]. Cette terre, notons-le, leur est remise sous la condition expresse que les savoirs rituels traditionnels soient perpétués et leur intégrité, garantie. Dans cette optique, non seulement le Créateur se manifeste-t-il à travers ces symboles ou dessins, mais le lien qui existe entre lui et les générations futures ne peut se maintenir que dans la mesure où leur reproduction se fait en conformité avec des rituels précisés dans les lois et coutumes traditionnelles aborigènes. Ces rituels, il convient de le préciser, affectent autant la forme que la thématique des œuvres d'"art traditionnel" ainsi produites, de sorte que les symboles ou dessins ne pourront en principe être modifiés. Alternativement, ils ne pourront l'être que si la modification envisagée est jugée acceptable par des individus que la communauté charge de contrôler le respect de l'intégrité de ce qui, ne l'oublions pas, est censé représenter l'expression du Créateur. C'est pourquoi seuls quelques membres de la communauté, des "initiés", sont autorisés à les reproduire pour l'usage interne de cette communauté et, dans certains cas qui doivent eux aussi être expressément ou implicitement autorisés, pour un usage externe [68]. On constate, en toute hypothèse, que bien mince est la marge de manœuvre dont dispose l'artiste aborigène qui fait de l'art traditionnel et qui accepte les responsabilités qui s'attachent à son statut d'initié. Fardeau supplémentaire, le non-respect par cet artiste des lois et coutumes traditionnelles de son peuple emportera des conséquences très lourdes pour la communauté dans son entier: la rupture avec le Créateur, l'écroulement du mode de vie traditionnel de cette communauté, son détachement par rapport à la terre sacrée et, ultimement, sa disparition. Dans ce système de pensée, la fidélité au modèle traditionnel reconnu par la communauté est donc plus valorisée que l'originalité que peut exprimer l'individu-créateur, avec tout ce que l'expression de cette originalité, de cette individualité, peut parfois supposer en termes de répudiation des valeurs communautaires. On comprend dès lors combien l'hétérodoxie d'un artiste aborigène peut être mal perçue dans sa communauté d'appartenance. *A fortiori* en est-il de même des appropriations artistiques non autorisées de la part d'artistes non autochtones, fussent-ils bien intentionnés.

Face à une cosmogonie et un droit traditionnel autochtones qui, dans leur saisie de la problématique de la circulation des biens culturels et intellectuels, procèdent autant d'une logique communautariste et exclusiviste que d'une logique du sacré et de l'immémorialité, et qui, dans la formulation de leurs normes comme dans leur appréhension des faits entourant la circulation de ces biens, participent d'une culture de l'oralité, il est loisible de se demander comment des revendications autochtones inspirées par cette cosmogonie et ce droit peuvent être appréhendées dans un système juridique occidental qui, en matière de propriété intellectuelle, privilégie l'originalité et la nouveauté par rapport à la fidélité à une tradition donnée, affirme le primat de l'individualisme par rapport au communautarisme, exige la fixation de l'expression (par écrit ou autrement) par rapport à sa non-fixation, et, favorisant dans sa logique économiste la liberté plutôt que l'exclusivité, limite la durée des droits exclusifs que peut détenir un individu sur sa création originale plutôt que d'en reconnaître l'immémorialité [69]. En fait, force est de le constater, les postulats du droit occidental de la propriété intellectuelle rendent peu probable la reconnaissance juridique d'un droit moral qui écherrait aux peuples autochtones, envisagés ici collectivement, et qui leur permettrait de contrôler la circulation et l'usage de symboles ou de dessins qui leur sont traditionnellement associés.

Cette relative impuissance est illustrée par le traitement que réserverait, au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur* [70], à une appropriation de type simulationniste, c'est-à-dire celle qui consiste à s'approprier d'un style ou d'une thématique sans pour autant que l'on puisse dire que l'artiste a

copié ou contrefait de manière substantielle une œuvre originale préexistante. En premier lieu, une telle appropriation ne pourrait être sanctionnée car elle aurait visé une idée (le style ou le thème, avec ce que cela suppose de généralité) plutôt que l'expression individualisée d'une idée [71]. De fait, fondé sur la dichotomie idée / expression [72], le droit d'auteur protège non pas les idées *in abstracto* mais seulement les expressions particulières, originales, de ces idées [73]. Par exemple, des artistes "modernes" du début du siècle, tels Picasso ou Brancusi, ont été tellement influencés par la beauté formelle des arts traditionnels africains (que l'on appelait à l'époque l'art "nègre") qu'ils ont emprunté dans certaines de leurs œuvres le "style" de ces arts, appropriation que leur reprochèrent d'ailleurs certains critiques de leur temps. En second lieu, justement parce que la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège que l'expression individualisée attribuable à un ou des auteurs identifiés [74], elle ne peut être d'aucun secours au regard d'une revendication de type communautariste. Si, en revanche, cette loi permet qu'un droit d'auteur existe sur une œuvre créée en collaboration, encore faut-il qu'il y ait "deux ou plusieurs auteurs" [75], de sorte que la problématique de l'identification de l'auteur demeure entière. Il s'ensuit que des individus à qui l'on ne pourrait attribuer juridiquement une création individualisée, et qui invoqueraient au soutien de leur revendication collective d'un droit d'auteur sur une esthétique quelconque, d'une part, leur appartenance au groupe ethnique auquel est traditionnellement associée cette esthétique et, d'autre part, l'exo intransmissibilité de cette esthétique en vertu des normes en vigueur au sein de ce groupe, seraient voués à l'échec s'ils ne se fiaient qu'à la *Loi sur le droit d'auteur*. Du reste, cette loi ne saurait non plus les aider dans leur revendication d'un droit moral afin de protéger l'intégrité de l'esthétique appropriée, le droit moral n'appartenant qu'à l'auteur d'une œuvre, avec ce que cela suppose d'originalité, ou à ses ayants droit [76]. Enfin, même en supposant qu'un groupe autochtone puisse se qualifier comme "auteur" de cette esthétique et que celle-ci soit une "œuvre" au sens de la loi, il y a fort à parier que se situant dans le prolongement d'une tradition immémoriale, cette esthétique ne serait plus protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Si le régime juridique mis sur pied dans la *Loi sur le droit d'auteur* se montrait vraisemblablement peu réceptif à une revendication autochtone cherchant à faire reconnaître un droit d'auteur communautaire sur une esthétique dont l'origine remonte à la nuit des temps, il n'empêcherait pas pour autant un artiste autochtone qui verrait une de ses œuvres reproduite ou copiée sans son autorisation de réclamer d'un tribunal, sur une base individuelle et au même titre que n'importe quel autre artiste placé dans la même situation, la reconnaissance et la mise en œuvre de ses droits sur cette œuvre [77]. Cependant, ce n'est pas d'abord à ce type de réclamation individualiste que s'intéresse la critique de l'appropriation culturelle, mais bien aux réclamations de type communautariste. Dans ce sens, l'utilisation du droit d'auteur peut au mieux être considérée comme un pis-aller. Cela dit, bien que ce régime juridique ne présente qu'une utilité fort limitée pour saisir adéquatement les revendications autochtones au regard des pratiques d'appropriation culturelle, il n'en reste pas moins qu'il peut parfois servir d'assise "indirecte" à une revendication de type communautariste.

C'est ce qu'illustre l'arrêt récent de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd* [78]. Dans cette affaire, le Cour devait notamment statuer sur la prétention d'une nation autochtone voulant qu'elle soit titulaire d'un intérêt équitable ("equitable interest") dans le droit d'auteur qui s'attachait à une œuvre créée par un artiste "initié" membre de cette nation. Cet artiste, M. Bulun Bulun, était dûment autorisé en vertu du droit coutumier aborigène à faire usage dans ses œuvres de dessins traditionnels de cette nation. Or, un fabricant de tissu avait illégalement reproduit, et ce à grande échelle, une des œuvres de Bulun Bulun incorporant un de ces dessins, s'appropriant dès lors sans droit une œuvre protégée par le droit d'auteur, ce qui heurterait non seulement Bulun Bulun en tant qu'artiste individuel, mais aussi la nation tout entière étant donné le caractère sacré du dessin en question et son exo intransmissibilité de principe. La Cour s'attacha d'abord à l'examen du régime de droit d'auteur applicable en Australie, pour aussitôt débouter la nation autochtone au motif qu'il n'avait pas été prouvé que quiconque autre que M. Bulun Bulun avait été impliqué dans la création de l'œuvre et que, partant, seul M. Bulun

Bulun pouvait profiter du droit d'auteur sur cette œuvre. Autrement dit, la nation autochtone ne pouvait pas poursuivre directement le tiers pour appropriation illégale d'un dessin traditionnel lui appartenant. La Cour statua plutôt que la relation entre M. Bulun Bulun et sa nation d'origine était de nature fiduciaire, compte tenu du droit coutumier aborigène régissant l'usage des œuvres artistiques faites à partir de dessins traditionnels. Plus précisément, cette relation naissait, d'une part, de la permission que cette nation aborigène avait donnée à M. Bulun Bulun d'utiliser ses dessins traditionnels en conformité avec le droit coutumier en vigueur chez elle et, d'autre part, de la confiance qui présidait à la création et à la poursuite de cette relation. De sorte que M. Bulun Bulun se trouvait débiteur d'une obligation fiduciaire qui lui imposait de préserver l'intégrité des symboles traditionnels dont il faisait usage dans ses œuvres et de toujours les utiliser conformément aux normes aborigènes. Celles-ci ne pouvaient cependant, estima la Cour, être considérées comme faisant partie intégrante du droit positif australien, ne constituant au contraire que des éléments de la "matrice factuelle" ayant permis de qualifier de "fiduciaire" la relation entre M. Bulun Bulun et la nation autochtone. Advenant le défaut par M. Bulun Bulun de respecter les obligations lui échéant à titre de fiduciaire, il risquait d'être poursuivi personnellement par sa nation d'origine. Qui plus est, la Cour ajouta en *obiter* que le défaut par le fiduciaire de faire respecter son droit d'auteur pourrait probablement permettre à la nation bénéficiaire de prendre action à la fois contre le fiduciaire, pour qu'il fasse respecter ce droit, et contre le tiers, pour que ce dernier cesse de le violer, ceci présupposant qu'une fiducie par interprétation ("constructive trust") puisse, en équité, résulter de pareilles circonstances. Enfin, se hasardant plus loin encore, la Cour ajouta que dans l'hypothèse où M. Bulun Bulun aurait nié assumer une obligation fiduciaire envers sa nation d'origine, il eut malgré tout été possible de conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation qui aurait donné à la nation bénéficiaire de la fiducie l'intérêt suffisant pour poursuivre les tiers violant le droit d'auteur du fiduciaire négligent. En l'espèce, M. Bulun Bulun s'étant acquitté impeccablement de ses obligations fiduciaires, il n'y avait pas lieu d'accorder quelque recours additionnel à la nation bénéficiaire contre le tiers fautif, en sus de ceux déjà exercés par le principal intéressé [79]. On le voit, le recours "communautaire" envisagé dans ce jugement présente un caractère indirect et subsidiaire [80]. De toute évidence, nous sommes encore loin de la reconnaissance en bonne et due forme d'un recours direct qui écherrait à la collectivité.

Au-delà du droit d'auteur comme tel, les autres lois intéressant la propriété intellectuelle pourraient-elles s'avérer d'une quelconque utilité aux groupes autochtones pour contrer l'appropriation artistique de leur symbolique visuelle? On a récemment suggéré une modification à l'article 9 de la *Loi sur les marques de commerce* <sup>8</sup>[11] afin que devienne prohibé l'usage commercial d'images et de motifs autochtones, à moins que ne soit obtenu au préalable le consentement des conseils de bande concernés [82]. En ce qu'elle implique un contrôle bureaucratique de l'adéquation entre représentation identitaire et possession de l'identité représentée, cette suggestion évoque un amendement récemment édicté à une loi américaine adoptée en 1935, le *Indian Arts and Crafts Act* [83], laquelle visait dès l'origine à promouvoir le développement de l'art et de l'artisanat autochtone [84]. Cette loi instituait le *Indian Arts and Crafts Board*, agence fédérale habilitée à certifier l'authenticité des créations autochtones par l'attribution aux tribus de marques de certification. Des sanctions civiles et pénales étaient associées à leur contrefaçon. Cependant, constatant récemment une augmentation considérable de la contrefaçon des produits artistiques et artisanaux autochtones et, partant, la perte d'une part d'un marché estimé entre quarante et quatre-vingts millions de dollars américains [85], le Congrès des États-Unis décidait de modifier la législation initiale par le truchement du *Indian Arts and Crafts Act of 1990* [86], dont le but est de protéger les artistes autochtones de la concurrence déloyale découlant de cette contrefaçon. Essentiellement, cette loi modificative, en plus d'augmenter les amendes rattachées aux actes de contrefaçon, donne aux tribus le pouvoir de déterminer qui peut être considéré comme un "indien" membre de ces tribus, cette qualification permettant aux artistes l'usage des marques de certification du *Indian Arts and Crafts Board* [87]. En pratique, donc, un

artiste qui n'est pas certifié "indien" par une tribu ne peut vendre ses œuvres comme étant de l'art "indien", sous peine de sanctions.

Destinée à protéger le marché des artistes "indiens" certifiés ainsi qu'à garantir la quiddité indienne de leurs œuvres, cette modification législative a été adoptée à la suite de pressions d'artistes autochtones opposés à l'appropriation culturelle. Elle a toutefois pour effet de limiter les possibilités d'exposition des artistes autochtones non certifiés, c'est-à-dire ceux n'ayant pu prouver leur indianité en application des critères de certification. Ainsi, plusieurs artistes autochtones reconnus, ne pouvant être certifiés, sont empêchés d'associer leur art à leur identité [88]. Mais au-delà des problèmes constitutionnels et techniques que suscite son application concrète, c'est le message que cette loi envoie qui est beaucoup plus troublant. D'une part, elle tend à fossiliser l'expression des artistes autochtones en consacrant l'adéquation entre art fait par des autochtones et art *traditionnel* autochtone. De fait, cette loi est susceptible de mettre des bâtons dans les roues aux artistes autochtones qui veulent s'aventurer hors des sentiers battus de la tradition. Elle est donc essentialiste puisque qu'elle postule qu'une seule forme d'art peut être vraiment "indienne" et refléter une certaine essence autochtone. Elle l'est doublement si l'on considère le sort qu'elle réserve aux individus qui, bien qu'"indiens", ne peuvent prouver précisément la pureté de leur origine. Pareille loi, qui soumet l'association d'une expression artistique individuelle et d'une identité donnée à un contrôle administratif de la possession de l'identité en question, incite, par les problèmes d'exclusion qu'elle pose à certains, à la prudence lorsqu'il s'agit de réglementer ce type d'association et de confier l'administration de cette réglementation à un organe administratif [89].

Outre les avenues, malgré tout limitées, que peut offrir le droit de la propriété intellectuelle, l'usage de certains recours fondés sur le droit commun pourrait également être envisagé pour contrer l'appropriation culturelle. Tel est par exemple le cas du droit de publicité ("publicity right") dans les juridictions de common law, c'est-à-dire le droit "(...), pour l'individu [ou pour une personne morale], d'exploiter à des fins publicitaires ou commerciales, sa propre notoriété, son apparence physique, sa voix et plus généralement, tous les éléments de sa personne." [90]. Ce droit, dont l'équivalent civiliste (notons-le, nous parlons ici en termes d'équivalence et non d'identité) résiderait grosso modo dans le droit à la vie privée, y incluant le droit à l'image [91], constituerait selon le professeur Howes l'un des moyens les plus efficaces dont disposeraient les groupes autochtones soucieux d'empêcher l'appropriation artistico-commerciale de leur culture [92]. Se pose toutefois la question des conditions d'ouverture de ces recours de droit commun, qui limitent l'accès à ces recours à un certain type de situations factuelles, ce qui accentue le caractère aléatoire de la protection offerte aux groupes autochtones par le droit commun. Se pose également la question de l'incidence du droit public sur le débat juridique que soulèvent les pratiques d'appropriation culturelle. Comme on le sait, le titre aborigène sur les terres autochtones est protégé au Canada par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [93]. Or, dans la mesure où un lien quasi inextricable est établi dans la cosmogonie autochtone entre la terre et certains dessins ou symboles sacrés, il est dès lors loisible de se demander si les droits de propriété intellectuelle réclamés sur ces dessins ou symboles ne constituent pas des accessoires du titre aborigène lui-même. Bien que pareil argument ait été sommairement rejeté en Australie dans l'affaire *Bulun Bulun* [94], il mériterait que l'on s'y attarde plus longuement dans le contexte du droit canadien [95].

Le bref survol que nous venons d'effectuer montre bien que les ressources juridiques positives dont disposent les peuples autochtones dans leur quête d'une reprise du contrôle de leur symbolique visuelle sont limitées. Il y a donc lieu de se demander si la juridicisation de leurs revendications concernant l'appropriation culturelle constitue un choix stratégique judicieux [96]. De fait, cette juridicisation s'opère dans un cadre juridique euro-centrique que, paradoxalement, ils jugent illégitime. Or, en optant pour une telle stratégie et en faisant par voie de conséquence une concession à la logique occidentale, ne font-ils pas entrer un cheval de Troie dans une forteresse identitaire dont ils s'efforcent par ailleurs de colmater les brèches? Quelle que puisse

être notre réponse à cette question, il convient de respecter ce choix et de tenter, dans la mesure du possible, de se montrer ouverts à leurs revendications. Pour ce faire, il importe cependant de reconnaître d'entrée de jeu leur légitimité lorsqu'elles se transposent dans le champ de la propriété intellectuelle. Comme le disait le professeur Howes, "(...) we never question the right of corporations like Disney or Nike to legally control the symbols of their identity. Why, therefore, should Indian nations (which have corporate status too) not be allowed to use the same legal controls as these corporations to guard the goodwill associated with their names and images?" [97] Aussi, sans tomber dans l'acceptation a-critique mâtinée de culpabilité qui caractérise certaines réactions non autochtones aux revendications autochtones, force est d'affirmer que la théorie des "deux poids, deux mesures" longtemps appliquée à ces revendications est devenue intenable, dans le champ de la propriété intellectuelle comme ailleurs. C'est ainsi, et seulement ainsi, que pourra être relevé le défi que lance la critique autochtone de l'appropriation culturelle à la conception occidentale de la propriété intellectuelle.

## Conclusion

Se situant à l'interface de plusieurs champs du droit positif et de différentes façons d'aborder le phénomène "droit", la problématique de l'appropriation culturelle suscite pour l'instant plus de questions qu'elle n'inspire de réponses. D'où l'importance de l'examiner sous toutes ses facettes et dans toute sa complexité.

S'agissant cependant de la critique de l'appropriation culturelle, on ne peut s'empêcher de remarquer comment une large part du discours autochtoniste, provenant non seulement des autochtones eux-mêmes mais aussi des organisations internationales, semble procéder d'une logique quasi zoologique d'enfermement des cultures, dont on tend à nier l'impact sur des idées aussi fondamentales que les droits à la liberté identitaire et à la liberté d'expression, notamment dans leur application au sujet autochtone [98]. L'atteinte des objectifs légitimes de préservation et d'épanouissement identitaires que poursuivent les peuples autochtones en revendiquant le contrôle de leurs biens culturels et intellectuels ne peut, croyons-nous, qu'être retardée par un discours qui flirte avec l'essentialisme. Certes, la cosmogonie autochtone demeure distincte malgré les outrages de la colonisation; certes, elle mérite d'être prise au sérieux et, pourquoi pas, de se voir reconnaître une plus grande place dans nos systèmes juridiques occidentaux. Toutefois, la revitalisation des cultures autochtones ne doit pas passer *uniquement* par une représentation culturelle qui rappelle trop souvent celle du "bon sauvage" de Rousseau.

Que le ressourcement à partir de la tradition soit garant d'un renouveau autochtone et que, en toute hypothèse, les peuples autochtones soient libres de se ressourcer comme ils l'entendent, nous n'en disconvenons pas [99]. Il serait malheureux, en revanche, que cela se fasse au prix d'une réduction indue de la complexité des problématiques identitaires qui se posent au sein même de ces peuples et dont l'existence s'inscrit dans l'incontournable dialectique entre la tradition et la modernité [100]. Dans cette optique, une réforme en profondeur du droit de la propriété intellectuelle qui voudrait donner suite aux revendications autochtones concernant l'appropriation culturelle ne saurait faire l'économie d'un débat préalable sur ces problématiques. Quoi qu'il en soit, une chose est sûre: dans la mesure où ces revendications visent toutes les formes d'appropriation et non seulement celles ayant cours dans le domaine des arts, elles interpellent directement tous les juristes intéressés au droit de la propriété intellectuelle, tant sont nombreuses leurs ramifications potentielles [101].

## Résumé

Longtemps négligés, les peuples autochtones réaffirment plus que jamais le caractère distinct de leur identité. Des artistes autochtones s'en prennent ainsi à l'ethnocentrisme du système artistique moderne et à son caractère hégémonique. Ils reprochent également à certains artistes non



autochtones d'abuser de leur liberté d'expression en empruntant des éléments à des cultures avec lesquelles ils n'ont pas de liens intimes. Ils n'hésitent pas, dans cette optique, à réclamer un contrôle juridique de cette pratique, qualifiée d'"appropriation culturelle", notamment par le truchement du droit de la propriété intellectuelle, droit dont ils contestent par ailleurs la légitimité au regard de leurs propres systèmes normatifs. Après avoir défini les contours de cette critique et l'avoir située par rapport à la dynamique normative internationale contemporaine, nous mesurerons la réceptivité du droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement du droit d'auteur, aux revendications communautaristes de ce type. Nous concluons que toute réforme de ce domaine du droit ne saurait être entreprise sans que soit posée, en termes critiques, la problématique préalable de la définition identitaire au sein des communautés autochtones et non autochtones.

---

[©] Jean-François Gaudreault-DesBiens, 1998.

\*Professeur, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill.

[1] W. MOSER, "L'appropriation culturelle", *Discours social / Social Discourse*, vol. 7, n<sup>os</sup> 1-2, 1995, p. 83, à la p. 98.

[2] Il serait hors de notre propos de citer ici la multitude d'articles récents qui aborderont sous un angle ou un autre la problématique "droit de la propriété intellectuelle et cyberspace". Nous nous contenterons donc de renvoyer nos lectrices et lecteurs à l'ouvrage général suivant: P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.

[3] Sur le concept de "révolution juridique", voir: Z. BANKOWSKI (dir.), *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991.

[4] Réformes dont, précisons-le, nous ne minimisons nullement l'importance d'un point de vue interne au droit de la propriété intellectuelle.

[5] On notera que la définition proposée réfère essentiellement à l'appropriation de biens intangibles, tels des thèmes ou des symboles, bref des idées. Il convient cependant de noter que l'appropriation de biens tangibles, tels des masques, des mats totémiques ou autres artefacts, a longtemps été pratiquée, notamment à l'époque coloniale. D'où un important contentieux ayant trait au rapatriement de ces artefacts, dont nous traiterons sommairement dans la section 2. Cela dit, nous mettrons surtout l'accent dans cet article sur les revendications portant sur des biens intangibles, qui posent des problèmes plus épineux au regard du droit de la propriété intellectuelle. Dans un autre ordre d'idées, la définition proposée est très largement inspirée de celle formulée par un comité composé d'écrivains issus de minorités ethniques et formé par l'Union des écrivains canadiens: voir L. KEESHIG-TOBIAS, "Racial Minority Writers Committee Report Presented to the Writers' Union of Canada Annual General Meeting, June 3, 1992", *The Writers' Union of Canada Newsletter*, vol. 20, n<sup>o</sup> 3, July 1992, p. 4, à la page 5.

[6] C'est essentiellement dans le cadre d'une polémique survenue autour d'un rapport déposé en 1992 par un comité du Conseil des Arts qu'a été soulevée la question de l'appropriation culturelle. Certains artistes issus de minorités culturelles se sont plaints des difficultés qu'ils éprouvent à obtenir du financement des institutions culturelles canadiennes en raison du caractère "différent" de leur art. Ils ont alors souligné que l'appropriation faite par des artistes blancs de la thématique ou de la symbolique traditionnellement associées à leurs cultures rendait l'obtention de ce financement encore plus difficile et ont en conséquence proposé au Conseil des Arts du Canada de contrôler cette pratique appropriationniste. Faut-il le dire, la possibilité d'un tel contrôle va directement à l'encontre de l'idée même de liberté d'expression artistique, telle que conçue dans le droit moderne.

[7] Nous avons étudié ailleurs en détail le régime constitutionnel applicable à des restrictions potentielles de la liberté d'expression des artistes subventionnés par le Conseil des Arts du Canada qui pourraient être édictées afin de contrôler les pratiques d'appropriation culturelle. Voir: J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Québec et Montréal, Presses de l'Université Laval et Liber, 1996.

[8] E.W. SAID, *Culture and Imperialism*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, à la page 9.

[9] Du reste, l'imposition d'un système juridique adoptant le paradigme positiviste - autre invention "occidentale" - sous-tend inévitablement une élimination de toute concurrence normative au profit du droit de l'État. À tout le moins, dans les rares cas où l'État tolère l'application de normes dont il n'est pas la source ou auxquelles il n'a pas accordé son *imprimatur*, il demeure clair qu'en cas de conflit, ces normes devront s'effacer devant celles de l'État.

[10] L'expression est de C. CASTORIADIS, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996, à la page 234.

[11] M. KANE, *Report on the Forum "Telling our own story: Appropriation and Indigenous Writers and Performing Artists"*. *Final Report*, Vancouver, 21st Century Artists, 1990, à la page 3; K. DAWES, "Re-Appropriating Cultural Appropriation", *Fuse Magazine*, vol. 16, n<sup>os</sup> 5-6, Summer 1993, p. 7, à la page 9; R. FUNG, "Working Through Cultural Appropriation", *Fuse Magazine*, vol. 16, n<sup>os</sup> 5-6, Summer 1993, p. 16, aux pages 17-18; H. LUTZ, "Cultural Appropriation as a Process of Displacing Peoples and History", *Canadian Journal of Native Studies*, vol. 10, n<sup>o</sup> 2, 1990, p. 167, à la page 168; M. HASSAN, "WordS and sWord. An Anagram of Appropriation", *Fuse Magazine*, Vol. 16, n<sup>os</sup> 5-6, Summer 1993, p. 28, à la page 29; A. PASK, "Cultural Appropriation and the Law: An Analysis of the Legal Regimes Concerning Culture", (1993) 8 *Intellectual Property Journal* 57, à la page 80.

- [12] M. NOURBESE PHILIP, "Whose Voice Is It, Anyway?", *Books in Canada*, vol. 20, n° 1, 1991, p. 11, à la page 15.
- [13] S. WILLIAMS, "The Appropriation of Noise", *Fuse Magazine*, vol. 16, n° 6, 1992, p. 15, aux pages 16-17.
- [14] H. LUTZ, *loc. cit.*, note 11, aux pages 173-177.
- [15] L. KEESHIG-TOBIAS, *loc. cit.*, note 5, à la page 5; R. MAART, "Cultural Appropriation. Historicizing Individuality, Consciousness and Actions", *Fuse Magazine*, vol. 16, n° 5-6, Summer 1993, p. 45, à la page 49.
- [16] M.M. AMES, *Cannibal Tours and Glass Boxes. The Anthropology of Museums*, Vancouver, UBC Press, 1992, aux pages 142-143.
- [17] S. GREER, "Stereotypes, Native Art, and Art", *Art Views*, March-April-May 1989, p. 18, à la page 19.
- [18] *Ibid.* Voir généralement sur cette question M. MATSUDA, "Public Responses to Racist Speech: Considering the Victim's Story", (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320.
- [19] D. PARKES, "'It hurts so much.' Racist images create lasting pain, forum told", *The Gazette*, March 22, 1993, p. A3, à la page A3. Voir également sur cette question C. TAYLOR, *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*, Princeton, Princeton University Press, 1992, à la page 26. Dans cet essai, Taylor examine l'idée voulant que l'identité d'un individu ou d'un groupe est en partie formée par la reconnaissance ("recognition"), la non-reconnaissance ("nonrecognition") ou la méconnaissance ("misrecognition") qu'en ont les autres. La méconnaissance, qui se traduit par la création et la perpétuation de stéréotypes, serait dans ce contexte une forme d'oppression dommageable.
- [20] S. GREER, *loc. cit.*, note 17, à la page 19.
- [21] C'est ainsi qu'une étude empirique menée aux États-Unis auprès d'étudiants autochtones a permis de constater que ceux-ci, après avoir visionné un film western de facture hollywoodienne traditionnelle, s'identifiaient davantage aux cowboys et à leur mode de vie, associé dans le film à l'indépendance et à la liberté, qu'aux autochtones, qui y étaient représentés comme une horde criarde et agressive: J. SHIVELY, "Cowboys and Indians: Perceptions of Western Films Among American Indians and Anglos", *American Sociological Review*, Vol. 57, n° 6, December 1992, p. 725. Sur l'intériorisation des stéréotypes par leurs victimes et ses effets, voir C. TAYLOR, *op. cit.*, note 19, aux pages 25-26.
- [22] On ne peut s'empêcher de constater ici que le préjudice attribué à l'appropriation culturelle serait à toutes fins pratiques semblable à celui engendré par la propagande haineuse, du moins si l'on se fie aux types de préjudices que la Cour suprême du Canada a reconnus comme résultant de cette propagande. Or, même en s'efforçant de se montrer réceptif à la parole de la "victime", il reste qu'établir une relation d'identité entre l'un et l'autre préjudice paraît pour le moins étonnant.
- Voir: R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pages 745-749.
- [23] W. MOSER, *loc. cit.*, note 1, aux pages 90-96.
- [24] *Id.*, à la page 90.
- [25] Par opposition à la conception négative qui inspire l'acceptation libérale classique de la liberté d'expression, telle que consacrée par exemple à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982)*, Partie I, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 concernant le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11, reproduite dans L.R.C., 1985, app. II, n° 44. Pour une étude exhaustive des difficiles relations entre la critique autochtone de l'appropriation culturelle et la liberté d'expression, voir notre ouvrage, *op. cit.*, note 7, aux pages 161-265.
- [26] R. HANDLER, "Who Owns the Past? History, Cultural Property, and the Logic of Possessive Individualism", dans B. WILLIAMS, (dir.), *The Politics of Culture*, Washington, Smithsonian Institution Press, 1991, p. 63, à la page 66.
- [27] *Id.*, aux pages 64-65.
- [28] *Id.*, à la page 66.
- [29] Voir par exemple sur cette question: N. CUK, "Carrying the Battle Into the Form": Repatriating First Nations' Cultural Artifacts", [1997] 6 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 157.
- [30] Voir notamment sur cette question: N. CUK, *ibid.*; C. BELL, "Aboriginal Claims to Cultural Property in Canada: A Comparative Legal Analysis of the Repatriation Debate", (1992) 17 *American Indian Law Review* 457; R. CLEMENTS, "Misconceptions of Culture: Native Peoples and Cultural Property under Canadian Law", (1991) 49 *University of Toronto Faculty Law Review* 1. Pour les États-Unis, voir: L.D. DuBOFF, "500 Years After Columbus:

Protecting Native American Culture”, (1992) 11 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 43. Pour l'Afrique, voir: T. McGUIRE, “African Antiquities Removed During Colonialism: Restoring a Stolen Cultural Legacy”, (1990) 1 *Detroit College of Law Review* 31. Voir aussi le très intéressant numéro spécial publié à [1995] *UBC Law Review* et intitulé “Material Culture in Flux: Law and Policy of Repatriation of Cultural Property”.

[31] Voir notamment: J.H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, (1986) 80 *American Journal of International Law* 831.

[32] A / Res. 217A (III), 10 décembre 1948, U.N. Doc. A / 810, à la page 71.

[33] N. ROULAND, “L’archipel des droits de l’homme”, dans *L’Actualité de la Déclaration universelle des droits de l’Homme*, Colloque du 10 décembre 1993, Commission des droits de la personne du Québec / Département des Sciences juridiques de l’UQAM / Société québécoise de droit international, p. 37, à la page 38.

[34] G. BERTHOUD, “Droits de l’homme et savoirs anthropologiques”, dans L.K. SOSOE (dir.), *Identité: évolution ou différence? Mélanges en l’honneur du professeur Hugo Huber*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1989, p. 137, à la page 138.

[35] F. MORIN, “Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones”, dans H. GIORDAN (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et Droits de l’Homme*, Paris, Éditions Kimé, 1992, p. 493, à la page 493.

[36] R.J. COOMBE, “The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in Cultural Appropriation Controversy”, (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 249, à la page 260.

[37] 249 R.T.N.U. 240.

[38] J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 31, à la page 831.

[39] 823 R.T.N.U. 231 (*Textes normatifs de l’UNESCO*, UNESCO, Paris, 1986, IV. A. 4).

[40] J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 31, à la page 831.

[41] Au Canada, voir la *Loi sur l’exportation et l’importation de biens culturels*, L.R.C. (1985), c. C-51.

[42] J. MOUSTAKAS, “Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability”, (1989) 74 *Cornell Law Review* 1179. Voir aussi R. HERZ, “Legal Protection for Indigenous Cultures: Sacred Sites and Communal Rights”, (1993) 79 *Virginia Law Review* 691.

[43] La notion de “bien culturel” n’est pas exempte d’ambiguïtés. Ainsi, la *Convention de l’UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l’importation, l’exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, supra, note 39, la définit comme désignant autant les biens meubles qu’immeubles, mais il ressort clairement de la liste non exhaustive de “biens culturels” que l’on y trouve qu’il s’agit de biens culturels corporels (art. 1). Il en va de même de la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, dans UNESCO, *Textes normatifs de l’UNESCO*, Paris, UNESCO, 1986, IV. A. 5, art. 1.

[44] La *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, *ibid.*, représente peut-être une tentative de conciliation de ces deux pôles, en ce que l’on y reconnaît l’intérêt universel de biens patrimoniaux situés partout sur la terre, tout en reconnaissant du même souffle l’intérêt particulier des États signataires sur les biens situés sur leur territoire. Voir: T. McGUIRE, “International Dimensions”, (1992) 11 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 43.

[45] Par “activité internationale à vocation normative”, nous entendons non seulement les instruments internationaux édictant, le cas échéant des normes positives, mais aussi le droit programmatoire, de même que les projets, résolutions et rapports desquels pourraient un jour émerger des normes positives ou programmatoires. Pour d’intéressantes présentations de cette activité internationale à vocation normative, voir: N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996; I. SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1997.

[46] Cette approche collectiviste contraste singulièrement avec l’approche individualiste classique du droit international au plan de la protection des droits des minorités. En effet, en règle générale, le droit international fait des individus appartenant à des minorités des sujets de droit plutôt que ces minorités elles-mêmes, envisagées collectivement. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.N.T.U. 171, reconnaît, à son article 27, aux personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques le droit d’avoir en commun avec les autres membres de leur groupe leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d’employer leur propre langue.

[47] R. STAVENHAGEN, *Protection efficace et développement intégral du secteur économique et du secteur social des communautés autochtones grâce aux activités d’élaboration des normes internationales*, constituant l’annexe III

C du Rapport du Séminaire des Nations Unies sur les effets du racisme et de la discrimination raciale sur les relations sociales et économiques entre populations autochtones et États , E/CN.4/1989/22, 08/02/1989, aux pages 70-71.

[48] E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1. Notons, d'une part, que ce projet a été adopté le 26 août 1994 par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection de minorités (Rés. 1994/29). La Commission des droits de l'homme a peu après créé un groupe de travail chargé de rédiger un nouveau projet, cette fois destiné à être examiné et éventuellement approuvé par l'Assemblée générale. Voir: G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, à la page 123. Soulignons d'autre part que le mot "dessin", tel qu'employé au paragraphe 12 du projet de *Déclaration*, dans d'autres documents juridiques cités ci-après ainsi que dans la suite du présent article, n'a pas le sens technique particulier souvent attribué à ce mot en droit de la propriété intellectuelle, en l'occurrence celui de "dessin industriel". Voir, au Canada, la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), c. I-9.

[49] Annexe au rapport final de Mme Daes. Voir: E.-I. DAES, *Protection of the Heritage of Indigenous People. Final Report*, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 21 juin 1995.

[50] *Id.* La directive 11 précise que ce patrimoine "(...) se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l'utilisation a été transmise de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un peuple, à un clan ou à un territoire particulier. Le patrimoine d'un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques susceptibles d'être créés à partir de son patrimoine". Aux termes de la directive 12, ce patrimoine "(...) comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l'UNESCO; toutes les formes d'œuvres littéraires et artistiques dans les domaines de la musique, de la danse, des chants, des cérémonies, ainsi que des symboles et graphismes, des narrations et de la poésie; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques, y compris les cultigènes, les médicaments, les phénotypes et les génotypes de la flore et de la faune; les restes humains; les biens culturels immeubles dont les sites sacrés, les sites d'importance historique et les lieux de sépulture; les enregistrements issus du patrimoine des peuples autochtones sous forme de films, de photographies, de vidéocassettes ou d'audiocassettes". Enfin, on pose à la directive 13 que "[c]haque élément du patrimoine des peuples autochtones a des propriétaires traditionnels: soit l'ensemble du peuple, soit une famille ou un clan donné, soit une association ou une société, soit des individus spécialement formés ou initiés pour en être les gardiens. Les propriétaires traditionnels du patrimoine doivent être déterminés conformément aux coutumes, lois et pratiques des peuples autochtones". On le constate, cette définition à trois volets embrasse large. S'agissant des biens intellectuels, elle couvre à toutes fins pratiques la totalité des champs de la connaissance (arts, lettres, philosophie, science, etc.). Qui plus est, dès lors qu'un bien est censé faire partie du patrimoine, on présume qu'il a un propriétaire traditionnel, dont l'identité est déterminée en application de la seule normativité autochtone. C'est donc dire qu'en cas de conflit entre un revendicateur autochtone d'un droit de propriété sur un bien intellectuel quelconque, par exemple l'enregistrement d'une danse autochtone dans le cadre de la production d'un film documentaire, et un revendicateur non autochtone, une présomption de propriété autochtone s'appliquerait automatiquement. Si cela peut se justifier, il est néanmoins loisible de se demander quel serait l'effet de cette présomption, surtout lorsque interprétée à la lumière de la directive 10, qui pose que tout accord concernant l'étude, l'utilisation ou l'exposition d'un élément du patrimoine autochtone peut être révoqué parce que devant être révocable, et de la directive 24, qui stipule que s'agissant "(...) d'éléments du patrimoine autochtone enlevés ou enregistrés dans le passé, et dont les propriétaires traditionnels ne peuvent plus être identifiés avec précision, les propriétaires traditionnels seront présumés être le peuple tout entier se trouvant sur le territoire où ces objets ont été enlevés ou les enregistrements effectués, ou les descendants directs de ce peuple". On peut craindre, à l'instar du gouvernement du Canada dans ses commentaires sur ces directives, que "(...) allowing indigenous people to revoke their consent to the use of their heritage, or to reassert rights to elements of their heritage which have already passed into widespread public use, could have an adverse impact on science, medicine and art." Commentaires rapportés dans: E.-I. DAES, *Supplementary Report submitted pursuant to Sub-Commission resolution 1995/40 and Commission on Human Rights resolution 1996/63*, E/CN.4/Sub.2/1996/22, 24 juin 1996, paragraphe 12. Cet effet négatif sur la science, la médecine et les arts soulèverait, dans le champ du droit, des questions affectant autant le droit de la liberté d'expression que celui de la propriété intellectuelle.

[51] L'application conjuguée des principes 5 et 9 aurait pour effet, de l'avis même de Madame Daes, de créer une présomption à l'encontre de l'extinction des droits des peuples autochtones sur des éléments de leur patrimoine. Voir: E.I. DAES, *ibid.*, paragraphe 19. Ceci, toujours selon Madame Daes, suit la logique du principe 10, dont l'objet, soutient-elle, est de conférer aux peuples autochtones la propriété originelle de leurs biens intellectuels, ce qui n'exclut pas la possibilité de limiter la durée d'un éventuel régime de protection de la propriété intellectuelle autochtone. Voir: E.-I. DAES, *Report of the Technical Meeting on the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*, E/CN.4/Sub.2/1997/15, 24 juin 1997, paragraphe 22.

[52] Les italiques sont nôtres. Il convient de noter que d'autres directives reprennent à peu près la même idée au regard des pratiques d'appropriation dans les domaines de la recherche scientifique et du commerce et de l'industrie. Dans l'hypothèse de modifications au droit positif canadien de la propriété intellectuelle pour intégrer ces principes et

directives de nature programmatrice, ces modifications iraient donc bien au-delà du droit d'auteur, mais toucheraient également les marques de commerces, les brevets, le design industriel, etc.

[53] Voir notamment à cet égard la disposition, fondatrice malgré son orientation individualiste, que constitue l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra, note 46, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et, s'agissant de l'identité autochtone, l'orientation résolument "identitariste" de la *Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 1989 (*Bulletin officiel*, Bureau international du travail, Vol. LXXII (1989), Série A, n° 2, aux pages 63-74. Sur le droit à l'identité, voir aussi: G. OTIS et B. MELKEVIK, "L'universalisme moderne à l'heure des identités: le défi singulier des peuples autochtones", dans: J.-Y. MORIN (dir.), *Les droits fondamentaux. Actes des 1ères Journées scientifiques du Réseau Droits Fondamentaux de l'AUPELF-UREF*, Bruxelles, Bruylant, 1997, à la page 265.

[54] R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, note 47, à la page 72.

[55] E.-I. DAES, *Supplementary Report*, *op. cit.*, note 50, paragraphe 18.

[56] Voir notamment le principe 6 des *Principes et directives*, *op. cit.*, note 49.

[57] E.H. WANG, "(Re)Productive Rights: Copyright and the Postmodern Artist", (1990) 14 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 261, à la page 263.

[58] *Id.*, à la page 262.

[59] *Id.*, aux pages 264-270. Voir aussi sur cette question: B. SHERMAN, "Appropriating the Postmodern: Copyright and the Challenge of the New", (1995) 4 *Social and Legal Studies* 31.

[60] R.J. COOMBE, *loc. cit.*, note 36, à la page 268, note infrapaginale 102.

[61] *Ibid.*, p. 269.

[62] Pour une intéressante description des contradictions entre le régime occidental de la propriété intellectuelle et les droits coutumiers autochtones en Australie, voir D.A. ELLINSON, "Unauthorized Reproduction of Traditional Aboriginal Art", (1994) 17 *University of New South Wales Law Journal* 327.

[63] Il s'agit ici d'une description archétypale de la conception de la propriété dans les sociétés traditionnelles, notamment autochtones. Il va sans dire que cette conception a pu subir des variations au contact des conceptions occidentales de la propriété (phénomène d'acculturation). Il n'en demeure pas moins que c'est cette description archétypale que les autochtones du Canada eux-mêmes reprennent dans leurs revendications concernant la propriété des biens autant fonciers que culturels ou intellectuels. Dans un autre ordre d'idées, soulignons que la théorie du droit comparé nous enseignant qu'il faut se garder de subsumer deux concepts différents sous un vocable unique dont le sens est par ailleurs beaucoup plus lié à l'un qu'à l'autre des systèmes juridiques comparés, on peut légitimement se demander s'il est vraiment approprié de référer au concept occidental de propriété pour définir la relation qu'entretiennent les autochtones avec la terre et tout ce qui, dans leur cosmogonie, est lié à elle. De fait, la "propriété" autochtone prend l'allure d'un droit *sui generis*, quasi organique, ce que reconnaissait récemment la Cour suprême du Canada en décrivant le titre aborigène dans son arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

[64] E.-I. DAES, *Document de travail sur la question de la propriété et du contrôle des biens culturels des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1991/34,03/07/1991, à la page 16.

[65] N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, collection "Que sais-je?", n° 2528, aux pages 26-27.

[66] *Id.*, à la page 26.

[67] Cette description provient de la preuve non contredite faite par les parties aborigènes au sujet des lois et coutumes traditionnelles applicables à la reproduction de dessins et symboles traditionnels et rituels dans l'affaire *Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd.*, [1998] 1082 F.C.A. (Cour fédérale d'Australie, 3 septembre 1998), en ligne: Australasian Legal Information Institute <[http://austlii.edu.au/do/disp.pl/au/cases/cth/federal\\_ct/1998/1082.html](http://austlii.edu.au/do/disp.pl/au/cases/cth/federal_ct/1998/1082.html)>. Sur le rapport entre, d'une part, la cosmogonie dans les sociétés traditionnelles où règne l'oralité et, d'autre part, la propriété intellectuelle, voir notamment: M.C. SUCHMAN, "Invention and Ritual: Notes on the Interrelation of Magic and Intellectual Property in Preliterate Societies", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1264.

[68] *Ibid.* Par exemple, l'artiste initié n'aurait pas besoin de demander de permission pour que son oeuvre reprenant des dessins traditionnels soit reproduite dans un livre d'art, alors qu'il en irait autrement si cette reproduction était faite à grande échelle par une compagnie de t-shirts. Au surplus, ce contrôle communautaire n'exclut pas la possibilité que l'artiste réalise des profits privés par le truchement de la vente ou de la reproduction de ses œuvres.

[69] Peut-être y aurait-il lieu ici de faire une distinction entre le régime anglo-américain de “copyright” et celui, euro-continentale, de “droit d’auteur”, le premier cherchant *grosso modo* à encourager l’avancement des idées et des connaissances en “récompensant” économiquement ceux qui contribuent à la réalisation de cet objectif et le second visant pour l’essentiel à ce que soient reconnus les droits naturels des créateurs sur leurs œuvres, cette reconnaissance étant considérée comme procédant de l’idée même de justice fondamentale. Voir: S. HANDA, “Canadian Copyright Theory”, texte non publié, Université McGill, 13 mars 1998, à la page 3. La controverse entourant la reconnaissance du droit moral de l’auteur, laquelle ne pose pas de problème dans les juridictions euro-continentales alors qu’il en va tout autrement dans celles anglo-américaines, nous semble témoigner de cette distinction philosophique fondamentale. Dans cette optique, on pourrait croire que la revendication autochtone d’un droit moral sur certains biens intellectuels s’inscrirait mieux dans la philosophie euro-continentale que dans la philosophie anglo-américaine, encore que cette dernière, parce qu’elle favorise un objectif dont la finalité est collective, savoir l’avancement des connaissances, semble un peu moins individualiste.

[70] *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42.

[71] Encore que l’on pourrait soutenir que la simple appropriation simulationniste d’un style ou d’une esthétique ne saurait même être véritablement associée à l’appropriation d’une idée, car un style ou une esthétique est trop informelle pour être qualifiée d’idée au sens strict, ce qui, le cas échéant, rendrait impossible un recours de droit commun où serait précisément alléguée l’appropriation illégale d’une idée. Voir sur cette question: M. GOUDREAU, “La protection extra contractuelle de l’idée et de l’information confidentielle au Canada et au Québec”, (1994) 6 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 221.

[72] Cet axiome du droit de la propriété intellectuelle sert à articuler la relation entre la protection du droit d’auteur, qui permet de récompenser économiquement un auteur ayant fait avancer la connaissance, et la liberté d’expression, dont un des fondements est la nécessité que soit créé un marché libre des idées. Voir E.H. WANG, *loc. cit.*, note 57, à la page 272. Pour une critique de cette dichotomie, voir notamment: E. LEFEBVRE, “De l’idée et de son expression: un concept dépassé?”, (1995) 7 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 387.

[73] *Moreau c. Vincent*, [1950] R.C. de l’É. 198, à la page 203. Le droit d’auteur, nous dit la *Loi*, existe sur toute œuvre *originale* (art. 5).

[74] Pour qu’un droit d’auteur existe, il faut en effet être en mesure d’identifier l’auteur de l’œuvre, qui est le premier titulaire du droit en question (*Loi sur le droit d’auteur*, *supra* note 70, art. 13).

[75] *Id.*, art. 2.

[76] Voir, *id.*, les articles 14.1 et 14.2.

[77] Aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur* ou, le cas échéant, des règles de droit commun applicables.

[78] *Supra*, note 67.

[79] Évidemment, ce genre de construction juridique, typique de la common law, ne saurait trouver application immédiate dans une juridiction civiliste comme le Québec. Peut-être pourrait-on cependant arriver à un résultat équivalent en usant des concepts civilistes comme le droit d’usage, le mandat, voire même les nouvelles dispositions concernant l’administration du bien d’autrui.

[80] Dans un autre jugement australien, on a reconnu de manière encore plus indirecte l’intérêt des peuples aborigènes sur le sort réservé à leurs dessins traditionnels. Ainsi, dans *Milpurrurru c. Indofurn Pty Ltd.*, (1994) 130 A.L.R. 659 (Cour fédérale d’Australie), la Cour, appelée à se prononcer sur une violation du droit d’auteur d’un artiste aborigène, s’appuya sur le droit coutumier autochtone pour évaluer les dommages subis. D’une part, elle accorda des dommages pour compenser la gêne et l’embarras qu’avaient subis dans leur communauté les artistes-fiduciaires en cause à la suite de l’appropriation illégale de dessins traditionnels utilisés dans leurs œuvres. D’autre part, elle accorda une somme globale à ces artistes, en tant que groupe, pour qu’ils se la divisent et en remettent une partie à leur communauté en application du droit coutumier aborigène. Voir aussi sur l’interaction de ce droit coutumier et du droit d’auteur: *Yumbulul and Reserve Bank of Australia et al.*, (1991) 21 I.P.R. 481 (Cour fédérale d’Australie).

[81] L.R.C. (1985), c. T-13.

[82] R.J. COOMBE, *loc. cit.*, note 36, à la page 269, note infrapaginale 104.

[83] Act of August 27, 1935, ch. 748, §1; 49 Stat. 891; 25 U.S.C. 305-305e.

[84] L.D. DuBOFF, *loc. cit.*, note 30, à la page 56.

[85] Voir le rapport suivant: *Indian Arts and Crafts Act of 1990*, House Report n° 101-400(1), dans United States Code Congressional and Administrative News, 101st Congress- Second Session. 1990, vol. 8, St. Paul, West Publishing Co., 1990, aux pages 6382-6383.

[86] Public Law n° 101-644, 104 Stat. 4662, codifié à 25 U.S.C. §§305a, 305d-305e et 18 U.S.C. §§1158-59 (Supp. II 1991).

[87] L.D. DuBOFF, *loc. cit.*, note 30, à la page 57.

[88] J.K. PARSLEY, "Regulation of Counterfeit Indian Arts and Crafts: An Analysis of the Indian Arts and Crafts Act of 1990", (1993) 18 *American Indian Law Review* 487, à la page 497.

[89] Sur la situation prévalant aux États-Unis en ce qui a trait à la protection des symboles et modèles autochtones, voir généralement: T. DOUGHERTY, "Group Rights to Cultural Survival: Intellectual Property Rights in Native American Cultural Symbols", (1998) 29 *Columbia Human Rights Law Review* 355. Par ailleurs, l'Australie, qui est décidément à l'avant-garde du débat juridique sur l'appropriation culturelle, a aussi légiféré pour protéger le patrimoine autochtone. Voir: *Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act*, Statutes of Australia, 1984, n° 79, tel qu'amendé, et particulièrement, la partie IIA de cette loi, qui accorde des pouvoirs de contrôle passablement étendus aux aborigènes de l'État de Victoria sur le sort de leurs biens culturels et intellectuels.

[90] M. SERNA, *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, Economica, 1997, à la page 74.

[91] Voir les articles 35 et 36 du *Code civil du Québec*, ainsi que l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Voir aussi *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

[92] D. HOWES, "Combating Cultural Appropriation in the American Southwest: Lessons from the Hopi Experience Concerning the Uses of Law", (1995) 10 *Canadian Journal of Law and Society* 129. Remarquons que l'étude du professeur Howes s'inscrit dans le contexte du droit américain.

[93] *Supra*, note 25. [94] *Supra*, note 67. La Cour affirma ceci à la page 13 (version Internet précitée): "In order to be successful, the applicants' foreshadowed argument that a right of ownership arises in artistic works and copyright attaching to them as an aspect of native title would appear to require that the Court accept that the inseparable nature of ownership in land and ownership in artistic works by Aboriginal people is recognized by the common law. The principle that ownership of land and ownership of artistic works are separate statutory and common law institutions is a fundamental principle of the Australian legal system which may well be characterized as "skeletal" and stand in the road of acceptance of the foreshadowed argument".

[95] Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 63. À noter, en Australie, le titre aborigène a été reconnu dans l'arrêt *Mabo c. State of Queensland*, (1992) 107 A.L.R. 1 (High Court of Australia). Sur l'impact de *Mabo* sur la propriété intellectuelle autochtone, voir: K. PURI, "Cultural Ownership and Intellectual Property Rights Post- *Mabo*: Putting Ideas into Action", (1995) 9 *Intellectual Property Journal* 293.

[96] Le professeur Peter Drahos estime à cet égard que la protection efficace de la propriété intellectuelle et culturelle des peuples autochtones passe nécessairement par la reconnaissance *étatique* de cette propriété, obligeant ainsi les autochtones à formuler leurs revendications en fonctions des possibles, mais aussi des limites, du régime occidental de la propriété intellectuelle. Voir: P. DRAHOS, "Indigenous Knowledge and the Duties of Intellectual Property Owners", (1997) 11 *Intellectual Property Journal* 179. Voir aussi: C.H. FARLEY, "Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?", (1997) 30 *Connecticut Law Review* 1.

[97] D. HOWES, *loc. cit.*, note 92, à la page 153.

[98] On retrouve pareille banalisation des problèmes liés à la liberté d'expression dans les rapports préparés par Mme Erica-Irene Daes concernant la protection du patrimoine autochtone. Voir notamment: E.I. DAES, *op. cit.*, note 49.

[99] Pour une discussion sur cette question, voir: G. OTIS et B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 48, à la page 23.

[100] Voir notamment: D. COLLIN, "Modernité et tradition dans le discours identitaire autochtone", *Recherches sociographiques*, vol. XXXV, n° n° 3, 1994, à la page 477.

[101] Pensons par exemple à l'impact de ces revendications en matière de génie génétique. Voir par exemple: K.H. CHING, "Indigenous Self-Determination in an Age of Genetic Patenting: Recognizing an Emerging Human Rights Norm", (1997) 66 *Fordham Law Review* 687; M. HANNIG, "An Examination of the Possibility to Secure Intellectual Property Rights for Plant Genetic Resources Developed by Indigenous Peoples of the NAFTA States: Domestic Legislations Under the International Convention for the Protection of New Plant Varieties", (1996) 13 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 175; N. ROHT-ARRIAZA, "Of Seeds and Shamans: The Appropriation of the Scientific and Technical Knowledge of Indigenous and Local Communities", (1996) 17 *Michigan Journal of International Law* 919.