

coefficient qui est la clef de la rémunération due. La théorie de la qualification professionnelle est sans doute, malgré l'homonymie fâcheuse, celle qui présente le plus vif intérêt, pour la compréhension de ce qu'est la qualification de situations sociales par le droit. Toute la vie de l'homme est fondée sur l'évaluation des aptitudes ou sur le diplôme attestant les aptitudes, puis sur l'identification à un métier ou à un poste de travail. Le processus de qualification de l'homme le suit de l'école jusqu'à la retraite. Qualifier c'est ici évaluer. On est ou on n'est pas « qualifié » dans le métier qu'on exerce.

Au point de vue collectif les qualifications professionnelles qui figurent en annexe aux conventions collectives structurent un secteur d'activité. Les changements apportés à la grille des qualifications expriment les changements technologiques, économiques qui bouleversent périodiquement chaque secteur, avec l'introduction de telle machine exigeant telle spécialité !

Au point de vue de l'individu, la qualification qui lui est attribuée n'a rien d'arbitraire, mais doit correspondre à la « fonction » réellement exercée¹. Si celle figurant au contrat de travail est inexacte, elle sera rectifiée à l'initiative des parties, généralement du salarié.

Il n'empêche que sur-qualification et sous-qualification ne sont pas rares, et que les procès en requalification existent (généralement après le départ du salarié de l'entreprise).

Quant à la question : tel salarié est-il un cadre ou pas ? elle est assortie de tels enjeux qu'au fil des années le concept a été faussé, que la qualification de cadre ne correspond plus à aucune opération intellectuelle sérieuse, et que les critères utilisés se sont émoussés. Il y a des cadres au sens du régime de retraites et de prévoyance, au sens du droit prud'homal, au sens de la loi sur la durée du travail, au sens de telle convention collective. Progressivement le cadre devient *le salarié moyen*, chacun aspirant à ce titre rassurant. Le cadre se distingue de plus en plus du dirigeant réel, lequel ne se confond pas entièrement avec le mandataire social. Les catégories se fragmentent en sous-catégories. Le processus de classement des hommes, de hiérarchisation, de distinction, donc de jugement, ne connaît pas de fin et n'en connaîtra jamais.

1. L'existence d'un marché du travail européen rend indispensables une *équivalence* et donc une complète *transparence des qualifications*. Mais la tâche est rude.

ALAIN STROWEL

L'ŒUVRE SELON LE DROIT D'AUTEUR

Constatant que les tentatives de l'esthétique pour répondre à la question « Qu'est-ce qu'une œuvre d'art ? » débouchent sur la confusion, N. Goodman¹ suggère que la question n'est pas bonne ; et il invite à une autre interrogation : « Quand un objet est-il une œuvre d'art ? » Les innovations de l'art contemporain, l'art « trouvé » — la pierre ramassée dans un champ et exposée au musée —, l'art conceptuel — par exemple, le projet artistique de creuser et combler un trou dans Central Park — forcent à opérer un tel déplacement de la question. Car si ces objets et événements « sont » des œuvres d'art, c'est non pas en tant que tels, mais dans la mesure où ils sont présentés comme tels.

De manière similaire, on cherchera vainement dans le droit d'auteur une définition de l'essence de l'œuvre, mais on y trouvera des critères de qualification de la création protégée, des éléments de réponse à la question : « Quand y a-t-il une œuvre ? »

On aperçoit, à l'énoncé de cette dernière question, que le droit d'auteur conduit à briser le syntagme « œuvre d'art » : en droit d'auteur, il y va de l'œuvre *tout court*, ou, si, l'on préfère, de l'œuvre de l'esprit, dont l'œuvre d'art n'est qu'une illustration.

Ainsi, l'article L. 112-2 du Code français de la propriété intellectuelle (CPI) énonce que « sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit » : les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes ; les compositions musicales ; les œuvres cinématographiques et œuvres audiovisuelles ; les œuvres de

1. « Quand y a-t-il art ? », in F. Genette (dir.), *Esthétique et poétique*, Seuil, 1992, p. 67 et s.

dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres graphiques et typographiques ; les œuvres photographiques ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; les logiciels ; les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.

L'énumération légale ne fournit pas une liste d'œuvres protégées, mais une liste d'œuvres de l'esprit *susceptibles* d'être protégées. Pour l'être effectivement, encore faut-il que ces écrits, conférences, etc., constituent des *créations originales de forme*.

Peut-être plus que l'intrusion de nouvelles catégories (logiciels, par exemple) dans le champ du droit d'auteur, certaines formes d'art contemporain remettent en question la tradition du droit d'auteur, qualifiée d'humaniste par la doctrine française, et la conception personnalisée de la création qui lui est sous-jacente.

I — CONCEPTION SUBJECTIVE DE LA CRÉATION ET PROTECTION DE LA FORME D'EXPRESSION

Le droit d'auteur, qu'il soit de France ou d'ailleurs, exige, comme conditions d'application, l'existence d'une création originale, qui constitue une création de forme. Par ailleurs, la loi française énonce des conditions négatives, parmi lesquelles la valeur artistique de la création.

Une création originale. — Dans la définition traditionnelle, subjective, du droit d'auteur, la notion de *création* paraissait claire : « Une personne physique, l'auteur, tirait de son fonds une expression certes inspirée par des éléments empruntés au monde sensible, mais qui acquerrait un caractère individuel par le fait même de la création personnelle »¹. Pour B. Edelman², « la création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur, et s'incarnant dans une forme originale ».

L'*originalité* se déduit de l'empreinte laissée par la personnalité de l'auteur. La doctrine dominante dans la plupart des pays européens, à

commencer par la France, soutient que « l'originalité s'apprécie subjectivement : c'est la marque de personnalité résultant de l'effort créateur, alors que la nouveauté se mesure objectivement puisqu'elle se définit par l'absence d'homologue dans le passé »¹. F. Perret a très bien exprimé la distinction entre la notion subjective et objective : un bien est original « au sens subjectif du terme lorsqu'il est le résultat de l'activité personnelle de son auteur, c'est-à-dire lorsque celui-ci l'a conçu d'une manière indépendante en le tirant de son propre fonds sans imiter un modèle de la réalité extérieure [...] Un bien immatériel est nouveau au sens objectif du terme lorsqu'il diffère des choses faisant partie du fonds commun de la culture ou de la technique, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut lui opposer d'antériorités »². Et maints commentateurs de reprendre l'exemple suivant, qui illustre le contraste entre originalité et nouveauté : si deux peintres fixent successivement sur la toile, et sans s'être concertés, le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage, le second tableau ne sera pas nouveau (il a le même sujet), mais il sera original.

En marge de cette conception dominante, certains, notamment en Allemagne, ont défendu une deuxième acception des notions de création et d'originalité, que l'on peut qualifier d'objective. Selon celle-ci, l'œuvre, que l'on envisage elle-même, indépendamment de la personnalité de son auteur, est originale lorsqu'elle a la propriété d'être « unique statistiquement », ou, à tout le moins, lorsqu'elle revêt un degré supérieur de nouveauté. Dès lors que l'on place la nouveauté objective au centre de la notion de création, ce n'est plus l'acte psychologique par lequel l'auteur donne naissance à l'œuvre, mais le fait d'apporter à la collectivité un bien nouveau qui constitue le critère décisif pour l'octroi de la protection.

Une création de forme. — De la conception subjective de la création et de l'originalité découle la thèse, unanimement partagée par la doctrine et la jurisprudence, selon laquelle le droit d'auteur ne confère de droit exclusif que sur la forme de l'œuvre, les idées ou le contenu échappant à toute appropriation privée. Ainsi qu'on l'a écrit, « c'est la forme seule qui est protégée parce que *seule* elle peut revêtir un caractère *personnel*, et prendre une disposition matérielle, fruit du

1. I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Cedidac, 1985, p. 115 et 125.

2. *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 1989, p. 15.

1. C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, 1990, p. 12. Voir encore B. Edelman, *op. cit.*, p. 23 (l'originalité est définie comme « la part de personnalité dont l'œuvre est elle-même l'expression »).

2. F. Perret, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, Genève, Georg - Librairie de l'Université, 1974, p. 82.

travail, susceptible d'appropriation »¹. Une telle affirmation laisse perplexe. Pour un artiste comme Donald Judd : « on ne peut employer sûrement le mot forme, parce que la distinction fond/forme est un faux problème, lui-même dérivé de la séparation artificielle entre penser et sentir »².

Tout en raisonnant dans le paradigme subjectiviste de la création, on est en droit de se demander si les idées ne peuvent pas revêtir un caractère subjectif. Et voilà posé le délicat problème de la protection des œuvres scientifiques ou des idées publicitaires.

Par contre, on ne voit pas, dans l'hypothèse où est adoptée une notion objective de l'originalité, comment justifier la distinction forme-idée et exclure les idées de la protection, puisqu'il faut bien admettre que ces dernières peuvent être « uniques statistiquement » ou parvenir à un certain degré de nouveauté.

Le problème, redoutable, de la mise en œuvre du principe de la distinction forme-idée doit être mentionné. Aussi longtemps que l'on entend par « forme » toute manifestation exprimée et par « idée » une représentation imaginaire imperceptible aux sens, il paraît évident que le droit d'auteur ne protège — comment pourrait-il en être autrement ? — que la forme. L'est nettement moins l'affirmation selon laquelle l'idée, qui s'est « haussée » au niveau de l'expression, n'est pas davantage protégée. Autrement dit, le principe qui enseigne que les idées sont de « libre parcours » laisse tout entière la question de savoir si les idées contenues dans une œuvre concrète sont protégeables ou non.

Une condition négative : le mérite. — L'article L. 112-1 du CPI précise que la protection légale est acquise à toutes les œuvres de l'esprit, sans considération du mérite.

Dans la mesure où la notion de *mérite* est indifférente, la loi consacre le principe de la « neutralité esthétique ». « Considérant, dit la cour d'appel de Paris (1^{er} avril 1957, in *D.*, 1957, p. 436), qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier la valeur artistique d'un ouvrage quelconque ; que [...] l'œuvre est protégeable quels que soient son mérite et sa destination ; que d'ailleurs étant donné les variations de la mode et du goût, de telles appréciations, faites dans le cadre de

1. L. Poincard, *La propriété artistique et littéraire*, Paris, 1910, p. 165, cité par I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 63.

2. « Longue discussion, non sur les chefs-d'œuvre, mais sur les causes de leur rareté », in *L'époque, la mode, la morale, la passion. Aspects de l'art d'aujourd'hui 1977-1978*, Centre Georges-Pompidou, 1987, p. 524.

l'actualité et pourtant destinées à fonder une décision judiciaire dont le caractère est définitif, apparaissent dépourvues de sagacité et de prudence ».

Néanmoins, dans une perspective subjective, la difficulté, voire l'impossibilité, d'identifier, au niveau de la forme de l'œuvre, la trace de l'auteur conduit souvent les juges à se prononcer sur le « beau ». Il est, comme le notait judicieusement A. Françon, « chimérique d'espérer empêcher complètement [...] que le magistrat, en son for intérieur, ne fasse entrer en ligne de compte la valeur de l'œuvre, lorsqu'il s'agit de décider si elle est ou non originale »¹. Cette dérive, débouchant sur un jugement de valeur esthétique, est « inéluctable ». Notamment lorsque le droit est aux prises avec de nouvelles formes d'art.

II — LE DROIT D'AUTEUR REMIS EN CAUSE PAR L'ART CONCEPTUEL

De nombreuses œuvres relevant de ce que l'on appelle l'art conceptuel, l'anti-art ou encore le *land art*, se caractérisent tout autant par le fait qu'une idée, une question ou un procédé se trouve placé en leur centre, que par le fait qu'on ne peut y lire directement la marque de la personnalité de leur auteur.

L'idée au centre de la création. — Déjà chez un peintre surréaliste tel que René Magritte, il faut reconnaître que l'idée forme souvent l'essentiel du tableau. L'idée passe certainement au premier plan dans le cas des *ready-mades*, à l'exemple du fameux urinoir, baptisé *fontaine* par Marcel Duchamp. Une telle œuvre s'efforce avant toute chose de dévoiler, sur le mode de la dérision, le processus par lequel un objet se voit revêtu de la qualité et de la dignité d'œuvre d'art. Marcel Duchamp n'affirme-t-il pas lui-même que ce qui est en jeu, et digne d'intérêt, lorsque quelqu'un place 50 boîtes de soupe Campbell sur une planche, c'est le *concept* de placer 50 boîtes Campbell sur une planche, autrement dit le principe de la série sous-jacent à la représentation concrète d'une suite d'objets de série ? M. Melot écrit à ce propos que, « d'une certaine manière, tout l'art contemporain peut être considéré

1. A. Françon, préface, p. 10, à l'ouvrage de C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981.

comme une longue partie de "chat perché" où l'artiste, poursuivi et tenté par l'objet de série, doit, pour survivre, s'en démarquer par des postures symboliques d'autant plus appréciées que la marge en est plus fragile »¹.

Tel est plus généralement le cas de l'art conceptuel : la fixation de l'idée en constitue le noyau. Pour Sol Lewitt, l'idée devient une machine qui fait l'art.

En outre, l'originalité tient, dans beaucoup de cas, tant, si pas plus, au *procédé* choisi qu'à sa mise en œuvre. Or, une méthode ou une manière de procéder n'est pas susceptible d'être appropriée par le droit d'auteur. C'est ainsi que la « recette » du *land art* de Christo, son idée d'emballer des objets, n'est en tant que telle pas protégeable. Dans une première affaire, Christo avait attaqué en justice une agence de publicité qui avait conçu une campagne publicitaire basée sur des photographies en couleur représentant des biens et ouvrages d'art emballés à la façon de l'artiste américain. Lui reconnaître le droit de s'opposer à l'utilisation de son idée pour faire des réalisations comparables aux siennes, mais seulement par le genre, eût été excessif puisque cela aurait conduit à monopoliser l'idée (TGI, Paris, 26 mai 1987, *in D.*, 1988, somm. comm., p. 201, note C. Colombet). En revanche, dans un second litige opposant Christo à deux sociétés qui se proposaient de reproduire et diffuser des films et photographies relatives à la transformation du Pont-Neuf, la cour d'appel de Paris (13 mars 1986, *in D.*, 1987, somm. comm., p. 150, note C. Colombet) a estimé que le pont emballé, en tant que concrétisation de l'idée d'emballage, était couvert par le droit d'auteur.

De même, en peinture, l'idée de collage tombe en dehors de la protection, contrairement à tel ou tel collage réalisé par Miro ou Braque. En littérature, l'idée d'aligner une série de souvenirs, précédés d'une même formule *Je me souviens*, n'est pas protégeable, mais bien la suite précise de ceux-ci ; E. Fottorino a donc pu publier, sans être inquiété, un livre intitulé *Moi aussi je me souviens* (Balland, 1992), empruntant l'idée à G. Perec, qui, lui-même, avait d'ailleurs repris la technique à un poète américain.

Parfois l'exécution de l'œuvre est à ce point accessoire que l'auteur renonce à confectionner l'œuvre et se contente de décrire le processus de sa réalisation. Ainsi, l'œuvre intitulée « Xerox Book » de Ian Burn qui « tient dans l'énoncé d'un procédé : une feuille de papier blanche

est photocopiée par un appareil Xerox ; la photocopie ainsi réalisée est ensuite employée pour en faire une nouvelle, qui sera à son tour, etc. ; le résultat se compose d'une centaine de pages, les dernières photocopies effectuées étant tachetées par le jeu des impuretés ; l'appareil à photocopier est utilisé dans des conditions normales »¹. En présence d'une telle œuvre limite, se ramenant à une suite d'instructions, en présence d'un art littéralement sans œuvre (réalisée), on voit difficilement comment pourrait être revendiquée une protection. Même interrogation pour l'action de creuser-et-de-combler-un-trou à Central Park, prescrite un jour par C. Oldenburg. Alors que l'art s'est toujours défini par ses œuvres, qui s'accompagnaient parfois de théories, l'art d'aujourd'hui a produit une série de théories sans œuvres.

La marque personnelle de l'auteur réduite à une signature. — Parallèlement, les artistes contemporains s'acharnent souvent à effacer de l'œuvre toute empreinte personnelle, comme s'ils souhaitaient disparaître dans l'anonymat. Roy Lichtenstein : « I want my paintings to look as if it had been programmed. I want to hide the record of my hands ». Que la personnalité de l'auteur n'effleure pas à la surface de l'œuvre, qu'elle ne soit pas directement visible dans l'œuvre elle-même, n'empêche pas, il est vrai, que celle-ci soit protégeable. Car le sceau de la personnalité peut apparaître dans le choix opéré par le créateur entre telle ou telle forme abstraite, de la même manière que des recueils d'informations peuvent être protégés dans la mesure où ils révèlent une originalité dans la sélection et l'arrangement des données. Qu'en est-il par conséquent de la protection de ce que l'on appelle les objets trouvés ? Si celui qui présente comme œuvre d'art un objet, par exemple une racine de pin trouvée dans la forêt, se verra, selon certains, accorder un droit d'auteur au motif qu'il a opéré une sélection, E. Ulmer, et d'autres à sa suite, écartent la protection dans ce cas, car « la mise en évidence d'une seule forme prise parmi des quantités d'autres ne constitue pas le travail créateur de la sélection tel que l'entend le droit d'auteur »².

Par ailleurs, il existe une forme de contradiction entre la volonté de produire des œuvres impersonnelles et la revendication d'un droit subjectif, et même de la personnalité (le droit moral de paternité). Ainsi, Daniel Buren : « La neutralité de la tâche — la peinture comme anti-

1. « La notion d'originalité et son importance dans la définition des objets d'art, in *Sociologie de l'art*, R. Moulin (dir.), La Documentation française, 1986, p. 198.

1. I. Cherpillod, *op. cit.*, p. 139, n. 125.
2. « La notion d'œuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne », in *Le droit d'auteur*, 1969, p. 81.

peinture — et l'inexistence d'un style disponible nous oblige à constater un certain anonymat. L'œuvre doit être considérée comme une propriété commune ; il ne peut donc être question d'en revendiquer la paternité dans un sens possessif [...] Etant donné que, dans notre façon de travailler, la projection de l'individu est pratiquement nulle, il n'est pas possible de prétendre que notre travail nous appartient »¹.

Malgré ces déclarations, les artistes conceptuels n'en continuent pas moins de respecter les normes de la propriété artistique et de se plier aux règles du marché de l'art.

Au moment où l'œuvre évolue vers sa limite, en se reniant comme œuvre d'art, c'est-à-dire comme œuvre unique et personnelle, la récupération de l'unicité exige plus que jamais que soit mise en avant la singularité de l'auteur. Dans l'idéologie négativiste qui sous-tend l'anti-art, la dévalorisation de l'œuvre, qui évolue vers le « n'importe quoi », appelle la valorisation de l'auteur, qui ne peut être « n'importe qui »². Cependant, l'auteur ne désigne plus ici une personnalité : il se réduit plutôt à un nom apposé sur l'œuvre. D'où le rôle décisif de la signature dans l'art contemporain : produire la *rareté* sans laquelle il ne peut y avoir de marché de l'art³ et au maintien de laquelle sera en outre affectée la propriété intellectuelle. Autrement dit, plus les œuvres sont anonymes, moins elles peuvent être le fait d'auteurs anonymes. Ainsi une boîte « Brillo » n'est qu'un produit de supermarché tant qu'elle n'est pas signée par Andy Warhol. J.-P. Domecq a pourfendu cette évolution d'un « art d'auteur » vers la promotion de « marques d'artiste » (« Buren nous oblige à voir une marque, la marque Buren, qui n'est pas de lessive ni de voiture, mais d'artiste. Et quel artiste... Des rayures. Ainsi Buren a-t-il réalisé ce que la publicité n'a encore jamais fait : promouvoir une marque sans produit, un sigle sans autre référent que lui-même »)⁴.

Mais « pour que la signature soit capable de désigner (labéliser) un produit comme artistique, il faut encore, ajoute R. Moulin⁵, que l'auteur ait été, au préalable, socialement défini comme artiste ». Cette désignation sociale résulte d'un système complexe aux acteurs multi-

1. Cité par F. Vischer, « Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht », in *Recht und Wirtschaft heute. Festgabe für Max Kummer*, Berne, 1980, p. 287.

2. R. Moulin, « La genèse de la rareté artistique », in *Ethnologie française*, 1978, p. 249.

3. *Ibid.*, p. 249 (« La survie du marché de l'art implique que la signature soit apposée sur un objet matériel »).

4. « Buren : de l'autopublicité pure, Dubuffet : du brut snob, et la suite », in *Esprit*, février 1992, n° 179, p. 34.

5. « Remarques sur la définition sociologique de l'œuvre d'art », in *Le marché commun et le marché de l'art*, M. Vanden Abeele (sous la dir. de), éd. de l'ULB, 1982, p. 32 et 34.

ples : artistes, conservateurs et critiques, professeurs des écoles d'art, collectionneurs, directeurs de galeries... Alors que dans le système classique, on part de la définition de l'œuvre et on en déduit que celui qui réalise des œuvres dignes d'être protégées est de ce fait même un artiste, aujourd'hui, « par une sorte de renversement des perspectives, c'est la reconnaissance sociale de l'artiste-créateur » par le marché de l'art « qui constitue le préalable de la définition de l'œuvre comme artistique ». On pourrait donc dire, de façon provocante, que le marché fait l'art en faisant les artistes.

Ce processus de fabrication de l'art par le marché est lui-même devenu un thème central de l'art contemporain. N'est-ce pas cette logique sociale qu'évoque Philippe Thomas dans ses séries intitulées « Sujets à discrétion » ? Chacune de ces séries se compose de trois vues identiques d'un bout de mer bien bleue. La première intitulée « Mer Méditerranée, vue générale » est attribuée à un auteur anonyme. La seconde, « Autoportrait », à Philippe Thomas, et la troisième est signée par l'acquéreur de l'ensemble. La logique du collectionneur ou du marché est ici portée à son point extrême « puisque propriétaire de l'œuvre, il en devient l'auteur. C'est alors l'acheteur qui fait l'œuvre, qui la différencie des autres, qui lui donne son caractère unique »¹.

Ce genre d'œuvres, tout comme les *ready-mades* de Duchamp, chez qui Thomas trouve sa source d'inspiration, ne se conçoivent pas sans mise en scène, sans « coup de théâtre ». Ainsi l'œuvre précitée de Thomas est indissociable d'un « événement » artistique, en l'occurrence d'une conférence sur l'art donnée par l'« auteur » et à laquelle les acheteurs sont invités à participer en donnant leur nom à une des toiles et en mettant le prix pour l'acquisition de ce qui devient par ce seul fait une œuvre d'art, *leur* œuvre d'art. De la même manière, la mise en scène pratiquée par Duchamp, par exemple pour faire d'un simple porte-bouteilles une sculpture, consistera à déplacer cet objet au musée. C'est cette interprétation, cette mise en relief théâtrale, qui démarque l'objet exposé du simple objet de tous les jours, réduit à sa seule fonction instrumentale. Comme le soutient A. Dietz², ces éléments de mise en scène doivent entrer en ligne de compte pour décider si l'œuvre est ou non protégeable.

Plus généralement, ce que de telles œuvres mettent en évidence, par-delà leur intention de parodier le marché de l'art, c'est la toute-puissance du critère de la nouveauté sur le marché de l'art, qui semble

1. M. Thomas, « Thomas », in suppl. à *Beaux-Arts Magazine*, novembre 1988, n° 62, p. 44.

2. A. Dietz, « Urheberrechtsprobleme der neueren Kunstentwicklung », in *Film und Recht*, 1978, n° 2, p. 94.

être devenu l'unique point de repère de la création et exige des stratégies de démarcation toujours plus raffinées. La formule paradoxale de « tradition du nouveau » résume bien l'art contemporain, sa contradiction dynamique, dont le principe est la forme même du changement¹.

Ce faisant, se creuse la distance entre la création contemporaine, plaçant en son centre la nouveauté objective, et le critère de qualification qui combine le concept d'originalité subjective et la distinction forme-idée.

A un niveau plus fondamental, l'art contemporain témoigne de ce que la notion d'« œuvre » présuppose celle d'« auteur ». Pour M. Foucault, « le mot "œuvre", et l'unité qu'il désigne, sont probablement aussi problématiques que l'individualité de l'auteur »². Car si un individu n'était pas un auteur, est-ce qu'on pourrait dire que ce qu'il a écrit constitue une « œuvre » ?

Mais la garantie d'avoir affaire à un auteur ne suffit pas à lever toutes les ambiguïtés autour de l'« œuvre » : est-ce que tout ce qu'un auteur a laissé derrière lui comme traces fait partie de son œuvre ? Et M. Foucault de prendre l'exemple de la publication des œuvres complètes de F. Nietzsche. Que faut-il publier ? Tout, bien sûr, mais que veut dire ce « tout » ? Les œuvres publiées de son vivant, bien entendu, les articles philologiques, les dissertations scolaires, les lettres, les projets d'aphorismes, les dernières cartes postales signées « Dionysos », sans doute. « Mais quand, à l'intérieur d'un carnet rempli d'aphorismes, on trouve une référence, l'indication d'un rendez-vous ou d'une adresse, une note de blanchisserie : œuvre ou pas œuvre ? »³. L'« œuvre » ne représente donc pas une unité préconstituée, ni certaine, ni homogène, elle procède d'un tri, donc d'une interprétation. Quel en est le critère inavoué ?

Il s'agit, selon M. Foucault, de la « fonction d'expression » : en d'autres termes, on suppose qu'il existe un niveau où l'œuvre se révèle comme l'expression de la pensée, ou de l'expérience, ou de l'imagination, ou de l'inconscient de l'auteur, ou encore des déterminations historiques dans lesquelles il était pris. On retrouve là un des traits de l'esthétique moderne basée sur l'idée que l'auteur délivre sa « confiance ». Le droit d'auteur lui aussi s'adosse à cette esthétique (subjectiviste) de l'expression.

1. G. Lipovetsky, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983, p. 117.

2. « Qu'est-ce qu'un auteur ? », in *Bulletin de la Société française de philosophie*, juillet-septembre 1969, p. 80.

3. *Ibid.*, p. 79.

UNE APPROCHE PHILOSOPHIQUE DE LA RATIONALITÉ JURIDIQUE

Dans *Soi-même comme un autre*, Paul Ricœur évoque la notion wittgensteinienne de « règle constitutive ». J'aimerais citer assez longuement les explications qu'il donne à ce sujet, car elles pourraient offrir un point de départ pour délimiter le concept du droit :

« La règle constitutive, on entend des préceptes dont la seule fonction est de statuer que, par exemple, tel geste de déplacer un pion sur l'échiquier "compte comme" un coup dans une partie d'échecs. Le coup n'existerait pas, avec cette signification et cet effet dans la partie, sans la règle qui "constitue" le coup en tant que phase de la partie d'échecs [...] La règle à elle seule revêt le geste de la signification : déplacer un pion : la signification procède de la règle dès lors que la règle est constitutive : constitutive précisément de la signification, du "valoir comme". La notion de règle constitutive peut être étendue de l'exemple du jeu à d'autres pratiques [...] Ainsi J. Searle a-t-il pu étendre la notion au domaine des actes de discours, dans la mesure où ceux-ci sont aussi des actions ou des phases de pratiques plus vastes ; ainsi les actes illocutoires, tels que promettre, commander, avertir, constater, se distinguent par leur "force" qui est elle-même constituée pour la règle qui dit, par exemple, que promettre c'est se placer sous l'obligation de faire demain ce que je déclare aujourd'hui que je ferai »¹.

La règle ainsi définie dans la théorie pragmatique des actes de discours possède une normativité particulière qui, à l'instar de la règle définie dans la théorie juridique, n'est pas celle de la morale. Ricœur stipule que « les règles constitutives ne sont pas des règles morales [...] ». Même la règle constitutive de la promesse, telle qu'on l'a énoncée plus haut, n'a pas en tant que telle une signification morale, bien qu'elle comporte dans son énoncé la référence à une obligation [...] »². Et, ajoute Paul Ricœur, « la notion de règle constitutive [...] a une autre vertu que d'introduire dans la structure des pratiques des relations spé-

1. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. du Seuil, 1990, Sixième étude : « Le soi et l'identité narrative », 2, p. 183.

2. P. Ricœur, *ibid.*, p. 183-184.