L'icône et l'œuvre de l'esprit

Philippe Mouron

▶ **To cite this version:**

Philippe Mouron. L'icône et l'œuvre de l'esprit : De l'un des fondements religieux du droit d'auteur. Droit et religions. Annuaire, 2014, 7 (1), pp.49-66. hal-01485783v2

HAL Id: hal-01485783

https://amu.hal.science/hal-01485783v2

Submitted on 24 May 2020

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

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

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

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

L'ICÔNE ET L'ŒUVRE DE L'ESPRIT

De l'un des fondements religieux du droit d'auteur

-

***Annuaire Droit et religions*, volume 7, tome I, 2013-2014, pp. 49-66**

Philippe MOURON
Maître de conférences en droit privé
LID2MS – Aix-Marseille Université

« *Aucun juriste ne devrait concevoir l'exclusion totale de la force religieuse dans la création du droit* »[1].

Les rapports entre la religion et la propriété littéraire et artistique n'ont pas fait l'objet d'études approfondies. Seule a été envisagée l'opposition entre le droit d'auteur « continental » et le *copyright* « anglo-saxon »[2]. L'étude de ces rapports peut toutefois se révéler fructueuse à d'autres niveaux. En matière de droit d'auteur, « *les forces de l'esprit et de la matière s'affrontent sans ménagement* »[3]. C'est en effet de la distinction entre la matière et l'œuvre de l'(E)sprit qu'il va être question. Cette distinction est réputée fondatrice dans le droit de la propriété littéraire et artistique. Elle oppose l'œuvre de l'esprit, considérée comme immatérielle, aux supports qui permettent de la communiquer au public. La propriété de ces derniers n'emporte pas automatiquement celle de la première. Ainsi, le disque acheté dans le commerce ne constitue qu'un bien corporel ordinaire, l'acheteur n'ayant aucun droit sur les œuvres musicales qui y sont enregistrées. Du moins, il ne pourra que les écouter dans un cadre strictement privé. De même avec le livre, qui matérialise une œuvre littéraire. L'idée est applicable à tous les types d'œuvres, bien qu'elle soit moins évidente pour certaines[4]. Le droit d'auteur aurait ainsi pour objet toute œuvre de l'esprit, celle-ci étant conçue comme une entité immatérielle et transcendante, issue de la conception originale de

[1] RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 152

[2] BOUDREAU M., *Les rapports entre religion et droit : l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains*, Thèse Montpellier I, 2000, 334p.

[3] CHÂTEAU B., « L'évolution de la propriété littéraire et artistique », *L'évolution contemporaine du droit des biens – Troisièmes journées René Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990)*, PUF, Paris, 1991, p. 167

[4] Tel est le cas des œuvres graphiques et plastiques, où l'idée d'immatérialité semble peu adaptée ; pour plus de précisions, nous invitons le lecteur à consulter la thèse que nous avons consacrée à cette épineuse question : MOURON P., *Le droit d'exposition des œuvres graphiques et plastiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013, 764p.

l'auteur. Ce dernier peut ainsi l'exploiter par tout procédé de communication au public, nonobstant la nature et la pluralité des supports.

Néanmoins, cette distinction constitue en soi une fiction juridique dont le fondement est relativement récent dans le droit positif. L'article L 111-3 du Code de la propriété intellectuelle, prévoit, en son alinéa premier, l'indépendance de la propriété corporelle conférée à l'auteur de l'œuvre et la propriété de l'objet matériel. Cet article, issu de la loi du 11 mars 1957, n'est que le prolongement de la loi du 9 avril 1910, qui avait établi cette distinction pour la première fois[5]. L'objectif de cette réforme était de protéger les auteurs d'œuvres graphiques et plastiques, afin de garantir la distinction des deux droits de propriété. Un arrêt de la Cour de cassation, datant de 1842, avait en effet estimé que le droit de reproduction d'un tableau était automatiquement cédé avec celui-ci, conformément à l'article 544 du Code civil[6]. En l'absence de toute disposition contraire, cette solution était parfaitement logique. Nombre d'artistes s'y sont naturellement opposés, relayés en cela par une grande partie de la doctrine[7]. Celle-ci invoquait le caractère immatériel de l'œuvre de l'esprit pour exiger du législateur la distinction des droits de propriété. Depuis, la jurisprudence n'a eu de cesse de tirer les conséquences de ce principe, la doctrine continuant son œuvre de systématisation[8]. Jusqu'à la période la plus récente, l'idée d'une œuvre de l'esprit entièrement immatérielle demeure une conception universellement reconnue par la doctrine[9]. On peut toutefois s'interroger sur l'origine de cette conception doctrinale entérinée par le droit positif. L'idée ne va

[5] Loi du 9 avril 1910 relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art, *DP*, 1911, IV, pp. 32-35 (avec annotations) ; *Ann.*, 1910, III, pp. 46-84 (avec les travaux préparatoires)

[6] C. Cass., Ch. Réunies, 27 mai 1842, *DP*, 1842, I, pp. 297-304 ; *S.*, 1842, I, pp. 385-398, note G. MASSE, concl. DUPIN

[7] Voir notamment : VERNET H., *Du droit des peintres et des sculpteurs sur leurs ouvrages*, Imprimerie Édouard Proux et Cie, Paris, 1841, 32p. ; pour la doctrine, voir notamment : MORILLOT A., « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant », *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1872, p. 32 ; PATAILLE J., *Du droit de propriété des auteurs sur leurs œuvres et de la reproduction des objets d'art*, Imprimerie Large Levy et Cie, Paris, 1841, 8p.

[8] Pour quelques opinions marquantes du début du vingtième siècle : DE BORCHGRAVE, *Évolution historique du droit d'auteur*, Veuve Larcier, Bruxelles, 1916, pp. 66-81 ; ESCARRA J., RAULT J. et HEPP F, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, Paris, 1937, pp. 36-37 ; NAST M., note sous T. Civ. Seine, 1er avril 1936, *Dame Canal c./ Jamin*, *DP*, 1936, II, p. 68 ; OLAGNIER P., *Le droit d'auteur – Tome premier : Les principes – Le droit ancien*, LGDJ, Paris, 1934, pp. 22-45 ; PICARD E., « Embryologie juridique – Nouvelle classification des droits », *JDI*, 1883, pp. 580-581 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français – Tome III – Les biens*, LGDJ, Paris, 1926, pp. 554-556 (« l'objet du droit d'auteur est l'*idée* littéraire ou artistique, dont la jouissance s'exerce sous la forme de la reproduction »)

[9] DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1966, pp. 428-429 ; voir également : BENABOU V.-L., « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI*, janvier 2005, pp. 53-58 ; CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, Paris, 2009, pp. 234-236 ; GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 6ème éd., PUF, Paris, 2007, p. 292 ; LUCAS A. et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème éd., Litec, Paris, 2006, p. 135 et p. 189 ; POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, Collection Corpus Droit Privé, Paris, 2005, pp. 358-362

pas de soi dans la pratique et interroge le fondement même du droit d'auteur. La notion d'immatérialité dans le droit d'auteur semble souvent assimilée à celle d'incorporalité, laquelle revêt pourtant un autre sens dans la théorie classique. Les biens incorporels ne seraient ainsi constitués que de droits. Du moins, c'est ainsi qu'on qualifiait les « droits sur la chose d'autrui », distincts du droit de propriété, assimilé à un bien « corporel »[10]. En soi, le droit d'auteur peut constituer un tel bien incorporel, le droit de propriété du support matériel se réduisant alors à peau de chagrin. Si la distinction des droits semble donc acquise dans le droit positif, elle n'explique pas encore celle de leurs objets.

De ce fait, on peut légitimement se demander si la notion d'œuvre de l'esprit n'aurait pas une origine religieuse. Comme le relève un auteur contemporain, cette distinction peut être rapprochée, dans une optique philosophique, de « *la différence entre "le corps" et "l'âme"* »[11]. Ce rapprochement suppose d'examiner précisément certaines sources du droit d'auteur à l'aune de l'histoire de l'art et de l'histoire des religions. La référence à l'histoire peut se révéler édifiante pour mieux comprendre le développement des mécanismes destinés à protéger l'auteur. De même, les recherches menées dans ce domaine peuvent constituer un traceur efficace pour comprendre l'évolution du statut des œuvres et des artistes. A ce titre, un évènement particulier a été reconnu comme déterminant ; il s'agit du premier iconoclasme, survenu au huitième siècle[12]. Cet épisode eut en effet une grande importance, tant pour l'histoire de l'art que pour l'histoire du monde chrétien. C'est de cette période que les œuvres d'art ont acquis un caractère sacré, participant de la distinction entre le temporel et le spirituel. Cette piste de réflexion révèle nombre d'enseignements utiles pour la compréhension du droit d'auteur contemporain. Il importe d'en reprendre les grandes lignes afin de cerner cet héritage et d'affirmer clairement pourquoi le droit d'auteur comporte un tel fondement dans la religion chrétienne.

Ces sources intéressent principalement la distinction précitée entre l'œuvre de l'esprit et le support matériel, distinction initialement appliquée aux icônes (I). Elles expliquent ensuite comment l'œuvre de l'esprit a été théorisée comme une entité immatérielle dont la propriété est finalement revenue aux auteurs. C'est là que les juristes ont joué un rôle déterminant de stabilisation, en réutilisant les concepts religieux (II).

[10] JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, T. I, 3ème éd., Sirey, Paris, 1938, p. 762

[11] GAUTIER P.-Y., *ibid.*

[12] GOMBRICH E. H. J., *Histoire de l'art*, Phaidon, Paris, 2006 (réédition), pp. 109-110

I. Les sources religieuses de la distinction entre l'œuvre de l'esprit et le support matériel

La première crise iconoclaste survenue dans le monde chrétien au huitième siècle constitue le point de départ de réflexions sur le statut des saintes images. La problématique portait sur l'adoration que les fidèles doivent à ces dernières. Les byzantins considéraient initialement ces images comme de simples objets, l'adoration se muant alors en idolâtrie. Cela justifiait, à leurs yeux, l'iconoclasme. Il fut alors proposé de distinguer l'image de son support, l'adoration n'étant réservée qu'à la première.

Cette solution fut entérinée lors du Concile de Nicée (A) et allait fonder la distinction entre l'œuvre de l'esprit et le support corporel (B).

A. La solution du Septième Concile Œcuménique à la « Querelle des images »

Après la chute de l'Empire Romain d'Occident, l'abolition du paganisme fut un grand sujet de préoccupations. Le changement ne pouvait se faire du jour au lendemain ; certaines habitudes du culte païen se perpétuaient sous une « forme chrétienne ». L'adoration d'icônes était l'un de ces usages particulièrement répandu. Fallait-il maintenir ce type de représentations artistiques, notamment dans les églises, au risque de voir ressurgir le culte des idoles ? Les saintes images constituent-elles des objets ou des représentations d'un monde idéal et transcendant ? La réponse fut généralement affirmative mais ne cessera d'être débattue[13].

Le premier iconoclasme marquera l'apogée de ces discussions[14], préfigurant le schisme entre orthodoxes et catholiques (1). C'est pour éviter la rupture qu'une solution fut trouvée lors du deuxième Concile de Nicée, établissant la future distinction entre l'œuvre et le support (2).

1. La confusion de l'œuvre et du support à l'origine de la « Querelle des images »

L'intérêt des saintes images, principalement des icônes mais aussi des statues, était diversement apprécié avant qu'intervienne le premier iconoclasme.

Elles présentaient un grand intérêt du côté occidental de l'Église. Le pape Grégoire le Grand y voyait un intérêt pédagogique, estimant que « *la peinture peut être pour les illettrés ce que l'écriture est pour ceux qui savent lire* »[15]. Les icônes constituent ainsi un moyen efficace d'éducation pour les fidèles. Elles les « accompagnent », afin de rappeler à leur esprit l'image de

[13] OUSPENSKY L., *La théologie de l'icône dans l'Église orthodoxe*, Les éditions du Cerf, Paris, 2003, pp. 11-26

[14] HEFELE C. J., *Histoire des Conciles d'après les documents originaux*, T. III, 2ème partie, Letouzey et Ané, Paris, 1910 (traduction par Dom H. LECLERCQ), pp. 601-804

[15] Cité notamment par : GOMBRICH E. H., *op. cit.*, p. 107 ; OUSPENSKY L., *op. cit.*, p. 88

ceux auxquels ils adressent leurs prières[16]. « *Elles sont le livre du peuple et servent à l'instruction des ignorants* »[17]. C'est pourquoi l'art de la peinture a été perpétué au sein des monastères et dans les églises, en conservant et revisitant les acquis de l'Antiquité. Toutefois, la conception de Grégoire le Grand sera contestée pendant la « Querelle des Images », survenue lors du premier iconoclasme.

Les causes de ce mouvement sont variées. Si des questions de principe étaient officiellement soulevées par les iconoclastes, l'ampleur que prit le phénomène tient essentiellement aux excès de la culture byzantine. Continuité de l'empire romain, dans sa partie orientale, l'empire byzantin avait conservé, certainement avec plus de ferveur, les rites païens empruntés à l'ancienne religion. Il était donc normal que les débats y soient plus virulents que dans le reste du monde chrétien. De façon générale, les iconoclastes estimaient que le recours aux saintes images n'était ni plus ni moins que de l'idolâtrie. Ils réagissaient ainsi aux abus commis dans la vénération des images, lesquelles rappelaient le paganisme de l'Antiquité : « *cheveux déposés devant des icônes, des prêtres grattant des icônes pour en faire tomber la poussière dans le calice et communier ainsi les fidèles, d'autres prenant des icônes comme parrains de leurs enfants* »[18]. Ces mêmes excès intéressaient également la représentation du pouvoir. À l'iconographie chrétienne s'ajoutait une iconographie impériale, héritée du culte de l'empereur établi sous Auguste, les deux « répertoires » entretenant de nombreuses analogies[19]. La distinction entre le temporel et le spirituel n'en était que plus mise à mal. Cela était d'autant plus paradoxal que nombre de martyrs chrétiens avaient refusé de se soumettre à un tel culte du temps de l'ancienne religion[20]. On peut ajouter à ces causes l'influence de l'Islam sur l'empire byzantin, qui a certainement accentué la défiance vis-à-vis des icônes[21]. Enfin, les iconoclastes ramenaient leurs critiques à des questions fondamentales et considéraient que le Christ ne saurait être représenté hors l'Eucharistie. De ce fait, les icônes ne seraient que des objets matériels, que l'on ne saurait adorer sans retomber dans l'idolâtrie[22]. La confusion entre l'image et le support était donc totale. C'est pourquoi les détracteurs byzantins obtinrent

[16] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, T. V, Letouzey et Ané, Paris, 1953, p. 1257

[17] NAZ R., *Traité de droit canonique*, T. III, Letouzey et Ané, Paris, 1947, p. 93

[18] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – La civilisation byzantine*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'Humanité, Paris, 1950, p. 270 (rapportant la lettre de Michel II à Louis le Débonnaire, 824)

[19] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – Les institutions de l'empire byzantin*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'Humanité, Paris, 1949, p. 74 (« L'empereur, dit un évêque du commencement du Vème siècle, Sévérien de Gabala (Syrie), ne pouvant être partout à la fois, ses images suppléent à sa présence ») et pp. 85-89

[20] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – Les institutions de l'empire byzantin*, *op. cit.*, p. 72

[21] OUSPENSKY L., *op. cit.*, pp. 83-99

[22] OUSPENSKY L., *op. cit.*, p. 101 (« Au début, les positions des iconoclastes étaient très primitives et ils faisaient aux orthodoxes à peu près les mêmes reproches que certains protestants aujourd'hui : partant de l'interdiction vétérotestamentaire, ils les accusaient d'idolâtrer des pierres, des planches, des murs. »)

l'interdiction de toute représentation religieuse lors du Concile de Hiéréia en 754. Il s'ensuivit une vague de destruction des icônes dans tous les lieux de culte.

Cette « Querelle des images » mettait en relief l'intérêt que représente l'exposition des images dans les églises. Un nouveau Concile fut réuni pour trouver une solution à cette problématique.

2. La distinction de l'œuvre et du support comme solution à la « Querelle des images »

Le deuxième Concile de Nicée, tenu en 787, a permis de réhabiliter la vénération des saintes images, au prix d'une importante construction théorique fondée sur la distinction entre le matériel et le spirituel.

Ainsi, les saintes images seraient affectées d'une dimension sacrée qui les rend vénérables, non pour elles-mêmes, mais pour les Saints qu'elles représentent[23]. Dès lors, cela expliquerait que « *l'honneur rendu à l'image va à son prototype et celui qui vénère l'icône, vénère la personne qui y est représentée* »[24], cette personne étant issue d'un « *monde imaginal, lieu inclus entre le monde matériel et le monde spirituel* »[25]. Comme l'affirmait Saint Jean Damascène (676-749), grand iconodoule contemporain de la Querelle, l'icône n'est qu'un reflet perceptible aux sens humains[26]. C'est là qu'apparaît, pour la première fois, l'idée d'un monde exclusivement accessible par la pensée, l'icône n'étant qu'un point de contact avec la réalité. Elle est une reproduction de ceux qui se sont incarnés et dont on doit conserver le souvenir. « *L'icône, donc, est ressemblance, modèle, représentation montrant par elle-même celui dont elle est l'icône. L'icône, par ailleurs, n'est pas le prototype même, c'est-à-dire celui qui est représenté. Autre est l'icône, autre le sujet* »[27]. La distinction entre l'image et le support corporel doit donc gouverner la vénération des icônes. Sur la base de ces arguments, la question fut réglée par la signature d'un décret lors de la septième session du Concile[28]. Deux de ses canons (sept et neuf), dans des dispositions succinctes mais claires, affirment la fin du mouvement iconoclaste[29]. L'impact de la vénération des saintes images

---

[23] ANDRÉ M., *Cours alphabétique et méthodique de droit canon*, T. II, J. P. Migne, Paris, 1862, pp. 191-192 et 579-580 ; DURAND DE MAILLANE P. T., *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, T. II, J.-B. Bauche, Paris, 1761, p. 277 ; NAZ R., *Traité de droit canonique*, *op. cit.*, p. 93 ; PELTIER A.-C., *Dictionnaire universel et complet des Conciles tant généraux que particuliers*, T. II, Ateliers Catholiques du Petit-Montrouge, Paris, 1847, pp. 111-112

[24] HEFELE C. J., *op. cit.*, p. 773

[25] LELOUP J.-Y., *L'icône – Une école du regard*, Le Pommier, 2001, p. 12

[26] SAINT JEAN DAMASCÈNE, « Troisième discours contre ceux qui rejettent les saintes icônes » (traduit et annoté par E. PONSOYE), *in Saint Jean Damascène – Œuvres choisies*, p. 112 ; voir également : ABU QURRA T. (755-830), *Un traité sur la vénération des saintes images*

[27] SAINT JEAN DAMASCENE, *op. cit.*, pp. 118

[28] HEFELE C. J., *op. cit.*, pp. 772-774

[29] HEFELE C. J., *op. cit.*, pp. 781-783

prenait ainsi une valeur beaucoup plus essentielle. Pour prévenir d'éventuelles dérives, leur fabrication devait être strictement encadrée, tant sur le fond que sur la forme. Les actes du Concile rappelèrent que la création des images doit obéir à certaines règles traditionnelles, ce qui explique leur caractère stéréotypé. Par ailleurs, leur exposition dans les lieux de culte ne saurait se multiplier à outrance, au risque de disperser la foi des chrétiens. Elle doit donc être relativement limitée et justifiée.

La Querelle ne s'éteignit pas immédiatement pour autant. La portée de ces canons fut mal perçue en Occident, du fait d'une lamentable erreur de traduction du grec au latin. De ce fait, le Concile fut perçu comme proclamant la vénération des icônes égale à celle des saints. Les occidentaux répliquèrent avec les *Livres carolins*[30], expression de l'iconoclasme (modéré) de Charlemagne, puis par l'organisation de deux nouveaux Conciles, tenus respectivement à Francfort en 794[31], puis à Paris en 825[32]. Sans proscrire la vénération des icônes, ces deux Conciles ne l'encouragèrent pas pour autant[33]. Le caractère œcuménique du Concile de Nicée fut même contesté, ses canons étant considérés comme reflétant un « trait » culturel des byzantins qui n'était pas universellement partagé dans le monde chrétien[34]. Cette différence fondamentale anticipait sur le schisme de 1054, entraînant la séparation des Églises catholique et orthodoxe. L'indifférence des chrétiens occidentaux à cet égard tranchait nettement avec le culte que les byzantins vouèrent aux icônes dans les siècles suivants[35]. Si une nouvelle vague d'iconoclasme allait à nouveau intervenir au siècle suivant, celle-ci permettrait d'entériner encore davantage la doctrine de la distinction entre l'œuvre et le support. Les arguments du Pape Grégoire quant à l'éducation des fidèles allaient même être repris, afin d'encadrer la tradition iconographique[36].

Du côté occidental, les canons du Concile de Nicée allaient quand même être respectés et systématisés pour les siècles suivants notamment lors du Concile de Trente[37], en dépit de cette différence de perception pratique.

---

[30] HEFELE C. J., *op. cit.*, pp. 1061-1091

[31] HEFELE C. J., *op. cit.*, pp. 1045-1060

[32] Pour un résumé de ces Conciles, voir : OUSPENSKY L., *op. cit.*, pp. 124-126

[33] HEFELE C. J., *op. cit.*, p. 1068

[34] OUSPENSKY L., *op. cit.*, p. 124 (citant un passage des *Livres carolins* selon lequel : « Ceux-ci (les Grecs) mettent presque tout leur espoir dans les icônes, alors que nous, nous vénérons les saints dans leurs corps ou plutôt dans leurs reliques ou dans leurs vêtements suivant la tradition des Pères anciens. ») ;

[35] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – La civilisation byzantine, op. cit.*, pp. 272-277

[36] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – La civilisation byzantine, op. cit.*, p. 271

[37] PELTIER A.-C., *op. cit.*, T. I, pp. 829-930 (Concile de Francfort, 794), pp. 1277-1278 (premier Concile de Milan, 1565), pp. 1061-1159 (Concile de Trente, 1542-1563)

cc BY NC ND

B. La sacralisation des icônes héritée du Septième Concile Œcuménique

La distinction établie lors du Concile de Nicée allait considérablement changer la perception des saintes images dans leur dimension strictement artistique. Celles-ci peuvent déjà être considérées comme des œuvres d'art, d'autant plus que la diffusion de l'art et des artistes byzantins serait plus tard l'un des facteurs de la Renaissance[38]. Pour cette raison, les œuvres n'allaient plus être regardées comme de simples objets mais seraient dotées d'une véritable *aura*, preuve de leur transcendance sur les supports matériels.

Le caractère sacré des icônes (1) conférait ainsi un caractère incorporel aux œuvres d'art (2), ce qui préfigurait la distinction fondatrice du droit d'auteur.

1. Les icônes, un lien sacré entre le temporel et le spirituel

La principale évolution à retenir est l'apparition du caractère sacré des images exposées aux fidèles. D'une certaine façon, ce caractère tendait à établir une distinction entre la propriété « temporelle » et la propriété « spirituelle » des œuvres. L'icône permet de communiquer avec « un autre monde », que seule la pensée peut percevoir.

« *Certes, l'icône n'a pas de réalité propre ; en elle-même, elle n'est qu'une planche de bois ; c'est justement parce qu'elle tire toute sa valeur théophanique de sa participation au "tout autre" au moyen de la ressemblance, qu'elle ne peut rien enfermer en elle-même, mais devient comme un schème de rayonnement. L'absence de volume exclut toute matérialisation, l'icône traduit une présence énergétique qui n'est point localisée ni enfermée, mais rayonne autour de son point de condensation* »[39]. L'étymologie même suffit pour faire le lien avec la notion d'œuvre « de l'esprit », l'icône faisant référence à un monde « spirituel », doté lui-même d'un caractère incorporel[40]. Les arguments invoqués lors de la « Querelle des Images », et repris dans les Conciles postérieurs à celui de Nicée, en témoignent parfaitement. Les tenants du culte des images affirmaient l'existence d'un « monde céleste », dont les œuvres ne seraient que des reflets[41]. Les actes du Concile de Trente en font également état. La vingt-cinquième session du Concile, menée en 1563, est assez explicite sur ce point. Ainsi, la vénération est due aux images du Christ, de la Vierge et des autres Saints, « *non que l'on croie qu'il y ait en elles quelque divinité ou quelque vertu pour laquelle on leur doive rendre ce culte* […] *mais parce que l'honneur qu'on leur rend est référé aux originaux*

[38] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – La civilisation byzantine, op. cit.*, p. 276 et p. 551

[39] EVDOKIMOV P., *L'art de l'icône – Théologie de la beauté*, Desclée de Brouwer, 1972, p. 154

[40] LELOUP J.-Y., *L'icône, une école du regard*, Le Pommier, Paris, 2001, p. 16 (« L'icône n'est pas seulement symbole, mais présence de l'incorporel, présence et absence paradoxale de Celui qui Est toujours présent et toujours inaccessible. Absence charnelle et présence spirituelle »)

[41] GOMBRICH E. H., *op. cit.*, pp. 109-110 (« Nous n'adorons pas ces images elles-mêmes, comme le faisaient les païens, nous adorons Dieu et les saints dans leurs images ou à travers leurs images »)

qu'elles représentent ; de manière que par le moyen des images que nous baisons […] *nous adorons Jésus-Christ et nous rendons nos respects aux saints dont elles portent la ressemblance* »[42]. Il fut également affirmé que « *l'intention de celui qui prie doit se porter vers la chose, signifiée, au lieu de s'arrêter à la matière ou au signe extérieur, qui n'entend, ne voit et ne sent en aucune sorte* »[43]. Ce raisonnement permet d'exclure toute idolâtrie, le support étant relégué au rang d'un simple objet. Il permet d'établir une distinction entre le monde temporel et le monde spirituel, les saintes images n'étant que la jonction entre les deux. « *L'icône, point matériel de ce monde, ouvre une brèche ; le Transcendant y fait irruption et les vagues successives de sa présence transcendent toute limite et remplissent l'univers* » [44]. Cette conception se comprend également au regard de la hiérarchie établie au niveau de la vénération des images : celles-ci ne peuvent faire l'objet que du « salut », de « l'adoration d'honneur », encore appelés « culte de *dulie* », et non de la « véritable *latrie* », réservée à la « nature divine », autrement dit au monde spirituel[45].

Cela est bien la preuve qu'il existe un « monde intellectuel », accessible principalement par la pensée et incidemment par les sens.

2. L'icône potentiellement concevable comme une chose incorporelle

La postérité du Concile de Nicée constitue donc une évolution majeure par rapport aux conceptions de l'Antiquité. Une étape essentielle était franchie avant la reconnaissance de la pleine propriété de l'auteur sur l'œuvre.

Les romains avaient déjà conceptualisé les choses incorporelles, que ce soit sur le plan philosophique comme sur le plan juridique. On peut ainsi citer les *Topiques* de Cicéron, dans lequel le célèbre auteur évoque « *les choses qu'on ne peut ni toucher, ni montrer, mais qu'on ne voit que par l'esprit, par l'intelligence* »[46]. Sur cette base, peut-on admettre que les œuvres de l'esprit aient été des choses incorporelles dès l'Antiquité romaine ? Nul doute qu'une définition aussi générale que celle qui a été donnée puisse inclure les œuvres en tant que notion. Il est permis de penser que les romains savaient concevoir l'œuvre de l'esprit comme une « permanence abstraite ». La notion de chose incorporelle était entendue de façon très large par les philosophes, puisqu'elle incluait en

[42] ANDRÉ M., *op. cit.*, pp. 191-192 ; PALLAVICINO S., *Histoire du Concile de Trente*, T. III, Paris, 1845, pp. 632-633

[43] PELTIER A. C., *op. cit.*, T. I, p. 445 ; voir également : EVDOKIMOV P., *op. cit.*, p. 180 ; LELOUP J.-Y., *op. cit.*, p. 10

[44] EVDOKIMOV P., *op. cit.*, p. 169

[45] ANDRÉ M., *op. cit.*, pp. 579-580 ; DURAND DE MAILLANE P. T., *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale, conféré avec les maximes et la jurisprudence de France*, T. II, J.-B. Bauche, Paris, 1761, p. 277 ; PELTIER A.-C., *op. cit.*, T. II, pp. 111-112 ; SERIAUX A., *Droit canonique*, PUF, Paris, 1996, p. 633

[46] *Les Topiques*, traduit par M. DELCLASSO *in Œuvres complètes de Cicéron*, C. L. F. Panckoucke, Paris, 1835, p. 231

fait toutes les « notions » forgées par l'esprit de l'homme. Cela laisse supposer que d'autres objets puissent y être rangés au sens strict. Sur le plan juridique, la chose incorporelle a aussi connu d'importants développements, tout simplement parce que « *le droit, qui est incorporel, ne peut être appréhendé avec la main* »[47]. L'idée aurait dès lors pu être appliquée en matière artistique, ce d'autant plus qu'une propriété « éminente » des œuvres d'art semble avoir été élaborée par le droit public romain, en considération d'un intérêt culturel[48]. Cependant, il ne semble pas que les romains soient allés plus loin en termes de conceptualisation. Ce régime de domanialité publique des œuvres poursuivait certainement un intérêt général de nature culturelle, mais il n'était conçu qu'en des termes strictement matériels. Les œuvres n'étaient appréhendées que dans leur corporalité, et aucun texte ne semble attester d'une quelconque distinction entre l'œuvre et le support. Cela est cohérent au vu de la notion juridique de chose incorporelle (*res incorporales*). Celle-ci n'incluait que des droits à proprement parler[49], nullement des constructions abstraites de nature non juridique. La distinction juridique entre l'œuvre et le support ne peut donc remonter à l'Antiquité.

Elle n'a pu être établie que par le Concile de Nicée, comme en attestent les développements précédents. Ce n'est qu'à partir de ce moment de l'histoire que les œuvres d'art ont commencé à acquérir un caractère intellectuel. Au-delà de l'objet, les icônes font référence à un monde intelligible par la pensée, dont les sujets sont aussi intemporels que leurs représentations. Ces bases plus stables permettront de fonder la distinction bien nommée entre le *corpus mysticum* (l'œuvre) et le *corpus mecanicum* (le support)[50]. Le caractère sacré de l'icône permettra de lui conférer une *aura* rayonnante sur les fidèles.

C'est de cette *aura* que sera tirée la notion d'œuvre de l'esprit dans le droit positif. Celle-ci n'est qu'une transposition dans la loi civile de l'œuvre de l'Esprit.

[47] GAUDEMET J., *op. cit.*, pp. 220-221 (citant une affirmation de Quintilien)

[48] SALEILLES R., *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, L. Larose et Forcel, Paris, 1889, 139p.

[49] GAIUS, *Institutes*, I, II, § 14 ; JUSTINIEN, *Institutes*, II, II, § 2 ; voir également : RAMPELBERG R.-M., « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *Arc. Phil. Droit*, T. 43, 1999, p. 36

[50] BONDIA ROMAN F., « L'achat-vente d'une œuvre d'art en droit espagnol », *RIDA*, n° 208, avril 2006, p. 32 ; VICENT LOPEZ C., « Nouveaux aspects du droit d'exposition : Analyse comparative », *RIDA*, n° 179, janvier 1999, p. 104

II. Les sources religieuses du droit de propriété littéraire et artistique

La distinction fondamentale jouera un rôle majeur dans la reconnaissance de la propriété des auteurs ; elle légitimera, pour la doctrine, la distinction des propriétés corporelle et incorporelle.

Il restait cependant à reconnaître l'individualité de l'artiste et, à travers lui, l'originalité de la création (A). Au-delà des principes, le statut des icônes permettra d'élaborer une conception cohérente de la notion d'œuvre de l'esprit, applicable à tous les genres de création artistique. L'idée sera enfin reprise par les juristes, déjà bien avant les lois révolutionnaires relatives au droit d'auteur (B).

A. L'apparition progressive de la notion d'auteur

Si le Concile de Nicée eût effectivement une portée essentielle sur le plan théorique, sa vocation première était de réagir aux excès commis dans la vénération des saintes images.

Il en résulta un encadrement strict de la création artistique, celle-ci devant obéir à une tradition qui deviendra multiséculaire (1). Plus tard, à l'époque de la Renaissance, les artistes allaient se réapproprier les œuvres en leur imprimant leur personnalité, sans que celles-ci y perdent de leurs caractères intellectuel et sacré (2). La notion d'auteur, au sens contemporain du terme était donc en devenir.

1. La tradition initialement imposée aux auteurs

Les acquis du Concile de Nicée ont largement influencé le mode de création des œuvres.

Dans les premiers temps, on ne peut en tirer aucune avancée notable pour les artistes. L'encadrement de la création était strict, ne laissant qu'une faible marge de manœuvre aux créateurs[51]. La fabrication des icônes et des tableaux doit glorifier les personnages et scènes décrits par les textes sacrés. « *Dieu n'a commandé de faire des images que pour nous émouvoir à la dévotion, pour rafraîchir notre mémoire et nous représenter les mystères de notre rédemption* »[52]. C'est pourquoi le travail est précisément encadré, et doit rester fidèle aux images traditionnelles, par exemple celles du Christ et des autres Saints. L'intérêt pour l'art se limite donc à une fonction collective et spirituelle, visant à éduquer les masses et exalter le souvenir des Saints. La recherche esthétique ne poursuit aucun autre but et ne doit pas s'écarter des cadres fixés. Le Concile de Trente affirmait ainsi l'exclusion de « *toutes les recherches indécentes d'une beauté profane* »[53]. La notion d'originalité, si chère au droit d'auteur, est alors totalement inconnue des artistes. Ceux-ci se

[51] EVDOKIMOV P., *op. cit.*, pp. 183-186 ; OUSPENSKY L., *op. cit.*, pp. 151-152

[52] HEINICH N., *Du peintre à l'artiste – Artisans et académiciens à l'âge classique*, Ed. de Minuit, Paris, 1993, p. 38 et s. (citant une lettre du janséniste Arnauld, adressée au peintre Philippe de Champaigne)

[53] PALLAVICINO S., *op. cit.*, p. 634

cc BY NC ND

bornent à reproduire les modèles anciens et mémorables[54], ouvrant ainsi une longue tradition de reproduction des mêmes icônes. Les variations de style sont marginales, le but n'étant pas d'apprécier la valeur artistique de l'œuvre[55]. L'artiste œuvrait pour le culte et non pour lui-même[56]. Son but était seulement d'établir le lien entre le monde des fidèles et le monde divin. La sacralisation de l'œuvre ne faisait qu'annihiler la part qui leur serait attribuable[57]. Ceux-ci cultivaient l'anonymat et ne songeaient pas à tirer quelque profit de leur création.

Quant à l'œuvre en elle-même, la condition matérielle restera de principe pendant plusieurs siècles. Sur le plan strictement juridique, elle est avant tout un objet corporel ce qui renforce encore plus l'indifférence à la composition de son auteur[58]. L'œuvre n'est considérée que dans sa dimension fonctionnelle, le régime de propriété corporelle étant le plus à même d'assurer cette finalité. Au-delà de sa création, c'était aussi sa diffusion qui était encadrée. Épurées de toute référence temporelle, les saintes images assuraient une éducation simple et cadrée du peuple, dans un langage qui lui était accessible. L'exposition était un moyen et non une fin, l'objectif étant de cultiver la foi des fidèles. A ce titre, elle faisait également l'objet de limitations très précises[59]. Le Code de droit canonique fait état de cette tradition si ancienne. La finalité éducative de l'exposition transparaît à travers certains canons, de même que la limitation du nombre d'œuvres exposées[60]. La vénération des images poursuit la « *sanctification du peuple de Dieu* », mais elle doit se limiter à la seule image de Marie, ainsi qu'à celles des Saints, « *dont l'exemple en vérité édifie tous les fidèles et dont l'intercession les soutient* »[61]. L'exposition dans les lieux de culte est également réglementée de manière à ne pas détourner l'attention des fidèles[62]. Le Code de 1917 était à ce niveau beaucoup

[54] GOMBRICH E. H., *op. cit.*, p. 124

[55] OUSPENSKY L., *op. cit.*, p. 155 (« *Dans l'icône,* [la sainteté] *peut seulement être indiquée à l'aide de formes, de couleurs et de lignes symboliques, par un langage pictural institué par l'Église et joint au strict réalisme historique* »)

[56] GAIRAL E., *Les œuvres d'art et le droit*, Imprimerie Paul Legendre et Cie, Lyon, 1900, pp. 64-65 ; PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVIème siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg III, 1999, p. 4

[57] GAUBIAC Y., *La théorie de l'unité de l'art*, Thèse Paris II, 1980, pp. 271-272

[58] VAUNOIS A., *De la propriété artistique en droit français*, Thèse, Paris, 1884, p. 89 (qui décrit la consistance de l'œuvre d'art sur la base d'une distinction tripartite : le sujet, qui est du domaine public ; le support, objet de propriété matérielle ; la composition, objet de propriété intellectuelle de l'auteur)

[59] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, *op. cit.*, pp. 1257-1258

[60] Voir dans les canons 1186 à 1190 du Code de 1983, qui déterminent le régime du « culte des saints, des saintes images et des reliques », *in* Code De Droit Canonique annoté (traduction par A. SORIA-VASCO, H. LAPLANE et R.-P. M.-A. CHUECA), Éditions du Cerf, Paris, 1989, pp. 653-655

[61] Can. 1186

[62] Can. 1188 : « La pratique qui consiste à proposer dans les églises des saintes images à la vénération des fidèles sera maintenue ; toutefois ces images seront exposées en nombre modéré et dans un ordre convenable, pour ne pas susciter l'étonnement du peuple chrétien et de ne pas donner lieu à une dévotion plus ou moins sûre »

plus précis dans ses exigences et attachait une plus grande importance à l'impact de l'exposition sur les esprits[63].

Ces brefs développements confirment l'absence d'évolution de la création artistique. Toutefois, l'élaboration d'un « monde divin », avec ses sujets érigés en « permanences abstraites », entre parfaitement dans le champ de l'incorporel au sens philosophique du terme. La distinction établie par le Concile de Nicée était perçue dans la pratique. Il ne restait plus aux artistes qu'à s'emparer de la dimension immatérielle de l'œuvre.

2. L'originalité finalement conquise par les auteurs

Il faudra attendre la Renaissance pour que les créations se personnalisent et que les artistes en soient reconnus moralement propriétaires de leurs œuvres. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette évolution fondamentale.

Les artistes s'affranchirent définitivement de la tutelle religieuse[64] et s'emparèrent des œuvres en leur « imprimant » leur personnalité. Ils explorent de nouveaux domaines de création, tant sur le fond que sur la forme. Les sujets devinrent de plus en plus profanes et les compositions de plus en plus personnelles. Surtout, une attache personnelle commence à apparaître entre l'œuvre et l'auteur. L'habitude de signer les œuvres apparaît à cette époque, ce qui marque les prémices du droit de paternité. « *L'objet, en devenant objet marqué, acquiert une valeur d'objet unique, il "prend corps". La marque, aussi discrète soit-elle, lui confère une origine, le rattache au procès de production, de création, dont elle est le terme fina*l »[65]. La sécularisation des institutions et la laïcisation de la société allaient quasiment ériger les artistes au rang de Saints[66]. Si le divin disparaîtra, le sacré demeurera à travers l'*aura* de l'œuvre d'art. Le caractère intellectuel de la représentation artistique va demeurer malgré le changement de ses sujets. Cela donnera lieu à de nombreux développements dans l'histoire de l'art. Ainsi en est-il de Lessing, dans l'ouvrage qu'il a consacré au célèbre groupe du *Laocoon*[67], sculpture essentielle dans le mouvement de la

[63] Can. 1279 : « § 1 Nul ne peut placer ou faire placer, tant dans les églises que dans les autres lieux sacrés, même exempts, aucune image insolite, à moins qu'elle n'ait été approuvée par l'Ordinaire du lieu ; § 2 L'Ordinaire ne doit pas autoriser l'exposition publique des images sacrées qui ne sont pas en harmonie avec l'usage approuvé par Église ; § 3 L'Ordinaire ne doit jamais permettre, dans les églises ou les autres lieux sacrés, de présenter des images d'un faux dogme ou qui n'offrent pas la décence et l'honnêteté voulues, ou qui soient une occasion d'erreur dangereuse pour des gens peu instruits […] »

[64] LESSING G. E., *op. cit.*, p. 96 (le caractère religieux finira même par exclure la qualification d'œuvre d'art, au motif qu'il n'exprime pas assez la subjectivité de l'auteur, ni le souci esthétique de sa création)

[65] FRAENKEL B., *La signature*, Gallimard, Paris, 1992, p. 173 ; GAUBIAC Y., *op. cit.*, pp. 273-275

[66] BOUDREAU M., *op. cit.*, p. 220-235

[67] LESSING G. E., *Laocoon ou des frontières de la peinture et de la poésie*, Hermann, Coll. Savoir sur l'art, Paris, 1990, 239p.

Renaissance. Selon lui, « *pour ses compositions, qui supposent la simultanéité, la peinture ne peut exploiter qu'un seul instant de l'action et doit par conséquent choisir le plus fécond, celui qui fera le mieux comprendre l'instant qui précède et celui qui suit* »[68]. Autrement dit, l'artiste doit imaginer mentalement la scène dont il ne livre qu'un instantané. Celui-ci doit se focaliser sur le moment le plus opportun, le spectateur devant, lui aussi, imaginer mentalement l'« avant » et l'« après » de cette image figée. En gagnant la figuration du mouvement et en s'attaquant à des sujets profanes, la création artistique ne perdait rien de ses caractères sacré et immatériel. Le support corporel ne livrerait que l'image furtive d'un ensemble d'idées et de faits que seule la pensée peut percevoir. Dans le même ordre d'idées, mais au vingtième siècle, Walter Benjamin mettra en évidence que la fonction rituelle des œuvres d'art est à la source de leur *aura*, car elles ne sont que « *l'unique apparition d'un lointain, si proche soit-il* »[69].

Une propriété « morale » de l'œuvre fera ainsi son apparition, à travers la reconnaissance de la qualité d'auteur. Elle donnera plus tard naissance à une propriété juridique fondatrice du droit d'auteur. C'est paradoxalement la religion qui légitimera l'appropriation des biens[70], au premier rang desquels le droit d'auteur occupe une place essentielle.

B. L'apparition progressive de la notion d'œuvre de l'esprit

La conception d'un « monde spirituel », dont les icônes ne seraient que le reflet, anticipait naturellement sur une certaine idée de la notion d'œuvre de l'esprit, considérée comme distincte de la matière. L'idée était initialement appliquée à tous les types d'œuvres, l'écriture et la peinture étant considérées comme équivalentes sur le plan religieux.

Une fois encore, l'idée préfigure la notion contemporaine d'œuvre de l'esprit, qui ne distingue pas en fonction du genre (2). C'est pourtant en matière littéraire que la distinction entre l'œuvre et le support sera initialement appliquée par les juristes, ouvrant ainsi la voie à la consécration de la *propriété littéraire* (1).

1. Du Droit de Dieu au Droit de l'homme : l'œuvre de l'esprit appréhendée par les juristes

La distinction établie lors du Concile de Nicée allait être employée par les juristes pour fonder le droit de propriété de l'auteur sur ses œuvres. L'idée apparût alors que l'imprimerie et la gravure connaissaient un développement exponentiel. Ces nouveaux moyens de communication faisaient alors l'objet de privilèges, véritables monopoles permettant aux imprimeurs et graveurs d'exercer leur profession. Cependant, ces privilèges n'étaient pas systématiquement accordés aux auteurs,

[68] LESSING G. E., *op. cit.*, pp. 120-121

[69] BENJAMIN W., *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, Allia, Paris, 2007 (réédition), pp. 22-23 (note de bas de page)

[70] GÉNY F., « La laïcité du droit naturel », *Arch. Phil. Droit*, 1933/3, p. 24

alors même qu'il s'agissait de l'impression de leurs propres œuvres. Les contentieux alors intervenus ont permis de développer une véritable doctrine préfigurant la reconnaissance du droit d'auteur. La notion d'œuvre immatérielle allait trouver sa place dans ces développements. Les mutations que connaît alors la pensée juridique française marque le passage du droit de Dieu au droit de l'homme[71] ; c'est ainsi que la distinction entre le temporel et le spirituel va perdre de son caractère divin au niveau de la création littéraire et, en principe, artistique.

C'est notamment au célèbre avocat Marion que l'on doit le premier emploi de la distinction entre l'œuvre et le support. Ce dernier s'impliqua, à la fin du seizième siècle, dans plusieurs litiges intéressant les privilèges de librairie. Marion établit ainsi, par trois plaidoiries déclamées entre 1583 et 1590, les bases juridiques d'une distinction entre le « livre papier » et le « livre esprit », ce dernier appartenant, de façon originaire, à l'auteur[72]. Sa première plaidoirie, en date du 14 mars 1583, marque la première étape de ce raisonnement. L'affaire était relative au privilège d'impression d'un recueil de droit canon. Selon Marion « *il y a des liures tellement composées, que si on les estime comme un papier écrit, c'est chose temporelle qui peut être vendue en toute liberté ; mais si on les regarde comme étant l'écriture sainte et sacrée, c'est chose spirituelle, qui ne peut admettre ni troc ni prix. Et le droit canon est de cette espèce* »[73]. A l'évidence, il s'appuyait sur le caractère sacré du texte en cause pour l'ériger au rang spirituel. En l'espèce, le recours à cette distinction légitimait l'annulation d'un privilège d'impression, assurant la liberté de reproduction du recueil en cause. C'était en fait reconnaître que le « livre spirituel » appartenait au domaine public. L'idée d'une distinction entre temporel et spirituel applicable aux œuvres littéraires était ainsi posée, « *conception spiritualiste, si l'on veut, qui a repris, en la laïcisant, la distinction du corps et de l'âme* »[74]. Marion allait réutiliser cette référence au sacré pour justifier à nouveau l'annulation d'un privilège. C'est ce qui fait l'objet de la seconde plaidoirie, en date du 15 mars 1586 : « *les hommes, les uns envers les autres, par un commun instinct, reconnaissent tant chacun d'eux, en son particulier, être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose ; que même, parlant humainement de la grandeur de Dieu et de sa puissance sur les choses créées, ils disent le ciel et la terre lui appartenir, parce qu'ils sont l'œuvre de sa parole ; le jour et la nuit être vraiment siens, parce qu'il a fait l'aurore et le soleil. De manière qu'à cet exemple l'auteur d'un livre en est du tout maître, et comme tel en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée,*

[71] RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, coll. Leviathan, Paris, 2003, p. 6

[72] DOCK M.-C., *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, Paris, 1962, pp. 78-79 ; EDELMAN B., *Le sacre de l'auteur*, Éditions du Seuil, Paris, 2004, pp. 104-107 ; VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur*, 1ère éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 11

[73] MARION Me S., *Plaidoyez de M Simon Marion, Baron de Druy, ci devant advocat en Parlement et de présent conseiller du Roy en son Conseil d'Etat, son advocat général – Revus, corrigez et augmentez outre les précédentes impressions*, M. Sonnius, Paris, 1598, p. 4

[74] EDELMAN B., « L'"image" d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », note sous CA Paris, 4ème Ch., 31 mars 2000, *Panisse Passis c./ Soc. Nouveaux Loisirs*, *D.*, 2001, comm., p. 772

[…] *par une espèce de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelque temps* »[75]. Une nouvelle assimilation entre l'œuvre divine et celle de l'auteur est ainsi établie. C'est ce qui justifie, pour Marion, l'octroi de ce « droit de patronage » sur l'impression de l'œuvre. Enfin, la troisième plaidoirie, en date du 18 avril 1590, appelle peu de remarques, bien qu'elle confirme la conception qui vient d'être exposée[76]. L'affaire était relative au privilège d'impression de missels et autres livres de prières. Marion y adopte un langage très poétique et se place du point de vue des lecteurs, les fidèles, qui doivent percevoir, au-delà des écritures imprimées, le monde spirituel vers lequel tendent leurs prières. La qualité, voire même la beauté de la reliure apparaît essentielle pour réaliser cette démarche. On retrouve quand même certains éléments du Concile de Nicée, notamment l'idée que la prière doit être guidée par la beauté des images. La conception qu'il a dégagée de ces plaidoiries ne rencontra pas d'écho particulier à l'époque. Mais l'idée d'un « au-delà » spirituel véhiculé par un objet temporel faisait son chemin. L'usage de cette distinction apparaissait ainsi comme une fiction juridique, au sens plein du terme[77].

La pensée de Marion fut précisée ultérieurement par Louis d'Héricourt en 1725. Celui-ci affirma explicitement l'idée d'une propriété « originaire » de l'œuvre qui serait par principe attribuée à l'auteur, indépendamment des privilèges[78]. Ceux-ci n'auraient pour but que de protéger les libraires qui auraient acquis les manuscrits des ouvrages à éditer. Ainsi affirme-t-il cette propriété : « *Un manuscrit,* […] *est en la personne de l'auteur un bien qui lui est tellement propre, qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller que de son argent, de ses meubles, ou même d'une terre, parce que c'est le fruit de son travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré pour se procurer, outre l'honneur qu'il en espère, un profit qui lui fournisse ses besoins, et même ceux des personnes qui lui sont unies par les liens du sang, de l'amitié, ou de la reconnaissance* ». Enfin, Linguet précisera encore ces idées dans les années 1770[79]. Selon lui, « *S'il y a une propriété sacrée, incontestable, c'est celle d'un auteur sur son ouvrage. Ce n'est pas un domaine acquis, comme les autres, par un échange, et dont la possession, soumise à des formalités, puisse être quelquefois douteuse, ou même annulée : la composition d'un livre, quel qu'il soit, est une véritable création ; le manuscrit est une partie de la substance que l'écrivain produit au dehors* ». La formule allait être reprise, quasiment au mot près, par Le Chapelier et Lakanal, rapporteurs des deux lois révolutionnaires relatives au droit d'auteur, en 1791 et 1793. A partir de là, la distinction entre l'œuvre et le support connaîtra une grande destinée, comme cela a été rappelé dans l'introduction.

---

[75] MARION Me S., *op. cit.*, p. 13 ;

[76] MARION Me S., *op. cit.*, pp. 17-31

[77] THOMAS Y., « *Fictio legis* – L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits,* n° 21, 1995, p. 17

[78] DOCK M.-C., *op. cit.*, pp. 115-126

[79] LINGUET, « opinion sur l'arrêt de 1778 relatif aux privilèges », *in* LABOULAYE E. et GUIFFREY G., *op. cit.*, pp. 231-264

La construction de la propriété personnelle de l'auteur n'en était qu'au commencement, et les lois révolutionnaires resteraient marquées par ces conceptions. Toutefois, on doit encore relever que la réception des principes issus du Concile de Nicée ne s'est pas faite de façon uniforme. En effet, alors que ceux-ci avaient été pensés pour les œuvres graphiques et plastiques, ces dernières souffriront longtemps d'un régime juridique imparfait, la distinction fondamentale y étant moins perçue que pour les œuvres littéraires.

2. L'analogie tardivement retrouvée entre l'écriture et la peinture

L'Église avait très tôt affirmé l'équivalence de principe entre la sainte Écriture et les saintes images. Ce principe avait initialement une vocation éducative, mais il finira par dépasser ce seul aspect.

Cette finalité pédagogique était bien entendu héritée de Grégoire le Grand, comme nous avons déjà pu le mentionner. « *Aux yeux de l'Église, l'icône n'est pas un art illustrant la sainte Écriture ; elle est un langage qui lui correspond, qui lui est équivalent, correspondant non à la lettre de l'Écriture, ni au livre même en tant qu'objet, mais à la prédication évangélique, c'est-à-dire au contenu même de l'Écriture, à son sens, tout comme les textes liturgiques. C'est pourquoi l'icône joue dans l'Église le même rôle que l'Écriture, elle a la même signification liturgique, dogmatique, éducative* »[80]. Les byzantins eux-mêmes avaient repris cet objectif et affirmaient, peut-être avec plus de ferveur, cette même équivalence des genres, en se fondant sur l'omniprésence du Verbe[81]. L'analogie entre l'Écriture et l'image fut tellement reçue qu'un même langage est employé pour désigner l'acte consistant à produire une icône et celui consistant à produire l'écriture. Ainsi parle-t-on encore d'« écrire une icône » dans nombre de pays orthodoxes. Comme l'a résumé Ouspensky, « *l'image visible équivaut à l'image verbale. Tout comme la parole, l'Écriture est une image, l'image peinte est une parole* ». Cette parfaite équivalence des genres et des modes de communication constitue en soi l'un des principes essentiels du droit d'auteur contemporain. Celui-ci protège en effet toutes les catégories d'œuvres sans distinguer en fonction du genre, du mérite, de la destination ou du mode d'expression. L'idée est particulièrement importante en droit français[82], mais se retrouve également dans la plupart des législations, ainsi qu'au niveau international[83]. La consécration du principe d'unité de l'art a constitué une étape essentielle de la législation contemporaine à ce niveau. Il en est de même avec l'équivalence des modes de communication des œuvres. Qu'il s'agisse d'exposition, de représentation dramatique, d'exécution lyrique, de reproduction des exemplaires imprimés, de téléchargement en ligne,… tous les procédés

[80] OUSPENSKY L., *op. cit.*, p. 121

[81] BRÉHIER L., *Le monde byzantin – La civilisation byzantine, op. cit.*, pp. 271-272

[82] Art. L 112-1 du Code de la propriété intellectuelle

[83] Art. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886

CC BY NC ND

permettant de diffuser une œuvre, de quelque genre que ce soit, à un public intègrent l'objet du droit d'auteur.

Toutefois, l'érection de ces principes ne s'est pas faite spontanément. Elle a nécessité plusieurs interventions législatives, celles-ci ayant été renforcées par la jurisprudence, qui a pris soin d'en interpréter les dispositions afin d'élargir leur portée. L'état actuel du droit positif entérine donc cette équivalence entre les Saintes écritures et les Saintes images. Malgré son fondement religieux, celle-ci n'a pas été reçue sans difficultés par les juristes. Elle emportera ainsi une inégalité historique entre différents types de créations de l'esprit. En effet, cette distinction se révèlera bien plus adaptée à la *propriété littéraire* qu'à la *propriété artistique*. Si la première était conçue comme « *la propriété des écrits en tous genres* », la seconde constituait la « *propriété* […] *des œuvres d'art et du dessin* »[84]. Ces deux notions étaient jadis employées par la doctrine pour distinguer les catégories d'œuvres, mais aussi les droits qui s'y attachaient. L'opposition traduisait la prééminence de la *propriété littéraire*, tous les autres types d'œuvres ayant été rangés dans la *propriété artistique*. Cela s'explique par le fait que les combats pour le droit d'auteur les plus « médiatisés » ont été menés pour les œuvres littéraires. Dès lors, si l'œuvre artistique avait acquis une valeur spirituelle sur le plan religieux, elle n'est restée qu'un objet corporel dans le droit. C'est ce qui explique qu'elle ait longtemps échappé aux dispositions des lois révolutionnaires sur le droit d'auteur. On doit pourtant admettre qu'il y a là un paradoxe. Les sources de cette distinction attestent que celle-ci a été pensée spécialement pour les œuvres graphiques et plastiques. Le caractère représentatif des icônes était tout à fait approprié pour jeter les bases de la dichotomie entre l'œuvre et la matière. Mais le mauvais emploi de cette vision dans le droit produira des effets particulièrement néfastes.

De manière générale, la distinction entre l'œuvre et la matière est une fiction juridique car elle « *pose faussement l'existence d'un acte, d'un évènement, d'un fait, d'un être ou d'une qualité* »[85]. Elle trouve son appui hors du droit, dans une notion d'abord religieuse et philosophique, mais elle ne constitue pas une notion juridique à proprement parler. Son emploi par les juristes ne servait qu'à légitimer la distinction des droits de propriété, mais elle ne s'est appliquée qu'en matière littéraire. Cela était dû principalement au fait que les auteurs des lois révolutionnaires n'avaient en vue que les œuvres susceptibles de reproduction, ce qui concernait avant tout les œuvres littéraires[86]. Ils n'avaient donc pas jugé nécessaire d'inclure dans la loi une quelconque disposition affirmant la distinction des droits de propriété. C'est pourquoi les droits des artistes peinèrent à

[84] COUHIN C, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, T. I, Librairie de la Société du recueil des lois et arrêts, Paris, 1894, introduction, p. XX

[85] THOMAS Y., *op. cit.*, p. 24

[86] GAUTIER P.-Y., « L'art et le droit naturel », *Arch. Phil. Droit*, T. 40, 1995, p. 211 ; LALIGANT O., « La Révolution Française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection », *RIDA*, n° 147, janvier 1991, p. 9

s'affirmer, tant les dispositions et l'esprit qui les gouverne semblaient inadaptés[87]. « *Le travail a été fait pour la propriété littéraire ; mais il reste à tenter pour la propriété artistique* »[88]. Comme nous l'avons vu, l'obtention du droit de reproduction fut une première victoire avec la loi du 9 avril 1910. Plus tard, la loi du 11 mars 1957 allait systématiser le droit d'auteur pour l'ensemble des œuvres de l'esprit, en posant un principe de neutralité à l'égard de celles-ci. Cela a permis de rétablir l'équivalence entre les différents genres d'œuvres de l'esprit que connaissait déjà la norme religieuse.

****

En dépit d'une opinion dominante, il n'existe en droit positif aucune distinction entre un support matériel et une pseudo œuvre immatérielle. L'idée ne peut être que philosophique ou religieuse. L'apport de la religion est indéniable à ce titre, comme l'ont démontré les actes du deuxième Concile de Nicée. Le caractère sacré est à la base de la destination publique des œuvres, ce qui en fait des biens corporels voués à la diffusion. Cette conception présente pour le juriste l'avantage de simplifier la distinction des droits mais elle ne peut lui servir de fondement. Tout au plus explique-t-elle l'aspect moral de l'œuvre, la nécessité de lui réserver une protection particulière (en fait, celle de la personnalité de l'auteur). Mais du point de vue juridique, la propriété incorporelle ne peut être que la propriété du droit de communication publique de l'œuvre. C'est uniquement en cela qu'existe un bien incorporel distinct du bien corporel. Si le droit d'auteur est souvent considéré comme un « *droit nécessaire et d'ordre naturel, préexistant à toute reconnaissance législative* »[89], ce rattachement voulu au droit naturel ne doit pas faire perdre de vue l'origine religieuse de la norme[90]. Celle-ci se concrétisera par une législation distincte du droit commun, transposant l'opposition entre le sacré et le profane[91]. Cela explique les spécificités de la propriété littéraire et artistique, dont le régime juridique est en grande partie distinct du droit commun de la propriété. De même, les critiques opposées à ce droit ne cessent de se renouveler à l'heure où les nouvelles technologies assurent une diffusion totalement immatérielle des œuvres de l'esprit. Cela prouve à quel point l'idée d'une propriété de l'immatériel semble difficile à admettre. Il importe de ne pas faire dire à la loi plus que ce qu'elle prévoit. Le fondement religieux du droit d'auteur nous le rappelle efficacement et ramène l'objet de la création à sa juste valeur. A ce titre, il serait intéressant

[87] DEMANGE R., *La propriété artistique dans les arts du dessin*, Imprimerie Kreis, Nancy, 1898, p. 6

[88] VAUNOIS A., « La condition et les droits d'auteur des artistes jusqu'à la Révolution », *Bulletin de la société des études historiques*, 1892, pp. 152

[89] CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2ème éd., Litec, Paris, 2009, pp. 23-24

[90] GÉNY F., *op. cit.*, pp. 7-27

[91] BOUDREAU M., *op. cit.*, pp. 236-242

de comparer ces recherches au regard d'autres sources religieuses, notamment celles du Judaïsme[92] ou de l'Islam[93].

« *L'idée vient de Dieu, sert les hommes, et retourne à Dieu en laissant un sillon lumineux sur le front de celui où le génie est descendu, et sur le nom de ses fils* »[94].

[92] Voir not. : HAZAN V., « The Origins of Copyright Law in Ancient Jewish Law », *Bull. Copyright Soc'y U.S.A.*, Vol. 18, Issue 1, October 1970, pp. 23-28 ; KOZINETS M. I., « Copyright and Jewish Law: The Dilemma of Change », *U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y*, Vol. 1, Issue 1, Winter 1995, pp. 83-106 ; NETANEL N. W. & NIMMER D., « Is Copyright Property - The Debate in Jewish Law », *Theoretical Inq. L.*, Vol. 12, Issue 1, January 2011, pp. 241-274

[93] Voir not. : EL-TANAMLI A.-M., *Du droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique – Etude critique des droits positifs français et égyptiens comparés – Vers une réforme législative*, A. Pédone, Paris, 1943, pp. 55-59 ; OMAR AMINE Y., « *Quid* de la "conception arabo-musulmane de la propriété littéraire et artistique" ? À la recherche d'une conception perdue », *RLDI*, n° 93, mai 2013, pp. 76-77 ; voir également : NASER M. A., MUHAISEN W. H., « Intellectual Property: An Islamic Perspective », *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, Vol. 56, Issues 2-3 (Winter-Spring 2009), pp. 571-588 ; RASLAN H. A., « Shari'a and the Protection of Intellectual Property - The Example of Egypt », *IDEA*, Vol. 47, Issue 4, 2007, pp. 497-560

[94] DE LAMARTINE A., *La France parlementaire (1834-1851) – Œuvres oratoires et écrits politiques*, T. III, A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, Paris, 1865, p. 75 (rapport sur la propriété littéraire, Chambre des Députés, 13 mars 1841)