

Université de Montréal

La fixation de l'œuvre
en droit d'auteur

par
Rudi Arès

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

mars 2002

© Rudi Arès, 2002



AZBD

154t

2002

N. 022

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

La fixation de l'œuvre en droit d'auteur

Présenté par :

Rudi Arès

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Ejan Mackaay
Président-rapporteur

Ysolde Gendreau
Directrice de recherche

Pierre Trudel
Membre du jury

Résumé

La confrontation en droit d'auteur entre les aspects de l'œuvre dits « matériels » et ceux dits « immatériels » soulève des questions relativement aux concepts d'œuvre et de fixation. L'origine de ces questions est retracée à travers l'histoire de la philosophie, la science, la théorie du droit et du droit d'auteur en particulier du XVI^e siècle – époque de l'apparition des premiers privilèges d'imprimerie – à aujourd'hui. Quant au droit d'auteur, cette étude est axée sur les conventions internationales et sur le droit français, allemand, anglais, américain et canadien.

Suite à cette analyse, un vocabulaire cohérent est proposé. Ce vocabulaire, qui reflète la science contemporaine, notamment quant au concept de matière, sert à formuler une définition de l'œuvre et à circonscrire le critère de fixation. Il permet de clarifier la distinction entre les idées, l'œuvre et le support de l'œuvre à l'aide du concept d'expression et du critère d'originalité.

Mots clé français

théorie
droit
histoire
philosophie
science
France
Allemagne
Angleterre
États-Unis
Canada

Synopsis

The confrontation in copyright law between those aspects of work referred to as “material” and those referred to as “immaterial” is at odds with the concepts of work and of fixation. The origin of this issue is traced through the history of philosophy, science, legal theory and of copyright, in particular from the Sixteenth Century – when printing privileges were first granted – until today. With respect to copyright, this paper focuses upon international conventions and on French, German, English, American and Canadian law.

Following this review, a coherent vocabulary is proposed. This vocabulary, which reflects contemporary science, in particular with respect to the concept of matter, is then used to craft a definition of work and to delineate the fixation criterion, thereby clarifying the distinction between ideas, a work and the medium in which the work is embodied, by means of the concept of expression and by explaining the originality requirement.

Key Words in English

Theory

Law

History

Philosophy

Science

France

Germany

England

United States

Canada

Table des matières

| | <u>Page</u> |
|--|-------------|
| <u>INTRODUCTION</u> | 1 |
| <u>PREMIÈRE PARTIE: Origines du concept de fixation</u> | 11 |
| <u>I. THÉORIE DU DROIT JUSQU'AU XVIII^e SIÈCLE</u> | 12 |
| A. <u>Concepts de la métaphysique et de la science</u> | 12 |
| 1. Métaphysique | 14 |
| 2. Science empirique | 24 |
| B. <u>Sources du droit</u> | 30 |
| <u>II. NAISSANCE DES PRIVILÈGES ET DU DROIT D'AUTEUR CLASSIQUE</u> | 47 |
| A. <u>La loi</u> | 47 |
| B. <u>Cadre conceptuel</u> | 57 |
| <u>DEUXIÈME PARTIE: Émergence du critère de fixation</u> | 73 |
| <u>I. THÉORIE DU DROIT DES XIX^e ET XX^e SIÈCLES</u> | 74 |
| A. <u>Concepts de la philosophie et de la science</u> | 74 |
| 1. Philosophie | 75 |
| 2. Science empirique | 86 |
| B. <u>Sources du droit</u> | 93 |
| 1. Positivisme juridique | 94 |
| 2. Droit naturel | 97 |
| <u>II. FORMULATION DU CRITÈRE DE FIXATION ET DU DROIT D'AUTEUR CONTEMPORAIN</u> | 103 |
| A. <u>La loi</u> | 103 |
| 1. Conventions internationales | 106 |
| | <u>Page</u> |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 2. Lois nationales | 115 |
| B <u>Cadre conceptuel</u> | 139 |
| 1. Connaissance et matière | 140 |
| (a) Les données de la connaissance | 140 |
| (b) Connaissance de la matière | 155 |
| 2. Fixation | 169 |
| (a) Expression et idées | 173 |
| (b) Support et matière | 181 |
| <u>CONCLUSION</u> | 185 |
| <u>BIBLIOGRAPHIE</u> | 188 |
| <u>ANNEXES</u> | vii |

INTRODUCTION

Depuis le XIX^e siècle, nombre d'innovations technologiques sont venues progressivement faciliter la communication de l'information au sein des sociétés occidentales¹. L'invention de la photographie, du téléphone, du phonographe, de la radio et de la télévision a fourni autant de nouveaux moyens d'utiliser l'information. Plus récemment, l'ordinateur et les réseaux multimédia de communication (les inforoutes), sont devenus accessibles par l'entremise des réseaux en ligne de téléphonie locale et interurbaine, par les nouveaux services téléphoniques tels la technologie SCP, la téléphonie cellulaire, ainsi que par le biais de la câblodistribution. Ces outils d'utilisation de l'information sont devenus autant d'organes vitaux et omniprésents au sein des sociétés occidentales. Ils étendent de façon sans précédent les possibilités de communication à travers l'espace et le temps. Les réseaux et appareils de communication véhiculent librement l'information, tant le document faisant partie du domaine public que l'œuvre² protégée par le droit d'auteur³, traduite en signal portant des données sous configuration analogique ou numérique. De multiples possibilités nouvelles d'utilisation des oeuvres se manifestent. Le progrès technologique catalyse un essor de l'utilisation des moyens de communication dont le choix et l'efficacité s'accroissent. La technologie numérique permet la copie parfaite, en quantité illimitée, et la diffusion presque instantanée, à un nombre illimité de destinataires et à coût minime. Cette libre circulation et ces possibilités prodigieuses de reproduction et de distribution permettent d'accroître la disponibilité universelle de l'information. Celle-ci devient une denrée omniprésente en fonction de laquelle nos sociétés redéfinissent progressivement leurs institutions. L'industrie de l'information, encadrée des règles du droit de la propriété intellectuelle, devient le moteur des économies occidentales⁴.

¹L'annexe 1 contient une chronologie de l'avènement de certaines technologies de communication.

² Tout au long de ce mémoire, sauf indication contraire, nous entendons par « œuvre » l'objet du droit d'auteur, pris en tant que création originale. Nous y incluons notamment l'apport de l'artiste-exécutant et du producteur d'un enregistrement sonore. Ce concept d'œuvre est neutre des distinctions définies dans les lois nationales. Il ne distingue pas comme le fait, par exemple, la loi canadienne, l'œuvre de l'enregistrement sonore.

³Sauf indication contraire, l'expression «droit d'auteur» est employée pour désigner tant le droit d'auteur que le *copyright*. Sur la distinction entre «droit d'auteur» et «*copyright*», voir *infra*, note 252.

⁴Voir notamment le communiqué de presse PR/99/166 de l'OMPI au site <http://www.wipo.int/fre/pressrel/1999/p1666.htm> lequel annonce la formation d'un groupe d'étude, sous l'égide de l'OMPI, chargé d'examiner notamment trois questions: le texte d'une éventuelle déclaration ou charte de la propriété intellectuelle, l'équilibre entre droits privés de propriété intellectuelle et bien public, et l'aspect de développement économique et social lié à la propriété intellectuelle, en particulier dans les

Relativement au contexte du droit d'auteur, les technologies modernes de l'information offrent autant d'intermédiaires d'utilisation des créations originales⁵ dignes de la protection de la loi. Autrefois, les créations littéraires et artistiques ne pouvaient être reproduites aisément. On devait, à la main, copier les textes ou peindre afin de reproduire un tableau. Aujourd'hui, la reproduction de texte, d'images ou de sons à l'aide de technologies peut se faire à peu près instantanément et en nombre presque illimité, et peut être diffusée un peu partout sur la planète. L'innovation se manifeste particulièrement quant aux possibilités de communication à distance et à travers le temps. La venue des nouvelles technologies de communication permet dorénavant de produire et de reproduire non seulement des oeuvres littéraires, mais également des oeuvres musicales, des photographies, dessins, oeuvres cinématographiques et enregistrements sonores.

Le droit d'auteur a connu une adaptation considérable et passablement rapide face à la conjoncture d'utilisation de ses objets à l'aide des nouvelles technologies de l'information. L'objet du droit de la propriété intellectuelle et, particulièrement, du droit d'auteur, est de plus en plus intimement associé à l'utilisation de ces technologies complexes. Malgré cette évolution, les démarches afin de mettre les lois à jour par rapport aux nouveaux types et aux nouvelles utilisations d'œuvres sont empreintes d'hésitation tandis que l'utilisation d'œuvres à l'aide de ces nouvelles technologies soulève des questions.

Historiquement, ont fait l'objet d'une protection en droit d'auteur des objets tangibles et durables tels les tableaux, les textes imprimés ou écrits, les sculptures et les partitions musicales. L'œuvre et les catégories d'œuvres sont définies en fonction d'un concept de *fixation*. La fixation est formulée de façons diverses dans les lois nationales et conventions internationales. De façon générale, il consiste en une exigence (critère) ou désigne un état de fait servant à décrire l'objet du droit d'auteur. Par exemple, la loi canadienne assujettit la protection de l'œuvre à sa fixation « sous une forme matérielle

pays en voie de développement. Ce communiqué de presse souligne «le rôle critique de la propriété intellectuelle en tant qu'outil de développement économique».

⁵Aux types traditionnels de créations originales tels les livres, les tableaux, les pièces de théâtre et les compositions musicales sont venus s'ajouter la photographie, les enregistrements sonores par phonographe et boîtes à sons, le cinéma, la radio et la télévision.

quelconque ».⁶ Dès lors, la question se pose de savoir quelle est l'œuvre qui n'est pas fixée sous une forme matérielle quelconque.

La définition de l'œuvre et de ses catégories⁷ à l'aide du critère de fixation soulève la question de savoir si la numérisation constitue un mode de fixation, voire une catégorie d'œuvre à envisager. De façon générale, les catégories d'œuvres et les droits exclusifs correspondent à des objets tangibles et durables tels les tableaux, les textes imprimés ou écrits, les sculptures et les partitions musicales. Une succession de technologies de l'information a vu le jour au cours des trois derniers siècles. Ces technologies permettent l'existence d'objets du droit d'auteur sous forme intangible. Elles mettent à l'épreuve les formulations du droit d'auteur en ranimant le débat concernant la distinction oeuvre/support. On s'est demandé, par exemple, si la protection du droit d'auteur doit être étendue aux photographies⁸. De même, on s'est interrogé sur la façon d'appliquer les règles de droit d'auteur élaborées jusqu'alors à des organes permettant de produire des sons, tel le phonographe, et au cinéma. En ce qui concerne le phonographe et le cinéma, l'œuvre est imperceptible sauf par l'entremise du fonctionnement d'un appareillage. L'œuvre est donc *a priori* cachée. Comment conceptualiser cet état de fait? Par surcroît, ces médias produisent mécaniquement des reflets très fidèles à la réalité. S'agit-il d'œuvres⁹? La question a fait l'objet d'un débat important en Angleterre et aux

⁶ Le concept de fixation et ses variations dans les conventions internationales et dans les lois nationales est traité en détail en deuxième partie de ce mémoire, *infra*, pp. 107-137.

⁷ Dans les législations nationales qui définissent des catégories d'œuvres, telles la loi canadienne, la loi britannique et la loi australienne.

⁸ Voir Y. GENDREAU, La protection des photographies en droit d'auteur français, anglais, américain et canadien, thèse, Université de Paris II, 1992, pp. 84-92, nos 39-42; Y. GENDREAU, « La durée de protection des photographies : une donnée révélatrice », (1992-93) 5 C.P.I. 375-390, aux pp. 380-383. L'apparition de la photographie souleva un débat qui engendra en Angleterre trois courants de jurisprudence: Suivant un premier courant, la photographie n'était pas digne de la protection du droit d'auteur. On considérait qu'elle était le fruit d'un processus mécanique exempt de tout apport artistique de l'auteur de la photographie. Une deuxième série de décisions des tribunaux vit plutôt en la photographie une oeuvre de l'esprit nécessitant un certain talent, et comprenant un apport créatif. Un troisième courant de jurisprudence faisait de la détermination de l'assujettissement d'une photographie au droit d'auteur un exercice d'appréciation cas par cas, suivant le mérite de l'œuvre, ce qui d'ailleurs était contraire à l'esprit de la loi: G. DAVIES, Copyright and the Public Interest, New York, VCH Publishers, 1994, p. 85.

⁹ La question fut soulevée relativement aux boîtes à musique lors des conférences conduisant à la Convention de Berne de 1886, ainsi que celles lors de la conclusion de l'Acte de Paris de 1896 de cette convention, sans que ne soit cependant retenu l'argument que ces instruments peuvent porter atteinte au droit d'auteur sur les oeuvres musicales qu'ils permettent de faire entendre: O.M.P.I., La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986, p. 177. F. E. SKONE JAMES et E. P. SKONE JAMES, Copinger and Skone James on Copyright, 10e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1965, p. 417.

États-Unis relativement aux enregistrements sur rouleaux perforés¹⁰. De la même façon, on s'est interrogé sur les programmes d'ordinateurs et la numérisation. Ici encore, la question était de déterminer s'il s'agit de types distincts d'œuvres et si des droits devaient être réservés relativement à l'utilisation de ceux-ci.

Conceptuellement, la distinction entre ce qui est fixé et ce qui ne l'est pas est vague. Nous verrons que les formulations courantes du concept de fixation soulèvent la difficulté en droit d'auteur de distinguer l'idée de son expression: à quel moment les idées originales, par leur expression, sont-elles fixées, devenant ainsi des objets du droit d'auteur? L'avènement des nouvelles technologies d'utilisation de l'information a fait resurgir le fantôme mystérieux du droit d'auteur: le concept d'œuvre *immatérielle*. Le droit d'auteur contemporain s'obstine à définir l'œuvre en indiquant ce qu'elle n'est pas, mais sans préciser ce en quoi elle consiste: il propose une œuvre distincte de son support «matériel». Suivant cette conception, l'œuvre n'est donc pas «matérielle». Elle n'est pas davantage idée, puisque le droit d'auteur ne protège pas les idées en soi, mais seulement leur expression. On dit que l'œuvre est ni matière ni idée; on la qualifie plutôt d'immatérielle. Mais alors qu'est-ce que l'immatériel? Qu'est donc une idée à la fois exprimée et «immatérielle»? La conception de la matière en fonction de quelque chose de tangible et durable soulève des interrogations quant aux catégories d'œuvres¹¹, compte tenu de leur rapport étroit avec leur mode de perception par les sens. Les catégories

¹⁰Dans sa décision dans l'affaire *Boosey c. Wright*, (1899) 1 Ch. 836; (1900) 1 Ch. 122, le Conseil privé dû décider si un enregistrement sur rouleau de papier perforé constituait une copie de l'œuvre musicale qui s'y trouve enregistrée. Il opina par la négative. Aux États-Unis, la même question fut portée devant la Cour suprême, en 1908, dans l'affaire *White-Smith Publishing Co. c. Apollo Co*, 209 U.S. 1 (1908). Plutôt déconcertée par la question (David SCHWARTZ, «Strange Fixation: Bootleg Sound Recordings Enjoy the Benefits of Improving Technology», (1995) 47 *Fed. Com. L.J.* 611, 624), la cour jugea, tout comme le Conseil privé anglais, qu'un rouleau de papier perforé ne constitue pas une copie de l'œuvre musicale qui s'y trouve enregistrée: M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender, 1997, p. 2-30; C. JOYCE, «The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy», (1985) 85 *Michigan L. Rev.* 1291, 47.

¹¹Par surcroît, elle soulève des questions quant à la définition des droits exclusifs en droit d'auteur. Les droits exclusifs sont définis en fonction de l'utilisation que l'on fait du support de l'œuvre. Or, il y a redondance, imprécision et même confusion des droits exclusifs. Il est difficile, par exemple, de différencier le droit de communication du droit de reproduction dans certains cas, notamment lors de la communication en réseau: le texte d'un roman envoyé par courrier électronique se trouve à la fois communiqué et reproduit. La redondance, l'imprécision et la confusion des droits exclusifs s'explique du fait qu'il y a souvent confusion entre l'œuvre et son support. On cherche à définir des droits exclusifs en fonction d'utilisations de l'œuvre alors qu'il faudrait les définir en fonction d'utilisations des fixations de l'œuvre. Cela dit, notre étude dans ce mémoire se limite, cependant, à la question de l'œuvre et de ses catégories. Celle des droits exclusifs est mise de côté pour une autre occasion.

d'œuvres se chevauchent, en l'absence d'un critère permettant de les distinguer nettement les unes des autres. La faiblesse des catégories d'œuvres est d'être définies, en général, en fonction de ce que l'œuvre n'est pas: des objets perceptibles, lesquels servent de support à l'œuvre qui s'y trouve empreinte. En d'autres mots, les catégories d'œuvres confondent l'œuvre et le support en lequel l'œuvre se trouve empreinte, en étant définies en fonction de ce dernier. La conséquence est considérable: comme le support peut varier (une même oeuvre pouvant être communiquée d'un type de support à un autre), la classification de l'œuvre en fonction de ces catégories n'est pas étanche. Selon le cas, une oeuvre pourrait correspondre simultanément à plusieurs catégories, telle l'œuvre multimédia¹². Appelé à se pencher sur les moyens de simplifier la loi australienne sur le droit d'auteur, et en particulier de simplifier les catégories de l'objet de ce droit, le *Copyright Law Review Committee* du gouvernement de l'Australie a publié un rapport en février 1999. Dans ce rapport, le comité exprime en ces termes la difficulté d'appliquer la loi australienne actuelle, et notamment les catégories d'œuvres qu'elle définit, aux créations faites à l'aide des nouveaux médias :

« Technological developments have produced new means of creating copyright subject matter, and new means of exploiting that subject matter. The majority of the Committee is of the view that those new means are being utilised now, and to exploit subject matter in a way, that does not easily or at all come within the existing categories. The majority of the Committee is concerned that without a significant change in approach to categorisation of subject matter and rights, there will be increasing uncertainty in the application of the Act in the digital environment, and an increasing pressure on the legislature to make ad hoc amendments to deal with these uncertainties. »¹³

¹² Par exemple, prenons une création multimédia constituée d'une bande sonore accompagnant un film, sur les images duquel sont superposés des graphiques, lequel ensemble est exécuté en arrière-plan à un ensemble musical s'exécutant en public. En vertu de la loi canadienne, on pourrait distinguer par rapport à cette création notamment deux œuvres musicales distinctes (la bande sonore et la pièce interprétée par l'ensemble musical), une œuvre cinématographique (le film) et une œuvre artistique (les graphiques). À ces œuvres s'ajourerait une ou deux œuvres littéraires (si la bande sonore ou l'interprétation musicale est accompagnée de paroles). De plus, l'artiste interprète se voit conférer des droits sur sa prestation (voir l'article 14.01).

¹³ COPYRIGHT LAW REVIEW COMMITTEE, « Simplification of the Copyright Act 1968 », document affiché sur Internet, à l'adresse <http://www.law.gov.au/clrc/Report%20Part%202/ReportHeadings2.html>, au paragraphe 5.07.

À notre époque de l'information rendue polyvalente grâce à la technologie, ces questions prennent une importance considérable¹⁴. Loin d'être le gage inéluctable de l'association de l'objet du droit d'auteur aux nouvelles technologies de communication, ces questions sont plutôt la conséquence d'imprécisions et d'incohérences dans la formulation du concept de fixation en droit d'auteur.

La réponse aux questions soulevées par le concept de fixation exige que soient clarifiés les concepts d'œuvres et de support et la distinction entre ceux-ci, le concept de fixation en étant tributaire. La définition et la distinction des concepts d'œuvres et de support dépend, en revanche, de la définition du concept élémentaire de matière. La grande difficulté en droit d'auteur depuis deux cent cinquante ans a été de définir son objet en dépit du fossé conceptuel profond séparant les idées des objets dits matériels.

Pour régler le problème, la simple affirmation que la matière peut être tangible *et* intangible s'avère insuffisante, car elle n'éclaire pas la distinction ténébreuse entre l'idée et l'expression, distinction dont l'obscurité enveloppe le concept d'œuvre.

Deux aspects entrent en ligne dans la formulation d'éléments de réponse permettant de clarifier le concept d'œuvre. D'abord, la question de l'originalité relativement à l'arrangement. Celle-ci s'est précisée progressivement dans la jurisprudence. Deuxièmement, la distinction entre l'œuvre et son support tangible. Dans ce mémoire, nous nous penchons avant tout sur cette seconde question¹⁵.

L'objectif de ce mémoire est triple. Notre but initial consiste à mettre en évidence les imprécisions et incohérences qui continuent à troubler le concept de fixation de l'œuvre en droit d'auteur et à expliquer le rôle que joue la fixation dans le processus d'identification de l'œuvre.

¹⁴Les difficultés engendrées par l'application du critère de la fixation aux utilisations de l'information à l'aide d'appareillages à base de technologie numérique sont apparentes, sous une forme ou une autre, dans le droit d'auteur national et international. Le problème occasionne des coûts considérables, tels les frais d'expertise afin d'interpréter le droit, les coûts liés aux litiges résultant de la situation embrouillée (le coût de gérer un instrument juridique plus complexe que nécessaire), et le coût d'opportunité en termes de perte d'activités économiques étant donné le ralentissement du développement de l'industrie de l'information.

¹⁵Quant à l'originalité, voir cependant nos remarques aux pp. 71, 127 à 129, et 168 et suiv., *infra*.

Deuxièmement, nous aspirons à démontrer comment ces imprécisions et incohérences proviennent du fait que *le droit d'auteur est formulé en fonction de fondements dualistes* et qu'en conséquence, le droit d'auteur a adopté un concept dualiste de l'œuvre. Soulignons que tout au long du présent mémoire, sauf mention contraire, les termes «dualisme» et «monisme» et leurs variantes sont utilisés non pas relativement à la théorie du droit moral en droit d'auteur, mais plutôt par rapport à leur sens établi en philosophie¹⁶. Le droit d'auteur d'aujourd'hui attribue encore couramment au concept de «matière» un caractère *tangible* alors que l'utilisation des créations originales comporte de plus en plus souvent des situations où ces mêmes créations se retrouvent sous des formes *intangibles*. Ces formes intangibles de l'œuvre – on songe bien sûr à l'œuvre numérisée – sont-elles «immatérielles»? La distinction entre les aspects immatériels et matériels de l'œuvre est nébuleuse.

Enfin, notre but ultime est d'énoncer une conception du droit d'auteur et un concept de fixation de l'œuvre libres des imprécisions et incohérences mentionnées ci-dessus. À cette fin, *nous proposons une conception moniste de l'objet du droit d'auteur, axée sur un dénominateur commun entre la connaissance et la matière : la donnée*. Nous proposons de considérer le concept de donnée à titre de composante élémentaire de toute connaissance et de toute matière.

La conception de l'œuvre et sa fixation en fonction du concept de donnée jette la lumière qui fait depuis longtemps défaut sur les distinctions entre l'idée et son expression, et entre l'œuvre et son support. Nous verrons que *l'œuvre est un complexe de données* qui, d'une part, satisfait à un ensemble de règles dites du critère d'originalité (sur lequel nous ne nous attardons cependant pas) et, d'autre part, est exprimé d'une manière qui répond, le cas échéant, à l'exigence de fixation. La *fixation* consiste à empreindre l'œuvre en un support. La *forme* de l'œuvre, empreinte en un support, peut être apparente, par exemple en ce qui concerne une photographie, ou bien latente, telle la chanson enregistrée sur disque compact. Distincte de son support tangible, l'œuvre encodée peut passer d'un support à un autre. Une œuvre, par exemple une image

¹⁶Nous traitons de l'approche philosophique dualiste aux pages 16 et 17, *infra*. Concernant la distinction entre les concepts moniste et dualiste du droit d'auteur, voir ALAI CANADA, Actes de la journée d'étude sur le statut de l'artiste, Montréal, ALAI Canada, 1991, p. 173; J. SEIGNETTE, Challenges to The Creator Doctrine: Authorship, Copyright Ownership and the Exploitation of Creative Works in the Netherlands, Germany and the United States, Deventer, Kluwer, 1994, pp. 28-30.

visuelle, peut être empreinte à la fois sur un support de toile et d'acrylique, et sur technologie de communication informatique. L'œuvre n'est ni le tableau ni l'écran sur lequel elle est projetée. L'œuvre se limite au choix et à l'arrangement de données, que ceux-ci soient perceptibles par l'entremise de la toile et de l'acrylique ou d'un système informatique. En d'autres mots, ce concept de forme de l'œuvre est défini en fonction d'un modèle de la connaissance fondé sur le concept de donnée. En comblant le fossé conceptuel qui sépare, depuis l'enfance du droit d'auteur, le concept d'idée de celui d'expression d'idées, il devient possible de préciser le concept d'œuvre qui transcende les concepts de matière et de connaissance. La mise en relation de la connaissance et de la matière permet également d'expliquer et d'atténuer les difficultés entourant la définition de l'objet du droit d'auteur, notamment celles engendrées par les formulations courantes des catégories d'œuvres en fonction d'objets perceptibles. Ces difficultés sont vieilles de plus de 300 ans. Elles se perpétuent à travers la formulation perfectible du concept de fixation. Il importe de faire le tour de la question, c'est-à-dire de cerner la nature et la cause du problème et d'ancrer solidement la solution proposée.

Avant de présenter la structure de ce mémoire, exprimons quelques mots sur les thèmes principaux en fonction desquels il est structuré. Notre exposé est présenté sous forme d'une analyse chronologique axée sur trois aspects dont l'évolution est corrélée. Le premier aspect est le droit d'auteur, et en particulier les concepts d'œuvre et de fixation de l'œuvre, et les sources du droit d'auteur. Les deux autres aspects sont les principaux facteurs d'évolution du droit d'auteur: l'évolution de la société¹⁷ et celle de la science¹⁸.

L'évolution de la conception et de la formulation du droit d'auteur est d'abord la conséquence des mouvements socio-politiques, c'est-à-dire des révolutions populaires et de tous les facteurs sociaux sous-jacents à celles-ci. Il s'agit donc de luttes entre les puissances souveraines de l'État, du Prince et de l'Église¹⁹. Il s'agit aussi des mesures de contrôle de la propagande mises en place par les puissances souveraines soucieuses de consolider leur influence. Il s'agit également de considérations économiques. Le jeu de facteurs socio-politiques et du progrès de la science a permis

¹⁷La question du contexte social étant abordée en introduction de chacune des deux parties de ce mémoire.

¹⁸Le progrès technologique est inclus parmi les conséquences de l'évolution de la science.

¹⁹Sur la rivalité entre l'État, le Prince et l'Église, voir *infra*, pp. 34 à 36.

l'évolution progressive du droit d'auteur. Il explique pourquoi les privilèges, ces prérogatives exclusives d'imprimer accordées par le Prince à compter de la Renaissance, firent place au droit d'auteur moderne à compter du XVIII^e siècle. Il permet de comprendre le sens de l'évolution des fondements conceptuels du droit d'auteur tandis que la suprématie de la Couronne fait place à celle de la loi.

D'autre part, il y a corrélation entre l'évolution du droit d'auteur et celle des sciences²⁰ et de la philosophie. Dans ce mémoire, nous adoptons une conception systémique du droit en tant que science. À cet égard, deux aspects du système de la science retiennent notre attention.

Premièrement, au sein d'une représentation systémique de *la science*²¹, les diverses disciplines scientifiques constituent chacune un sous-système de *la science*. La science juridique et, de façon générale, les diverses sciences ne sont pas étanches. Les sciences constituent essentiellement des systèmes ouverts, en ce qu'elles s'empruntent et se prêtent mutuellement des concepts et systèmes de concepts. Les sciences et la philosophie fournissent les concepts servant à formuler le droit d'auteur²². Nous verrons que ces concepts, et tout particulièrement celui, cardinal, de *matière*, sont faussés, et que cette incongruence date de l'époque des privilèges et même avant. De plus, l'évolution des sciences conduit à l'invention et au perfectionnement de nouvelles technologies de communication. La coïncidence de l'émergence des privilèges avec celle d'une nouvelle technologie de communication – l'imprimerie – et la manière particulière dont ont été formulés les privilèges²³, sont non pas fortuites mais symptomatiques de l'interdépendance entre l'évolution du droit d'auteur et celle de ces technologies²⁴.

²⁰Nous entendons ici par la science le savoir humain en tant que corps de connaissance organisé. La science en tant que corps global de la connaissance humaine comprend plusieurs disciplines particulières dont la philosophie et les sciences juridiques. Voir notre discussion de la conception intégrée de la science, *infra*, pp. 82-84 et 90-92.

²¹C.f. notre discussion de l'arbre de *la science*, *infra*, pp. 82-84.

²²Voir S. TOMLIN, D. BUSH, J. S. ACKERMAN et C. V. PALISCA, Seventeenth Century Science and the Arts, Princeton, University Press, 1961, p. 12.

²³Nous traitons plus loin de la formulation des privilèges: voir *infra*, pp. 48 et suiv.

²⁴Cette corrélation s'explique par le fait que l'objet du droit d'auteur, tel que couramment conceptualisé, est l'œuvre, une création de l'esprit, rendue perceptible par sa fixation en un support sensible. Les technologies de communication permettent telle fixation et la diffusion de cette information d'un support à un autre, facilitant ainsi l'utilisation, et notamment la diffusion, de l'information en accroissant sa polyvalence.

Deuxièmement, le système d'une science est généralement défini en fonction de plusieurs échelles conceptuelles. Les éléments des échelles inférieures servent à définir ceux, plus complexes, des échelles supérieures. Un concept élémentaire sert de dénominateur commun à toutes les autres composantes du système. Les concepts élémentaires de la science seraient par exemple ceux d'«idée» et de «donnée». En revanche, la «matière», la «relativité» et, en droit d'auteur, la «fixation» et l'«oeuvre» seraient des concepts complexes – pouvant notamment être définis en fonction des concepts élémentaires d'«idée» et de «donnée». L'annexe 2 contient une énumération de certains concepts élémentaires de la science et de certains concepts élémentaires du droit d'auteur étudiés dans ce mémoire.

Ce mémoire est structuré en deux parties. La première partie explore les origines du concept de fixation. Nous nous penchons spécialement sur le contexte d'émergence des privilèges, au XV^e siècle, et sur l'évolution de ceux-ci en véritable droit d'auteur au cours du XVIII^e siècle. La définition de l'objet des prérogatives des auteurs et les difficultés de la conceptualisation d'un droit relativement à celles-ci remontent à cette époque. Nous établissons des liens avec les circonstances déterminantes des époques antérieures ayant marqué la théorie initiale du droit d'auteur. En deuxième partie, notre discussion porte, d'une part, sur le contexte d'émergence du critère de fixation et de sa formulation, au cours des XIX^e et XX^e siècles, dans les lois anglaise, américaine, allemande, française et canadienne, de même qu'au sein de conventions internationales portant sur le droit d'auteur. D'autre part, nous présentons une formulation contemporaine du critère de fixation et du droit d'auteur, en fonction du concept élémentaire de donnée.

PREMIÈRE PARTIE

Origines du concept de fixation

Nous amorçons notre étude du critère de fixation en nous penchant, dans cette première partie, sur ses origines. Nous nous intéressons à la période depuis la formulation des premiers privilèges jusqu'à l'évolution des privilèges en un véritable droit d'auteur au cours du XVIII^e siècle. Cette époque précède celle de la venue du concept de fixation, dont nous traitons plus en détail en deuxième partie. Nous décrivons les privilèges et le contexte social ayant conduit à leur octroi par le Prince. Nous décrivons également les développements de la science et de la philosophie de cette époque, notamment quant aux concepts de connaissance et de matière. Ces concepts serviraient au cours des XVII^e et XVIII^e siècles à formuler les premières lois modernes sur le droit d'auteur. Nous tenons donc à circonscrire ces concepts et leur évolution à travers le temps. Nous suivons l'évolution de ceux-ci au sein de la science et de la philosophie. Nous verrons que cette évolution a été plus rapide et plus fournie en variantes au sein de la science et de la philosophie qu'en droit d'auteur. Nous verrons également que ces concepts étaient définis en fonction d'une approche dualiste, qui dominait la science de manière générale. Cette approche dualiste se refléterait dans la définition du concept d'œuvre. Elle engendrerait des difficultés en droit d'auteur, tel que nous verrons en deuxième partie de ce mémoire.

Nous traiterons plus loin dans cette première partie de la formulation des privilèges et de celle du droit d'auteur à ses débuts. Mais d'abord, nous effectuons notre incursion parmi les questions ci-dessus en nous penchant sur la théorie du droit jusqu'au XVIII^e siècle, c'est-à-dire au cours de la période depuis l'octroi des premiers privilèges jusqu'à l'émancipation de ceux-ci en un véritable droit d'auteur lors des révolutions et peu après. Avec l'invention de l'imprimerie, au XV^e siècle naît une nouvelle industrie, celle d'imprimer des textes et de vendre les ouvrages imprimés. L'avènement de cette nouvelle industrie offre en perspective l'essor d'un foyer important d'activité économique. Un cadre juridique relatif aux prérogatives des imprimeurs et à celles des créateurs d'œuvres prend forme. L'étude de ce cadre juridique relève de la théorie du droit.

I. THÉORIE DU DROIT JUSQU'AU XVIII^e SIÈCLE

La théorie du droit fournit des éléments conceptuels à la science juridique qui peuvent être regroupées sous deux volets. D'une part, les éléments conceptuels de la science juridique comprennent les sources du droit. Il sera question des sources du droit un peu plus loin²⁵. D'autre part, ces éléments conceptuels comprennent des concepts que définissent la métaphysique (qu'on appelle aujourd'hui la philosophie) et la science, tels ceux de matière, idée et connaissance. Nous traitons des concepts de la métaphysique et la science dans la section qui suit. Ces concepts, nous le verrons, allaient jouer un rôle déterminant dans la formation du droit d'auteur moderne, puisque l'objet du droit d'auteur est défini en fonction de ceux-ci. Par exemple, en droit canadien, les idées ne sont pas protégées, et il est question de fixation de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque²⁶. Nous verrons que la définition et la mise en relation des concepts de matière, idée et connaissance par la métaphysique et les sciences de la nature ont connu un développement progressif. Cet aperçu nous permettra de constater, en deuxième partie de ce mémoire, que la définition et la mise en relation de ces concepts du XV^e au XVIII^e siècle contrastent avec ce qui est proposé de nos jours. Nous constaterons également que ce sont les définitions et les relations conceptuelles telles que proposées au cours du XV^e au XVIII^e siècle qui ont servi à la formulation des premières lois sur le droit d'auteur et que ces définitions et relations conceptuelles demeurent empreintes à ce jour dans le droit d'auteur. Nous verrons que cette empreinte pose problème.

A. Concepts de la métaphysique et de la science

Depuis toujours, l'être humain cherche à expliquer le monde qu'il connaît, d'une part, en définissant des concepts et, d'autre part, en établissant les relations entre ceux-ci²⁷. Il réfléchit sur la nature de concepts tels le temps et l'espace. Il cherche à comprendre les éléments perceptibles de son monde – le feu, l'eau, la terre, l'air et les êtres vivants – et à définir un concept de matière ainsi que les lois régissant le mouvement des objets. Il est intrigué par ses facultés cognitives, par la spiritualité et par la divinité.

²⁵ *Infra*, pp. 30 à 46.

²⁶ *Infra*, p. 130.

²⁷ L'être humain recherche «la nature de l'unité du réel», la «réalité fondamentale des choses ou de la nature profonde du cosmos»: F. VAN STEENBERGHEN, Philosophie fondamentale, Longueuil (Québec), Éditions du Preambule, 1989, p. 249.

Il veut expliquer ses sens et sensations, sentiments, désirs et émotions. Il veut identifier ses coutumes et ses valeurs et définir un concept de justice dont il tente de comprendre la source. Il cherche à établir les relations entre ces éléments et des principes directeurs en vue d'arriver à une conception globale de son monde pour le guider dans la création de ses sociétés. De nombreuses théories ont été proposées à ce titre.

Les éléments conceptuels à l'aide desquels sont bâties les conceptions complexes du monde ont été proposés d'abord par les philosophes. À ceux-ci se sont éventuellement joints les chercheurs proposant une science empirique développée à l'aide de la méthode expérimentale. Chacune à sa façon, la métaphysique et la science empirique nous fournissent des concepts permettant de définir notre univers et conférant un sens aux institutions de notre société. La frontière entre la philosophie et la science empirique est floue: où s'arrête la philosophie et où commence la science? Pourtant, la philosophie et la science empirique diffèrent à bien des égards. Les théories de la philosophie sont, de manière générale, plus larges que celles de la science expérimentale²⁸. De façon simpliste, la science expérimentale se développe en fonction des phénomènes observables et observés. La science empirique n'offre de théories et de lois que sur ce qui est corroboré notamment par l'expérimentation. Les théories de la philosophie ne se fondent pas forcément sur l'expérience, comme c'est le cas, notamment, pour l'idéalisme²⁹. Parfois, la philosophie élargit le cadre conceptuel des sciences de la nature: en plus de tenir compte de l'expérience empirique, la philosophie déborde de ce cadre en proposant des théories, notamment sur la nature de la relation entre l'esprit humain et les choses dont il prend connaissance. Parfois, la philosophie ne tient tout simplement pas compte du cadre conceptuel des sciences de la nature. Cependant, la philosophie cherche toujours à produire *une pensée* cohérente. La philosophie, au-delà des phénomènes sensibles, veut expliquer tout ce qui est connaissable. Même si l'une ou l'autre méthode adoptée par les philosophes ne correspond pas forcément à la méthode scientifique, les philosophes ont fort influencé les scientifiques et vice versa³⁰.

²⁸Sur la définition de la philosophie, voir R. P. WOLFF, *About Philosophy*, 7^e éd., Upper Saddle River, NJ, Prentice-Hall, 1998, p. 4. Pour une description de la méthode scientifique, voir G. F. KNELLER, «A Method of Enquiry», dans J. HATTON et P. B. PLOUFFE (dir.), *Science and its Ways of Knowing*, Upper Saddle River, NJ, Prentice-Hall, 1997, 11-25.

²⁹*Infra*, pp. 21-23.

³⁰«The scientists of the seventeenth century [...] owed as much to the philosophers as the philosophers did to the scientists.»: S. TOMLIN, D. BUSH, J. S. ACKERMAN et C. V. PALISCA, *op. cit.*, note 22, p. 12; voir également à la p. 18 de cet ouvrage. Nous verrons qu'avec l'intégration des sciences, la métaphysique et les sciences de la nature se complètent au sein d'une conception globale: *infra*, pp. 82-84.

Des théories sur la nature fondamentale des divers aspects du monde et sur leur mise en relation furent énoncées dès l'Antiquité. On allait plus tard leur découvrir de nombreuses failles. Dans bien des cas, il serait incontestablement établi au cours des siècles subséquents que les explications de l'époque s'avéraient incohérentes ou à tout le moins incomplètes, notamment les relations entre le temps, l'espace et la matière.

Avant d'étudier les enseignements des sciences naturelles du XV^e au XVIII^e siècle sur le concept de matière, lequel concept représente la clef de voûte de la conception de l'oeuvre «immatérielle», intéressons-nous aux théories de la métaphysique. Ces théories proposaient des explications concernant la relation entre la connaissance et la matière.

1. Métaphysique

Après que les penseurs de l'Antiquité eurent brillé de tous leurs feux, les sociétés de l'après-Rome se désintéressèrent de la métaphysique en sombrant dans le tumulte et le mythe³¹. La Renaissance vit le mouvement humaniste s'amorcer et devenir influent³². Les penseurs attaquèrent la religion³³ et les privilèges féodaux, l'autorité

³¹«What remained of Greek science in Europe was buried in the libraries of Constantinople, and that remnant suffered in the sack of 1204. Greek science migrated through Syria into Islam in the ninth century, and stirred Muslem thought to one of the most remarkable cultural awakenings in history, while Christian Europe struggled to lift itself out of barbarism and superstition.»: W. DURANT, The Story of Civilization, t. IV, «The Age of Faith», New York, Simon and Shuster, 1950, p. 984. Le lendemain de l'Antiquité fut marqué par la croyance, même des érudits, aux démons, légendes, miracles, à la magie, aux mythes, à l'occulte, à l'astrologie, à la sorcellerie et à la divination. Cette superstition généralisée étouffa le souffle de la culture, et de la science en particulier, au moins jusqu'au Moyen-âge: *ibid.*, pp. 984-985 ; W. C. DAMPIER, A History of Science, 4e éd., Cambridge, University Press, 1966, p. 144. Ainsi, jusqu'à la Renaissance, la médecine était dans une large mesure associée à la pratique religieuse et à la superstition. Le professeur Durant, cite notamment en exemple Martin Luther qui croyait que la maladie était causée par des démons s'étant infiltrés dans le corps du malade: W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, «The Reformation», New York, Simon and Schuster, 1957, p. 850. La superstition, de manière générale, continua par la suite à manifester une certaine présence, qui se tempéra cependant, face aux progrès de la science et à la diffusion du savoir. Cette période ne fut pas cependant privée de toute culture. On dénote notamment des progrès au niveau des mathématiques et de l'astronomie: W. DURANT, The Story of Civilization, t. IV, «The Age of Faith», *ibid.*, pp. 986-991. Bref, du crépuscule de Rome jusqu'aux temps médiévaux, les maints aspects obscurs de la science intégrée ne purent recevoir que peu de lumière.

³²C. RUBY, Histoire de la philosophie, Paris, La Découverte, 1991, p. 29.

³³J. RUSS, L'aventure de la pensée européenne: Une histoire des idées occidentales, Paris, Armand Colin, 1995, pp. 145-149: Les idées religieuses connurent, au cours du XVIII^e siècle, une évolution prononcée. L'idée de Dieu se précisa, notamment par le déisme, suivant lequel Dieu est «intégré dans la Nature et dans l'Histoire» (p. 149). Le déisme admet «l'existence d'un Dieu conçu comme un Être suprême aux attributs

ecclésiastique et le droit divin du Prince, inspirant ainsi le peuple à faire la révolution³⁴. Les découvertes scientifiques remirent en question les modèles traditionnels de l'univers. Ces découvertes permirent l'avènement d'une époque moderne en philosophie³⁵ où domineraient les doctrines réalistes, matérialistes, idéalistes, empiristes et rationalistes³⁶.

Les doctrines métaphysiques ont été énoncées en fonction de bases diverses³⁷. Parfois, certaines composantes servirent de point de mire à une théorie (par exemple, les idées pour Hegel³⁸, ou Dieu (la nature) pour Spinoza³⁹). D'autres composantes étaient alors reléguées à l'arrière-scène. Par exemple, Pythagore renonça à inclure un dieu dans sa pensée puisque, pour lui, un tel concept était indémontrable. Ou encore, ces autres composantes étaient expliquées en fonction des concepts de base. Par exemple, pour Pythagore, la connaissance est un ensemble de nombres. Des approches diverses ont été proposées pour expliquer le monde et en définir les concepts les plus élémentaires⁴⁰, parmi lesquels comptent habituellement ceux de matière, de connaissance, d'esprit et de Dieu⁴¹. De ces concepts, les grandes doctrines philosophiques – nous en présentons certaines ci-dessous⁴² – en reprennent inmanquablement deux: la connaissance et l'être, et définissent les concepts de *la* science en fonction des théories de la connaissance⁴³ et de celles de l'être⁴⁴. À ces concepts s'ajoutent ceux de la théologie,

indéterminés et aux propriétés inconnaissables, et (rejette) la révélation» (p. 148). Le Dieu chrétien fit l'objet de la critique par les Lumières, notamment par le marquis de Sade. Cependant, la religion continua à être influente. Il y eut élargissement de l'idée de Dieu. On conçut un Dieu qui «s'inscrit dans la Nature et la Raison» (p. 147). On attribuait au fait de Dieu l'autrement inexpliqué: *infra*, p. 35.

³⁴W. DURANT et A. DURANT, *The Story of Civilization*, t. X, «Rousseau and Revolution», New York, Simon and Schuster, 1967, pp. 898-899.

³⁵C.f. R. CARATINI, *La philosophie*, t. I, «Histoire», Paris, Seghers, 1984, p. 258.

³⁶Le rationalisme cartésien fit émergence au XVII^e siècle, suivi de l'empirisme, avec d'abord Locke vers la fin du XVII^e siècle, puis avec Berkeley et Hume au XVIII^e siècle, et de l'idéalisme, d'abord avec Kant au XVIII^e siècle.

³⁷Voir notre présentation sommaire de certaines grandes doctrines philosophiques, *infra*, pp. 17 et suiv.

³⁸*Infra*, p. 76.

³⁹*Infra*, note 53.

⁴⁰À ces concepts élémentaires peuvent s'ajouter d'autres, secondaires, tels, par exemple ceux d'un ordre esthétique et du beau et les idées d'histoire et de progrès.

⁴¹On retrouve un éventail de conceptions relativement à Dieu: Les Grecs, par exemple, étaient polythéistes (les Sophistes étaient cependant athées) et leur conception était très différente de celle de la tradition judéo-chrétienne, monothéiste. Les philosophes ont généralement proposé une conception d'un Dieu omniprésent dans la nature: voir J. RUSS, *op. cit.*, note 33, pp. 34-37. Sur le concept de *Dieu*, voir également *supra*, note 33 et *infra*, notes 46 et 53.

⁴²*Infra*, pages 17 et suiv.

⁴³Dites *épistémologiques*. On appelle épistémologie la théorie de la connaissance scientifique: K. POPPER, *Objective Knowledge*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 108.

qui s'intéresse aux divinités et à la religion⁴⁵. L'explication de la relation entre l'être et la connaissance constitue possiblement la question la plus fondamentale et la plus controversée en philosophie. Les concepts de la science sont définis en fonction soit de l'être ou soit de la connaissance. Au-delà de l'être et de la connaissance, tout autre concept, tel l'espace, le temps, les idées ou les sentiments, est corollaire de l'être ou de la connaissance⁴⁶.

Les conceptions proposées en guise de représentation globale du monde peuvent être regroupées selon qu'elles correspondent à une approche moniste, dualiste⁴⁷ ou même pluraliste⁴⁸. On a proposé au cours des siècles des modèles suivant l'une et (ou) l'autre approche⁴⁹. Une conception est dite *dualiste* lorsqu'elle définit le monde en fonction de deux paramètres fondamentaux, par exemple les choses matérielles et les idées. Parmi les exemples les plus illustres de philosophies dualistes comptent la philosophie platonicienne⁵⁰ et la philosophie cartésienne⁵¹, cette dernière préconisant un

⁴⁴Dites *ontologiques*. D'un point de vue réaliste (réalisme: *infra*, pp. 17 à 19), l'être est tout ce qu'il y a, matériel et immatériel. L'être comprend donc la matière.

⁴⁵Quant à une conception moderne de Dieu, voir *infra*, note 46.

⁴⁶Sauf les lois de la nature et les concepts de divinité et de spiritualité, qui transcendent l'ontologie et l'épistémologie. En deuxième partie de ce mémoire, nous proposons un concept de Dieu représentant les aspects récurrents et inéluctables de la connaissance: voir *infra*, le texte se rapportant aux notes 730, 737 et 743 et à la p. 187.

⁴⁷En soutenant le clivage entre la matière et l'esprit. Précisons que des approches dualistes ont été formulées en fonction de deux composantes autres que la matière et l'esprit. Notamment, l'atomisme mécaniste de Démocrite (*infra*, pp. 24-25) définissait la matière comme étant constituée de deux composantes, soit les atomes et l'espace: S. E. STUMPF, *Socrates to Sartre: A History of Philosophy*, 5^e éd. révisée, New York, McGraw-Hill, 1993, p. 26. Par ailleurs, tout comme la définition du concept de matière s'est avérée fluide au cours des époques et suivant les écoles de pensée, ceux d'esprit, de connaissance et d'idées ont également varié. Aussi, des doctrines dualistes ont ramené tout à la matière et l'esprit, tels le rationalisme dualiste de Descartes (S. AUROUX et Y. WEIL, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, coll. «Faire le point», Paris, Hachette, 1984, p. 81; A. E. GILLES, *The Evolution of Philosophy*, New York, Alba House, 1987, p. 105) et le spiritualisme de Bergson (F. BRAUNSTEIN-SILVESTRE et J.-F. PÉPIN, *Les grandes doctrines*, Paris, Ellipses, 1993, pp. 180-182), ou encore, à la matière et à la connaissance. Considérant le chevauchement entre les concepts d'idées, de connaissance et d'esprit, il y a aussi un certain chevauchement entre les doctrines idéalistes et celles spiritualistes. Le *spiritualisme* est défini comme une doctrine «qui fait de l'Esprit la réalité fondamentale dont sont issues toutes les autres»: R. CARATINI, *La philosophie*, t. II, «Thèmes», Paris, Seghers, 1984, p. 346, à l'opposé du *matérialisme* qui ramène tout à la matière (*infra*, pp. 18-19); voir également F. BRAUNSTEIN-SILVESTRE et J.-F. PÉPIN, *ibid.*, p. 197. Pour les fins de ce mémoire, nous laissons de côté la doctrine spiritualiste; nous nous intéressons davantage, en revanche, à l'idéalisme.

⁴⁸Voir notamment F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, pp. 249-265; K. POPPER, *op. cit.*, note 43, au chapitre 3.

⁴⁹Les théories dualistes ont souvent été préférées aux approches monistes, desquelles on se méfiait.

⁵⁰S. AUROUX et Y. WEIL, *op. cit.*, note 47, p. 202 et pp. 225-227. Platon distinguait le monde intelligible du monde matériel: F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 251.

«clivage entre l'esprit et les objets extérieurs»⁵². Par opposition au dualisme, une conception *moniste*, comme par exemple le monisme spiritualiste de Spinoza, définit tout en fonction d'un seul paramètre⁵³.

Nous allons maintenant jeter un bref coup d'oeil sur certaines de ces grandes doctrines expliquant les concepts de l'«être» et de la «connaissance». Notre but n'est pas de qualifier nos propos en fonction de ces doctrines, mais plutôt de démontrer comment ces doctrines, généralement dualistes⁵⁴, ont contribué au façonnement du droit d'auteur contemporain en lequel, verrons-nous en deuxième partie de ce mémoire, elles demeurent empreintes. Ces doctrines nous serviront également de balises afin de formuler une conception moderne du critère de fixation⁵⁵. Nous amorçons notre survol des grandes doctrines de la philosophie en nous penchant sur le réalisme.

La conception *réaliste* reconnaît l'existence des choses indépendamment de notre connaissance ou conscience de celles-ci:

«Le réalisme affirme qu'il existe une réalité et qu'elle est indépendante de l'esprit humain. Cette réalité est censée être connaissable par des concepts d'objets, de positions, etc. que nous érigeons en éléments de réalité.»⁵⁶

Suivant la doctrine du *réalisme spontané*,⁵⁷ tout objet de la perception est considéré comme existant tel que perçu⁵⁸. C'est la représentation intuitive. Par exemple, si nous tenons un livre dans nos mains, ce livre est *réel*; il existe en soi. Par l'expérience

⁵¹R. LE SENNE, Introduction à la philosophie, Paris, Presses universitaires de France, 1970, p. 18.

⁵²E. E. HARRIS, Nature, esprit et science moderne, Lausanne, L'Âge d'homme, 1979, p. 126; voir aussi R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, pp. 281-283. La philosophie d'Anaxagore (500-428 av. J.-C.) constitue un autre exemple déterminant de philosophie dualiste: S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 23. Le dualisme constitue ce que le professeur Gilbert Ryle désignait de «doctrine officielle»: *ibid.*, p. 466.

⁵³Tel le panthéisme moniste de Spinoza, au XVII^e siècle. Baruch Spinoza considérait un Dieu «qui n'a rien à voir avec le Dieu créateur et personnel du judaïsme ou du christianisme», un Dieu qui est la substance unique de l'univers: «tout ce qui est, est en Dieu»: L. JERPHAGNON, Histoire des grandes philosophies, Toulouse, Privat, 1980, p. 169; S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 248-253. Étaient également monistes matérialistes les doctrines de Parménide et de Zénon d'Élée: *ibid.*, p. 12.

⁵⁴C. D. LAUGHLIN, JR, J. McMANUS et E. G. D'AQUILI, Brain, Symbol and Experience, Boston, Shambala, 1990, p. 10.

⁵⁵*Infra*, pp. 168 et suiv.

⁵⁶Y. JOHANNISSE, Vers une subjectivité constructive, Montréal, L'Hexagone, 1984, p. 23.

⁵⁷Alias réalisme naïf, ou réalisme spontané du sens commun.

⁵⁸R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, pp. 127-128.

perceptive, nous identifions une réalité unique, *la réalité en soi*. Le professeur René Le Senne décrit la conception réaliste spontanée en ces termes:

«[N]ous attendons de l'expérience sensorielle, de la perception par le tact, la vue, l'ouïe et les autres sens, la connaissance de la réalité. Pour savoir ce qui est, nous semble-t-il d'abord, il n'y a pas à penser ou guère, il n'y a qu'à constater, voir, entendre, toucher, et ainsi de suite. [...] Ce que nous voyons, touchons, sentons de quelque façon que ce soit, nous jugeons que cela est réel comme nous le sentons; aussi nous concevons cette réalité comme une matière volumineuse, massive, colorée, résistante; nous la pensons exister en dehors et indépendamment de nous, antérieure à la connaissance que les sens nous en donnent, ou comme on dit, en un premier sens de ce mot, «objective». Cette table, ce mur, cet arbre que j'aperçois, que je peux toucher en rapprochant d'eux suffisamment mon corps, contre lesquels je pourrais m'appuyer, sont, me semble-t-il, tels que je les perçois. Que je vienne à ne plus les percevoir et même que je meure, ils continueront d'être «en soi», ce qui signifie qu'ils ne sont pas «en nous», dans notre esprit qui se les représente.»⁵⁹

Les conceptions réalistes sont parfois matérialistes.

Suivant la *doctrine matérialiste*, la réalité en soi du réalisme serait constituée de matière. Le professeur Roger Caratini définit le matérialisme comme la «doctrine ontologique selon laquelle l'être ne peut être autre que de la matière»⁶⁰. Suivant les théories matérialistes, l'idée même d'états intérieurs et extérieurs relativement à l'esprit⁶¹ revêt un caractère matériel. Des doctrines matérialistes ont été proposées dès l'Antiquité. Protagoras d'Abdère et les Sophistes comptent parmi les premiers matérialistes connus⁶². Au temps de la naissance du droit d'auteur moderne, Thomas Hobbes proposait une théorie matérialiste de la perception⁶³. La réalité de la matière lui semblait incontestable⁶⁴. Hobbes préconisait la connaissance en fonction de mouvements

⁵⁹R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, p. 7.

⁶⁰R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 349.

⁶¹*Infra*, p. 158. Sur le concept d'«esprit», voir *infra*, note 90.

⁶²E. E. HARRIS, *op. cit.*, note 52, pp. 93 et suiv. Après les Sophistes, les Épicuriens et des Stoïciens formulèrent également des théories matérialistes: F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 29 et p. 253. Les Stoïciens définirent un panthéisme matérialiste. Épicure proposa sa théorie de l'atomisme mécaniste: *Ibid.*, p. 254.

⁶³A. WEBER et D. HUISMAN (dir.), *Histoire de la philosophie européenne*, v. 3, «Tableau de la philosophie contemporaine», par D. HUISMAN, Paris, Fischbacher, 1967, p. 285.

⁶⁴*Ibid.*, p. 286.

de la matière cérébrale⁶⁵. Il considérait la connaissance comme «le développement des effets du monde sur le sujet»⁶⁶. Sa doctrine moniste définissait le monde en fonction de la matière: tout ce qui existe est matière⁶⁷. Il concevait la connaissance en fonction de la matière – des corps en mouvement⁶⁸. Le réalisme matérialiste du XVII^e siècle était *dualiste*. Les concepts sur lesquels sont fondés la plupart des instruments juridiques du XVIII^e siècle, et notamment la définition de l'objet du *copyright* et du droit d'auteur et celle des droits exclusifs, sont issus d'un modèle philosophique réaliste matérialiste dualiste⁶⁹. Ce dualisme résultait dans une certaine mesure de la dominance de l'ontologie dualiste de Descartes au sein de la pensée du XVII^e siècle. Cependant, le modèle cartésien, non pas matérialiste, est fondé sur l'usage de la raison.

L'école philosophique *rationaliste* prévoit que l'être connaît par des idées, innées ou produites dans l'esprit, plutôt que résultant uniquement des perceptions⁷⁰. Pour Roger Caratini, la doctrine rationaliste «confère à la raison le primat sur l'expérience et qui pose que l'être est rationnel; elle donne la priorité à l'essence par rapport à l'existence.»⁷¹ Platon, Descartes et Kant comptent parmi les philosophes qui ont soutenu des formes de rationalisme de la connaissance⁷². Avec Descartes, le rationalisme, foi en l'universalité de la raison humaine, connaît son apogée⁷³. Descartes était à la recherche d'une méthode⁷⁴ infaillible, inspirée des mathématiques, afin de connaître. Il conçoit l'univers comme un système déterminé par Dieu et pouvant être expliqué par des lois mathématiques abstraites. Descartes défendit la doctrine atomiste mécaniste,

⁶⁵*Ibid.*, p. 285.

⁶⁶S. AUROUX et Y. WEIL, *op. cit.*, note 47, pp. 110-111.

⁶⁷Diane COLLINSON, *Fifty Major Philosophers*, Beckenham, Croon Helm, 1987, p.167.

⁶⁸S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 229.

⁶⁹Les fondements réalistes matérialistes dualistes de l'œuvre se manifestent à ce jour dans la difficulté que soulève la distinction entre l'œuvre et son support en droit d'auteur. Sur cette difficulté, voir notamment *infra*, pp. 105-106 et 137.

⁷⁰R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, pp. 23-35.

⁷¹R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 356.

⁷²F. BRAUNSTEIN-SILVESTRE et J.-F. PÉPIN, *op. cit.*, note 47, pp. 136 à 146 et 197.

⁷³R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 67. D'autres grands rationalistes du XVII^e siècle furent Spinoza, Malebranche et Leibniz: R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, p. 35.

⁷⁴Méthode: procédure ou structure de raisonnement employée pour accumuler la connaissance: S. AUROUX et Y. WEIL, *op. cit.*, note 47, pp. 188-189; l'exemple par excellence de méthode est la méthode scientifique: sur le développement de la méthode scientifique, voir S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, notamment aux pp. 220-231 et aux pp. 238-242.

parachevant celle-ci en tenant compte de la raison; faisant de celle-ci un modèle dualiste. On a qualifié sa doctrine d'«ontologie rationnelle»⁷⁵.

Au rationalisme s'oppose *l'empirisme*. Les doctrines philosophiques empiristes ont connu des formulations très variées⁷⁶ qui ont pour thème commun que les idées sont toutes fournies par l'expérience. On les identifie par leur «défiance congénitale pour les spéculations métaphysiques»⁷⁷. L'empirisme considère la connaissance comme le reflet de l'expérience par le biais des sens. La pensée empiriste «réduit toute connaissance à l'expérience et [...] nie, en particulier, l'existence d'idées innées⁷⁸ (Descartes) ou d'une connaissance intelligible (Platon)»⁷⁹. On dénombre divers courants de pensée empiriste. L'empirisme contemporain, notamment, est matérialiste et est parfois – sinon souvent – réaliste. Parmi les divers courants de pensée empiriste se dégage un consensus: la raison et l'expérience permettent d'établir les règles expliquant les propriétés de la nature⁸⁰. Les modèles empiristes préconisés au cours du XVIII^e siècle offraient une explication qui se rapprochait des modèles de la science. Comme ceux-ci, les modèles empiristes parlaient de la perception par les sens. Pour Locke, si la substance existe, elle ne peut être connue⁸¹. Berkeley et Hume rejetaient le concept d'existence d'une substance matérielle en soi⁸². George Berkeley, qui vécut au XVIII^e siècle, considérait que l'existence absolue des choses en soi est un non-sens, des mots sans signification. Pour Berkeley, les choses n'existent que dans la mesure où elles sont perçues⁸³. Berkeley soutenait que la matière n'existe pas et que seules les idées existent⁸⁴.

⁷⁵R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 127.

⁷⁶Les premières doctrines philosophiques empiristes remontent au moins au XIII^e siècle: F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 259. Au cours du XVII^e siècle, Francis Bacon et Thomas Hobbes dorèrent le blason de l'empirisme par leur insistance que la connaissance soit bâtie depuis l'observation: S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 263-264. La méthode soutenue notamment par Bacon et Hobbes, pour ne nommer que ceux-ci, se gardait cependant de proposer une explication métaphysique de la connaissance.

⁷⁷F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 259.

⁷⁸A. ROBERT, *Histoire de la philosophie*, 2e éd., Québec, Laflamme et Proulx, 1912, pp. 216-219.

⁷⁹R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 341. Pour Thomas Hobbes (1588-1679), les idées sont le produit de mouvements dans le cerveau, toute substance étant corporelle. «L'âme elle-même n'est que matière.»: A. ROBERT, *op. cit.*, note 78, p. 212.

⁸⁰*The Guinness Encyclopedia of World History*, Enfield, Guinness Publishing, 1992, p. 134.

⁸¹A. ROBERT, *op. cit.*, note 78, p. 218; S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 269.

⁸²A. ROBERT, *op. cit.*, note 78, pp. 260-262.

⁸³Selon Berkeley, «être, c'est être perçu»: R. CARATINI, *op. cit.*, note 35, pp. 317-318; L.-L. GRATELOUP, *Problématiques de la philosophie*, Paris, Hachette, 1985, p. 158.

⁸⁴S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 277.

Le professeur Samuel Enoch Stumpf décrit en ces termes la relation qu'établissait Berkeley entre le monde empirique et les idées :

«What [Berkeley] did want to do was to clarify what scientific language was all about. Terms such as *force*, *gravity*, and *causality* refer to nothing more than a cluster of ideas which our minds derive from sensation.»⁸⁵

Ainsi, distinguait-il les idées simples des idées complexes ou complexes d'idées, tout comme Locke, d'ailleurs, l'avait fait⁸⁶. Autre empiriste illustre, Hume, différenciail le monde externe des idées internes en tant que variations de la forme d'idées :

«Locke avait enseigné que toute connaissance prend sa source dans des idées simples de sensation; c'est cela que Hume appelle «impressions», et il les distingue des «idées» par la force et la violence avec lesquelles «elles frappent l'esprit». Les idées sont des images affaiblies de ces impressions qui sont formées dans la pensée, et les idées et les impressions, entre elles, épuisent «toutes les perceptions de l'esprit humain»».⁸⁷

Pour Hume, sans l'expérience par les sens, les idées ne pourraient naître. La philosophie de Hume, comme celle de Berkeley d'ailleurs, est idéaliste.

Au réalisme et au matérialisme s'oppose l'*idéalisme*, qui comporte le rattachement du monde matériel aux idées. L'idéalisme consiste à ramener à la pensée toute réalité et toutes les formes de l'être, de sorte que :

«les choses ne sont que des impressions sensibles ou des idées qui ne peuvent exister que d'une manière : à être des représentations d'un esprit. Elles ne sont pas des choses existant en soi, indépendamment de l'acte mental qui les appréhende; elles sont par cet acte même»⁸⁸.

Suivant une théorie idéaliste, tout est idée, complexe d'idées. Les théories idéalistes ont varié dans leur explication de concepts fondamentaux tels ceux de matière, d'esprit, de connaissance et de forme⁸⁹, et leur distinction entre ceux-ci. Certaines doctrines

⁸⁵*Ibid.*, p. 278.

⁸⁶*Ibid.*, p. 267.

⁸⁷E. E. HARRIS, *op. cit.*, note 52, p. 170; voir également S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 282-283.

⁸⁸R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, pp. 86-87.

⁸⁹R. E. ALLEN, «Plato's Earlier Theory of Forms», dans O. HANFLING (dir.), *Fundamental Problems in Philosophy*, 2^e éd., Oxford, Basil Blackwell, 1980, 20 et suiv.

idéalistes arborent la marque profonde de la religion. Ces doctrines théistes proposent une explication simpliste de la distinction entre matière et esprit⁹⁰.

L'un des plus illustres philosophes idéalistes fut Immanuel Kant, dont les oeuvres parurent à partir de 1781. Il exposa son système critique de 1781 à 1790 en vertu duquel il proposait une doctrine d'idéalisme transcendantal, appelée ainsi en ce qu'elle considère que les choses en soi – qu'il désigne «objets transcendants»⁹¹ parce qu'à la base de toute expérience – ne peuvent être connues⁹². Kant superposait un monde intelligible à un monde sensible, ce dernier étant celui – le seul – «qui soit donné à notre connaissance et à notre expérience»⁹³. L'expérience ne nous fournit que des apparences qui nous parviennent depuis nos facultés de perception. Kant distinguait la matière de la forme. La matière est l'objet des sensations alors que la forme, dimensions de l'espace et du temps, est empreinte *a priori* dans l'esprit⁹⁴ :

«Pour qu'un objet possède une réalité objective et puisse être connu, il faut qu'il apparaisse dans l'espace et dans le temps, il faut qu'il devienne sensible à notre intuition et à notre réceptivité.»⁹⁵

Kant considérait que le monde avait un commencement dans le temps. La position opposée, suivant laquelle un nombre infini d'années se seraient écoulées, lui semblait

⁹⁰Le concept d'*esprit* est formulé de diverses façons. De façon générale, on peut regrouper les formulations du concept d'esprit selon qu'elles sont idéalistes ou réalistes. Par ailleurs, on qualifie de spiritualiste la conception née en Occident avec Anaxagore, qui place l'esprit «au-dessus du monde matériel»: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 226; A. WEBER et D. HUISMAN, *op. cit.*, note 63, p. 244. Le spiritualisme représente l'esprit en fonction de diverses approches philosophiques. Ainsi, la connaissance, le savoir et les idées sont des phénomènes associés au processus cognitif et servent de figures de proue à la conception idéaliste (*ibid.*, p. 244). Suivant une telle conception, le concept d'esprit désigne globalement le processus cognitif et ses phénomènes. Le spiritualisme idéaliste, notable chez Spinoza et Leibniz, atteint sa plus haute expression avec l'idéalisme absolu de Fichte, de Schelling et de Hegel: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 227. Au contraire, sous l'influence de la religion et des mythes, l'esprit est souvent considéré d'un point de vue réaliste (A. WEBER et D. HUISMAN, *ibid.*, p. 244) comme un phénomène ontologique, c'est-à-dire ayant une *existence* propre. Anaxagore, par exemple, conçoit une «substance spirituelle»: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 226. Pour les fins de ce mémoire, nous préférons au concept d'esprit les trois concepts distincts de la connaissance (*infra*, pp 143-144), des idées (*infra*, pp. 143-144) et du savoir (*infra*, p. 152).

⁹¹D. COLLINSON, *op. cit.*, note 67, p. 91.

⁹²W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 4^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1960, pp. 107-108.

⁹³M. MERLEAU-PONTY, *Les philosophes célèbres*, Paris, Mazenod, 1956, p. 219. Voir également F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 41; C. RUBY, *op. cit.*, note 32, pp. 47-49.

⁹⁴En tant que formes pures d'intuition: voir D. COLLINSON, *op. cit.*, note 67, pp. 90-91; voir également K. POPPER, *Conjectures et réfutations*, Paris, Payot, 1985, pp. 268-270.

⁹⁵M. MERLEAU-PONTY, *op. cit.*, note 93, p. 219.

intenable. Il envisageait qu'il y aurait eu un temps antérieur à l'existence du monde, un temps «entièrement vide». L'espace et le temps relèveraient des facultés intellectuelles de la personne humaine, ils seraient des «idées a priori» propres à l'intellect humain⁹⁶. Bien qu'il concevait le monde sensible en tant qu'idées, le clivage entre les idées et l'être demeurerait. Kant distinguait entre, d'une part, les idées «intérieures», pures et libres, issues de la conscience, et, d'autre part, les idées «extérieures», faibles, issues de l'expérience, correspondant au monde sensible et sur lesquelles l'esprit humain n'a pas de contrôle⁹⁷.

L'idéalisme de Kant pourrait être qualifié de modéré plutôt que pur. Sa philosophie laisse subsister un certain dualisme⁹⁸, mais tempéré si on le compare à celui des réalistes, qui acceptent les choses telles quelles. Kant, au contraire, rejette la connaissance des choses en soi⁹⁹:

«Kant, ne doutant pas que la connaissance humaine porte sur une réalité extérieure à elle et lui fournissant sa matière, ne met pas en question l'existence de la réalité, qu'il appelle *noumène*, car c'est l'objet que se propose la raison et il faut que son nom soit parallèle à celui de *phénomène*. Mais de cette chose-en-soi nous ne pourrions rien savoir, car elle ne pourra être saisie par nous qu'après avoir été transformée par les formes structurelles de notre esprit, qu'après avoir été assimilée à lui par lui.»¹⁰⁰

Kant «déplace le centre de gravité de la connaissance humaine; ce n'est plus le réel qui informe la pensée: c'est la pensée qui informe le donné.»¹⁰¹ En plus de s'opposer au matérialisme et au réalisme, qui acceptent les choses telles quelles, cet idéalisme, qui conçoit le monde en fonction des idées, s'oppose également la doctrine de l'empirisme, fondée sur la primauté de l'expérience¹⁰².

⁹⁶K. POPPER, *op. cit.*, note 94, pp. 269-270; A. WEBER et D. HUISMAN, *op. cit.*, note 63, pp. 410 à 413.

⁹⁷R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, p. 68.

⁹⁸Du fait que Kant distingue les catégories de l'esprit des objets de l'expérience. Voir S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 327.

⁹⁹Il est donc idéaliste, et sa philosophie offrait déjà une solution au problème de la dualité matière-connaissance.

¹⁰⁰R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, p. 68.

¹⁰¹F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 41.

¹⁰²F. BRAUNSTEIN-SILVESTRE et J.-F. PÉPIN, *op. cit.*, note 47, p. 196.

* * *

En somme, au cours des XV^e au XVIII^e siècles, les doctrines proposant un clivage entre la matière et l'esprit dominant la philosophie et les sciences occidentales. Cette domination remonte à l'Antiquité¹⁰³. Le fossé idées-matière s'est creusé dans les conceptions des institutions de l'humanité, tandis que plusieurs éléments conceptuels, tel le concept d'information, et les relations entre ces éléments, comme celle entre les idées et la matière, demeuraient inexpliquées ou souffraient d'une certaine incohérence.

Au cours de la Renaissance, la méthode scientifique, en proposant un concept de la science en fonction d'une connaissance méthodique, semble se fonder sur une conception à la fois rationaliste et empiriste suivant laquelle «la raison et l'expérience sont les deux seuls fondements de la connaissance certaine»¹⁰⁴. Le rationalisme cartésien a accentué l'empreinte sur la pensée occidentale d'un dualisme tenace que les théories monistes et, notamment, l'idéalisme qui dominera d'ailleurs la philosophie du XIX^e siècle ne parviendront pas à chasser. Les modèles allaient être polis au fil des ans par de nombreux penseurs ajoutant chacun leur contribution.

Entre temps, à l'instar de la métaphysique, sinon de pair avec celle-ci¹⁰⁵, les sciences de la nature ont proposé depuis l'Antiquité des conceptions de la matière¹⁰⁶.

2. Science empirique

Bien avant l'invention du microscope et de l'accélérateur de particules, les penseurs de l'Antiquité avaient envisagé la composition élémentaire de la matière.

¹⁰³Ces doctrines allaient dominer la philosophie et les sciences occidentales jusqu'au tournant du XIX^e au XX^e siècle: G. RYLE, «The Concept of the Mind», dans O. HANFLING, *op. cit.*, note 89, 6-16.

¹⁰⁴P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, Atlas de la philosophie, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1994, p. 95. Au début du XVII^e siècle, Galilée et Bacon conçoivent les choses suivant une perspective réaliste. Pour Galilée, «la réalité est déterminée par des relations numériques»: *ibid.*, p. 95. Francis Bacon se représente la connaissance comme «l'image réelle de la nature, libérée de représentations qui l'altèrent»: *ibid.*, p. 95.

¹⁰⁵Jusqu'à la Renaissance, les sciences naturelles constituaient une branche de la philosophie; de la Renaissance au XVII^e siècle, la science moderne expérimentale a progressivement assumé son autonomie: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, p. 145.

¹⁰⁶Ces théories n'allaient cependant pas jusqu'à expliquer la relation entre la connaissance et la matière – entre les idées dans l'esprit et leur expression, alors que la métaphysique s'y intéressait justement.

Aristote repris d'Empédocle l'air, l'eau, la terre, le feu comme les quatre éléments fondamentaux à partir desquels était composée toute matière¹⁰⁷. On avait même formulé une représentation de la matière, à des échelles structurelles imperceptibles aux sens humains, en fonction de particules. Entre le VII^e et le V^e siècles av. J.-C., Leucippe, Épicure, Démocrite et les tenants de l'atomisme mécaniste proposaient une représentation de la matière suivant laquelle celle-ci est composée de particules minuscules mais de grandeur finie et indivisible, invisibles à l'œil, appelées atomes¹⁰⁸. On concevait ce plus petit élément constitutif des choses comme étant de taille quantifiable plutôt qu'infiniment petite, et en mouvement constant mais au sein d'un espace vide ou *ether*. La doctrine atomiste mécaniste, considérée comme une forme de matérialisme, s'apparente de manière étonnante aux modèles scientifiques contemporains. De nombreux philosophes et savants donnèrent leur aval aux doctrines matérialistes mécanistes¹⁰⁹. Des problèmes se posaient cependant aux tenants de cette doctrine. Par exemple, notons la difficulté logique d'admettre une portion d'étendue qui ne soit pas divisible, et la difficulté d'expliquer la diversité des propriétés physiques et chimiques des corps. Soulignons également l'absence de preuve expérimentale à l'appui de cette doctrine, puisque les instruments de mesure tels le microscope et l'accélérateur de particules n'avaient pas encore été conçus, les modèles mathématiques pouvant énoncer le modèle n'avaient pas encore été inventés¹¹⁰, et la méthode expérimentale ne serait établie qu'à compter de la Renaissance¹¹¹. Ainsi, quoique Rome nous ait légué une science juridique et des structures sociales élaborées, la science naturelle et la technique lui sont demeurées étrangères¹¹². Le monde empirique, qu'il existe en soi ou en tant qu'intellection, avait été peu fouillé.

¹⁰⁷ Cette théorie des quatre éléments demeura en vogue jusqu'en fin de XVIII^e siècle: A. R. HALL, The Scientific Revolution 1500-1800, Londres, Longmans, 1967, pp. 23-24.

¹⁰⁸R. CARATINI, *op. cit.*, note 35, pp. 65-68; S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 26; F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 250.

¹⁰⁹ Suivant ces doctrines, même la connaissance est expliquée en fonction du mouvement des atomes. Ces doctrines visionnaires furent influentes jusqu'à la formulation de la théorie quantique et la réfutation par Einstein du concept d'atome indestructible: S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 27.

¹¹⁰La doctrine atomiste mécaniste fut d'ailleurs rejetée par les Socratiques: *ibid.*, p. 27.

¹¹¹*Infra*, pp. 26-27.

¹¹²W. DURANT, The Story of Civilization, t. III, «Caesar and Christ», New York, Simon and Schuster, 1944, p. 671.

Au cours des siècles, les alchimistes découvrirent certains éléments et composés¹¹³. Cependant, sans les moyens modernes de communication à grande échelle, à commencer par l'imprimerie, et avant la libéralisation de l'accessibilité à l'éducation institutionnelle¹¹⁴, la science stagnait:

«By the sixteenth century there had been reasonable advances on anything that had been achieved in the ancient world in the field of what might be called chemical technology – the smelting and refining of metals, the production and the treatment of glass-ware, pottery and dyes, the development of such things as explosives, artists' materials and medicinal substances. It would appear that experimentation and even technological progress are insufficient by themselves to provide the basis for the establishment of what we should call a "modern science".»¹¹⁵

Vers l'époque de la Renaissance, les concepts concernant les propriétés physiques et chimiques de la matière étaient peu ou pas développés. La conception de la matière comportait de nombreux mystères. De plus, la mise en relation des sciences de la nature par rapport aux autres sciences était problématique en raison de la présence de trop nombreux mythes¹¹⁶ et de théories empreintes d'incohérences. Ces incohérences ne deviendraient apparentes que plus tard. L'éclosion spectaculaire de la science empirique à

¹¹³Notamment, au IX^e siècle, les alchimistes arabes découvrirent le mercure et le soufre. Du XII^e au XVI^e siècles, les alchimistes isolèrent le bismuth et précisèrent les connaissances sur l'arsenic, l'antimoine, les acides chlorhydrique et sulfurique et l'alcool. On continuait cependant à expliquer la matière en fonction des quatre éléments fondamentaux selon Aristote (l'eau, la terre, l'air et le feu): «[B]oth alchemists and the medieval philosophers were prepared to believe that matter of one type, by a mere rearrangement of its four elements, could be transformed into matter of another type.»: C. SINGER, A Short History of Scientific Ideas to 1900, Oxford, Clarendon Press, 1959, p. 268; voir aussi H. BUTTERFIELD, The Origins of Modern Science, Londres, G. Bell and Sons, 1968, p. 193. Plus de deux siècles et demi s'écouleraient avant que Mendeleïev énonce son modèle expliquant les relations entre ces éléments, et la théorie atomique moderne de Dalton se ferait attendre pendant encore deux cents ans.

¹¹⁴W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, «The Reformation», *op. cit.*, note 31, p. 235. Au cours des XIV^e et XV^e siècles, les autorités permirent de plus en plus aux gens de s'instruire en raison des besoins accrus du commerce et de l'industrie. De plus, les sociétés scientifiques sont apparues en deuxième moitié du XVII^e siècle et se sont multipliées au cours du XVIII^e siècle, aidant à l'échange d'idées et de théories: J. RUSS, *op. cit.*, note 33, p. 26. La plus vaste diffusion du savoir et le nombre accru de chercheurs s'adonnant à l'expérience scientifique contribua sans aucun doute aux progrès que connurent alors les sciences et techniques.

¹¹⁵S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 191.

¹¹⁶Les sciences de la nature, tout comme la philosophie luttèrent encore afin de purger non seulement les erreurs dues à l'absence de vérification expérimentale, mais également leur contenu mythique. Notamment, «(d)ans la littérature chimique, jusqu'à la fin du XVII^e siècle, les esprits ont été plus ou moins nettement opposés aux corps concrets, comme les sels ou les métaux.»: R. TATON, Histoire générale des sciences, t. II, «La science moderne (de 1450 à 1800)», Paris, Presses universitaires de France, 1958, p. 129.

compter de la Renaissance allait permettre d'expliquer de nombreux phénomènes de la nature: l'arbre de la connaissance amorçait un élan de croissance qui s'est sans cesse accéléré depuis.

Ainsi, à l'époque de l'émergence des privilèges, coïncidant avec le début de la révolution scientifique, la communauté scientifique commençait à corriger les erreurs des alchimistes médiévaux¹¹⁷ grâce à la reconnaissance universelle de la méthode expérimentale¹¹⁸. L'expérimentation suivant cette méthode permit d'approfondir, à compter du XV^e siècle, la conception de la matière et de ses propriétés sur une base empirique. De plus, l'invention de l'imprimerie allait grandement accélérer la diffusion de la connaissance. L'expérimentation, l'observation, la compilation et la classification organisées allaient permettre la formulation des lois de la nature aujourd'hui connues, lois qui, malgré nous, hors du contrôle et de la volonté humaine, régissent notre monde. Ces initiatives conduisirent au développement moderne de la science¹¹⁹. Les conceptions scientifiques de la matière, qui se limitaient souvent aux phénomènes tangibles, allaient être remises en question tandis que divers instruments et appareillages permettant de percevoir ce qui autrement serait imperceptible furent inventés. L'annexe 12 illustre notamment les progrès du concept de matière et des lois de la nature du XV^e au XVIII^e siècle.

L'un des développements importants par rapport au concept de matière au cours de cette période du XV^e au XVIII^e siècle fut l'établissement progressif du

¹¹⁷Notamment, la théorie des éléments d'Aristote fut définitivement répudiée par Robert Boyle en 1661 dans son ouvrage *The Sceptical Chymist*, faisant apparaître pour la première fois la conception moderne d'élément chimique. L'alchimie devint la chimie tandis qu'étaient découverts de nombreux nouveaux éléments: W. DURANT, *The Story of Civilization*, t. VI, «The Reformation», *op. cit.*, note 31, pp. 235 à 243.

¹¹⁸Francis Bacon (1561-1626) préconisa l'emploi d'une méthode de raisonnement par induction à partir d'observations empiriques précises: R. MUCCIELLI, *Histoire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, Bordas, 1971, pp. 61-62. Voir aussi D. BUSH, «Science and Literature», dans S. TOMLIN, D. BUSH, J. S. ACKERMAN et C. V. PALISCA, *Seventeenth Century Science and the Arts*, Princeton, University Press, 1961, 29 à 62. Galilée (1564-1642) adopta une méthode suivant laquelle il vérifiait des hypothèses par expérimentation et formulait par déduction des propositions en langage mathématique – des lois de la nature. Descartes proposa plutôt de connaître la certitude par le raisonnement déductif, tirant des conclusions de principes fondamentaux plutôt que de l'expérience. Sur l'avènement de la méthode expérimentale, voir également le chap. deuxième dans H. BUTTERFIELD, *op. cit.*, note 113, pp. 77 à 95.

¹¹⁹La connaissance scientifique commençait à s'accumuler grâce à l'emploi systématique de la méthode scientifique. Notamment, les encyclopédistes naturalistes du XVI^e siècle avaient accumulé et organisé de vastes quantités de connaissances concernant les diverses espèces vivantes: C. SINGER, *op. cit.*, note 113, pp. 207-210; J. RUSS, *op. cit.*, note 33, p. 152.

rapprochement entre les propriétés de la matière vivante et celles de la matière inorganique¹²⁰. Ce rapprochement allait jouer un rôle déterminant dans l'éclaircissement du rapport entre la connaissance et la matière. Ce rapport était d'autant plus énigmatique autrefois en raison des difficultés telles le mythe, la distinction entre le corps et l'âme et les incohérences aujourd'hui manifestes de la science. Si l'être vivant était doté d'une âme, son corps, croyait-on était autre que de la matière constitutive des objets inanimés. À compter surtout de la Renaissance, les scientifiques commencèrent à élaborer une science de l'anatomie¹²¹. Des expériences furent exécutées sur la matière organique, conduisant progressivement à élargir le concept de «matière» pour y englober la matière organique¹²².

¹²⁰ Cependant, la distinction moderne entre la matière organique et la matière inorganique était encore maintenue : A. R. HALL, *op. cit.*, note 107, p. 25. Au cours du XV^e siècle, Nicolas de Cuse, qui utilisait méthodiquement la balance pour étudier le phénomène de la croissance des plantes, ne se rendit pas compte que la plante pouvait puiser quelque élément dans l'air: C. SINGER, *op. cit.* note 113, p. 269. Le mystère serait dissipé en considérant les aspects mécaniques de la matière organique. Ainsi, Santorio au XVII^e siècle appliquerait la philosophie physique à la matière biologique (*ibid.*, p. 275), et Van Helmont éluciderait la question en constatant que les plantes retirent des éléments nutritifs depuis l'eau (*ibid.*, pp. 269, 280 et 281). On s'intéresserait également à l'anatomie; en 1543, Andreas Versalius publiait un traité sur la dissection et l'anatomie qui allait révolutionner la médecine: W. DURANT, *The Story of Civilization*, t. VI, «The Reformation», *op. cit.*, note 31, pp. 869 et suiv. Descartes, au XVII^e siècle, et plus tard Hoffmann au XVIII^e siècle, représenteraient le corps humain comme une machine (*ibid.*, pp. 276 et 403). Les travaux de Von Haller, associant les sensations des nerfs au cerveau et à la colonne vertébrale (*ibid.*, p. 406), et ceux de Hook sur le concept de cellule vivante (*ibid.*, p. 411) firent également progresser la question.

¹²¹R. TATON, *op. cit.*, note 116, pp. 362 et suiv. L'explication de la physiologie humaine et la pathologie par la chimie débuta vers la deuxième moitié du XVII^e siècle: *ibid.*, p. 382. Sur le développement de la physiologie, voir également *ibid.*, p. 593 et suiv. Dans son *Traité de l'homme*, qui parut en 1664, Descartes proposa une explication de «l'esprit animal» en fonction du sang: *ibid.*, pp. 384-385. Il décrivait le corps humain comme une machine. Cependant sa philosophie n'en demeurait pas moins dualiste: «In Descartes' dualism, man's body, in contradistinction to his soul, was held to be purely mechanical and indeed materialistic.»: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, p. 357.

¹²²La biologie moderne est née dès le XVIII^e siècle. Le corps des animaux et des végétaux est inclus dans le concept de matière «vivante»: «The application of mechanistic philosophy to biological problems was not attempted before Descartes.»: A. R. HALL, *op. cit.*, note 107, p. 129. En soutenant l'usage méthodique de la balance à compter de la fin du XVIII^e siècle, Antoine Lavoisier (1743-1794) est perçu comme le fondateur de la chimie moderne: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, p. 141. Il découvre que la respiration est une forme de combustion: R. TATON, *op. cit.*, note 116, p. 553; il se rendit compte que la chaleur que dégage le corps des animaux est une conséquence de la transpiration, de la digestion et de la respiration: *ibid.*, p. 596. En d'autres termes, il établit que la respiration consistait en un processus chimique et physique. Cette découverte, combinée notamment à celle de la circulation du sang par Harvey au début du XVII^e siècle (W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, pp. 118-119; R. TATON, *op. cit.*, note 116, pp. 366 à 368) précisait la relation entre la matière vivante et son milieu physique et chimique, mettant en question la discrétion des êtres: il devenait apparent, par exemple, que l'être humain fait partie intégrante de son milieu, avec lequel il interagit en tout temps, notamment par son alimentation, par la respiration et par sa perception des radiations solaires, pour ne citer que ces fonctions.

Avec la méthode scientifique, l'observation devenait la source première de la connaissance scientifique. Cet aspect se voyait donc conférer une importance accrue au sein de toute conception de la connaissance.

Cependant, le concept de matière continuait à soulever des questions. Il manquait à l'arbre de la science¹²³ plusieurs branches porteuses, dont l'absence allait profondément marquer le droit d'auteur. Parmi les concepts inconnus à cette époque et dont la méconnaissance affligeait le concept de matière, on dénote la représentation des particules élémentaires et les théories sur la relativité permettant de compléter les relations entre espace-temps¹²⁴, énergie et matière¹²⁵. La représentation de la matière était peu élaborée, puisqu'elle était exempte notamment d'une théorie atomique¹²⁶ et d'une représentation de l'être en fonction d'interactions. En chimie, les connaissances s'accumulaient en l'absence d'un système cohérent de classification¹²⁷. Les explications de la matière vivante demeuraient hésitantes; la conception du corps biologique, «matériel» mais qui «connaît», était incomplète: on n'était pas en mesure d'énoncer une conception détaillée des processus biologiques de la connaissance. La psychologie de la connaissance, avec son explication du rapport entre la connaissance et la matière, se faisait attendre. Ne s'étaient guère davantage développées la neurologie et sa

¹²³Déjà en 1644, Descartes concevait la science suivant une structure arborescente: F. BRAUNSTEIN-SYLVESTRE et J.-F. PÉPIN, *op. cit.*, note 47, p. 138.

¹²⁴La caractérisation de l'espace et du temps est l'une des grandes questions de la métaphysique. L'espace et le temps ont été parfois assimilés à de la matière (l'éther), parfois définis comme idées. Newton croyait en un espace et en un temps absolus et uniques au sein desquels le monde matériel se trouvait.: R. TATON, *Histoire générale des sciences*, t. III, «La science contemporaine», v. 1, «Le XIX^e siècle», Paris, Presses universitaires de France, 1961, p. 241; A. N. WHITEHEAD, *Essays in Science and Philosophy*, New York, Philosophical Library, 1948, pp. 241 à 248, notamment à la p. 241. Sur l'espace-temps, voir *infra*, pp. 90-91 et 163.

¹²⁵Par exemple, on considérait la chaleur, l'éther, et les fluides électriques et magnétiques comme des substances sans masse, impondérables: «The seventeenth century – the age of Galileo – and the eighteenth century – the age of Newton – established a view of a universe maintained by a balance of *forces* acting on *bodies*. There was still much vagueness as to the limit of the two. Thus, 'phlogiston', which was supposed to go forth from a body on combustion, and 'ether', which was at once agent and medium of light, no less than the electric and magnetic 'fluids', remained ambiguous conceptions to the very end of the eighteenth century and even into the nineteenth.»: C. SINGER, *op. cit.*, note 113, p. 347.

¹²⁶Cependant, déjà Newton au XVII^e siècle spéculait sur une théorie atomique, et le modèle se fit progressivement accepter: «from [Newton's] time onward, despite the opposition of Leibniz, the constitution of matter was generally considered as atomic by physical investigators. The view was popularized and widely disseminated by Voltaire.»: *ibid.*, p. 341.

¹²⁷Les catégories élémentaires connues au XVIII^e siècle étaient les sels, les terres et les calques, tandis que Lavoisier et Van Helmont découvraient les gaz: *ibid.*, pp. 333-340. Lavoisier et Boyle identifièrent le concept d'élément chimique, c'est-à-dire les substances ne pouvant plus être décomposées: *ibid.*, p. 340.

représentation physiologique de la connaissance¹²⁸, et la théorie de l'évolution des espèces animales et de l'univers¹²⁹. Le mythe de la génération spontanée¹³⁰ venait par ailleurs fausser la représentation de la matière organique.

* * *

En somme, l'imperméabilité des sciences des XV^e au XVIII^e siècles empêchait le progrès simultané et corrélé des unes et des autres vers une science intégrée et harmonieuse. Cette imperméabilité des sciences permettait aux théories incohérentes de perdurer. Notamment, l'imprécision du concept de matière venait compliquer son intégration à d'autres domaines de connaissance¹³¹. En fait, *elles entravaient l'intégration des concepts de matière et de connaissance*. Ces lacunes n'affectèrent pas particulièrement le régime des privilèges, qui ignorait le concept d'«œuvre de l'esprit». Néanmoins, les sciences n'étaient pas tout à fait étanches. Notamment, les lacunes du concept de matière auraient des retombées au sein du droit d'auteur.

Entre temps, la reconnaissance quelconque dont pouvait jouir le travail créatif des auteurs et des artistes se voyait subordonnée, au cours du Moyen-âge et de la Renaissance, à l'absolutisme autocratique des souverains. Ainsi se trouva retardée l'éclosion d'un véritable droit d'auteur tandis que la Couronne s'arrogea un pouvoir absolu qu'elle prétextait issu d'un titre divin. Loin de se limiter à être une affirmation sans fondement, l'absolutisme autocratique, dont le privilège en est le gage, fut défendu à l'aide de théories concernant les sources du droit.

B. Sources du droit

¹²⁸Sur la représentation de la connaissance en fonction de la matière organique, voir *infra*, pp. 86-87.

¹²⁹Au cours du XVIII^e siècle, l'étude de l'histoire suscitait un intérêt accru. On s'intéressait notamment à l'histoire de la Terre, à celle des êtres vivants, de la philosophie, de l'art, de l'humanité et des sciences. L'idée d'évolution des êtres vivants se répandait, de même que celle de progrès de la nature, de l'esprit humain, du gouvernement et de la société: J. RUSS, *op. cit.*, note 33, pp. 136-145.

¹³⁰Selon la génération spontanée, «des animaux, même élevés en organisation, pouvaient naître spontanément du limon, de la boue, de la terre ou de toutes autres matrices»: R. TATON, *op. cit.*, note 116, p. 368. Voir également C. SINGER, *op. cit.*, note 113, pp. 284-287; A. R. HALL, *op. cit.*, note 107, p. 25. Le premier traitement scientifique de la question fut l'œuvre de Francesco Redi au cours du XVII^e siècle: C. SINGER, *ibid.*, p. 287.

¹³¹«(The scientists) cast off the gilded chains of a rational, universal synthesis, whether Aristotelian or Platonic, and thus became free to accept facts humbly, even though the facts could not be incorporated in a general scheme of knowledge.» W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, p. 145.

Malgré l'isolement relatif des diverses disciplines scientifiques les unes par rapport aux autres à l'époque des privilèges, certains penseurs ont proposé des théories concernant les sources du droit et mettant en relation le droit et les autres sciences. Toutefois, les théories quant à ces sources firent l'objet de nombreuses controverses et souffrirent de lacunes. Il faut dire que la science était elle-même aux prises avec des controverses et affligée de lacunes. En établissant des liens avec la science, le droit se trouvait confronté aux faiblesses de celle-ci.

Le droit constitue en soi un système de règles, se rattachant au système de règles plus vaste de la science. L'étude des sources du droit a pour finalité l'identification de règles à deux égards: les règles les plus élémentaires au sein du système juridique (donc l'étude de la hiérarchisation des règles de droit) et le rattachement de la science juridique à l'arbre global de la science. La loi, la jurisprudence et la doctrine sont considérées comme des sources de droit. Au sein du système de règles et concepts que constitue le droit, la loi, la jurisprudence et la doctrine sont les composantes de départ, d'où émanent les règles du système. Cependant, une telle représentation fait du droit un système fermé, en ce sens qu'il ne puise aucun principe d'autres disciplines de la connaissance humaine. Tout concept juridique est alors défini par le droit et uniquement par le droit. Toutefois, nous verrons qu'une conception naturaliste du droit situe les sources du droit à l'échelle des concepts fondamentaux de la science.

La quête des sources du droit conduit le théoricien à s'interroger quant à la nature du droit et de la justice et sur les principes suivant lesquels se hiérarchisent les règles de droit. Quelle est la source de ce système? Est-ce la nature ou bien le fait des hommes? Le droit reflète-t-il un ordre naturel des choses ou bien un ordre au sein d'un système fermé défini par la personne humaine? En d'autres termes, suffit-il de considérer la règle de droit comme le produit du pouvoir du Prince – un système de règles créées par l'homme pour régir ses institutions – ou existe-t-il une source en amont des institutions humaines, à même l'ordre des choses dans la nature? Y a-t-il une source de justice qui transcende nos institutions, qui émane directement de la nature, tout comme les lois de la physique?

Les points de vue à l'égard de ces questions se regroupent essentiellement suivant deux approches: la doctrine du droit naturel qui suggère l'existence d'une loi

suprême, naturelle, dominant toute autre loi, et le positivisme juridique, qui considère le droit comme une science complète et autonome – un système de politiques sociales – et rejette la notion de rattachement à la nature: il n'existe de loi que celle qui est énoncée par le législateur¹³², c'est-à-dire le droit positif.

Il importe de vérifier la cohérence de la construction actuelle des sources du droit d'auteur, et ce, pour plusieurs raisons.

Premièrement, nous abordons dans ce mémoire l'étude de la théorie du droit de manière élargie, de sorte que nous tenons compte des concepts scientifiques qui servent d'étalon aux concepts clés du droit d'auteur. Un examen, même superficiel, de la définition des concepts principaux du droit d'auteur nous révèle des difficultés¹³³. Le traitement des sources du droit d'auteur est déterminant dans l'explication de l'origine de ces difficultés. Alors, force nous est de fermer la boucle de la théorie du droit en traitant des sources du droit d'auteur.

Deuxièmement, nous verrons que les sources naturalistes du droit d'auteur ont joué un rôle considérable dans son évolution et ont conduit à sa formulation moderne. Leur étude jette une lumière cruciale sur les formulations contemporaines du droit d'auteur.

Par ailleurs, nous tenons à commenter le débat qui subsiste quant à la reconnaissance du droit naturel comme source de droit. Cette question suscite notre intérêt compte tenu de la controverse toujours vive opposant les tenants du positivisme juridique à ceux des théories de droit naturel¹³⁴. En effet, si droit naturel il y a, l'exclusion du droit naturel à titre de source de droit, notamment en droit d'auteur¹³⁵, est remise en question.

En outre, la détermination des sources du droit d'auteur consiste à identifier la source des règles faisant partie de celui-ci. La doctrine du droit naturel fait

¹³²J. FALYS, Introduction aux sources et principes du droit, Louvain-la-Neuve, A.E.D.L. -UCL, 1981, p. 26.

¹³³*Supra*, pp. 2 à 5 et *infra*, pp. 104-106.

¹³⁴Voir *infra*, pp. 93 à 103.

¹³⁵*Infra*, pp. 44-46.

du droit d'auteur un système ouvert, de sorte que les tribunaux ont la prérogative d'invoquer des règles jusnaturalistes en complément de la législation ou afin d'interpréter celle-ci. Au contraire, au sein d'un droit d'auteur de source positive, qui constitue un système fermé, le tribunal est contraint de rechercher essentiellement dans la législation sur le droit d'auteur le sens conféré au droit d'auteur par le législateur.

Le problème de la relation entre la justice et le droit positif intéressa les penseurs de la théorie du droit dès l'Antiquité¹³⁶ alors que l'homme recherchait des lois de la nature plus permanentes que les lois humaines¹³⁷:

«The history of natural law is a tale of the search of mankind for absolute justice and of its failure. Again and again in the course of the last 2500 years, the idea of natural law has appeared in some form or another for an ideal higher than positive law after having been rejected and derided in the interval.»¹³⁸

Platon proposa une approche métaphysique pour définir la justice et la relation entre la justice et le droit positif. Aristote, au contraire, choisit une approche rationnelle suivant laquelle le monde des humains se caractérise par une dualité, l'homme étant à la fois élément et maître de la nature¹³⁹. En tant qu'élément de la nature, il est sujet aux lois de la matière et de la création. Il domine cependant la nature par son esprit qui lui confère une volonté libre et lui permet de distinguer le bien du mal¹⁴⁰. Le professeur Michel Villey souligne qu'Aristote non seulement connaissait une notion de droit naturel¹⁴¹, mais en a établi les fondements:

«[Aristote] offre une méthode précise pour sa découverte. Dans plusieurs livres, enfin, [...] il met en oeuvre cette méthode. Il ne paraît guère contestable qu'Aristote ait su présenter, plus que nul autre et surtout que n'importe quel juriste romain, l'image la plus claire et la plus complète d'un type de droit naturel.»¹⁴²

¹³⁶Que l'on songe aux écrits de Sophocle – le drame d'Antigone se rebellant contre le décret de Créon.

¹³⁷W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, page 43 et suiv.

¹³⁸*Ibid.*, p. 17.

¹³⁹*Ibid.*, pp. 7, 9 et 21.

¹⁴⁰*Ibid.*, p. 21.

¹⁴¹Aristote reconnaissait une notion de droit naturel, un juste naturel, une «loi commune à tous les peuples [...] parce qu'elle prend sa source dans la nature, parce qu'elle est selon la nature»: M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1957, p. 130.

¹⁴²*Ibid.*, p. 130.

Plus tard, tandis que le pouvoir politique passait de l'Armée romaine à l'Église, au Prince, puis au Parlement, la doctrine du droit naturel, comme le flux et le reflux de la mer, connut successivement des périodes de reconnaissance et des moments d'abandon.¹⁴³

Au cours des premiers siècles qui suivirent la chute de Rome, l'Église s'affirma comme autorité politique¹⁴⁴ et juridique¹⁴⁵ suprême, sanctionnant la loi de Dieu, tandis que le rôle de l'État était considéré secondaire, mais nécessaire.¹⁴⁶ Face à l'absence d'explications des phénomènes de son monde due à l'inexistence de la science, tourmenté par les guerres, la famine, les épidémies et le désordre social, l'homme se tourna vers la religion pour trouver des réponses rassurantes et un ordre établi et stable.¹⁴⁷

Au Moyen Âge, la rivalité entre l'Église et l'État se corsa. L'Église était trahie par la faillibilité de ses représentants et de ses institutions. Le peuple critiquait le clergé avare et puissant. Les Princes remettaient en question et défiaient son autorité. De la suprématie de l'ordre chrétien on passa graduellement à l'État moderne, la loi devenant progressivement un instrument de l'État.¹⁴⁸ L'absolutisme et la suprématie de la loi

¹⁴³Notamment, la solution médiévale du nominalisme comme explication des universels sape tout fondement au droit naturel, car Dieu étant tout puissant, toute règle de moralité est une manifestation de son omnipotence: A. P. D'ENTRÈVES, Natural Law: an Introduction to Legal Philosophy, Londres, Hutchinson's University Library, 1951, p. 68. La doctrine du droit naturel reprit de l'envergure au cours des XVI^e et XVII^e siècles lorsque le nominalisme se fit rejeter notamment par la résurgence du rationalisme: *ibid.*, p. 70.

¹⁴⁴Voir W. DURANT, *op. cit.*, note 112, p. 646 et suiv., et notamment à la p. 672.

¹⁴⁵«Christianity was the supreme spiritual and legal value, superior to all other laws.»: W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 58 à 62; le droit naturel était à la base de cette position, un droit naturel dérivé de la loi de Dieu, l'univers étant, d'après Saint Thomas d'Aquin, sous la gouverne de la raison divine: *ibid.*, p. 30.

¹⁴⁶*Ibid.*, p. 25. Telle était la philosophie de Saint Augustin: S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 133-150, voir p. 148 en particulier. Au cours du XIII^e siècle, Saint Thomas d'Aquin définit une théorie du droit en fonction des lois de la nature et de Dieu. Parmi les tenants d'une notion de droit naturel comptent également Jean de Salisbury, Henry de Bracton, Guillaume d'Occam et Beaumanoir: J. M. KELLY, A Short History of Western Legal Theory, Oxford, Clarendon, 1992, pp. 134-136, p. 145 et p. 186. Voir également *infra*, note 178.

¹⁴⁷W. DURANT, the Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, pp. 3, 4 et 230. C.f. la philosophie de Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) dans A. E. GILLES, *op. cit.*, note 47, pp. 63-76, notamment à la p. 75. Dans le monde chrétien médiéval, la foi religieuse a constitué la clé de voûte de la théorie politique et légale, notamment quant à l'explication des lois de la nature, de la source du droit de gouverner et du droit de propriété. Il ne s'agissait pas toutefois de théories uniformes. La controverse viendrait éventuellement miner ses assises: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 89.

¹⁴⁸L'époque de la Réforme par le triomphe de l'État sur l'Église, marque la fin du Moyen-âge: W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, p. 253; J. HITIER, La

rivalisaient depuis les temps médiévaux¹⁴⁹. L'idée d'un gouvernement non pas inférieur au pouvoir de l'Esprit, mais plutôt indépendant de l'Église, trouva un appui important durant le XIV^e siècle. Dans ce contexte, la doctrine du droit naturel connut une période creuse.¹⁵⁰

Lors de la Renaissance, l'Église maintint cependant une emprise sur la pensée de l'époque¹⁵¹ en intervenant dans la formulation des notions de matière et esprit, et incidemment sur celle de connaissance; l'Église exerçait son influence par ses enseignements de la spiritualité qui attribuaient l'inexpliqué aux faits de l'Être suprême ou du démon, selon le cas. Au cours du XVI^e siècle, les doctrines religieuses étaient étroitement associées aux vieilles idées de la science. La doctrine du droit naturel connut une reprise vigoureuse. La Réforme vit soustraire une partie importante de l'Europe à l'autorité de la papauté tandis que les Églises protestantes étaient fondées. La guerre religieuse de la Réforme en Allemagne de 1525 à 1560, qui se propagea d'ailleurs en Europe, allait porter un coup qui limiterait dorénavant le rôle politique de l'Église¹⁵². Elle occasionnerait le triomphe de l'État sur l'Église qui marquerait la fin du Moyen-âge¹⁵³. Le protestantisme conquiert l'Allemagne et se répandit même au-delà. Il rejetait la science, lui préférant l'infaillibilité de la Bible¹⁵⁴. Le Prince profita d'une conjoncture de méfiance envers l'Église¹⁵⁵ pour consolider les assises de son empire¹⁵⁶. Il se consacra à fonder

doctrine de l'absolutisme : étude d'histoire du droit public, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903, pp. 11 et suiv.

¹⁴⁹En Angleterre du XIII^e siècle, l'absolutisme avait une certaine emprise, mais isolée. Brackton était l'un des plus notables à affirmer l'assujettissement du Roi à la loi et à Dieu. La règle de droit connut une période de dominance au moyen âge, pour être ensuite repoussée par l'absolutisme au cours de la Renaissance: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, notamment aux pp. 89 à 134.

¹⁵⁰W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 55.

¹⁵¹«During much of the seventeenth century itself we can hardly fail to be struck, for example, by the power of religion both in thought and in politics.»: H. BUTTERFIELD, *op. cit.*, note 113, p. 178.

¹⁵²Sur le contexte de la contestation de l'Église au cours du XVI^e siècle, voir T. PLUCKNETT, A Concise History of the Common Law, 4^e éd., Londres, Butterworths, 1948, p. 42. Sur l'expansion de ce phénomène contribuant à attiser la Révolution française, voir W. DURANT et A. DURANT, *op. cit.*, note 34, p. 902.

¹⁵³W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, p. 253. Martin Luther défia l'Église au nom des paysans qui se révoltaient de leurs conditions de vie éprouvantes dans une Allemagne pourtant de plus en plus prospère, au sein de laquelle ils voulaient une place plus équitable: *ibid.*, p. 382.

¹⁵⁴*Ibid.*, p. 849.

¹⁵⁵L'Église, en revanche, se méfia de la science, en particulier à compter du pape Paul IV, au cours de la Renaissance: W. DURANT, *op. cit.*, note 112, p. 849. Au XVII^e siècle, Galilée fut traduit devant un tribunal de l'inquisition pour avoir avancé que la terre tourne autour du soleil et non l'inverse. Plus tard, Berkeley affirma sa conviction que la théorie de la gravité de Newton «représentait une rivale sérieuse pour la religion»: K. POPPER, *op. cit.*, note 94, p. 152. L'Église redoutait que la science puisse causer le déclin

dans la nature l'absolutisme de son pouvoir en forçant démesurément son «autorité de droit divin» sur une certaine alliance avec l'Église proclamée par la cérémonie du sacre du roi ou de l'empereur¹⁵⁷. La théorie de l'origine divine du pouvoir royal perdit éventuellement du terrain face à la doctrine du contrat social¹⁵⁸ qui connut un nouvel envol au cours du XVIII^e siècle¹⁵⁹.

La doctrine du contrat social¹⁶⁰ suscitait un intérêt croissant depuis le XII^e siècle¹⁶¹. Suivant cette doctrine, le Prince tient son titre non pas de l'Être suprême, mais

de son autorité: *ibid.*, p. 152. Nous entendons ici l'Église chrétienne en général, ou de ses dénominations particulières, le cas échéant, lorsque spécifié. La révolution scientifique du XVII^e siècle occasionna une perte d'influence pour l'autorité religieuse tandis que la publication de livres sur des sujets scientifiques répandit la connaissance scientifique: The Guinness Encyclopedia of World History, *op. cit.*, note 80, p. 134; L. JERPAGNON, *op. cit.*, note 53, p. 188; P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, *op. cit.*, note 104, p. 159. Les penseurs du siècle des lumières se détournèrent de la religion, consacrant en contrepartie un intérêt accru aux arts, à la philosophie et aux sciences: W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, p. 939.

¹⁵⁶ Les premiers privilèges furent octroyés par les grandes dynasties monarchiques qui régnaient notamment en France, en Allemagne et en Angleterre et qui s'étaient arrogé l'autorité suprême sous la bannière du droit naturel. Les privilèges devinrent un nouvel instrument permettant de rehausser cette autorité et le pouvoir des monarchies qui soutenaient la provenance divine de leur titre: E. TAYLOR, The Fall of the Dynasties, Garden City, Doubleday, 1963, p. 49. Les autocraties se justifèrent suivant cette doctrine, jusqu'au dernier souverain tant en Angleterre (*ibid.*, pp. 60-63) qu'en France (*ibid.*, pp. 148-149), en Allemagne (*ibid.*, pp. 148-149) et en Russie (*ibid.*, p. 60). Voir également J. HITIER, *op. cit.*, note 148. Cette perspective des choses ne fut pas sans conséquences relativement au fondement conceptuel des premières règles de droit portant sur les créations de l'esprit, lesquelles servirent d'abord les intérêts de la Couronne.

¹⁵⁷ W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, pp. 254-255.

L'absolutisme connût son paroxysme au cours des XIV^e au XVI^e siècles: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 176.

¹⁵⁸ «Instead of the mediaeval dominion based upon divine right and subject to law, we have the modern state based upon force and independant morality. And so, where many a mediaeval thinker would ultimately identify law with the will of God, in modern times it will be regarded as the will of the States.»: T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 41. Voir aussi C. DU PASQUIER, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 6^e éd., Paris, Delachaux et Niestlé, 1988, p. 224. Jean de Paris, Jean de Salisbury et Saint Thomas d'Aquin comptent parmi ses premiers ténors: W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 55.

¹⁵⁹ Kant, notamment la fit sienne: W. FRIEDMANN, *ibid.*, p. 67.

¹⁶⁰ Sur les conséquences de cette doctrine sur les prérogatives des auteurs, voir *infra*, pp. 43-45.

¹⁶¹ Elle fut notamment avancée en 1324 par Marsilius de Padoue: «The king is to be a delegate and servant of the public; and if he seriously misbehaves it may rightly depose him.»: W. DURANT, The Story of Civilization, t. VI, « The Reformation », *op. cit.*, note 31, p. 254; vers 1355, Nicolas Oresme se prononçait aussi en faveur de cette doctrine (*ibid.*, p. 252) de même notamment pour Étienne de la Boétie vers 1549 (W. DURANT, The Story of Civilization, t. II, «The Life of Greece», New York, Simon and Schuster, 1966, p. 882), Thomas Hobbes et John Locke au cours du XVII^e siècle (J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, pp. 212-219) et Jean-Jacques Rousseau au cours du XVIII^e siècle (R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, pp. 283-285).

d'un contrat qui le lie au peuple suivant lequel il remplit la fonction de moteur de l'ordre social, rôle que le peuple convient de lui conférer, vu la nécessité de désigner un souverain à cet effet. En vertu du contrat social, la loi et le gouvernement sont fonctions du peuple¹⁶². L'autorité légale vient de la loi et non de la volonté arbitraire du Prince¹⁶³. Il y a relation contractuelle entre le roi et ses sujets¹⁶⁴. Ce n'est plus le pouvoir du Prince, mais bien la loi qui est suprême, qui est de source divine ou naturelle¹⁶⁵. Cette loi dans la nature qui domine toute autre loi, arrivant comme un argument opportun pour venir en aide aux divers groupes d'intérêts de la société de l'époque, c'est le droit naturel¹⁶⁶. La doctrine du contrat social proposait une solution de rechange au modèle de l'absolutisme autocratique en faisant de la loi, et non de la volonté arbitraire du Prince, la source de l'autorité légale.

Le contexte socio-politique des XVII^e et XVIII^e siècles servit de toile de fond à la définition progressive des sources du droit d'auteur. Alors que l'avènement des privilèges peut être attribué d'abord et avant tout à l'invention d'une nouvelle technologie de communication – l'imprimerie, le droit d'auteur succéda aux privilèges plus particulièrement en raison de l'action de facteurs politiques. Au cours du XVII^e siècle, les enseignements de Grotius, inspirés de la philosophie de Saint Thomas d'Aquin¹⁶⁷, donnèrent un nouveau souffle au droit naturel¹⁶⁸.

Lorsque les révolutions eurent lieu, la doctrine du droit naturel connaissait son apogée comme explication des sources du droit. Elle venait à l'appui tant des intérêts

¹⁶²W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 55.

¹⁶³*Ibid.*, p. 39. *In contrario*, la doctrine du contrat social fut également formulée à l'appui de l'absolutisme autocratique, le contrat social devenant alors un «pacte de soumission à une autorité souveraine»: S. AUROUX et Y. WEIL, *op. cit.*, note 47, p. 111.

¹⁶⁴T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 42.

¹⁶⁵Déjà au XIII^e siècle, Bracton, suivant cette doctrine, soutenait que le roi est sujet à Dieu et à la loi: *ibid.*, p. 49.

¹⁶⁶Voir notamment *Bonham's Case*, (1610) 8 Co. Rep. 107a, où est évoqué l'assujettissement des lois du Parlement à la justice naturelle. *Contra*: Francis Bacon (après initialement avoir souscrit à cette doctrine), Thomas Hobbes et Baruch Spinoza s'opposaient à la notion de justice naturelle: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 223.

¹⁶⁷C. DU PASQUIER, *op. cit.*, note 158.

¹⁶⁸Grotius énonça une formulation moderne du droit naturel au cours du XVII^e siècle: T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 35. Grotius «distingue le droit positif, c'est-à-dire institué et historiquement valable du droit naturel normatif et immuable»: P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, *op. cit.*, note 104, p. 101; J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 224. Kant fit sienne cette distinction entre le droit naturel et le droit positif: C. DU PASQUIER, *ibid.*, p. 227.

du Prince que de ceux de l'Église, de ceux du peuple et que de ceux de l'individu, les uns étant concurrents des autres. Les intérêts du Prince et ceux de l'Église furent pris à partie, au profit de ceux de l'individu et de ceux du peuple¹⁶⁹, suivant une conception individualiste de la société, laquelle était soutenue par les perspectives d'auteurs tels Locke¹⁷⁰ et Rousseau¹⁷¹. Les révolutions étaient symptomatiques de la volonté populaire de changer l'équilibre des intérêts desservis par la loi et de déplacer la souveraineté des mains du Prince¹⁷² et de l'Église à celles du peuple¹⁷³. Les autocraties s'éteignant, l'intérêt public cessait d'être celui d'un Prince avide de croître en sujets et en biens et devenait véritablement celui du peuple. Le droit naturel, qui avait servi à justifier l'absolutisme, venait cette fois à l'appui de la démocratie¹⁷⁴, et était invoqué en faveur des droits de l'individu.

Avant d'effectuer un tour d'horizon de la théorie du droit en France, en Angleterre, en Allemagne et aux Etats-Unis, nous allons nous pencher brièvement sur la doctrine du droit naturel. Nous traiterons plus en détail du positivisme juridique en deuxième partie de ce mémoire.

Suivant la doctrine du droit naturel, la justice découle des lois de la nature auxquelles l'être humain se trouve inéluctablement soumis et domine les règles établies

¹⁶⁹D. SAUNDERS, *Authorship and Copyright*, Londres, Routledge, 1992, p. 91. La victoire de la presse britannique par la reconnaissance du *copyright* contribua au progrès de la démocratie en facilitant la dissémination de l'information politique et scientifique: W. DURANT et A. DURANT, *op. cit.*, note 34, p. 707.

¹⁷⁰Voir *infra*, p. 66.

¹⁷¹W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 75 à 77.

¹⁷²Les théocraties furent contestées. Le roi fut contraint d'obéir à des «lois divines hiérarchiquement supérieures aux valeurs politiques»: R. MUCCIELLI, *op. cit.*, note 118, p. 58.

¹⁷³Notamment, le droit d'auteur commençait à faire ses preuves quant à son utilité et à son efficacité comme instrument de promotion de l'intérêt public, qui succédait à celui des autocraties cherchant à garantir leur pouvoir absolu. À cet effet, il s'avérait efficace en particulier par l'activité économique qu'il engendrait. L'équilibre de ses objectifs concurrents s'ajustait depuis l'époque des privilèges en fonction des intérêts privés et des intérêts du public. Non seulement l'intérêt public était-il concurrent à l'intérêt privé, et vice versa, mais les divers intérêts publics étaient également concurrents entre eux, et de même quant aux intérêts privés. Ainsi en serait-il, par exemple, entre l'objectif (public) d'encourager la création en récompensant l'auteur pour l'oeuvre qu'il produit par l'octroi d'un monopole sur l'exploitation lucrative de son oeuvre et celui de maximiser l'accès du public aux fruits de la création et à la connaissance humaine, lorsque ces objectifs seraient reconnus au cours du XVIII^e siècle. De même, étaient concurrents le droit exclusif – d'intérêt privé – d'exploiter la valeur commerciale d'une oeuvre en la publiant et l'intérêt public de la liberté d'expression.

¹⁷⁴W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 69 et suiv.

par l'être humain pour régir ses sociétés¹⁷⁵. Cette théorie offre une définition de la relation entre la justice et le droit positif qui est fondée dans les principes de moralité¹⁷⁶, de raison¹⁷⁷ et de la foi¹⁷⁸. La doctrine du droit naturel confère aux principes de la justice une justification au sein d'un ordre transcendant des choses qui ferait du droit naturel la loi suprême dominant toute autre loi. Dabin définit le droit naturel en ces termes:

«Le droit naturel humain rassemble les données élémentaires de morale résultant de la nature des choses et que l'esprit humain perçoit d'emblée comme vraies «par intuition et en quelque sorte d'instinct» sans intervention de la raison raisonnante. Il est fait ainsi de l'ensemble des «premiers principes de morale découlant d'une manière plus ou moins prochaine et avec une évidence plus ou moins immédiate de la nature des choses et, en premier lieu, de la nature de l'homme»». ¹⁷⁹

À titre de fondement de l'ordre établi par le droit positif, les lois de la nature pourraient invalider toute autre loi venant en conflit avec celles-ci¹⁸⁰. Les règles du droit naturel chapeauteraient celles du droit positif, c'est-à-dire les lois statutaires et la jurisprudence,

¹⁷⁵«Natural law theories of all kinds have placed an objective order of things above the individual.»: W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 3e éd., Londres, Stevens & Sons, 1953, pp. 465-466.

¹⁷⁶D'aucuns conféraient au droit naturel un caractère moral. Par exemple, pour Grotius, le droit naturel rationnel «ne se distingue pas de la morale»: C. DU PASQUIER, *op. cit.*, note 158, p. 221. Voir également P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1952, p. 137.

¹⁷⁷Certains considèrent le droit naturel comme reflet de la raison humaine, qui elle-même reflète la loi de Dieu: Telles les philosophies de Saint Augustin et de Saint Thomas d'Aquin, ou même celle de Grotius: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, pp. 51-52. Saint Thomas d'Aquin, en proposant un fondement rationaliste au droit naturel, voyait celui-ci comme le reflet de la raison: T. D'AQUIN, «Concerning the Nature of Law», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *Philosophy of Law*, 4^e éd., Belmont, Wadsworth, 1991, 12-24. Roubier explique en ces termes le caractère rationnel du droit naturel: «La doctrine de l'École du droit de la nature et des gens aboutit au rationalisme le plus complet, et c'est ainsi que le droit de la nature devint, chez les philosophes de la fin du XVIII^e siècle, notamment chez Kant, le droit de la raison. La loi naturelle, ce n'est plus seulement un appel instinctif à la justice, comme le cri plaintif d'Antigone, ni un reflet de la sagesse divine, comme chez les scolastiques. C'est le produit d'un effort rationnel de l'homme qui domine très haut les lois positives, insuffisantes ou irrationnelles, ou qui supplée aux lois inexistantes comme en droit international.»: P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 137. Voir aussi G. RENARD, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Sirey, 1924, pp. 15-16. Sur le rationalisme, voir *infra*, p. 19.

¹⁷⁸ Par exemple, Cicéron et les juristes romains envisageaient une justice supérieure aux institutions, «en conformité avec la nature raisonnable et Dieu»: P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 134. De même, Grotius attribuait au droit naturel une origine divine: *ibid.*, p. 136.

¹⁷⁹Cité dans J. FALYS, *op. cit.*, note 132, à la p. 43.

¹⁸⁰G. RADBRUCH, «Five Minutes of Legal Philosophy», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 103-104.

tant dans les États de droit civil que dans ceux de *common law*¹⁸¹. La doctrine du droit naturel reconnaît une hiérarchie des lois suivant laquelle on distingue les lois de source humaine des lois dites «de la nature»:

«the term “natural law” is taken broadly to designate an attitude or approach to problems of legal philosophy and jurisprudence based on the belief that law cannot be exhaustively described or understood in terms of empiristic principles, but requires metaphysical interpretation, i.e. interpretation in the light of principles and ideas inherent in the rational or divine nature of man, aprioristic principles or ideas transcending the world of the senses.»¹⁸²

La signification attribuée à la notion de «nature» relativement aux lois «de la nature» varie. Celle-ci désigne, le cas échéant, la matière de notre univers, l'Être suprême, la raison et les lois qui mettent les objets en relation¹⁸³. Démocrite et Épicure conféraient à la nature un caractère empirique. Ils considéraient «la nature comme constituée entièrement de corps matériels, changeant leurs positions réciproques selon le jeu de forces calculables»¹⁸⁴. Aristote la définissait comme étant à la fois matière et forme¹⁸⁵. D'autres la confondaient à sa source avec l'Être suprême¹⁸⁶. Suivant cette approche, il y aurait lieu, semble-t-il, de distinguer en droit entre les lois des hommes et celles de Dieu¹⁸⁷. Ainsi, l'éminent Blackstone refusait de reconnaître la validité des lois des hommes contraires à celles de Dieu:

¹⁸¹ Ainsi la *common law*, en tant que méthode ou instrument de recherche (T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 329), peut être considérée soit comme système dont les sources se situent dans la nature en vertu de la doctrine du droit naturel, soit comme système fermé et autonome, en vertu de la doctrine du positivisme juridique. Par exemple, pour certains la notion de droit naturel chapeauterait la *common law* : *Millar c. Taylor*, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (1769), p. 2343; *Donaldson c. Beckett*, 98 Eng. Rep. 257, 1 Eng. Rep. 837, 2 Bro. P.C. 129, 4 Burr. 2408, 17 Hansard Parl. Hist. 953 (1774); 17 Cobbett's Parl. Hist. 953 (1813), p. 134. Cependant, nombre de juristes anglais du XVIII^e siècle refusent de reconnaître le droit naturel. Ils voient la *common law* comme un système fermé de règles de source exclusivement jurisprudentielle ou statutaire: E. BARKER, «Natural Law and English Positivism», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 25-26, 25.

¹⁸² A. ROSS, «Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law», dans M. JORI, *Legal Positivism*, New York, New York University Press, 1992, 165-186, 166.

¹⁸³ Monsieur Léon-Louis Grateloup dresse l'inventaire suivant des sens possibles du mot «nature»: la réalité extérieure, l'universalité des choses existantes, l'ensemble des phénomènes, l'essence des choses, l'instinct, le principe vital, Dieu en soi et «l'ordre et la disposition que Dieu a établie dans les choses créées»: L.-L. GRATELOUP, *op. cit.*, note 83, pp. 7-11, à la p. 11.

¹⁸⁴ E. E. HARRIS, *op. cit.*, note 52, p. 124.

¹⁸⁵ R. CARATINI, *op. cit.*, note 35, p. 153.

¹⁸⁶ Tel le fait notamment Spinoza: E. E. HARRIS, *op. cit.*, note 52, pp. 215-216.

¹⁸⁷ J. AUSTIN, «A Positivist Conception of Law», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 12-24; W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 211 à 213. La reconnaissance de lois découlant de la nature

«Sir William Blackstone (...) says in his “Commentaries” that the laws of God are superior in obligation to all other laws; that no human law should be suffered to contradict them; that human laws are of no validity if contrary to them; and that all valid laws derive their force from that Divine original.»¹⁸⁸

Le droit naturel propose une hiérarchie des règles de droit, en fonction de nos valeurs. D'aucuns décrivent le droit comme un système de règles de conduite régissant le périmètre des libertés individuelles. Ce système de règles est établi en fonction des règles de la morale d'une société. En d'autres termes, il émane de notre conscience et de nos idéaux:

«when we speak of the rights of man in a moral sense, we mean to mark the limits of interference with individual freedom which we think are prescribed by conscience, or by our ideal, however reached.»¹⁸⁹

Le droit naturel assujettit la loi à une exigence de moralité, d'où le fondement rationaliste du droit naturel¹⁹⁰: la moralité émane de la raison humaine la justice découle donc de la raison pure (des principes *a priori*), elle-même étant le fruit de la nature¹⁹¹. La morale, science du bien et du mal, constitue la systématisation de nos valeurs sous forme de règles de conduite. La morale reflète les valeurs et sentiments par rapport à des comportements. Nos valeurs nous servent d'échelle afin de distinguer le bien du mal, et donc de référence

n'emportait pas à tout coup une telle hiérarchie. Ainsi, le *Corpus Juris* byzantin, qui pourtant reconnaissait un droit naturel, ne lui conférait pas de suprématie sur le droit positif: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 30.

¹⁸⁸J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Library of Ideas, 1954, pp 184-185, cité dans H. L. A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 63-81, 64; ces propos de Blackstone sont également discutés dans T. GLYN WATKIN, *The Nature of Law*. Amsterdam, North Holland, 1980, p. 168; voir W. BLACKSTONE, *Commentaries*, v. I, pp. 91 et 160. Hugo Grotius, au XVII^e siècle, était également convaincu que les principes du droit naturel venaient à l'homme directement de Dieu: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 52; voir aussi A. L. GOODHEART, *English Law and the Moral Law*, Londres, Stevens & Sons, 1955, p. 81.

¹⁸⁹O. WENDELL HOLMES, JR, «The path of the Law», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 39-44, 40.

¹⁹⁰T. GLYN WATKIN, *op. cit.*, note 188, p. 165. «The close association of moral and law is the distinguishing mark of natural law theory throughout its long history.»: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 80. Le Professeur Hart évoque un «point d'intersection entre la loi et la morale»: H. L. A. HART, *loc. cit.*, note 188, 63.

¹⁹¹Par exemple, en situant la source du droit dans une «*idée* de justice», le professeur Michel Villey suggère un droit naturel à fondement rationaliste, le qualifiant de «droit commun à tous les hommes puisque fondé sur la raison commune», et de «règles imposées à la nature par l'idéal»: M. VILLEY, *op. cit.*, note 141, p. 124.

dans nos jugements et notre conduite. Nous apprécions les choses en fonction de notre jugement personnel reflétant nos valeurs, et de manière plus ou moins en accord avec le jugement (les valeurs) de la société.

Cette doctrine du droit naturel a été invoquée notamment en Angleterre, en France, en Allemagne et aux États-Unis.

L'Angleterre et la France adoptèrent au lendemain de leurs révolutions respectives des déclarations de droits de l'individu. En Angleterre, le Bill of Rights fut adopté en 1689¹⁹². Cent ans plus tard, à l'instar de l'Angleterre, la France se dota d'une Charte des droits de l'homme et du citoyen¹⁹³. En Amérique, la révolution, vers la fin du XVIII^e siècle, se voulut aussi un mouvement contre l'autorité excessive du gouvernement¹⁹⁴. Les Américains souhaitaient éviter les concentrations de pouvoirs comme celui détenu par George III¹⁹⁵. La doctrine de la séparation des pouvoirs est la pierre angulaire de la structure politique créée en 1787 dans la Constitution des États-Unis et elle est demeurée à peu près inchangée depuis¹⁹⁶. On y intégra le Bill of Rights; en 1787, il s'agissait des premiers huit amendements de la Constitution fédérale américaine¹⁹⁷. La sécurité nationale sert de contrepoids à la liberté individuelle, la seconde obtenant la faveur des Pères fondateurs de l'Union en guise d'instrument destiné à établir l'équilibre difficile par rapport à la première¹⁹⁸.

Si les Anglais au XVIII^e siècle rejetaient les Lumières et Kant¹⁹⁹, le rationaliste manifesta son influence relativement à la doctrine du droit naturel. On associait le droit naturel non plus à «la loi de Dieu»²⁰⁰, mais plutôt à un produit de la

¹⁹²T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 59.

¹⁹³A. LUCAS et H.-J. LUCAS, Traité de la propriété littéraire et artistique, Paris, Litec, 1994, p. 11.

¹⁹⁴B. SCHWARTZ, American Constitutional Law, Cambridge, University Press, 1955, p. 4.

¹⁹⁵*Ibid.* Les Américains s'inspirèrent notamment des enseignements de Locke: P. S. ATIYAH, Law and Modern Society, Oxford, University Press, 1983, p. 106.

¹⁹⁶B. SCHWARTZ, *op. cit.*, note 194, pp. 4 et 5.

¹⁹⁷*Ibid.*, p. 217 et p. 240. S'ajoutèrent à la Constitution des États-Unis certains autres amendements, notamment, les 13^e, 14^e et 15^e amendements, au lendemain de la Guerre de sécession afin d'assurer aux Noirs émancipés en vertu de la loi un statut complet et égal comme citoyens américains: *ibid.*, p. 223.

¹⁹⁸*Ibid.*, p. 240.

¹⁹⁹K. POPPER, *op. cit.*, note 94, p. 265.

²⁰⁰Voir *supra*, pp. 40-43.

raison²⁰¹. Durant les XVII^e et XVIII^e siècles, on peut parler de fondement rationaliste du droit d'auteur²⁰² quoique le terme «rationaliste» était empreint d'une certaine ambiguïté²⁰³. Le rationalisme de cette époque soutenait une doctrine du droit naturel issu des facultés de la raison, celle-ci étant guidée par des principes premiers, des «idées a priori»; cette théorie du droit était indifférente aux circonstances locales, notamment la situation socio-politique²⁰⁴.

En France, tandis que la philosophie rationaliste domine au cours du XVII^e siècle, le droit naturel est invoqué à l'appui des prérogatives de l'individu²⁰⁵. Une école rationaliste du droit naturel se distingue. Suivant cette école, le droit en tant que science doit découler non pas de principes et faits évolutifs, mais de déductions logiques et de définitions indifférentes aux moeurs et coutumes changeantes: «Such a science (of the law of nature) must be constructed by leaving aside all that undergoes change and varies from place to place.»²⁰⁶

Par ailleurs, la loi prussienne fut profondément influencée par la théorie qu'énonça Christian Wolff au cours du XVIII^e siècle. Wolff était le tenant d'une théorie du droit, fondée sur une loi naturelle, à tradition du rationalisme de Descartes, Spinoza et Leibniz²⁰⁷.

En Angleterre, la voie de la reconnaissance des prérogatives de l'individu²⁰⁸ fut ouverte par la doctrine du contrat social. Ainsi était frayé le chemin à la

²⁰¹A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 52.

²⁰²*Ibid.* En Allemagne, Pufendorf au cours du XVII^e siècle conçoit un droit naturel qui est le produit de la raison, mais libre de tout lien avec Dieu; au XVIII^e siècle, Christian Wolff soutient une thèse qui reprend ces éléments: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, pp. 226 et 260.

²⁰³A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 49.

²⁰⁴W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 64 à 67.

²⁰⁵*Infra*, pp. 62-66 : voir notamment les propos de Lakanal et de Le Chapelier.

²⁰⁶A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 53.

²⁰⁷H. J. VAN EIKEMA HOMMES, Major Trends in the History of Legal Philosophy, Amsterdam, North Holland, 1979, p. 142.

²⁰⁸Locke formula la première théorie philosophique des droits de l'homme. Les Anglais, suite aux révolutions de 1648 et de 1688 limitèrent les pouvoirs du roi afin de protéger l'individu: C. DU PASQUIER, *op. cit.*, note 158, p. 223.

doctrine de la suprématie de la loi²⁰⁹, qui, convergeant avec la suprématie du Parlement, finit par supplanter l'absolutisme du Prince:

«The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament [...] has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever.»²¹⁰

Sous la montée de ces pressions politiques du peuple, du Prince, et de l'Église, un nouvel équilibre s'établit, celui de la suprématie de la loi et du Parlement:

«From the sixteenth century onwards – and beyond any shadow of doubt after the revolution of 1688 – supremacy of law and supremacy of Parliament had merged, not to be challenged again until the present day.»²¹¹

Le principe de la suprématie du Parlement s'inscrit au sein de l'équilibre qu'établirent les Anglais entre le droit naturel et la coutume qui se reflétait dans la *common law*. Parlant de la *common law*, loi non écrite, immémoriale, le professeur Poçock écrit: «It embodies the wisdom of generations, as a result not of philosophical reflexion but of the accumulation and refinements of experience²¹². This is Coke's famous concept of

²⁰⁹W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 546 à 549. Sous les pressions du mouvement humaniste, le régime parlementaire remplace la monarchie de droit divin et les anciennes institutions sont sinon abolies du moins sérieusement ébranlées.»: M.-C. DOCK, «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», (1974) *R.I.D.A.* 126, 183. Sur le continent, le droit naturel servait aux fins des théocraties tandis qu'en Angleterre, on commençait à s'intéresser aux droits de l'homme: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, p. 52. Ainsi s'opéra un passage d'un sens objectif (lois de la nature) à un sens subjectif (droits naturels de l'homme) du droit naturel: *ibid.*, p. 60. La doctrine de droit naturel de Grotius aurait eu un effet tonique à cet égard: P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 135. Le même phénomène, sous l'influence des enseignements de Grotius, se produisit en Amérique: A. P. D'ENTRÈVES, *op. cit.*, note 143, pp. 60-61.

²¹⁰A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., Londres, MacMillan and Co., 1945, pp. 39-40; S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 295-298. La suprématie de la loi fut notamment imposée en 1612 au roi James II par le juge-en-chef Coke dans une confrontation désormais célèbre: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 233. La suprématie de la loi est de nos jours profondément ancrée dans le droit britannique: A. V. DICEY, *ibid.*, p. 184. Dicey formule de la façon suivante les trois énoncés fondamentaux du principe de la suprématie de la loi: (1) «no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land.»: *ibid.*, p. 188; (2) «every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals»: *ibid.*, p. 193; (3) «the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts»: *ibid.*, p. 195.

²¹¹*Ibid.*, p. 53.

²¹²Cette importance de l'expérience dans la conception de la *common law* reflète l'influence profonde du mouvement empiriste sur le droit anglais.

'artificial reason'.»²¹³ Les juristes anglais avancèrent la proposition selon laquelle la coutume reflétée dans la *common law* avait toujours existé dans sa forme présente, qu'elle était immémoriale²¹⁴. Progressivement, la notion de droit naturel fut importée dans la *common law*. Les tenants de la théorie du droit naturel au sein de la *common law*²¹⁵ vinrent à considérer que la source de cette coutume, des règles qui la caractérisent, découle des lois de la nature.

Le mouvement jusnaturaliste en *common law* allait permettre l'établissement en droit des prérogatives des auteurs. En effet, le débat sur le fondement du droit d'auteur s'anima au cours du XVIII^e siècle. S'opposaient, d'une part, ceux qui voyaient le droit d'auteur fondé dans la *common law*, laquelle englobe les principes du droit naturel, et, d'autre part, ceux qui soutenaient qu'il découle uniquement de la loi statutaire²¹⁶. La question serait finalement tranchée en 1774 à l'occasion de l'affaire *Donaldson c. Beckett*²¹⁷. Dans cette décision, la Chambre des Lords sonna le glas pour le droit d'auteur issu de la *common law*²¹⁸ consacré dans l'arrêt *Millar c. Taylor*²¹⁹. Depuis l'arrêt *Donaldson*²²⁰, on sait que le *copyright* est un droit de propriété découlant de la loi écrite. Cet arrêt marque donc la reconnaissance du caractère «statutaire» de la protection du droit d'auteur²²¹. La décision dans *Donaldson c. Beckett*²²² établissait en définitive que le droit sur les copies n'est pas fondé sur les règles de justice naturelle²²³.

²¹³J. G. A. POCOCK, *The Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, University Press, 1957, p. 35.

²¹⁴*Ibid.*, pp. 36-37; voir aussi T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, pp. 328-329.

²¹⁵Notamment Blackstone: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 259. Sur l'influence sur la *common law* en Angleterre des théories de Saint Thomas d'Aquin, de Locke et de Hobbes sur le droit naturel, voir J. W.

HARRISS, *Legal Philosophies*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1997, aux pp. 10 et 11. De nos jours, le système de règles de la *common law* est intimement associé au mouvement positiviste juridique: B. SIMPSON, «The Common Law and Legal Theory», dans W. TWINING (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, 8-25, 10.

²¹⁶L. R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, p. 153.

²¹⁷Précitée, note 181. C.f. G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, pp. 19-23.

²¹⁸Aux pages 134 à 137.

²¹⁹Précitée, note 181.

²²⁰Précité, note 181.

²²¹W. R. CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Deuxième édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, p. 247.

²²²Précitée, note 181.

²²³À la page 134.

L'arrêt *Donaldson*²²⁴ est le premier à invoquer le besoin de maintenir l'équilibre entre le droit exclusif d'exploiter la valeur commerciale d'une oeuvre en la publiant et l'intérêt public de la liberté d'exploitation. Un compromis est donc établi entre le droit de l'auteur et les besoins de la société²²⁵. Dans cet arrêt, il fut pour la première fois reconnu qu'en matière de *copyright* la loi limite la portée du *copyright* après la première publication. Le *common law copyright* disparaissait ainsi dès la publication. En d'autres mots, c'est la *statutory copyright* qui chasse le *common law copyright* lors de la publication de l'oeuvre²²⁶. Dès ce moment, en effet, c'est la loi, et non pas le droit naturel, qui circonscrit l'étendue des droits²²⁷. La durée légale de protection suffit à récompenser l'auteur de ses efforts, laquelle récompense est l'unique objectif de la loi²²⁸.

La solution de l'arrêt *Donaldson*²²⁹ fut reprise soixante ans plus tard aux États-Unis par la Cour suprême dans la décision *Wheaton c. Peters* de 1834²³⁰. La Cour a rejeté dans cette décision majoritaire l'association du droit d'auteur à un droit naturel de l'auteur, le droit d'auteur étant plutôt considéré comme un outil de promotion de fins d'intérêt public issu de la loi. Le changement de cap effectué par les arrêts *Donaldson*²³¹ et *Wheaton*²³² annonçait le début de l'industrialisation, où l'intérêt de l'individu serait subordonné à celui de la société. L'intérêt de l'individu n'en était pas moins acquis.

²²⁴ Précité, note 181.

²²⁵ M. ROSE, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1993, p. 108.

²²⁶ J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 16; L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 174.

²²⁷ *Donaldson c. Beckett* (précitée, note 181) mettrait-il fin après la publication de l'oeuvre à une conception de droit naturel dans la théorie du *copyright* anglais? La réponse doit être négative. Le droit naturel est invoqué en tout temps pour l'interprétation du droit anglais, surtout dans l'appréciation de normes tellement importantes qu'il s'agit d'invoquer les principes les plus fondamentaux du droit : voir *infra*, note 525.

²²⁸ Comme le dira plus tard Macaulay, «[Copyright is] a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers»: cité dans S. BREYER, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs», (1970) 84 *Harvard L. Rev.* 281, à la p. 281.

²²⁹ Précitée, note 181.

²³⁰ *Wheaton c. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834). Cette décision est le pendant américain de l'affaire *Donaldson*: L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 203. Peters avait décidé de publier des décisions de jurisprudence antérieurement publiées par Wheaton. Ce dernier reprit les arguments avancés quelques années auparavant dans *Donaldson*: C. JOYCE, *loc. cit.*, note 10, 1369-1375; J. WHICHER, «The Ghost of *Donaldson v. Beckett*: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States», II^e partie, (1962) 9 *Bulletin of the Copyright Society of U.S.A.* 102, 197.

²³¹ Précité, note 181.

²³² Précité, note 230.

Cependant, son importance fluctuerait suivant la nature et l'ampleur des mouvements sociaux.

* * *

En somme, dans la lutte des divers groupes d'intérêts de la société se disputant le pouvoir lorsque sont apparus les privilèges, au cours des XV^e et XVI^e siècles, le droit naturel à titre de source de droit servit particulièrement aux fins des autocraties. Les droits des auteurs ne faisaient pas le poids parmi les intérêts concurrents, dominés par ceux du Prince. Par la suite, sous le vent des révolutions à compter du XVIII^e siècle, les prérogatives des auteurs par rapport à leurs oeuvres se précisèrent, cependant. La doctrine du droit naturel servit de moteur à l'émancipation des privilèges en un droit d'auteur moderne, pour ensuite être abandonnée. Entre temps, tant la formulation des privilèges que celle, éventuellement, du droit d'auteur se sont retrouvées empreintes du clivage esprit-matière que proposaient la philosophie et les sciences de la nature.

II. NAISSANCE DES PRIVILÈGES ET DU DROIT D'AUTEUR CLASSIQUE

Les principes en fonction desquels découlent les règles de droit d'auteur faisaient déjà l'objet d'une certaine reconnaissance en Grèce et au sein de l'Empire romain²³³. Cependant, si ces principes se manifestaient «dans les rapports des auteurs avec les bibliopoles et les donneurs de jeux»²³⁴, aucune législation ne protégeait les prérogatives des auteurs sur leurs oeuvres²³⁵.

Au cours du XV^e siècle, une certaine renaissance scientifique s'amorça en Italie, et se répandit en France, aux Pays-Bas, en Allemagne, et en Angleterre²³⁶. On

²³³Voir notamment S. M. STEWART, International Copyright and Neighboring Rights, Londres, Butterworths, 1983, pp. 13-14; M.-C. DOCK, Étude sur le droit d'auteur, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, notamment aux pp. 7-51; M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 145.

²³⁴M.-C. DOCK, Étude sur le droit d'auteur, *ibid.*, p. 58.

²³⁵M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 155.

²³⁶The Guinness Encyclopedia of World History, *op. cit.*, note 80, p. 133. Le début de la Renaissance scientifique n'a pas coïncidé dans toutes les disciplines avec celle des arts et lettres depuis le XV^e siècle. En physique, ce fut le cas; mais l'entrée dans l'ère moderne de la chimie se situe vers le XVII^e siècle, et celui de la médecine, aussi tard que le XIX^e siècle.

considère généralement que la formulation des premières règles de droit relatives aux créations de l'esprit coïncide avec l'invention de l'imprimerie vers le milieu de ce siècle²³⁷. L'avènement de ce nouveau média de communication révolutionnaire et le jeu de certains facteurs, principalement les rivalités politiques entre le Prince et l'Église, conduisirent à l'octroi des premiers privilèges. Dans les pages qui suivent, nous nous penchons sur le contexte de naissance des lois sur le droit d'auteur en France, en Angleterre et en Allemagne, ainsi que dans les colonies d'Amérique. Par la suite, nous traitons du cadre conceptuel de ces lois.

A. La loi

Lorsque Gutenberg eût son élan de génie et que le fonctionnement de son invention se fit connaître, des entrepreneurs de l'époque établirent bientôt des imprimeries en Europe continentale et en Angleterre, y investissant d'importants efforts et capitaux. Eu égard à l'émergence de ces entreprises, et en réponse aux demandes des imprimeurs pour une protection contre une concurrence injuste – étant donnée l'ampleur de leurs investissements, les Couronnes et autres autorités gouvernementales²³⁸ se mirent à octroyer des privilèges, de durée limitée²³⁹, conférant aux imprimeurs une certaine exclusivité de publication des ouvrages faisant l'objet de tels privilèges en guise de «sauvegarde industrielle destinée à indemniser les éditeurs des frais généraux de publication et des risques commerciaux de l'entreprise»²⁴⁰. Des premiers privilèges²⁴¹

²³⁷ Quoique des formes d'imprimeries antiques aient existé notamment en Mésopotamie déjà au VIII^e siècle avant Jésus-Christ et en Chine depuis l'Antiquité (les premiers caractères d'impression auraient été conçus vers l'an 1000, en Chine: L.-J. LIBOIS, Genèse et croissance des télécommunications, Paris, Masson, 1983, p. 9), l'histoire attribue généralement l'invention de l'imprimerie à Johannes Gutenberg de Mainz circa l'an 1455: *ibid.*, pp. 9-11. D'autres pourraient également en invoquer le mérite: F. WILLIAMS, The New Communications, 2^e éd., Belmont, Calif., Wadsworth, 1989, pp. 109-114.

²³⁸ Les monarchies ne constituaient pas la seule forme de gouvernement en Europe occidentale à cette époque. Notamment, l'Italie était alors fractionnée en villes-États.

²³⁹ Les privilèges étaient accordés pour un certain nombre d'années, pas à perpétuité: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 74. La durée de protection a depuis fait presque sans cesse l'objet de débats qui se poursuivent toujours. Certains prônaient la protection perpétuelle alors qu'à l'autre pôle du débat, d'autres proposaient plutôt une protection de courte durée et non renouvelable. Plus récemment, l'appui du droit perpétuel s'est dissipé. On continue cependant à se pencher sur la question de la durée de protection: *ibid.*, pp. 32-33.

²⁴⁰ M.-C. DOCK, *op. cit.*, note 233, p. 65.

²⁴¹ C.f. E. ARMSTRONG, Before Copyright - The French Book-Privilege System 1498-1526, Cambridge, University Press, 1990, pp. 7 et suiv.

furent octroyés en Allemagne, à compter de l'an 1501²⁴², et en France, en 1507 et 1508²⁴³. En Angleterre, la Couronne initia dès 1518 la politique d'accorder des privilèges aux vendeurs de livres²⁴⁴, afin de réglementer le commerce du livre et de protéger les imprimeurs contre le piratage. En Amérique du Nord, les toutes premières imprimeries furent établies au cours du XVII^e siècle²⁴⁵. Trop loin de la mère-patrie britannique, et sous l'influence des sécessionnistes méprisant toute forme de manifestation de l'autorité royale, l'imprimerie au sein des colonies anglaises de la Nouvelle-Angleterre ne fut pas soumise au système des privilèges. L'imprimerie nord-américaine, depuis ses tout débuts, fut plutôt régie par les principes du commerce, l'imprimerie étant considérée strictement comme une industrie, sans égard aux droits des auteurs²⁴⁶.

Par la suite, au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, les concepts de propriété intellectuelle et de droits des auteurs commencèrent à susciter un intérêt²⁴⁷. L'effervescence politique²⁴⁸ culmina en révolutions en Angleterre, aux États-Unis et en France. Le glas sonna pour l'absolutisme autocratique et ce qui le symbolise –

²⁴²G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 16. Le système des privilèges allait demeurer en place en Allemagne jusqu'à l'unification bismarquienne au milieu du XIX^e siècle.

²⁴³A. LUCAS et H.-J. LUCAS, Traité de la propriété littéraire & artistique, 2^e édition, Paris, Litec, 2001, p. 4; G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 16; M.-C. DOCK, *op. cit.*, note 233, p. 64. Par la suite, les privilèges furent octroyés par la Couronne française, sujets à la formalité d'obtenir de la Faculté de théologie de l'Université de Paris la permission d'imprimer une oeuvre. Il ne s'agissait alors que d'une simple permission non exclusive d'imprimer l'oeuvre, essentiellement un mécanisme de censure. En 1521, cette exigence d'obtenir une permission préalable de publier une oeuvre écrite fut confirmée par décrets du roi. Elle le fut à nouveau en 1537, en plus de se voir ajouter l'obligation de déposer une copie de l'oeuvre à la Bibliothèque de Blois. Sur le premier privilège en France, voir également E. ARMSTRONG, *op. cit.*, note 241, p. 7; H. G. FOX, The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 9.

²⁴⁴G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 7.

²⁴⁵D'abord à Cambridge, Massachusetts en 1638, à Boston en 1674 et à Jamestown en Virginie en 1682: G. L. PARKER, The Beginnings of the Book Trade in Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 6.

²⁴⁶Voir L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 183; E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, Copyright - Intellectual Property in the Information Age, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 14; A. LATMAN, The Copyright Law: Howell's Copyright Law Revised and the 1976 Act, Washington, Bureau of National Affairs, Inc., 1979, p. 4. L'aboutissement de l'affaire *Donaldson* (précitée, note 181) est demeuré inconnu jusque vers le début des années 1800: D. SAUNDERS, *op. cit.*, note 169, pp. 150-151. De plus, la question de l'existence d'un droit des auteurs issu de la *common law* ne serait réglée qu'avec la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Wheaton c. Peters* (précitée, note 230): D. SAUNDERS, *ibid.*, pp. 150-153.

²⁴⁷E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *ibid.*, p. 11.

²⁴⁸Voir J. RUSS, *op. cit.*, note 33, p. 132.

notamment, en ce qui concerne l'Angleterre et la France, le système des privilèges²⁴⁹. La voie fut ouverte à de véritables régimes de droit d'auteur. L'émergence du droit d'auteur fut favorisée par l'évolution des divers aspects de la société occidentale, notamment la philosophie, les progrès des sciences naturelles et des techniques qui en découlent, ainsi que la politique et la culture qui véhiculent des perspectives nouvelles à l'endroit de l'individu quant à sa place dans la société occidentale²⁵⁰.

Si les paramètres du droit d'auteur, tels la notion d'œuvre et ses catégories ainsi que les utilisations qui sont régies par la loi, s'équivalent de façon générale dans les diverses législations contemporaines, ce rapprochement s'est fait par une évolution asynchrone d'un État à l'autre²⁵¹. L'évolution des privilèges fit bientôt apparaître de nombreuses différences entre les systèmes de «droit d'auteur» de l'Europe continentale et ceux de *copyright* des États de droit de tradition anglo-saxonne²⁵². Ceux-ci privilégiaient l'intérêt de l'individu alors que ceux-là penchèrent plutôt en faveur des intérêts du public²⁵³.

²⁴⁹Le système de privilèges connut des ratés, particulièrement en Angleterre où le résultat fut une montée des prix et un chantage dus au monopole des éditeurs. On parle de période d'anarchie de l'imprimerie: U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, Finding a Balance: Computer Software, Intellectual Property, and the Challenge of Technological Change, Washington, U.S. Department of Commerce, National Technical Information Service, 1992, p. 58.

²⁵⁰«Les idées nouvelles d'individualisme, d'originalité, de relativisme esthétique apparaissent semble-t-il d'abord en Angleterre avec Locke et ses Traités du Gouvernement Civil qui précèdent les écrits des philosophes du XVIII^e siècle. Les sciences de l'homme et l'idée de l'homme intéressent vivement les Lumières»: J. RUSS, *op. cit.*, note 33, p. 132.

²⁵¹La transition en Europe du système de privilèges à celui de droit d'auteur se ferait cependant de manière inégale, s'échelonnant sur plus d'un siècle: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 18.

²⁵²Sur le Continent, un lien direct est tiré entre le droit d'auteur et la personne et la personnalité de l'auteur, d'où l'émergence éventuelle des notions de droit moral et d'originalité. En droit anglais, le *copyright* arbore l'influence des politiques industrielles du XIX^e siècle, mais aussi celle de la conception lockienne du droit du créateur aux fruits de son travail (*sweat of the brow*). Voir également A. STROWEL, Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences: étude de droit comparé, Bruxelles, E. Bruylant, 1993; J. PHILLIPS, Introduction to Intellectual Property Law, Londres, Butterworths, 1986; A. FRANÇON, Le droit d'auteur - aspects internationaux et comparatifs, Cowansville, Yvon Blais, 1992; J. A. L. STERLING et A. STROWEL, « Harmonization of the Terms 'Copyright', 'Author's Right' and 'Neighboring Rights' », (1989) 11 EIPR 14 à 18; J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America», (1991) 147 R.I.D.A. 125, (1990) 64 Tulane L.R. 991; Y. GENDREAU, «De l'importance d'être constant », (1993) 96 R. du N. 129. Sur le concept de *copyright*, voir Jaap H. SPOOR, William Rudolph CORNISH et Peter F. NOLAN (dir.) Copies in Copyright, Alphen an den Rijn, Sijthoff & Nordhoff, 1980.

²⁵³A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, note 243, pp. 6-12. Contra: J. GINSBURG, *loc. cit.*, note 252, 155-158; selon madame Ginsburg, la prise en considération de l'intérêt public lors de la formulation des lois révolutionnaires est en général sous-estimée.

En Angleterre, lors de la première Révolution menée de 1641 à 1649 par Oliver Cromwell contre la monarchie²⁵⁴, tant les privilèges émanant de l'autorité de la Couronne que l'autorité du roi furent supprimés²⁵⁵. En 1662, le Parlement anglais adopta le *Licensing Act*, interdisant l'impression de tout livre à moins d'en obtenir préalablement une licence et l'enregistrement dans les registres de la compagnie des imprimeurs²⁵⁶. Le *Licensing Act* fut prorogé plusieurs fois, mais sous une controverse croissante²⁵⁷. On l'abolit en 1679, ce qui mettait un terme au contrôle monopolistique de la compagnie des imprimeurs. Par la suite, le piratage d'ouvrages écrits connut un essor et le Parlement fut maintes fois sollicité pour légiférer à nouveau sur la publication²⁵⁸, ce qu'il fit en 1709 sous la forme du *Statute of Anne*, première loi moderne sur le droit d'auteur en droit anglo-saxon. Cette loi transféra le bénéfice du régime d'autorisation exclusive associé à l'édition des mains des éditeurs à celles des auteurs²⁵⁹. Les éditeurs conservèrent néanmoins un contrôle important des leviers économiques de la publication²⁶⁰. Le *Statute of Anne* s'intitulait au long «An Act for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies»²⁶¹. Dans son préambule, il est précisé qu'il vise à dissuader le piratage et a pour but «the

²⁵⁴Méfiants du roi Charles 1^{er} et souhaitant conférer plus de pouvoir au Parlement, les «parlementaires», Oliver Cromwell en tête, proclamèrent la république en Angleterre. Cromwell régna de 1653 à 1658 sous le régime du Commonwealth instauré au lieu de la monarchie.

²⁵⁵F. E. SKONE JAMES et E. P. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 13^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 5. F. E. SKONE JAMES et E. P. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on Copyright*, par K. GARNETT, J. RAYNER JAMES et G. DAVIES, 14^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 34. On substitua aux privilèges une série d'ordonnances parlementaires interdisant l'impression d'un livre sans l'obtention préalable d'un permis à cet effet. L'impression fut interdite sans le consentement du titulaire de l'ordonnance.

²⁵⁶Cette loi prévoyait également un règlement concernant l'impression de livres hors-la-loi à contenu hostile envers l'Église ou le Gouvernement. Elle prévoyait de plus l'interdiction pour quiconque d'imprimer ou d'importer, sans le consentement du titulaire, tout ouvrage sur lequel une personne détenait le droit exclusif d'imprimer, sous peine de confiscation et d'une amende payable à parts égales entre la Couronne et le titulaire. On reconnaissait donc ce titre exclusif en termes explicites comme un droit commun (*common law right*).

²⁵⁷Les membres de la compagnie des imprimeurs pouvant prétendre à un droit d'imprimer perpétuel, les prix des ouvrages avaient grimpé alors que ces ouvrages devenaient de plus en plus rares.

²⁵⁸Aux voix des membres de la compagnie d'imprimeurs s'ajouta celle du philosophe John Locke qui exigea un droit d'auteur (*copyright*), justifié à son avis par le temps et les efforts investis dans la rédaction de l'oeuvre et méritant une protection comme tout autre ouvrage: *supra*, p. 66.

²⁵⁹J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 15. Contra: L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 143; voir également E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 10.

²⁶⁰Résultat des pressions du lobby des éditeurs, le droit conféré avait trait à l'exploitation commerciale plutôt qu'à la création littéraire pure et simple: W. R. CORNISH, *op. cit.*, note 221, p. 246. La protection de ce droit exigeait l'enregistrement du titre du livre auprès d'un éditeur: *ibid.*

²⁶¹J. GINSBURG, *loc. cit.*, note 252, 139.

Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books»²⁶². Sa portée fut éventuellement étendue aux arts du dessin et de la gravure, en 1735, par une loi sous Georges II²⁶³.

Entre temps, les vents de la révolution avaient également un effet tonique sur le droit de copie en Amérique. Il n'existait aucune loi à ce chapitre dans les colonies britanniques. Les deux premières imprimeries furent établies dans la région bostonienne en 1638 et en 1674. D'autres vinrent s'ajouter à celles-ci, de sorte que vers 1750, une dizaine d'imprimeries fonctionnaient en Amérique²⁶⁴. Plusieurs facteurs²⁶⁵ ont contribué à faire en sorte que les privilèges étaient ignorés sur le Nouveau continent²⁶⁶. Les conditions étaient relativement plus difficiles qu'en Europe. Aussi, le peuple était surtout préoccupé à bâtir la nation et l'imprimerie servait essentiellement à véhiculer une information d'actualité et utilitaire, plutôt qu'à diffuser les créations littéraires²⁶⁷. Le climat politique à la veille de la guerre de Sécession²⁶⁸ était hostile aux institutions de la Couronne. La population locale était composée d'un lot d'aventuriers davantage intéressés à fonder leur propre patrie plutôt qu'à se soumettre à un Souverain très lointain. La faible concentration de population et l'éloignement des colonies faisaient de celles-ci une préoccupation secondaire pour les auteurs et éditeurs d'outre-mer. De plus, les nouveaux titres de fiction en provenance des colonies paraissaient en faible tirage, les valeurs républicaines étant davantage axées sur l'instruction et le progrès²⁶⁹.

²⁶²*Ibid.*

²⁶³A.-C. RENOUARD, Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, volume 1, Paris, Jules Renouard et cie, 1838, p. 229.

²⁶⁴G. L. PARKER, *op.cit.*, note 245, p. 6. Voir également TORONTO PUBLIC LIBRARIES, Canadian Book of Printing, Toronto, Toronto Public Libraries, 1940, p. 8.

²⁶⁵Sur la conjoncture de l'époque en Nouvelle-Angleterre, voir J. C. OSWALD, Printing in the Americas, vol. I, Port Washington, NY, Kennikat, 1965, pp. 1 à 5; G. L. PARKER, *op.cit.*, note 245, en particulier aux pages 3 à 11.

²⁶⁶Symptôme du fait que les privilèges ne trouvaient pas application en Amérique, la décision dans *Donaldson c. Beckett* (précitée, note 181) y est demeurée inconnue pendant presque quarante ans: D. SAUNDERS, *op. cit.*, note 169, pp. 150-151. Par la suite, malgré les enseignements de cette décision anglaise, la question de la source du droit d'auteur (législative ou dans le droit commun: *supra*, pp. 45-47) ne fut résolue aux États-Unis qu'à compter de l'affaire *Wheaton* (précitée, note 230), en 1834: D. SAUNDERS, *op.cit.*, note 169, pp. 150-153.

²⁶⁷Voir J. C. OSWALD, *op. cit.* note 265, pp. 1 à 5.

²⁶⁸1775-1783.

²⁶⁹«Copyright [...] was sought for the socially useful, instructive works which Congress had intended to encourage.»: J. GINSBERG, *loc. cit.*, note 252, 141.

Après la guerre de Sécession et la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique, le Congrès adopta une résolution recommandant aux États de l'Union de réserver aux auteurs d'œuvres écrites non imprimées le droit de copie sur ces œuvres pour une durée d'au moins quatorze ans. Ainsi, douze des treize états de l'Union adoptèrent dans les trois années qui suivirent des lois sur le droit de copie inspirées du *Statute of Anne*²⁷⁰. Des principes relatifs à la protection de tels droits furent enchassés dans la Constitution en 1787²⁷¹. Fort de ce mandat constitutionnel, le législateur américain adopta en 1790 une loi sur le *copyright*²⁷² inspirée de celle des Anglais²⁷³. L'un des effets moins nobles de cette législation fut cependant d'encourager le piratage d'œuvres étrangères, contribuant ainsi grandement à la croissance de l'industrie de l'imprimerie en Amérique, aux frais des créateurs étrangers²⁷⁴. C'était évidemment à une époque qui précédait la conclusion de conventions internationales en matière de droit d'auteur.

Aux États-Unis, l'imprimerie avait un caractère purement commercial, ce qui devait se manifester dans le *copyright* américain en devenant²⁷⁵. Le paragraphe 8 de l'article 1 de la Constitution américaine énonce explicitement les objectifs fondamentaux du droit d'auteur américain²⁷⁶. On retrouve dans cette disposition une dualité d'objectifs:

²⁷⁰G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 49.

²⁷¹Le paragraphe 8 de l'article 1 de la Constitution américaine se lit comme suit: «The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries». En raison de cette disposition, l'évolution du droit d'auteur aux États-Unis est associée à des principes à caractère constitutionnels: voir M. V. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.*, note 10, chapitre 1: «Constitutional Aspects of Copyright».

²⁷²Après la Sécession, le Congrès adopta une résolution en 1783 encourageant les états à adopter des lois protégeant le droit d'auteur, ce que firent tous les états sauf le Delaware. Dans la Constitution américaine, le pouvoir de légiférer sur le droit d'auteur fut conféré au Congrès, et s'ensuivit la première loi fédérale américaine sur le droit d'auteur en 1790.

²⁷³L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 183; E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 14.

²⁷⁴G. L. PARKER, *op. cit.*, note 245, p. 18. Cette situation résultait de l'absence de règles étendant au-delà du territoire de l'Union, ou à des gens s'y trouvant, les règles de protection de la nouvelle loi. Les œuvres provenant de l'étranger se trouvaient, par conséquent, sans protection. L'article 5 de la loi américaine permettait explicitement le piratage d'œuvres étrangères: voir L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, pp. 198 à 202.

²⁷⁵Aussi, les auteurs en Amérique vinrent à dépendre de leurs lecteurs alors qu'en Europe, les auteurs se tournaient vers des gens d'influence ou aisés, souvent impliqués dans les sociétés d'édition, afin de trouver une gratification financière: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 50.

²⁷⁶Cette disposition, qui date du XVIII^e siècle, se lit comme suit: «The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the

(1) que le public bénéficie de la créativité des auteurs et (2) que le droit d'auteur est un monopole nécessaire pour stimuler le plus possible la créativité des auteurs²⁷⁷. En fait, les principes de base en vertu desquels le droit d'auteur naquit aux États-Unis étaient les mêmes qu'en Angleterre à cette époque, soit la promotion du savoir et des intérêts des auteurs; la limitation des effets néfastes d'un monopole absolu (limitation de la durée de protection); et l'octroi de droits par l'État afin de réglementer le commerce du livre²⁷⁸. Aussi peut-on dire de manière simpliste qu'aux États-Unis, l'intérêt public prime sur l'intérêt de l'auteur²⁷⁹.

Les colonies qui deviendraient un jour le Canada ne connurent jamais le régime des privilèges. Les colonies anglaises étaient assujetties à la *Statute of Anne* depuis 1709. Les premières imprimeries ne furent établies qu'en 1751 à Halifax et en 1764 à Québec²⁸⁰. Lorsque fut lancée cette première imprimerie à Québec, au lendemain de la capitulation, la Nouvelle-France se trouvait avoir été assujettie à la *Statute of Anne* dès 1759. Le *copyright* suscitait cependant peu d'intérêt²⁸¹. D'abord, un certain temps s'écoula avant que ne soient produits des écrits originaux depuis les colonies²⁸². En ce pays où le climat et les dures journées de travail physique s'avéraient éprouvants, la culture était transmise par la parole, le chant et l'expression corporelle²⁸³. Il ne s'agissait pas d'une culture écrite, d'autant plus que l'éducation moyenne dépassait à peine l'école primaire. Peu de gens savaient lire ou écrire et la lecture de livres et l'instruction étaient

exclusive Right to their respective Writings and Discoveries»: voir M. V. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.*, note 10, chapitre 1: par. 1.02, p. 1-66.6.

²⁷⁷«Hence, the American copyright system is based on dual interests: intellectual promotion and property rights. Combined with these factors is the first amendment freedom-of-expression concern. Courts have balanced these seemingly conflicting elements and Congress has considered them in enacting copyright legislation.»: U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, note 249, pp. 61-62.

²⁷⁸Le professeur Patterson, pour sa part, explique ainsi les objectifs du droit de copie aux États-Unis découlant de cette disposition: «that copyright is to protect the author's rights; that copyright is to promote learning; that copyright is to provide order in the book trade as a government grant; and that copyright is to prevent harmful monopoly.»: L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 181. Voir également G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 50; D. SAUNDERS, *op. cit.*, note 169, pp. 151-153; E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 15.

²⁷⁹G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, pp. 60-71.

²⁸⁰G. L. PARKER, *op. cit.*, note 245, p. 12; TORONTO PUBLIC LIBRARIES, *op. cit.*, note 264, pp. 16 et 24.

²⁸¹G. L. PARKER, *ibid.*, p. 7.

²⁸²Les écrits du juriste français Marc Lescarbot venu en Nouvelle-France au début du XVII^e siècle furent publiés en France et en Angleterre. Ils constituent l'un des premiers ouvrages témoignant de la vie et de la culture en Nouvelle-France: *ibid.*

²⁸³*Ibid.*

au bas de l'échelle de leurs préoccupations²⁸⁴. Ce qui était publié était moins matière d'expression artistique que les documents servant à l'administration de sociétés naissantes²⁸⁵.

Quand le commerce du livre s'implanta éventuellement dans les colonies, il fut d'abord organisé en fonction de l'importation²⁸⁶. Lors de l'arrivée de l'imprimerie, au lendemain de la guerre de Cent ans, sans doute l'application du *copyright* dans les colonies, vu l'éloignement de celles-ci, était-il une préoccupation secondaire pour la Couronne. L'imprimerie y était vue comme une activité commerciale. On souhaitait multiplier les ouvrages imprimés. Les auteurs locaux se faisaient rares et leurs intérêts se trouvaient loin des préoccupations populaires. Cette situation offrit peu d'emprise à la *Statute of Anne* et aux principes lointains de reconnaissance de droits des auteurs²⁸⁷.

En France, le système de privilèges fut maintenu jusqu'à la Révolution. Outrés, en particulier, par le monopole sur les représentations théâtrales dont s'était arrogée la Comédie-Française, et par celui sur l'édition des imprimeurs de la Métropole, les auteurs firent pression auprès de l'Assemblée constitutive²⁸⁸. Celle-ci abolit le système de privilèges, en 1789²⁸⁹, pour le remplacer par une série de lois et décrets, notamment en 1791 et 1793, accordant aux auteurs le privilège d'une durée limitée d'autoriser la reproduction de leurs ouvrages et la représentation de ceux-ci sur scène²⁹⁰. L'accent de la nouvelle législation favorisait donc en définitive les intérêts de la personne de l'auteur plutôt que les intérêts des industries de production comme l'industrie de l'édition.

²⁸⁴«The taste for learning hardly existed.»: *ibid.*

²⁸⁵C.f. J. C. OSWALD, *op. cit.*, note 265, p. 2.

²⁸⁶G. L. PARKER, *op. cit.*, note 245, p. 13.

²⁸⁷Selon monsieur George Parker: «Before 1842 little was heard about copyright protection in this country because so few books were published, and the small number of British copyrights that were pirated or legally reprinted did not reach London.»: *ibid.*, p. 106.

²⁸⁸ Il s'agissait d'une lutte entre les libraires de province qui se voyaient ignorés dans l'octroi de privilèges, et ceux de la métropole, plus favorisés à cet égard: M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 187-188.

²⁸⁹ G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 78.

²⁹⁰Journal du Palais, Répertoire général, 1850, p. 754. Le *Décret des 13-19 janvier 1791* accordait un droit d'auteur exclusif sur les exécutions théâtrales. Deux ans plus tard, le *Décret des 19-24 juillet 1793* décrétait un droit exclusif de reproduction en faveur de l'auteur.

Du côté de l'Allemagne, l'arrivée d'une véritable législation sur le droit d'auteur se fit un peu plus attendre. Cette arrivée tardive s'explique, en partie, par la fragmentation du pays en une multiplicité de royaumes qui, désireux de maintenir leur indépendance au sein d'une fédération fantôme, éprouvaient des réserves devant la possibilité d'harmoniser leurs lois et politiques²⁹¹. D'autre part, l'Allemagne n'avait pas connu de révolution semblable à celles qui avaient eu lieu en France et en Angleterre²⁹². L'évolution des privilèges en Allemagne fut notamment entravée par l'autonomie relative des nombreux centres littéraires et scientifiques, faisant ainsi contraste avec le synergisme du foyer culturel français à Paris²⁹³. Ce malaise devait durer au sein de l'Allemagne fragmentée: la transition des privilèges au droit d'auteur se fit lentement²⁹⁴. Le Saint Empire était gouverné par les Habsbourg depuis 1437. Cependant, forte de ses compétences martiales, la Prusse affirma progressivement son hégémonie à partir du XV^e siècle²⁹⁵. À compter du début du XVI^e siècle, les souverains des divers États du Saint Empire²⁹⁶ octroyèrent des privilèges aux imprimeurs et éditeurs, comme ailleurs en Europe. Une loi prussienne de 1794 consacre les privilèges de reproduction en accordant la titularité aux éditeurs, mais à condition qu'ils obtiennent d'abord une autorisation de

²⁹¹W. DURANT et A. DURANT, *op. cit.*, note 34, p. 502.

²⁹²Il est vrai que la Réforme du XVI^e siècle s'était amorcée et connut ses manifestations les plus importantes en Allemagne: W. DURANT, *The Story of Civilization*, t. IV, «The Age of Faith», *op. cit.*, note 31, p. 382 et p. 438; voir aussi *supra*, pp. 34-36. Mais la Réforme eut pour conséquence un retour aux valeurs et idées médiévales fondamentalistes plutôt que de s'inspirer des Lumières et des mouvements de la science et de la philosophie: W. DURANT, *The Story of Civilization*, t. IV, «The Age of Faith», *op. cit.*, note 31, p. 939. La monarchie y survécut, tout comme le système juridique, dont le régime des privilèges. L'Allemagne allait connaître une révolution en 1848-49, mais d'une échelle plus modérée que celles chez ses voisins français et britanniques, et le Prince parvint même à conserver ses fonctions moyennant certains changements constitutionnels, qui allaient d'ailleurs conduire à l'unification du II^e Reich en 1870-71: v. W. L. LANGER (dir.), *Encyclopedia of World History*, 2^e éd., Boston, Houghton Mifflin, 1948, p. 675.

²⁹³A.-C. RENOARD, *op. cit.*, note 263, pp. 251-252.

²⁹⁴G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 105.

²⁹⁵E. TAYLOR, *op. cit.*, note 156, p. 141. Le chapitre 8 de cet ouvrage contient un exposé historique de la prise en bride de la fédération allemande par les Hohenzollern depuis le Moyen-âge jusqu'au remerciement de Guillaume II au terme de la première Grande guerre.

²⁹⁶Il n'y avait pas de droit héréditaire à la Couronne du Saint Empire romain. L'élection par des Électeurs avait été institutionnalisée depuis le XIII^e siècle, sous une loi fondamentale. Cette pratique allait se poursuivre jusqu'à la dissolution du Saint Empire en 1806. Au XV^e siècle, la Réforme de l'Église catholique s'amorça sous Martin Luther, qui enracina le protestantisme. La division politique et religieuse conduit à la guerre de Trente ans au XVII^e siècle qui aboutit au morcellement du Saint Empire en quelque 350 États. Au début du XVIII^e siècle, les Hohenzollern commencèrent à s'imposer depuis la Prusse.

L'unification sous Guillaume I^{er} de Prusse et Bismarck fut achevée en 1870; on proclamait le II^e Reich en 1871.

l'auteur²⁹⁷. Le droit d'auteur au sens moderne de la notion serait apparu en Allemagne quelque temps entre la fin du XVI^e et le milieu du XVII^e siècle, fondé sur la doctrine du droit naturel²⁹⁸. Il n'allait faire partie d'une loi qu'à compter de 1837, à l'occasion d'une nouvelle loi prussienne visant à protéger les ouvrages de la science et des arts²⁹⁹. Cette loi réservait notamment les droits de représentation publique d'un ouvrage dramatique ou musical. L'unification est finalement imposée en 1870, sous la main de fer de Bismark, et une première loi allemande sur le droit d'auteur fut sanctionnée la même année³⁰⁰ puis retenue en 1871 comme loi de l'*Empire*³⁰¹.

* * *

On peut spéculer sur la nature des privilèges qui furent formulés dans ce contexte de rivalités des Souverains, d'enfance de la science, de turbulences au sein de l'Église et de mythe: le privilège était-il une concession d'un droit par le Prince? Sinon, le Prince, en octroyant un privilège, ne faisait-il pas simplement reconnaître un droit pré-existant, découlant du droit naturel à la propriété – s'agissant en l'occurrence de propriété littéraire³⁰²? Un peu plus tard, au moment de formuler les premières lois sur le droit d'auteur qui allaient refléter une nouvelle dynamique sociale, l'attention portée aux

²⁹⁷G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 105; A.-C. RENOUEAU, *op. cit.*, note 263, p. 264.

²⁹⁸M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 201-203.

²⁹⁹G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 107; A.-C. RENOUEAU, *op. cit.*, note 263, p. 253; aux pages 269-275, cet auteur reproduit le texte intégral de cette loi considérée comme la première loi moderne sur le droit d'auteur en Allemagne.

³⁰⁰Malgré la loi de 1837, le système des privilèges ne fut véritablement aboli que par cette *Loi de 1870 sur le droit d'auteur sur les écrits, dessins et modèles, compositions musicales et oeuvres dramatiques*. Cette loi octroyait à l'auteur le droit exclusif de reproduire mécaniquement un écrit (plutôt que, par exemple, un droit exclusif de fixer sur un support des exemplaires d'une oeuvre), présageant une certaine confusion de l'oeuvre et de son support qui est encore présente dans la loi anglaise: voir *infra*, pp. 121 à 123.

³⁰¹G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 105.

³⁰²«For its whole duration, the French book-privilege system was marked by a persisting oscillation between two conceptions of the privilege: first, as an exercise of the royal grace to create an exclusive right for a specified period of time such that expiry of the privilege was expiry of the right; and second, as royal recognition of a pre-existing right whose source was the agreement between the writer and the printer-bookseller that the latter should print and publish the manuscript sold for that purpose. In short, was the royal privilege constitutive or declaratory of the property right?»: D. SAUNDERS, *op. cit.*, note 169, p. 85. Selon madame Marie-Claude Dock, les prérogatives de l'auteur sur son oeuvre avaient fait l'objet, dès l'Antiquité, d'une certaine reconnaissance en tant que droit indépendant de la propriété des manuscrits: M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 145. Cependant, la reconnaissance de ce principe en droit ne s'est faite qu'après l'invention de l'imprimerie: *supra*, pp. 48-56. Or, l'imprimerie aurait été inventée à une époque où la notion de propriété littéraire connaissait une période creuse: M.-C. DOCK, *ibid.*, 159 et suiv. Quoiqu'il en soit, il est vraisemblable que la question n'avait jamais fait l'objet d'un débat soutenu comme celui qui comut un sommet au cours du XVIII^e siècle.

intérêts de l'individu conduisit à s'interroger sur la nature des prérogatives des auteurs que l'on cherchait à reconnaître. Les concepts servant à définir le cadre conceptuel du droit d'auteur qui émergeait au XVIII^e siècle étaient puisés dans les doctrines philosophiques dominantes de l'époque, en l'occurrence le rationalisme cartésien, l'empirisme, l'idéalisme et le réalisme dualiste. Ainsi, tant les privilèges que le droit d'auteur initial découlaient d'une conception matérielle, tangible et permanente des oeuvres. L'influence des églises chrétiennes, qui soutenaient une théologie qui distinguait la matière de l'esprit, se faisait également ressentir.

B. Cadre conceptuel

Le droit, au temps des premiers privilèges, établissait des rapports entre objets et êtres vivants sensibles tels les personnes, les animaux d'élevage et domestiques, les terres, les bâtiments meubles et immeubles et les objets précieux. Le droit reflétait ainsi la perspective réaliste qui dominait largement, y compris dans les enseignements de la science. Certaines notions de droit, telles l'hypothèque et son pendant anglo-saxon le *mortgage* et l'usufruit, impliquaient la conception de droits en tant qu'attributs distincts des choses auxquels ils étaient greffés. Néanmoins, on n'avait pas encore cherché à définir des droits relativement à des choses moins que sensibles et complètes (discrètes³⁰³).

Si les créations littéraires et les pièces émanaient de l'esprit de leur créateur, les privilèges n'avaient pas pour autant trait à cet aspect. À l'époque des premiers privilèges, l'objet de ceux-ci était assez précis: il n'y avait que les ouvrages manuscrits ou imprimés³⁰⁴. Les privilèges visaient à régler l'utilisation – la fabrication (l'impression), la vente et l'importation – d'objets tangibles (les livres). On s'intéressait aux objets comme tels (les livres) plutôt qu'à la notion d'œuvre et à l'aspect «immatériel» de l'œuvre. Il manquait à l'œuvre la définition de ses paramètres constitutifs, permettant de distinguer l'œuvre du support tangible pouvant lui donner forme, qu'il s'agisse d'une forme intermédiaire ou de la forme de concrétisation sous

³⁰³«Discrètes» dans le sens de «discontinues» et par conséquent distinctes.

³⁰⁴J. J. PHILLIPS, R. DURIE et I. KARET, *Whale on Copyright*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, pp. 2 et 3. Les utilisations réservées se limitaient à la reproduction et, en France, aux oeuvres de la scène. Aux États-Unis, la loi de 1790 prévoyait la protection seulement pour des oeuvres telles des cartes, des dessins («charts») et des oeuvres écrites, pour les citoyens ou résidents des États-Unis, et leurs ayants-droits et mandataires.

laquelle elle a été créée. On identifiait l'ouvrage faisant l'objet d'un privilège au support tangible sur lequel il était fixé, sans en faire la distinction. En d'autres termes, les privilèges découlaient d'une conception des ouvrages en tant qu'objets tangibles et permanents, sans égard à leur dimension «immatérielle» – leur forme considérée indépendamment de leur support «matériel». On conçut les ouvrages publiés et les privilèges qui s'y rattachaient essentiellement en fonction des aspects perceptibles des livres et des personnes invoquant des rapports particuliers à leur égard³⁰⁵. Les pièces et autres ouvrages joués devant public étaient identifiées par rapport à leur mise en scène ou au scénario sous forme d'écrit. L'ouvrage imprimé n'était considéré que comme objet tangible dont la fabrication et la vente avaient des conséquences économiques. Le privilège était une ordonnance interdisant certaines activités, sauf celles qui étaient permises en vertu de l'autorité conférée par un privilège.

Les changements politiques au cours du XVIII^e siècle exacerbèrent la nécessité de reconnaître des droits aux auteurs. On pouvait s'interroger sur la nature de l'œuvre, par exemple d'un Molière, que l'on pouvait lire dans un ouvrage imprimé, mais dont on pouvait également prendre connaissance en assistant à une représentation sur scène. En s'interrogeant sur la nature des prérogatives des auteurs que l'on souhaitait reconnaître, on s'aperçut qu'au-delà de l'objet perceptible – le livre – le fruit du travail du créateur du livre était intangible. Il devint apparent que l'œuvre du travail de l'esprit de son créateur transcende son support tangible. Dès lors, la définition de l'œuvre, et généralement du droit d'auteur, devenait problématique³⁰⁶: sur quelle base définir ce droit? Il ne s'agissait dorénavant plus de seulement situer la frontière entre un livre et un autre s'y apparentant: on reconnut que l'œuvre comprenait non seulement le texte littéral, mais également les idées exprimées dans le texte, de sorte que le premier venu ne pouvait pas écrire un texte semblable, en ne changeant que quelques aspects secondaires³⁰⁷.

³⁰⁵Ainsi le livre est chose perceptible, l'auteur est une personne physique et le propriétaire du livre en est une autre. Le privilège définit des rapports économiques et le droit d'utilisation du livre, relativement à ces personnes.

³⁰⁶Il s'agissait pour les tribunaux d'une notion déconcertante: *Donaldson c. Beckett*, précitée, note 181, pp. 133-134.

³⁰⁷Peu à peu, on vint à reconnaître l'œuvre comme un ensemble cohérent d'éléments, de données. Il y avait déjà plus que les pages écrites d'un livre, il y avait le sens de ce qui y était écrit, c'est-à-dire le contenu informationnel, au sens large de la notion d'information. Par exemple, dans l'affaire *Gyles c. Wilcox* (1740) 2 Atk. 141, 3 Atk. 2669; 26 Eng. Rep. 489, 957, Barn. Ch. 368, 27 Eng. Rep. 682, il fut décidé que le résumé d'un livre peut constituer une œuvre distincte s'il est relativement différent de l'œuvre résumée.

L'objet du droit d'auteur devenait la création originale³⁰⁸ «immatérielle»³⁰⁹. Des voix se prononcèrent en faveur d'une oeuvre en tant que création de l'esprit³¹⁰. Les juristes se virent contraints à naviguer sur la mer séparant les idées «immatérielles» des formes dites matérielles dans une odyssee vers une définition cohérente de l'oeuvre. Compte tenu des lacunes et incohérences historiques de la notion de matière³¹¹, à partir de laquelle serait établie cette distinction, ont-ils jamais atteint ce but?

Le passage des privilèges au droit d'auteur, à compter du XVIII^e siècle, marque la reconnaissance de l'importance économique de la circulation des oeuvres et de celle des commerces qui en vivent, tout en consacrant un droit d'auteur autonome qui obéit à ses propres particularités. Ce droit autonome devait cependant se tailler une place au sein du système juridique existant en respectant les règles des autres disciplines juridiques, notamment la théorie des contrats, les règles de preuve, et l'ordre public³¹². Le droit d'auteur naissant fut défini en fonction de l'une des grandes familles de règles de droit – en l'occurrence, le droit de propriété³¹³, concept qui mûrissait au cours du XVIII^e siècle au temps des révolutions.

³⁰⁸C'est à compter du début du XVIII^e siècle que la notion d'originalité a suscité un certain intérêt: M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 6. Francis Hargrave, avocat représentant les éditeurs dans l'affaire *Donaldson c. Becket* (précitée, note 181), fait ainsi le point sur la question de l'originalité: «The subject of the property is a *written composition*; and that one written composition may be distinguished from another, is a truth too evident to be much argued upon. Every man has a mode of combining and expressing his ideas peculiar to himself. The same doctrine, the same opinions, never come from two persons, or even from the same person at a different time, clothed wholly in the same language. A strong resemblance of style, of sentiment, of plan and disposition, will be frequently found; but there is such an infinite variety in the modes of thinking and writing, as well in the extent and connections of ideas, as in the use and arrangement of words, that a literary work *really* original, like the human face, will always have some singularities, some lines, some features, to characterize it, and to fix and establish its identity; and to assert the contrary with respect to either, would be justly deemed equally opposite to reason and universal experience.» F. HARGRAVE, *An Argument in Defense of Literary Property*, 2e éd., Londres, 1774, cité dans M. ROSE, *op. cit.*, note 225, pp. 124-125.

³⁰⁹Les privilèges ne portaient pas, comme le ferait le droit d'auteur, à réfléchir sur la notion d'«oeuvre» immatérielle. Il n'était pas question d'oeuvres de l'esprit, ni d'un droit de propriété par rapport à une création qui serait distinct de l'objet créé. Aussi, on ne pouvait véritablement parler de «fondement philosophique du droit d'auteur» à cette époque. La question du fondement conceptuel des privilèges, qui conduirait à la découverte de la dimension «intellectuelle» du droit d'auteur, n'avait pas encore soulevé l'intérêt des juristes.

³¹⁰Tel qu'illustré par les fameux discours de Le Chapelier en faveur des droits des créateurs: *infra*, pp. 64 à 66.

³¹¹Voir *infra*, pp. 24 à 30.

³¹²C.f. J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 24.

³¹³En aspirant à devenir véritablement autonome, le droit d'auteur est resté longtemps attaché aux règles de la propriété. La notion de fixation est l'exemple de cette concession au vieux système: la fixation est déclarée nécessaire pour la preuve *matérielle*, et pour l'existence même du droit sur une oeuvre.

Dans son passé, le droit de propriété avait connu des temps difficiles. Pour les Chrétiens et l'Église d'autrefois, toute propriété privée était vue d'un mauvais oeil³¹⁴. Par ailleurs, la propriété a été, à travers l'histoire, l'instrument utilisé à l'avantage du Prince et des classes sociales supérieures. Ainsi, les conceptions politiques du Moyen-âge étaient axées, d'une part, sur la notion d'autorité absolue du souverain³¹⁵ et, d'autre part, sur celle de la propriété privée³¹⁶.

Lors des révolutions, le Peuple réclama le pouvoir, lui aussi, d'accéder à la propriété. Le droit de propriété acquit du prestige chez les Lumières, aidé par la consécration des droits de l'homme³¹⁷. Le mouvement de reconnaissance des droits de l'individu venant enfin mettre un terme au monopole des classes supérieures de la société sur la propriété, l'émancipation de la classe moyenne a causé, à la Renaissance, un bouleversement du droit de propriété. Dans cette foulée, l'injustice qui résultait du mépris des droits de l'auteur sur son oeuvre fut dénoncée. Les autorités révolutionnaires en France reconnurent les prérogatives de l'auteur-individu. L'essor de l'intérêt privé dans la société se refléta en droit d'auteur: on assimila celui-ci à un droit de propriété.

Deux questions retinrent cependant l'attention. D'une part, partant que les oeuvres circulent par l'entremise d'un support solide, du papier ou un autre substance tangible, le droit des auteurs pouvait-il être considéré comme un droit de propriété sur autre chose que ce support solide? D'autre part, nos systèmes modernes, et particulièrement le droit de propriété, dérivent tous du droit romain qui accordait une importance particulière à la possession physique. Comment, dans ce cas, traiter des idées

³¹⁴W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 56. J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 150.

³¹⁵Le souverain étant le Prince ou l'Église. Ainsi, Nicholas de Cuse (1401-1464) soutint l'absolutisme de l'Église: W. DURANT, *The Story of Civilization*, t. VI, «The Reformation», *op. cit.*, note 31, p. 255. Voir aussi J. HITIER, *op. cit.*, note 148, pp. 18 et suiv. De même, la philosophie de Hobbes «accentue l'absolutisme gouvernemental»: C. DU PASQUIER, *op. cit.*, note 158, p. 222.

³¹⁶T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 152, p. 37; «Le Roi, maître de la personne de ses sujets, est aussi maître de leurs biens.»: J. HITIER, *op. cit.*, note 148, p. 205. «Les esprits sont, depuis des siècles, façonnés à cette manière de voir.»: *ibid.*, p. 17. Par ailleurs, d'abord associée au péché, la notion de propriété revint au cours du moyen âge, justifiée en fonction du droit naturel: J. M. Kelly, *op. cit.*, note 146, pp. 150-151.

³¹⁷Les révolutionnaires ont vu le droit de propriété comme un droit de l'homme: J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, pp. 18-19. Cependant, un peu partout les oeuvres littéraires et dramatiques se sont vues refuser un monopole perpétuel que leur conférerait un droit de propriété issu du droit naturel, la propriété littéraire se voyant limitée en fonction de l'intérêt public: *ibid.*, pp. 18-19.

ou de la notion d'œuvre immatérielle? En d'autres termes, quel était l'objet du droit de propriété que l'on cherchait à définir?

On identifia non seulement un droit de propriété afférent directement à l'objet tangible en lequel était empreinte l'œuvre d'un auteur, mais aussi un même droit, distinct du précédent, afférent aux aspects intangibles de l'œuvre d'un auteur. Une importance croissante fut attribuée à la personne de l'auteur, qui se vit attribuer une récompense économique pour son travail et, plus tard, la reconnaissance de droits moraux³¹⁸ sur son oeuvre.

Ce faisant, deux types de propriété furent confrontés: la propriété « matérielle » et la propriété « immatérielle ». Jusqu'au XIX^e siècle les tribunaux et les auteurs, tant français³¹⁹ et américains qu'anglais³²⁰, eurent à réagir face à cette confrontation. Il est intéressant de constater qu'à travers les époques, la notion de propriété a généralement servi à établir des rapports entre des personnes et des objets perceptibles, que ce soient le bétail, les chars, les voitures automobiles, ou même des objets immuables et d'envergure telles les demeures ou les terres. En réponse à la problématique de l'œuvre en droit d'auteur, une poignée de juristes et de philosophes énoncèrent un précepte selon lequel la personne doit être le premier objet de la propriété: si chacun de nous est propriétaire de son être, comment ne le serait-il pas de ses oeuvres qui émanent directement de sa conscience et de son travail? Ces juristes et philosophes formulèrent dans la loi une notion de propriété « immatérielle », incommodée, cependant, par les déficiences de la notion de matière³²¹. Ce dualisme s'enracina dans la théorie du

³¹⁸Au cours du XIX^e siècle émergea l'idée que le piratage attaque non pas les droits de propriété de l'éditeur mais plutôt le droit de personnalité de l'auteur. Le concept de l'œuvre comme extension de la personnalité de l'auteur fut notamment avancée en Allemagne par l'éminent philosophe Kant: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 106. Voir également les discussions du droit moral « personnaliste » en droit allemand dans S. STRÖMHOLM, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, t. I : « Première partie : l'évolution historique et le mouvement international », Stockholm, P.A. Norsfedt & Sönersförlag, 1967, chapitre 3, pp. 182 à 259.

³¹⁹ Sur la nature du droit d'auteur, Voir C. COLOMBET, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9e éd., Paris, Dalloz, 1999, pp. 12-16.

³²⁰ Dans les systèmes de common law c'est l'affaire *Pope c. Curl*, (1741) 26 E.R. 608, 608, qui établit une fois pour toutes la distinction. Voir également M. ROSE, «The Author in Court: Pope v. Curl (1741)», (1992) 10 *Cardozo Arts and Ent. L. Rev.* 475.

³²¹ Sur les imprécisions de la notion de matière jusqu'au XVIII^e siècle, voir *supra*, pp. 24-30. Sur l'évolution de la notion de matière du XVIII^e siècle à aujourd'hui, voir *infra*, pp. 86-93. Sur une notion contemporaine de matière, voir *infra*, pp. 155-168.

droit³²² et dans les lois sur le droit d'auteur qui naissaient notamment en France, en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne.

En ce qui concerne la France, les décrets de 1791 et 1793³²³ sont peu loquaces sur la nature de l'œuvre. Cela s'explique notamment par le manque de temps pour mener les réflexions fondamentales requises et du fait que le débat portait surtout sur la nature du *droit conféré*, c'est-à-dire le droit d'auteur, plutôt que sur l'*objet* de ce droit³²⁴. Toutefois, la définition de la nature des droits en question engendrait par incidence celle de l'objet de ces droits. Sieyès, qui déposa le premier projet postérieur à la Révolution en matière de propriété littéraire, en s'inspirant des idées de Locke³²⁵, affirma que «la propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des actions et celle du travail [...]»³²⁶. Or, selon cette logique, si l'homme est propriétaire à perpétuité de son corps et de son esprit, il le serait aussi de son œuvre. Cette construction philosophique servit les desseins de l'industrie de l'édition puisqu'une fois cessionnaire des droits sur une œuvre, l'éditeur chausse les bottes de l'auteur et bénéficie, sans restrictions dans le temps, du droit de reproduire et d'exploiter l'œuvre. Les mots de l'avocat d'Héricourt qui soutenait la cause des auteurs, cherchant ainsi à faire perdurer le monopole des éditeurs, illustrent fort bien cette perspective:

«Il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer à un autre par le canal de la vente et de l'échange, transmet au nouveau possesseur les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont il se dépouille

³²² «Legal theory reflects the fundamental philosophy controversy whether the universe is an intellectual creation of the ego or the ego a particle in the universal order of things.»: W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 175, p. 465. Nous verrons que la distinction entre monisme et dualisme est déterminante pour le droit d'auteur qui cherche, d'une part, à régir l'utilisation d'objets perceptibles et, d'autre part, à définir une protection juridique de quelque chose d'abstrait et donc d'intangible: l'œuvre. Le droit d'auteur se verra donc plongé dans un dualisme conceptuel, celui du rapport entre l'œuvre abstraite, intangible et les choses *matérielles* par rapport auxquelles elle s'identifie. À ce jour, le libellé des lois et des conventions internationales arbore les vestiges de la notion d'œuvre-objet *matériel*: voir *infra*, pp. 107-137.

³²³ Précités, note 290.

³²⁴ Voir O. LALIGANT, «La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection», (1991) 147 *R.I.D.A.* 2, à la p. 11. On établit cependant, en France comme ailleurs en Europe continentale, le rapport étroit entre l'œuvre et son auteur: «[L]es idées d'originalité, d'identification de l'œuvre avec son créateur sont désormais *en l'air*»: A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, note 243, p. 6. D'où l'émergence d'une conception du droit d'auteur des États d'Europe continentale et des États latins qui est distincte de celle des États de tradition juridique anglo-saxonne: S. M. STEWART, *op. cit.*, note 233, p. 16. Comme le souligne cependant cet auteur, la distinction s'estompe petit à petit depuis la Convention de Berne. Sur cette question, voir *supra*, note 252.

³²⁵ *Infra*, p. 66.

³²⁶ A. STROWEL, *op. cit.*, note 252, p. 186.

[...]. Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit [...] et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage»³²⁷.

Avant la Révolution, l'entente typique entre l'auteur et le libraire était que l'auteur cédait son oeuvre au libraire pour publication. Ce faisant, l'auteur transmettait la propriété de l'oeuvre, «intégralement avec tous ses attributs dont le principal est la perpétuité»³²⁸. L'abolition des privilèges par les Révolutionnaires, en France, favorisa la liberté de la presse et des théâtres qui était vivement réclamée³²⁹. Cependant, les auteurs, mais surtout les éditeurs qui se cachaient derrière la devanture des intérêts de l'auteur³³⁰, firent front commun afin d'obtenir le rétablissement d'une forme de privilège. Le rapport de Lakanal au Comité d'instruction publique³³¹ décrit le conflit opposant les comédiens aux auteurs dramatiques de la façon suivante:

«les comédiens envahissent impunément la propriété des auteurs dramatiques; ceux-ci réclament contre l'usurpation de leurs droits: tel est le débat que vous devez terminer.»³³²

Marie, avocat à la Cour royale de Paris, traita de la question de savoir si le droit d'auteur s'apparente à un droit de propriété³³³ en fondant une notion de droit de propriété sur des bases rationalistes: à propos d'une terre, il la dit appartenir au premier occupant. Il précisa cependant que la propriété déborde de la simple possession

³²⁷ M.-C. DOCK, *op. cit.*, note 233, pp. 116-117. «Le droit de reproduire l'oeuvre était en quelque sorte une conséquence de la propriété du manuscrit. Celui qui voulait l'exercer devait, au préalable, s'en rendre acquéreur.»: M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 141. Ainsi, plus tard, Renouard apparentera l'impression de l'oeuvre par l'éditeur à la notion de gestion d'affaires en droit civil. Il comparera à un porte-parole de l'auteur l'éditeur qui s'exécute à l'aide des écrits dont il orchestre l'édition: A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, note 263, pp. 254-255.

³²⁸ M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, p. 187.

³²⁹ A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, note 263, pp. 299-301.

³³⁰ Le raisonnement des éditeurs était le suivant: un droit perpétuel n'est possible que relativement au droit de l'auteur sur sa création; comme les auteurs cèdent, suivant la pratique, leurs droits à leur éditeur, ce sont les éditeurs qui en fait jouiront des avantages du droit d'auteur. En Angleterre le même artifice est utilisé: «In seeking to establish the author's property in his work, the booksellers were of course equally seeking to establish their own claims»: M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 57.

³³¹ Suite à ce rapport, le Comité de salut public adopta le *Décret du 1^{er} septembre 1793 qui rapporte la loi du 30 août 1792, relative aux ouvrages dramatiques*.

³³² A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, note 263, p. 328.

³³³ MARIE, «De la propriété intellectuelle», *Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, t. 1, 81-94.

matérielle, ayant «une plus haute moralité; la *raison* l'adopte et la justice la sanctifie.»³³⁴
Marie énonça ainsi son point de vue:

«C'est qu'en effet la terre, cultivée par l'homme, n'est plus ce qu'elle était sortant des mains de la nature; c'est que l'homme, en y appliquant son intelligence et son activité, en fait une chose nouvelle. [...] A tous sans doute la nature avait donné la matière première; mais la matière travaillée, *la raison le dit*, appartient à celui qui l'a travaillée; elle lui appartient comme tout effet appartient à la cause qui le produit; comme toute création à la force d'où elle émane.»³³⁵

Marie parlait de l'intelligence et de l'activité de l'homme comme «la seule base rationnelle et légitime de la propriété»³³⁶.

Les demandes des auteurs, soutenues par les éditeurs, furent exprimées brillamment par le rapporteur Le Chapelier, qui présenta un projet de décret ré-instituant des droits en faveur des auteurs. Le Chapelier, d'abord, reconnut en ce droit des auteurs un droit de propriété, mais d'un type particulier:

«La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; cependant c'est une propriété d'un genre tout à fait différent des autres propriétés.»³³⁷

De plus, Le Chapelier suggéra que la publication d'un livre a pour effet de «transférer» au public la propriété de l'ouvrage:

³³⁴*Ibid.*, p. 87.

³³⁵*Ibid.* La conception de Marie s'apparente à celle de John Locke: *infra*, p. 66.

³³⁶MARIE, *Ibid.*, p. 88.

³³⁷Reproduit dans A.-C. RENOARD, *op. cit.*, note 263, p. 309. Cette phrase nous éclaire-t-elle sur la nature du droit d'auteur français? Pour une discussion du rapport en question de Le Chapelier, aussi désigné alternativement *Chapelier* par les auteurs, voir M.-C. DOCK, *loc. cit.*, note 209, 150-157. Pour Jane Ginsburg, l'idée principale exprimée par Le Chapelier dans son discours est celle du domaine public et non pas celle du droit naturel de l'auteur comme le prétendaient les tenants du droit d'auteur perpétuel. «But he said it respecting unpublished works. Once disseminated, Le Chapelier went to assert, the manuscript is "give[n] over the public [...] by the nature of things, everything is finished for the author and the publisher when the public has in this way [through publication] acquired the work». On rapprochera cette distinction entre l'œuvre publiée et l'œuvre non publiée avec l'analyse qui sera faite un peu plus loin des décisions *Millar c. Taylor* (précitée, note 181) et *Donaldson c. Beckett* (précitée, note 181): J. GINSBURG, *loc. cit.*, note 252. Voir également M.-C. DOCK, *op. cit.*, note 233, p. 123.

«Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils en ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux, il semble que, dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise tout entière.»

Ces derniers propos de Le Chapelier soulignent la distinction entre le livre imprimé et «l'ouvrage», fruit de la création de l'auteur. Le Chapelier concevait l'aspect «immatériel» de l'ouvrage. Par ailleurs, il adopta un point de vue non sans rappeler la théorie anglaise à cet effet (*sweat of the brow*)³³⁸:

«Cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail³³⁹, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie.»

Enfin, Le Chapelier précisa que le monopole accordé aux auteurs doit comporter un terme, c'est-à-dire une limite dans le temps, dans l'intérêt du public:

«Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier, les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain.»

Ces propos célèbres de Le Chapelier circonscrivent avec éloquence les divers éléments de la théorie du droit d'auteur. Ces éléments se retrouvent, dans une certaine mesure, dans la législation sur le droit d'auteur qui émergeait notamment en Angleterre³⁴⁰ et seront exportés en Amérique³⁴¹.

³³⁸Voir *infra*, p. 66. Il en va autant pour les propos de Marie: *supra*, p. 64.

³³⁹Le Chapelier souligne ici, comme fondement du droit d'auteur, la rétribution à l'auteur pour son travail, dont le produit est empreint dans la matière tangible (à cette époque on parle de *matière* en prenant pour acquis que la *matière* est quelque chose de tangible), mais *pas contenu* physiquement, d'où l'attribut de «propriété d'un genre tout différent des autres propriétés». Il est donc apparent que, pas plus tard qu'à la fin du XVIII^e siècle, la distinction entre l'œuvre et son support était établie. Le fondement conceptuel de la notion d'œuvre demeurerait cependant nébuleux et occasionnerait nombre d'incohérences en droit d'auteur: voir *infra*, notre discussion du droit positif, pp. 103 et suiv.

³⁴⁰J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 18.

³⁴¹G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 81.

En Angleterre, après la *Statute of Anne*, le débat concernant la nature du droit relatif à la propriété littéraire et à l'objet de ce droit s'intensifia³⁴² au cours du XVIII^e siècle. Vers la fin du XVII^e siècle, John Locke énonça une «théorie du travail» qui allait marquer profondément le droit des auteurs. Locke considérait la propriété privée comme le gage du travail de l'individu sur les choses de la nature³⁴³:

«John Locke postulated the idea that every man has certain natural rights and that these rights do not require the government's consent. One of these natural rights was the property of one's own body. Locke argued that if a man combines his human labour with natural objects and adds something of his own, the result automatically becomes his property and may not be taken away from him without his consent»³⁴⁴.

D'autres auteurs influents assimilèrent également le droit des auteurs à un droit de propriété³⁴⁵. L'avènement du concept de *copyright* lança le débat sur la possibilité d'une propriété *immatérielle*³⁴⁶. Notamment, John Milton préconisait une notion de l'œuvre qui serait distincte de son support³⁴⁷. À ce chapitre, les écrits d'Edward Young en 1759 eurent une influence importante sur les auteurs romantiques allemands³⁴⁸. Young distingua l'œuvre originale émergeant spontanément du génie humain de l'«imitation», cette dernière étant réalisée en une matière pré-existante³⁴⁹.

³⁴²M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 67.

³⁴³*Ibid.*, p. 114.; J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, pp. 20-24; E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, pp. 13-14; M. ROSE, «The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship», dans B. SHERMAN et A. STROWEL, *Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 23-55, 29-33. S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 272; P. S. ATIYAH, *op. cit.*, note 195, pp. 102-106. J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 217.

³⁴⁴J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 20.

³⁴⁵John Milton était aussi d'avis que l'auteur est le propriétaire du fruit de son travail: M. ROSE, *loc. cit.*, note 343, 28. Vers 1704, l'auteur Daniel Defoe réclama une législation pour protéger le droit de propriété de l'auteur: *ibid.*, 35. Blackstone vit également le droit d'auteur comme un droit de propriété: «After the introduction of printing in England, the dissemination of literary works entailed the danger of unauthorized copying and, side by side with the system of privileges, there arose a concept of something like a property right in literature works which gradually took root in the common law. The provenance of this common law copyright is unclear and is the subject of considerable debate.»: J. J. PHILLIPS, R. DURIE, et I. KARET, *op. cit.*, note 304, p. 3; voir également M. ROSE, *ibid.*, 36-38.

³⁴⁶M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 128.

³⁴⁷*Ibid.*, pp. 27-30. Sur Milton et le droit de propriété, voir M. ROSE, *loc. cit.*, note 343, 20-29.

³⁴⁸C. AIDE, «A More Comprehensive Soul: Romantic Conceptions of Authorship and the Copyright Doctrine of Moral Right», (1990) 48 *U. of T. L.R.* 211-228, 215.

³⁴⁹C'est en développant les idées de Young qu'est né le mouvement du romantisme auquel on identifie les Goethe, Kant, Schiller et Fichte: *ibid.*

Outre les auteurs tels Milton, Young et Locke, la définition de la notion d'œuvre allait particulièrement intéresser les juristes. À compter de 1741, le débat sur la nature de l'œuvre et du droit de l'auteur fit l'objet de nombreuses causes portées devant les tribunaux anglais³⁵⁰. Les premières décisions qui suivirent le *Statute of Anne* portèrent surtout sur l'aspect «travail de l'auteur»; les droits étaient limités essentiellement au texte tel quel ou avec peu de variations: une traduction fut jugée oeuvre³⁵¹ distincte de l'œuvre traduite³⁵², un résumé aussi³⁵³. La progression de cette question culmina en 1774 avec l'affaire *Donaldson c. Beckett*³⁵⁴. Dans cette affaire, la Chambre des Lords, sans définir l'objet du droit de l'auteur³⁵⁵, formula une décision axée sur la nature des droits en jeu, leur conférant la qualification de monopole et plus spécifiquement de droit de propriété³⁵⁶. La Chambre des Lords établit la distinction entre la propriété corporelle et incorporelle en ce que la première a trait à la possession d'une

³⁵⁰Mentionnons notamment les affaires *Pope c. Curll*, précitée, note 320; *Millar c. Kinkaid* (1750) 4 Burr. 2319, 98 Eng. Rep. 210, *Tonson c. Collins* (1761) 1 Black. W. 301, 96 Eng. Rep. 169 et *Millar c. Taylor*, précitée, note 181. En traitant de l'opinion du juge Hardwicke dans la décision de 1741 dans l'affaire *Pope c. Curll* (précitée, note 320), M. Mark Rose décrit en ces termes éloquentes la question difficile à laquelle étaient confrontés les tribunaux dans ces affaires: «Hardwicke's decision involved an important abstraction of the notion of literary property from its physical basis in ink and paper. The Statute of Anne, let us recall, prescribed specific and concrete penalties for the invasion of literary property: offending books were to be forfeited to the rightful proprietors to be destroyed, and offenders were to forfeit one penny for each illegally printed sheet found. Precisely what kind of property, material or immaterial, Parliament supposed it was protecting in the statute is unclear, for in all likelihood such metaphysical questions about the nature of literary property never occurred to the legislators. As Benjamin Kaplan remarks, the draftsman of the statute was "thinking as a printer would - of a book as a physical entity; of rights in it and offenses against it as related to "printing and reprinting" the thing itself". So too Curll's reply represented a letter as a physical entity, an object that once actually sent and delivered passed wholly to the recipient. But, as we have seen, in the years preceding *Pope v. Curll* the new term "copyright" had appeared, implying that the discourse of literary property was moving away from its old foundation in the materiality of the author's manuscript. In Hardwicke's decision, the author's words have in effect flown free from the paper on which they are written. Not ink and paper but pure signs, separated from any material support, have become the protected property.»: M. ROSE, *op. cit.*, note 225, pp. 64-65; cet auteur, aux pp. 58-66, traite de l'affaire *Pope c. Curll*.

³⁵¹«Oeuvre», ou en anglais «work» ou «composition».

³⁵²*Burnett c. Chetwood*, 2 Mer. 441, 35 Eng. Rep. 1008 (1720).

³⁵³*Gyles c. Wilcox*, précitée, note 307.

³⁵⁴Précitée, note 181.

³⁵⁵Dans cette décision, tout comme dans les autres qui la précédèrent sur ces questions, la perplexité des juristes de l'époque cherchant à définir l'objet du droit des auteurs est manifeste: «On behalf of the appellants it was said that the object contended for by the respondents was of so abstruse and chimerical a nature, that it was hardly capable of being defined. It was sometimes called property, and for the sake of distinction, literary property.»: *ibid.*, 132-134; voir aussi notamment *Millar c. Taylor*, précitée, note 181, 2385: «How strange and singular must this extraordinary kind of property be; which can not be visibly possessed, forfeited or seized; nor is susceptible of any external injury, nor (consequently) of any specific, or possible remedy!».

³⁵⁶*Donaldson c. Beckett*, *ibid.*, 133.

substance. De plus, le tribunal distingua deux types de propriété incorporelle, soit un droit par rapport à une substance, tel un droit de tirer des bénéfices d'une terre sans en avoir la possession ou le titre, et un droit d'exercer quelque faculté ou de faire quelque chose de particulier à des fins de lucre. La perception de droits équivaut à recevoir quelque substance ou propriété corporelle, d'où son appellation de «propriété» par métaphore. Suivant cette interprétation, le terme «propriété» est équivoque, désignant alternativement le droit et les bénéfices découlant de l'exercice du droit en question³⁵⁷. De plus, la Chambre des Lords établit que le droit des auteurs découlant de la *common law* et issu, à sa source, du droit naturel³⁵⁸, prenait fin et était remplacé par un droit de source purement statutaire du fait de la publication par l'auteur de son oeuvre³⁵⁹. Il s'agissait dès lors d'un droit de propriété de type très particulier³⁶⁰.

Les idées anglaises – celles de Locke, en particulier – relatives aux droits de l'individu servirent de fondement aux Pères de l'Union américaine³⁶¹. Aux États-Unis, cependant, les questions concernant la nature de l'œuvre et celle du droit d'auteur, ainsi que la source de ce droit, tardèrent à être soulevées³⁶². La loi américaine de 1790³⁶³, qui protège les livres, cartes, et graphiques contre la reproduction sans l'autorisation de l'auteur³⁶⁴, ne tient pas particulièrement compte d'aspects «immatériels» que pourrait englober l'œuvre. Les principes de l'arrêt *Donaldson*³⁶⁵ finissent par être importés, quoique avec quelques années de retard. En 1834, dans l'affaire *Wheaton c. Peters*³⁶⁶, la Cour suprême des États-Unis aborde les questions qui avaient été traitées en Angleterre dans les affaires *Millar c. Taylor*³⁶⁷ et *Donaldson*³⁶⁸. Il semblerait qu'au cours du XVIII^e siècle, on reconnaissait aux États-Unis un droit d'auteur issu du droit naturel³⁶⁹.

³⁵⁷*Ibid.*, 134.

³⁵⁸M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 5.

³⁵⁹L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright*, Athens, GA, The University of Georgia Press, 1991, p. 45; A. LATMAN, *op. cit.*, note 246, p. 4.

³⁶⁰Notamment à durée limitée: J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 18.

³⁶¹P. S. ATIYAH, *op. cit.*, note 195, p. 106.

³⁶²*Supra*, pp. 51-53.

³⁶³Voir *supra*, p. 52.

³⁶⁴G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 51.

³⁶⁵Précité, note 181.

³⁶⁶Précitée, note 230.

³⁶⁷Précitée, note 181.

³⁶⁸Précitée, note 181.

³⁶⁹E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 15.

Toutefois, la Cour suprême américaine ne reprend pas le raisonnement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Donaldson*³⁷⁰. Dans cette affaire, la Chambre des Lords avait déterminé que le *copyright* issu de la loi venait confirmer l'existence d'un droit de propriété aux fruits du travail de l'auteur (issu du droit naturel), tout en s'y substituant. Dans *Wheaton*³⁷¹, la Cour suprême américaine rejette ce point de vue³⁷², jugeant qu'il s'agit plutôt d'un droit nouveau issu de la loi³⁷³, du moins quant à la loi fédérale³⁷⁴.

En Allemagne, le débat sur l'aspect immatériel des oeuvres eut lieu entre 1773 et 1794³⁷⁵, coïncidant avec la parution de l'oeuvre d'Immanuel Kant³⁷⁶ qui allait jeter une certaine lumière à cet égard. Kant formula une explication de la relation entre les idées et la matière: les choses en soi n'existent pas; les formes se révèlent dans notre esprit en fonction des idées innées. À la question de savoir si un livre est un objet *matériel* ou *idéal*, Kant répondit que l'oeuvre transcende l'objet *matériel* et correspond à une extension de la personnalité de l'auteur³⁷⁷. En décrivant la relation entre l'auteur et l'éditeur, Kant se trouva à distinguer l'oeuvre de son support:

«Un livre n'est pas, pour l'auteur, une marchandise, un objet de commerce; c'est un usage de ses forces (*opera*) qu'il peut concéder à d'autres, mais qu'il ne peut jamais aliéner. Tout livre est un écrit de l'auteur, par lequel celui-ci parle au lecteur. Celui qui a imprimé cet écrit

³⁷⁰*Ibid.*

³⁷¹Précitée, note 230.

³⁷²E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 17: De ce fait, la théorie du travail de Locke était exclue du *copyright* américain.

³⁷³J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 20. En l'occurrence, un droit économique ou de propriété de l'auteur, *sui generis*, de reproduire son oeuvre pour un temps limité: E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *op. cit.*, note 246, p. 16. Aux États-Unis, on considère aujourd'hui que l'auteur détient un droit de propriété dans le manuscrit: L. R. PATTERSON, *op. cit.*, note 216, p. 209. Il s'agit cependant d'un droit de propriété particulier, limité: *ibid.*, p. 209; E. W. PLOMAN et L. C. HAMILTON, *ibid.*, p. 16 et 17; U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, note 249, pp. 56-57. On parle de «property interest». D'aucuns suggèrent que ce droit de propriété de l'auteur subsiste tant que l'ouvrage n'a pas été publié: L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *op. cit.*, note 359, p. 45; *contra*: J. SEIGNETTE, *op. cit.*, note 16, p. 20; L. R. PATTERSON et S. W. LINDBERG, *op. cit.*, note 359, pp. 58-59 (ces auteurs nient qu'il puisse s'agir d'un droit naturel de propriété de l'auteur).

³⁷⁴Cette décision reconnut que subsistait un droit d'auteur issu de la *common law* des états de la fédération américaine, quant aux manuscrits n'ayant pas fait l'objet d'une publication. Ce droit ne fut aboli qu'en 1978: M. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.*, note 10, pp. 1-4 et suiv.

³⁷⁵M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 131.

³⁷⁶L'influence de l'idéalisme critique de Kant (*supra*, pp. 21-23) est profonde dès son époque et l'est demeurée à ce jour en droit d'auteur allemand, dont la source est généralement attribuée au *droit naturel*: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 105.

³⁷⁷*Ibid.*, p. 106.

parle à la vérité aussi au public par les exemplaires; mais il ne parle point pour soi, il parle au nom de l'auteur, il le représente publiquement comme parlant, il est l'intermédiaire entre l'auteur et le public pour transmettre au public les paroles de l'auteur. Tout exemplaire de ces paroles, manuscrit ou imprimé, est un objet susceptible de propriété privée [...] À la vérité l'éditeur fournit en son propre nom l'instrument muet par lequel s'opère la transmission des paroles de l'auteur au public, instrument qui n'est pas une chose, qui est un usage des facultés de l'auteur, *opera*, c'est-à-dire des *paroles littérales*; mais il est de toute évidence que c'est au nom de l'auteur que l'éditeur porte, par la voie de l'impression, ces paroles à la connaissance du public; ce n'est qu'au nom de l'auteur qu'il se présente comme étant celui par lequel l'auteur parle au public.»³⁷⁸

Ces propos sont empreints d'une certaine imprécision quant à la nature exacte de l'oeuvre, à savoir en quoi consistent ces *paroles* de l'auteur, et notamment quant à la démarcation entre l'idée (les « paroles ») et l'expression (l'exemplaire des paroles imprimées ou manuscrites)³⁷⁹. Cette conception tient compte d'une notion de matière expliquée par rapport aux idées et à la connaissance, mais manque de précision relativement à la nature de l'oeuvre selon qu'elle n'est qu'idée dans l'esprit de son auteur, *parole* exprimée verbalement ou *parole* exprimée par écrit ou autre chose fixée en un support tangible. Encore moins clair est ce qui arriverait à l'oeuvre si elle se trouvait empreinte en un intermédiaire imperceptible par les sens humains. En somme, cette approche ne résoud pas en soi la difficulté que pose le dualisme du droit d'auteur qui scinde l'idée de son expression. Si on distingue entre idée et expression et entre oeuvre et support, et si l'oeuvre n'est ni le support ni l'idée, qu'est-ce que l'oeuvre-expression?

Par ailleurs, les théories de Kant ne faisaient pas l'unanimité, surtout au-delà de l'Allemagne. Elles étaient éclipsées, en particulier, par la tradition matérialiste, bien établie en droit. Notamment, les principes du droit de propriété qui ont été développés, travaillés et précisés durant plusieurs siècles se sont profondément ancrés au sein des systèmes de droit. Or, le droit de propriété, qui constitue la clef de voûte du droit privé, est formulé sur une base strictement matérialiste. La formulation du droit des auteurs se heurtait à cette tradition.

³⁷⁸A.-C. RENOARD, *op.cit.*, note 263, pp. 254-255, où l'auteur cite l'illustre philosophe.

³⁷⁹L'imprécision de la distinction entre l'idée et l'expression, reflétée dans la notion de « paroles » telle que formulée par Kant, s'enlignait, cependant, avec une telle imprécision au sein des conceptions proposées à cette époque en France et en Angleterre.

* * *

En somme, les difficultés conceptuelles en droit d'auteur entourant l'aspect immatériel de l'œuvre et les questions qui en découlaient reflétaient la dominance du réalisme matérialiste – la conception spontanée du sens commun qui considère l'existence d'une réalité en soi. Une minorité de penseurs, académiciens ou chercheurs, philosophes ou scientifiques, privilégiés d'avoir bénéficié d'une éducation ou d'avoir eu accès à des ouvrages écrits, et peut-être poussés par leur curiosité, sinon leur passion de connaître, ont vu autrement. Leur brillance allait faire le poids, mais progressivement. Entre temps, la métaphysique et les sciences de la nature étaient dominées par des conceptions et théories dualistes. Ce dualisme laissa une trace profonde sur le droit d'auteur naissant. La notion d'œuvre immatérielle qui s'est dégagée est victime de ce dualisme conceptuel. La distinction entre les aspects matériels et immatériels de l'œuvre est floue. Le droit d'auteur ne protège pas l'objet tangible. Il ne protège pas davantage la simple idée. Quel est donc alors l'objet du droit d'auteur?

L'ajout de catégories d'œuvres et de droits exclusifs puis l'avènement de nouvelles technologies de communication de l'information, au cours du XIX^e siècle, mirent en lumière le critère d'originalité qui se dessinait³⁸⁰. Nous verrons, en deuxième partie de ce mémoire, que ces ajouts et l'avènement de ces nouvelles technologies permit de dégager un second critère, celui de fixation de l'œuvre. Pourtant, l'objet du droit d'auteur serait incommodé jusqu'à aujourd'hui par le tangage de ses assises conceptuelles instables. Notre objectif consistera donc à purger les incohérences qui en sont la cause.

³⁸⁰Voir *supra*, note 15.

DEUXIÈME PARTIE

Émergence du critère de fixation

Suite à l'arrivée des premières lois nationales sur le droit d'auteur, au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, les monarchies ont progressivement relâché leur emprise sur le pouvoir politique. La révolution industrielle a connu son apogée. Au cours de cette période, les attaques sur la religion se sont poursuivies³⁸¹, y compris dans le conflit aigu opposant la religion à la science³⁸². Notamment, la conscience religieuse s'est interrogée sur l'athéisme³⁸³ et a cherché à expliquer l'inexpliqué. Il y a eu une perte d'influence de la religion devant la science et sa méthode. Nous avons vu qu'un mouvement de reconnaissance des prérogatives individuelles au sein de la société avait été marquant durant le XVIII^e siècle³⁸⁴. Ce mouvement a connu une accalmie au cours du XIX^e siècle. La conception individualiste de la société a alors été supplantée par une conception collectiviste³⁸⁵ nourrie, comme nous le verrons, par les doctrines marxiste et utilitariste et par la marée montante du nationalisme³⁸⁶, inspirée par la philosophie romantique. Les travailleurs étaient mécontents de l'inéquité salariale et de la médiocrité de leurs conditions de travail³⁸⁷. Les pouvoirs du Parlement ont été accrus, la suprématie du Parlement et celle de la loi étant consacrées au service de la collectivité. On a voué à l'économie toute préséance en matière de politique législative, particulièrement en Angleterre, ce qui a accentué la distinction du *copyright* relativement au droit d'auteur³⁸⁸. Ces tendances se sont par la suite nuancées au cours du XX^e siècle. Les concepts d'utilité et d'intérêt collectif, appréciés en fonction de la société, se sont introduits dans la pensée philosophique. Cette tendance à faire primer l'intérêt collectif a connu son point culminant au sein des régimes totalitaires de Hitler et de Mussolini. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, les droits de l'homme et l'individualisme ont été redécouverts en Occident, le balancier ayant à ce chapitre effectué un nouveau mouvement vers la

³⁸¹Notamment par les marxistes dont Lénine et Mao et par Simmel et Klages: P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, *op. cit.*, note 104, p. 183.

³⁸²E. E. HARRIS, *op. cit.*, note 52, pp. 450-452, voir notamment à la p. 451. Sur la réconciliation de la religion et la science, voir J. GUITTON, G. BOGDANOV et I. BOGDANOV, Dieu et la science : vers le matérialisme, Paris, B. Grasset, 1991.

³⁸³R. LE SENNE, *op. cit.*, note 51, pp. 505 à 512.

³⁸⁴*Supra*, pp. 37-38.

³⁸⁵W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 78; J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, pp. 305-306.

³⁸⁶W. FRIEDMANN, *ibid.*, pp. 78 et 99.

³⁸⁷A. V. DICEY, *op. cit.*, note 210, pp. 211 et suiv.

³⁸⁸Sur la distinction entre le *copyright* et le droit d'auteur, voir *supra*, note 252.

personne. Il est maintenant trop tôt pour déterminer si ce balancier a une fois de plus viré vers la collectivité.

Entre temps, la situation politique et les pressions sociales ont continué à alimenter l'évolution du droit d'auteur. Le critère de fixation a fait son entrée en scène au début du XX^e siècle, d'abord dans certaines lois nationales et ensuite dans les conventions internationales. Au-delà du contexte social, l'arrivée de la fixation a été catalysée par le foisonnement de découvertes scientifiques et techniques. Soulignons, en particulier, l'évolution de concepts issus de la théorie sous-jacente au droit d'auteur tel le concept de matière, intervenant dans la conception du droit d'auteur. Un survol des concepts de la philosophie et des sciences des XIX^e et XX^e siècles pouvant servir à formuler le droit d'auteur nous donnera un aperçu des nouveaux éléments de conceptualisation et des précisions et corrections apportées aux théories datant du XVIII^e siècle. En nous servant de ces nouveaux outils, nous pourrons par la suite dégager une théorie contemporaine du droit d'auteur.

I. THÉORIE DU DROIT DES XIX^e ET XX^e SIÈCLES

Au cours du XIX^e siècle, les nouveaux développements de la philosophie, à tout le moins chez les Anglo-saxons, ont continué à alimenter ceux des sciences de la nature, et vice versa. Un réseau de plus en plus fourni de liens s'est développé entre les énoncés et théories des diverses sciences. Cette harmonisation progressive s'est propagée à la formulation des sources du droit, les philosophes juridiques bénéficiant désormais d'outils plus efficaces pour contester les théories entachées par le mythe. Nous poursuivons notre analyse chronologique du cadre théorique de la fixation en droit d'auteur en nous intéressant à ces outils, c'est-à-dire les concepts de la philosophie et de la science, et à leurs avancées depuis le XVIII^e siècle. Nous reviendrons ensuite à l'aboutissement des théories sur les sources du droit au cours de cette époque durant laquelle est né le critère de fixation.

A. Concepts de la philosophie et de la science

Le XIX^e siècle fut témoin de développements scientifiques importants. Par exemple, la réfutation de la théorie de la génération spontanée et la reconnaissance de la composition chimique des êtres vivants ont permis l'achèvement du pont entre la

biologie (qui s'intéresse à la matière vivante) et les sciences de la nature³⁸⁹. De plus, l'arrivée de la psychologie et de la cognition en fin de XIX^e siècle a stimulé l'étude de la relation entre la matière et la connaissance. Par surcroît, de nouvelles théories, dont celles sur la relativité et sur la composition de l'atome, sont venues offrir des explications plus cohérentes aux données observées relativement aux propriétés de la matière, notamment quant à sa structure et son comportement. Nous traiterons en détail un peu plus loin de ces développements de la science empirique. Mais d'abord, nous revenons à la philosophie, qui fut elle aussi marquée au cours du XIX^e siècle par les développements extraordinaires de la science et des techniques qui en découlent. La philosophie, rappelons-le, fournissait au droit d'auteur un cadre conceptuel, notamment quant à la relation entre les idées et les « objets matériels ».

1. Philosophie

À la lumière des grands mouvements ou approches philosophiques du XVIII^e siècle à nos jours, la théorie du droit a connu des développements aboutissant aux principes d'aujourd'hui. Plusieurs de ces mouvements ou approches retiennent notre attention. Ce sont l'idéalisme, la philosophie de l'histoire, la phénoménologie, l'utilitarisme, le structuralisme, la philosophie de la forme et la philosophie analytique. On retrouve parmi ceux-ci les concepts et principes permettant de formuler une théorie du droit cohérente.

Parmi ces mouvements et approches, l'*idéalisme* de Fichte, Schelling et Hegel³⁹⁰ est celui qui a dominé initialement la philosophie du XIX^e siècle en Europe³⁹¹ continentale, et particulièrement en Allemagne. Ces idéalistes ont repris le modèle de Kant. Ils en ont cependant poussé davantage l'élément idéaliste, rejetant la notion kantienne du « noumène », la chose-en-soi inconnaissable à jamais³⁹². Le professeur Stumpf décrit en ces mots l'essence de leur approche:

³⁸⁹ Sur le fossé existant jusqu'alors entre la biologie et les sciences de la nature, voir *supra*, p. 29.

³⁹⁰ S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 327. La conception dualiste subsistait néanmoins au cours de ce XIX^e siècle. Notamment, le poète allemand Goethe (1749-1832) concevait un univers d'esprit et de matière: W. DURANT et A. DURANT, *op. cit.*, note 34, p. 619.

³⁹¹ « Il semble que la philosophie [européenne] du XIX^e siècle puisse s'inscrire, d'une manière très générale, sous le signe de l'idéalisme. »: A. WEBER et D. HUISMAN (dir.), *op. cit.*, note 63, p. 62.

³⁹² Sur Kant, voir *supra*, pp. 22-23.

«Fichte and the other German idealists took Kant's theory that the mind imposes its categories upon experience and transformed this into the theory that every object and therefore the entire universe is a product of the mind.»³⁹³

Suivant l'approche des idéalistes allemands du XIX^e siècle, le monde *matériel* est le produit de l'esprit. Ainsi se trouve comblé le fossé entre idées et matière sensible. Tout étant idée, y compris toute matière, alors la différence, par exemple, entre un renard en chair et en os et l'idée d'un renard devient strictement une nuance sensorielle. Ils ne se distinguent plus que par le fait de se situer à l'intérieur ou à l'extérieur de l'esprit³⁹⁴. Fichte distinguait notamment entre les aspects matériels et immatériels de l'écrit³⁹⁵ suivant une approche moniste idéaliste³⁹⁶. Pour celui-ci, au contraire du contenu, la *forme*, c'est-à-dire la combinaison de mots et de phrases avec lesquelles sont révélées les idées, demeure la propriété de l'auteur pour toujours³⁹⁷. Vers la même époque, Hegel a présenté une doctrine moniste spiritualiste³⁹⁸ suivant laquelle «tout est inter-relié en un vaste *système* complexe – l'Absolu»³⁹⁹. Il s'agissait d'une forme de panthéisme⁴⁰⁰. Par la suite, les successeurs des idéalistes allemands, les néo-kantiens⁴⁰¹, se sont affairés à tenter de soulager le droit de la dichotomie forme – matière :

« This school attempted to overcome Kant's dualism of form and matter and tried to produce the content (matter) of the natural sciences, and that of ethics and aesthetics, in a dynamic process of understanding. »⁴⁰²

Ce pont idéaliste entre la matière et l'esprit et le rejet par les idéalistes de la « chose-en-soi » s'inscrivent parmi les étapes marquantes de la progression vers l'intégration de la connaissance. Nous reparlerons de cette progression de même que de son attrait pour le

³⁹³S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 329.

³⁹⁴Le même raisonnement s'appliquerait pour distinguer entre l'idée et son expression: *infra*, pp. 158 et 172 à 180.

³⁹⁵M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 131.

³⁹⁶F. VAN STEENBERGHEN, *op. cit.*, note 27, p. 263.

³⁹⁷C. AIDE, *loc. cit.*, note 348, 216.

³⁹⁸R. CARATINI, *op. cit.*, note 35, p. 346.

³⁹⁹D. COLLINSON, *op. cit.*, note 67, p. 96. (Les italiques sont de nous.)

⁴⁰⁰*Ibid.*, p. 98. Sur le panthéisme, voir *supra*, note 53.

⁴⁰¹Notamment Hermann Cohen (1842-1918), Paul Natorp (1854-1924) et Ernst Cassirer (1874-1945).

⁴⁰²H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 247.

droit d'auteur⁴⁰³. Pour l'instant nous nous tournons brièvement vers les nouvelles doctrines ou approches philosophiques telles que la philosophie de l'histoire, la phénoménologie et le structuralisme, axées sur des considérations sociales, qu'avaient incubées les développements de la science, des technologies, de l'économie et de la société industrielle.

Quant à la *philosophie de l'histoire*, on peut regrouper sous cette appellation diverses doctrines tenant compte du caractère évolutif des espèces vivantes ou de la société. Pour les fins de ce mémoire, attardons-nous à celles de l'évolutionnisme, de l'historicisme et du romantisme.

Les doctrines *évolutionnistes* ont éclos en biologie, inspirées en particulier par les travaux de Charles Darwin⁴⁰⁴. Suivant ces doctrines, tenant compte d'un contexte circonscrit et de son évolution, la concurrence élimine les faibles et sans ressources⁴⁰⁵. Le XIX^e siècle a été témoin d'une progression de théories philosophiques *historicistes*, notamment celles d'Herbert Spencer, qui ont transposé les préceptes évolutionnistes de la biologie aux sciences sociales. Par exemple, Hegel et Marx, inspirés des enseignements de Schelling sur la connaissance, ont proposé une notion de progression de la connaissance spirituelle de l'univers vers une connaissance complète:

⁴⁰³ *Infra*, pp. 79 à 84 et p. 138.

⁴⁰⁴ Sur les travaux de Darwin (1809-1882), voir A. R. HALL, *op. cit.*, note 107, p. 129. En 1859, Charles Darwin publie son traité De l'origine des espèces. Ses vues, fondées sur le vaste bagage d'informations qu'il avait recueillies au cours de ses expéditions d'observations forment une «théorie explicative de l'évolution» des espèces vivantes : J. G. CROWTHER, A Short History of Science, Londres, Methuen Educational, 1969, p. 123. En 1865, Gregor Mendel publie son traité sur la génétique «Versuche über Pflanzenhybriden»: R. TATON, *op. cit.*, note 124, pp. 552 à 555. Son oeuvre allait rester dans l'obscurité jusque vers l'an 1900 alors qu'une véritable science de l'hérédité naît : *ibid.*, pp. 552 à 555. En plus des travaux de Charles Darwin, à noter ceux de Jean Baptiste de Monet, chevalier de Lamarck (1744-1829).

Lamarck développa au début du XIX^e siècle (vers 1802-1809) sa théorie de l'évolution des formes vivantes: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 192. Darwin, entre 1858 et 1882, mit fin au mythe de la Création. Sous le titre De l'origine des espèces (1859), il proposa un système de l'évolution: F. BRAUNSTEIN-SILVESTRE et J.-F. PÉPIN, *op. cit.*, note 47, pp. 172 à 176. R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 192. Soulignons que l'intérêt de Darwin se limitait à la biologie. D'autres se sont inspirés de ses travaux afin d'énoncer des théories concernant l'évolution de la société. Parmi les grands concepts des théories évolutionnistes comptent notamment l'évolution des espèces vivantes par sélection naturelle (XIX^e siècle); le concept d'intelligence biochimique, qui émerge dans la nature à travers l'évolution de molécules d'ADN (D. NAUTA, JR, The Meaning of Information, La Haye, Mouton, 1972, p. 45); et les théories du XX^e siècle sur l'évolution de l'espèce humaine qui progressent lentement en raison du peu de traces et indices laissés par les fossiles humains.

⁴⁰⁵ A. QUINTON, «Political Philosophy», dans A. KENNY (dir.), The Oxford History of Western Philosophy, Oxford, University Press, 1994, 275-362, 338.

«Hegel's theory of history – second in influence only to that of Marx – was based on Schelling's idea of a ‘universal history’, in which the progress of spirit towards self-discovery is reflected in the epochs of civilized life. [...] Epochs follow one another with the logic of the dialectic, each animated by a spiritual unity (the *Zeitgeist*), and each appearing with the rigorous necessity of a proof in mathematics, moving towards the final ‘end of history’ when spirit fully knows itself for the first time.»⁴⁰⁶

La pensée historiciste de Marx accepte le concept de l'histoire progressant vers un aboutissement final, mais rejette l'idéalisme métaphysique de Hegel. Pour Marx, l'histoire est mue par des facteurs matériels. Nonobstant, l'historicisme idéaliste de Hegel tout autant que celui, matérialiste, de Marx, conduisent à un «aboutissement final de l'histoire» où la connaissance se retrouve complètement intégrée. Nous verrons que le mouvement historiciste, intégrant la dimension du développement historique de la société au sein du débat sur les sources du droit, s'est avéré influent sur la théorie du droit⁴⁰⁷, tout comme d'ailleurs la philosophie romantique.

À compter du XIXe siècle, les tenants du *romantisme*⁴⁰⁸ ont prôné le concept de nation⁴⁰⁹. Suivant cette doctrine, la nation était considérée comme un foyer sommant les émotions, plutôt qu'un ensemble abstrait d'individus⁴¹⁰. Centrales au romantisme sont la notion d'esprit du peuple (*Volksgeist*) et une vision politique et philosophique totalitaire nourrissant une mystique du chef, résonateur de l'âme collective et catalyseur de l'énergie nationale. Alimentée en Allemagne par des préceptes formulés notamment par Fichte, Hegel et Nietzsche, la philosophie romantique célébrait la toute-puissance de l'État et considérait l'individu humain comme élément de systèmes complexes que l'on intègre: la société et la science. La définition romantique des prérogatives de l'individu ne se faisait pas isolément; elle exigeait que l'on tienne compte du contexte, notamment des systèmes que constituent la société et la science. En

⁴⁰⁶R. SCRUTON, «Continental Philosophy from Fichte to Sartre», dans A. KENNY, *op. cit.*, note 405, 193-238, 209.

⁴⁰⁷Notamment à l'appui du positivisme juridique : *infra*, pp. 94 et suiv.

⁴⁰⁸Notamment Marx, Bismarck, Nietzsche et Spengler: W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 535.

⁴⁰⁹En niant l'assujettissement de l'État à une loi première, le romantisme conduit au totalitarisme. Il servit ainsi de base idéologique aux mouvements fascistes de l'Allemagne et de l'Italie. Outre les conséquences extrêmes que cela ait pu engendrer, la philosophie romantique n'a pas moins constitué l'un des vecteurs de l'évolution de la théorie du droit.

⁴¹⁰A. QUINTON, *loc. cit.*, note 405, 338.

définissant les institutions de la société, le cadre juridique non le dernier, en fonction de la collectivité plutôt que l'individu, le romantisme a contribué au renversement du mouvement de reconnaissance des droits de l'individu qui avait permis l'éclosion du droit d'auteur au XVIII^e siècle. En outre, les conséquences tragiques du totalitarisme en Allemagne et en Italie ont engendré une longue réflexion sur les tenants et aboutissants du positivisme juridique, et en particulier sur la nécessité d'assujettir le droit positif à des règles suprêmes (de droit naturel) garantes, notamment, des droits de la personne⁴¹¹.

Parallèlement à philosophie de l'histoire, Bentham et Stuart Mill ont fait connaître vers le début du XIX^e siècle une autre doctrine s'intéressant de près à des considérations d'ordre social. Il s'agit de la doctrine utilitariste⁴¹². *L'utilitarisme*, notamment, auquel on associe les noms de Jeremy Bentham et John Stuart Mill, aspire au plus grand bonheur pour le plus grand nombre de personnes⁴¹³. Bentham, notamment, condamna la Révolution française, mue par l'individualisme, avec peu d'égards pour le bien-être collectif⁴¹⁴. Cet utilitarisme, axé sur des préoccupations d'ordre social a servi de contrepois au néopositivisme qui boude les sciences humaines.

Entre temps, à compter du XIX^e siècle et culminant au tournant du XX^e siècle, outre les mouvements idéaliste, de la philosophie historique, et de l'utilitarisme, la *philosophie analytique* est devenue l'école de pensée dominante concernant les fondements de la science⁴¹⁵. Suivant cette doctrine⁴¹⁶, aussi appelée positivisme logique, empirisme logique, néopositivisme ou encore doctrine du Cercle de Vienne⁴¹⁷, «toute connaissance synthétique est fondée sur l'expérience»⁴¹⁸. La philosophie analytique puise

⁴¹¹ C.f. *infra*, p. 97.

⁴¹² Sur l'utilitarisme, voir J.-L. BERGEL, *Théorie Générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, pp. 29-33; W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 267.

⁴¹³ S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 363, et généralement aux pp. 363-379; D. COLLINSON, *op. cit.*, note 67, p. 94.

⁴¹⁴ C. K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, p. 14.

⁴¹⁵ S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 446. Sur la philosophie néopositiviste, voir également W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 205 et suiv.

⁴¹⁶ Sur la philosophie analytique, voir S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, chap. 24, pp. 446 à 480.

⁴¹⁷ Le professeur Caratini décrit le Cercle de Vienne comme un «cercle de logiciens et savants, inspirés par les thèses de Russell, de Wittgenstein et d'Einstein, créé à Vienne en 1929 par Moritz Schlick; sa doctrine est nommée néopositivisme.»: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 336.

⁴¹⁸ Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56, p. 67.

ses origines du mouvement empiriste des XVII^e et XVIII^e siècles, notamment Hume⁴¹⁹, et leurs contemporains dont Ernst Mach⁴²⁰, et de la doctrine positiviste d'Auguste Comte du début du XIX^e siècle⁴²¹. Elle est tributaire du développement combiné des mathématiques, de la logique et de la philosophie, notamment par Frege et Russell⁴²². Belaval décrit en ces termes le rapport entre la logique, les mathématiques, les observations empiriques et la métaphysique au sein de la philosophie analytique:

« Le positivisme logique est une théorie de la signification qui ne retient dans son champ d'investigation que la logique et les mathématiques (...) ainsi que les hypothèses empiriquement vérifiables. La logique et les mathématiques sont *a priori* et tautologiques. De ce fait, elles ne sont pas source d'information; ceux qui suivent le raisonnement métaphysique entretiennent l'idée erronée que les vérités *a priori* ne sont pas nécessairement tautologiques et peuvent donc être sources d'informations. En fait, le positivisme logique combine la théorie tautologique de la logique et des mathématiques avec l'autre théorie formulée au XIX^e siècle par le physicien Ernst Mach : dans les sciences de la nature, on ne peut accorder de crédit qu'à ce qui est vérifiable par l'observation. »⁴²³

Ainsi, la vérité suivant un système néopositiviste relève non plus d'une réalité en soi, mais plutôt de la confrontation d'une proposition à un système de connaissances,

419 « Le positivisme logique prolonge au XX^e siècle l'idée de Hume selon laquelle les livres qui ne contiennent ni « raisonnement abstrait concernant une quantité ou un nombre » ni « raisonnement fondé sur l'expérience concernant des faits pratiques ou l'existence » devraient être « livrés aux flammes » parce qu'on n'y trouve « que des sophismes et des illusions ». » : Y. BELAVAL (dir.), Histoire de la philosophie, t. III, vol. I, « Le XIX^e siècle – Le XX^e siècle », Paris, Gallimard, 1974, p. 514.

420 Mach s'intéressa à la philosophie surtout afin d'éliminer des sciences physiques les éléments invérifiables de la métaphysique: F. COPPLESTON, A History of Philosophy, v. VII, «Fichte to Nietzsche», Londres, Burns and Oates, 1963, p. 359.

421 La doctrine philosophique positiviste d'Auguste Comte comporte deux aspects. Il s'agit d'abord d'une philosophie des sciences et d'autre part, une politique et une religion. Cette doctrine intègre la perspective empiriste hostile à la métaphysique. D'une doctrine philosophique considérée avec réserves lors de sa conception, elle allait servir de fondement aux ténors du positivisme logique, les membres de l'École de Vienne. Doutant de la philosophie et de la métaphysique, Auguste Comte préféra la connaissance fondée sur l'expérience: «In accord with both Comte and the empiricists, the logical positivists maintained that all knowledge must be grounded on experience.»: W. BECHTEL, Philosophy of Science, an Overview for Cognitive Science, Hillsdale, New Jersey, L. Erlbaum, 1988, p. 18. Voir également P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 155.

422 P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, *op. cit.*, note 104, p. 183. Frege conçut la logique comme un langage; Charles Babbage, en algébrisant la logique, put inventer une machine arithmétique: D. ANDLER, «Introduction – Calcul et représentations: les sources», dans D. ANDLER (dir.) Introduction aux sciences cognitives, Paris, Gallimard, 1992, 8, 17 à 19.

423 Y. BELAVAL, *op. cit.*, note 419, pp. 514-515.

structuré en fonction d'un langage⁴²⁴. Selon le néopositivisme, seule la connaissance des faits par les sciences expérimentales est féconde. L'esprit humain, dans la philosophie comme dans la science, n'évite le verbalisme ou l'erreur qu'à la condition de se tenir sans cesse au contact de l'expérience et de renoncer à tout *a priori*. Le domaine des «choses en soi» est inaccessible, et la pensée ne peut atteindre que des relations et des lois. La logique symbolique est utilisée afin de fournir une expression formelle de la structure de la science⁴²⁵. En d'autres mots, le langage, système de symboles régi par les règles de la logique, est le véhicule d'expression de la connaissance humaine:

«Pour les empiristes du cercle de Vienne, la science n'est pas loin d'être un langage économique décrivant toutes les sensations possibles; cela explique l'importance qu'ils ont accordée à la métaphysique, dont l'objet est l'étude des relations entre les expressions (la syntaxe), entre les expressions et leur signification (la sémantique) et des systèmes formels en général (y compris, à la limite, les langues naturelles).»⁴²⁶

Parmi les tenants de la philosophie analytique on compte Gilbert Ryle⁴²⁷. À Gilbert Ryle on associe l'analyse conceptuelle par la catégorisation des concepts à l'aide d'une discipline intellectuelle rigoureuse⁴²⁸. Il apprécie d'un point de vue logique le sens des énoncés d'une question et n'exige pas une référence à des contextes élargis, notamment des contextes moraux ou métaphysiques. Pour Ryle, « L'analyse conceptuelle a pour objet l'élimination des erreurs de catégorie responsables des non-sens »⁴²⁹. En guise d'illustration de ce en quoi peut consister une erreur de catégorie, Ryle a proposé l'analogie de l'étranger qui veut visiter l'Université d'Oxford. Arrivé sur le campus, la personne parcourt divers bâtiments administratifs, le Queen's College et la Bodleian Library, avant de finalement demander à quelqu'un « où est l'Université? » Il s'agit de lui expliquer que « l'Université est la façon dont tout ce qu'il a vu est organisé ». Ryle

424 Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56, p. 67.

425 W. BECHTEL, *op. cit.*, note 421, p. 18.

426 R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 64.

427 Gilbert Ryle fut titulaire de la chaire de métaphysique à l'Université d'Oxford de 1945 à 1968.

428 D. HUISMAN, *Dictionnaire des philosophies*, Paris, P.U.F., 1984, p. 2268.

429 *Ibid.*, pp. 2268-2269. « Mais la question de la détermination du sens et de la démarcation entre le domaine du sensé et celui de l'absurde se pose au niveau de la proposition, et non au niveau du concept. Les concepts possèdent chacun une ou plusieurs significations mais ce sont les propositions dans lesquelles ils apparaissent qui sont dotées de sens ou au contraire qui sont absurdes. Aussi la méthode d'analyse contextuelle va-t-elle consister à mettre à jour l'ensemble des relations que les propositions dans lesquelles les concepts apparaissent entretiennent entre elles: *ibid.*, p. 2269.

proposa également à titre d'analogie comparable la distinction entre un régiment et les soldats qui le composent. On a qualifié la position adoptée par Ryle de « behaviorisme linguistique ». Son approche ne se limite pas aux questions relevant de la recherche scientifique, mais s'étend aux sciences sociales. Selon Ryle, la croyance d'une dichotomie entre la matière et l'esprit repose sur une erreur de catégorie. Ryle considérait que de faire de l'esprit une substance distincte du monde matériel en serait une sorte de duplication. En somme, Ryle proposait de faire preuve de rigueur afin d'assurer la cohérence des systèmes de connaissance. Les enseignements de Gilbert Ryle pourraient servir au droit d'auteur en tant que système de connaissance – considérant la possibilité qu'il y ait des erreurs de catégories quant à la relation entre les idées, l'œuvre et le support de l'œuvre.

Par ailleurs, certains parmi les fondateurs du néopositivisme, dont Mach et Carnap, ont envisagé une épistémologie idéaliste, tenant compte de la source empirique de la connaissance. En effet, au lendemain de la révolution scientifique, le savoir humain avait progressé en fonction de l'expérience par les sens suivant la méthode de la science empirique. Cependant, le Cercle de Vienne se désintéressait, en général, de la question de la relation entre la matière et la connaissance. Les positivistes logiques rejetaient la métaphysique, celle-ci étant invérifiable⁴³⁰. Ils lui préféraient la fiabilité de la science expérimentale. La philosophie analytique a contribué à faire perdre aux cloisons entre les diverses sciences leur étanchéité, et, ce faisant, a conduit à une intégration avancée des sciences⁴³¹, la réduction des théories étant son idéal.

La réduction des théories a pour finalité l'intégration des diverses branches de la science à un arbre global de la connaissance⁴³². L'histoire de la science est celle du développement de son arborescence au fil des siècles. Le rattachement des diverses branches au tronc commun qu'on lui attribue aujourd'hui ne s'est réalisé en grande partie que très récemment⁴³³. Les notions les plus fondamentales de la science correspondent

⁴³⁰S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 454. Pour Wittgenstein, dont les écrits ont inspiré le Cercle de Vienne, le langage métaphysique peut créer de la confusion. L'objectif de la philosophie serait de servir de « carte routière » permettant de se retrouver parmi les faits et de clarifier le langage afin d'éliminer toute confusion: *ibid.*, pp. 463-464.

⁴³¹P. KUNZMANN, F.-P. BURKARD et F. WIEDMANN, *op. cit.*, note 104, p. 159.

⁴³²K. POPPER, *op. cit.*, note 43, pp. 144 à 146 et p. 262.

⁴³³S. SAXBY, *The Age of Information: the Past Development and Future Significance of Computing and Communications*, Londres, MacMillan, 1990, pp. 21 à 31.

aux racines de cet arbre. Le modèle de la réduction des théories consiste en quelque sorte à établir des ponts entre les sciences afin d'aboutir à une science unique, intégrée⁴³⁴. Les diverses branches de la science sont mises en relation de manière à former un corps tout à fait intégré de connaissances⁴³⁵ sous forme d'arborescence. On distingue entre des échelles théoriques supérieures et inférieures⁴³⁶. Le professeur Bechtel décrit en ces termes ce modèle:

«Behind the Theory Reduction Model lies a conception of nature as consisting of entities at a multiplicity of levels of organization, where entities at any one level are composed of entities from lower levels. Thus, molecules are made up of atoms, cells are in turn made of molecules, and organs are made of cells. The theories that seek to characterize phenomena at higher levels, for example, theories about cell behavior, are in fact describing the behavior of entities made up of lower level parts (e.g. molecules). The behavior of these components are described in terms of lower level theories, for example, those of biochemistry. The task of the Theory Reduction Model is to show how the higher level theories (e.g. those describing cell behavior) might be related logically to lower level theories (e.g. those of biochemistry). Thus, reductionism has a downward orientation because the goal is to relate higher level theories to lower level ones.»⁴³⁷

L'un des problèmes de la réduction des théories résulte du fait que les théories des échelles supérieures emploient généralement une terminologie différente de celle employée à des échelles théoriques inférieures. En vue d'établir une relation logique entre ces théories, il devient essentiel d'établir d'abord une correspondance terminologique entre l'une et l'autre⁴³⁸. Il s'agit de produire un code de traduction afin de traduire le langage dans lequel les théories de niveau supérieur sont écrites à des niveaux inférieurs

⁴³⁴S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 448. Il s'agit notamment de mettre en relation la chimie et la physique qui traitent des propriétés de la matière en général, la biologie, la physiologie et la neurologie qui traitent de la matière vivante en particulier, la psychologie qui traite du comportement des êtres intelligents, donc qui établit certaines relations entre la configuration de la matière vivante et les comportements, et le droit qui régit les rapports au sein d'une société entre les personnes et les choses «matérielles» et «immatérielles».

⁴³⁵K. POPPER, *op. cit.*, note 43, pp. 262-263.

⁴³⁶Aux échelles inférieures, on retrouve les notions élémentaires («primary concepts»), c'est-à-dire celles les plus rapprochées à l'expérience depuis les sens. À des échelles supérieures, on retrouve un système secondaire, les diverses échelles ou couches constituant chacune un «degré d'abstraction»: A. EINSTEIN, «Physics and Reality», dans A. B. ARONS, et A. M. BORK (dir.), Science and Ideas, Selected Readings, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1964, 49-53, aux pages 51 à 53.

⁴³⁷W. BECHTEL, *op. cit.*, note 421, pp. 72-73.

⁴³⁸*Ibid.*, p. 73.

d'expression de théories. Le code consiste en un ensemble de règles ou lois intermédiaires qui précisent les équivalences entre les deux vocabulaires⁴³⁹.

Tandis que la philosophie analytique approchait de son dénouement, trois psychologues européens qui s'étaient établis aux États-Unis, Köhler, Wertheimer et Koffka, ont bâti au cours des années 30 une *psychologie de la forme* (*Gestaltpsychologie*). Leurs travaux ont porté sur la perception, la mémoire, l'apprentissage et la pensée. Par la suite, ils ont proposé une *Gestaltphilosophie* qui élargit la psychologie de la forme aux faits biologiques et physiques. Lalande dit de leur conception qu'elle

« consiste à considérer les phénomènes non plus comme une somme d'éléments qu'il s'agit avant tout d'isoler, d'analyser, de disséquer, mais comme des ensembles (*Zusammenhänge*) constituant des unités autonomes, manifestant une solidarité interne, et ayant des lois propres. Il s'ensuit que la manière d'être de chaque élément dépend de la structure de l'ensemble et des lois qui le régissent. Ni psychologiquement, ni physiologiquement, l'élément ne pré-existe à l'ensemble : il n'est ni plus immédiat ni plus ancien : la connaissance du tout et de ses lois ne saurait être déduite de la connaissance des parties qu'on y rencontre. »⁴⁴⁰

Également du nombre des mouvements s'intéressant à la société, la *phénoménologie* a émergé au cours du XXe siècle⁴⁴¹. La phénoménologie consiste en l'étude des phénomènes. Elle traite du problème de l'être en fonction de l'environnement physique et social – son monde. Heidegger, notamment, fait de l'être humain un être-dans-le-monde. Soutenant que le *cogito* de Descartes est erroné, Merleau-Ponty a proposé un nouveau *cogito* tenant compte de la notion du corps. Aussi, sa phénoménologie part non de la conscience mais du corps⁴⁴². Cette phénoménologie s'oppose à l'objectivité de la science, compte tenu de la subjectivité et du corps. Pour Merleau-Ponty, le corps n'est pas un complexe stimuli/réponses comme le proposent les tenants de la cognition contemporains. Merleau-Ponty a donc rejeté la *Gestaltpsychologie*. Pour Merleau-Ponty, il y a entrelacement de la conscience et du

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1983, pp. 372-373. Voir également R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, pp. 344-345.

⁴⁴¹ Merleau-Ponty, Husserl et Heidegger, notamment, sont associés à la phénoménologie.

⁴⁴² D. HUISMAN, *op. cit.*, note 428. p. 1812.

corps⁴⁴³. L'intérêt que revêt pour nous la phénoménologie tient au fait qu'elle propose un rattachement métaphysique des phénomènes de l'environnement physique et social. Alors que les positivistes ne s'intéressent pas au rattachement métaphysique du fait, c'est-à-dire qu'ils dissocient le fait du sens qu'il a pour la conscience, la phénoménologie, au contraire, « remonte à la couche originaire »⁴⁴⁴. L'intérêt de la phénoménologie au sein de ce mémoire tient au lien qu'elle établit entre les phénomènes de l'environnement physique et social et la métaphysique. Elle fait donc contrepoids à une philosophie analytique qui se désintéresse des phénomènes qui ne peuvent être étudiés à l'aide de la méthode scientifique. Par ailleurs, en plaidant en faveur de la reconnaissance du corps, elle offre un point de vue contraire à l'idéalisme relativiste moniste: tout n'est pas connaissance à être considéré selon la perspective du sujet qui connaît.

Toujours dans la veine des penseurs qui s'intéressent aux questions sociales, d'aucuns⁴⁴⁵ ont proposé, au cours de la seconde moitié du XXe siècle, une méthode structuraliste afin de traiter de questions sociales. Le *structuralisme* n'est pas une doctrine ni un mouvement organisé. C'est un courant, une manière d'aborder les phénomènes humains et culturels, au moyen de théories structurales. La méthode structuraliste étudie ces phénomènes en fonction de systèmes⁴⁴⁶. Le système ou la structure considéré comprend des éléments et des règles qui régissent les combinaisons de ceux-ci. L'idéalisme étant rendu infécond par l'individu libre et roi, auteur, maître et possesseur de toutes choses au sein de la société individualiste⁴⁴⁷, le structuralisme permet de conceptualiser outre toute perspective subjective que l'idéalisme imposerait. Ainsi, Foucault « construit l'idée d'une archéologie des sciences et de la vérité, à partir de l'histoire des sciences »⁴⁴⁸. Pour Foucault, il importe peu de fonder la philosophie sur un nouveau cogito, tel que le propose la phénoménologie⁴⁴⁹. L'approche structuraliste propose seulement de former un système cohérent en fonction de ses éléments⁴⁵⁰. La

⁴⁴³ P. AUREGAN et G. PALAYRET, *Dix étapes de la pensée occidentale des présocratiques à la modernité*, coll. «Ellipses», Paris, Éditions Marketing, 1995, p. 186. Pour un aperçu de la philosophie de Maurice Merleau-Ponty, voir D. HUISMAN, *op. cit.*, note 428, aux pp. 1811 à 1816.

⁴⁴⁴ P. AUREGAN et G. PALAYRET, *ibid.*, p. 171.

⁴⁴⁵ Notamment Claude Lévi-Straus, Michel Foucault et Jacques Lacan.

⁴⁴⁶ P. AUREGAN et G. PALAYRET, *op. cit.*, note 443, p. 191.

⁴⁴⁷ C. RUBY, *op. cit.*, note 32, p. 86. C.f. la chute en importance de l'individu au sein de la société du XIX^e siècle: *supra*, p. 73.

⁴⁴⁸ C. RUBY, *ibid.*, p. 82.

⁴⁴⁹ D. HUISMAN, *op. cit.*, note 428, p. 941.

⁴⁵⁰ R. MUCCIELLI, *op. cit.*, note 118, p. 295.

méthode structuraliste offre par conséquent un attrait non négligeable comme outil de conceptualisation. Contrairement au néopositivisme, qui ne tient pas compte des phénomènes humains, elle considère ceux-ci et se veut l'outil permettant de les étudier, en tant que systèmes.

* * *

Nous traiterons davantage, en seconde moitié de cette partie, de la façon dont les mouvements philosophiques de l'idéalisme, de la philosophie de l'histoire, de l'utilitarisme, de la philosophie analytique, de la philosophie de la forme, de la phénoménologie et du structuralisme, sur lesquels nous nous sommes penchés ci-dessus, ont influencé la conception des sources du droit et la formation des concepts du droit d'auteur, en contribuant, chacun à sa façon, à l'intégration de la connaissance, et, en particulier, à la mise en relation des concepts de matière et de connaissance. Mais auparavant, revenons aux développements de la science empirique, en nous attardant, cette fois, à ceux des XIX^e et XX^e siècles.

2. Science empirique

Les sciences de la nature se sont développées à fond de train depuis le temps des premières lois sur le droit d'auteur. Les développements à trois égards retiennent notre attention : le concept de «matière vivante», la relativité de l'infiniment grand ou petit et la réduction des théories.

Quant à la matière vivante, le rapprochement progressif entre les propriétés de la matière organique et celles de la matière inorganique s'est complété. On considère désormais que les propriétés de la *matière* dégagées par la science portent autant sur la matière vivante qu'inorganique. Les états de matière vivante sont décrits en fonction du modèle de la matière que proposaient ensemble la chimie, la physique et la biologie. D'autre part, le mythe de la génération spontanée⁴⁵¹ a finalement été réfuté d'un point de vue scientifique au cours du XIX^e siècle. Par ailleurs, la psychologie est devenue une science au tournant du XX^e siècle. Le rapport entre les modèles de la matière que proposent la chimie et la physique, et la représentation de la matière

⁴⁵¹Voir *supra*, note 130.

organique qu'étudie notamment la biologie et la neurologie se clarifient. Les psychologues se sont penchés sur la tâche difficile d'identifier des changements matériels au niveau du cerveau correspondant à des changements au niveau de l'esprit⁴⁵²:

«While pure physiologists studied the physics and chemistry of muscular contraction, of glandular secretion, of the conduction of nervous impulses and their connection with the central nervous system, those interested in psychology worked at the mental aspect of these same physical manifestations.»⁴⁵³

La psychologie de la perception a entrepris l'établissement de liens entre les configurations biologiques et la cognition. L'objectif, qui nous échappe encore aujourd'hui, serait de conceptualiser toute séquence d'idées ou connaissance que peut avoir un individu en fonction des séquences de configuration momentanées de la matière organique dont cet individu est constitué. Ces liens, qui seront un jour intégrés à la science, s'ajoutent à la représentation de phénomènes *observés* et représentés en fonction d'objets dits matériels. En l'occurrence, ces objets sont des personnes humaines, constituées de matière organique. Cependant, cette représentation reste affligée de ses limites: elle ne comble pas le fossé entre la matière et la connaissance de celle-ci⁴⁵⁴. En outre, le phénomène de connaître ne se situe pas exclusivement au niveau du cerveau de la personne qui connaît; il s'agit plutôt d'un phénomène généralisé à la grandeur du corps de la personne en question, mais produisant des foyers variés d'interactions localisées simultanément à divers endroits du corps (cerveau, nerfs des mains, oreilles, nez, etc.). Si toute connaissance peut être représentée en termes de la progression de configurations de

⁴⁵²En guise de comparaison, c.f. la conception de Hobbes, *supra*, pp 18-19.

⁴⁵³W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, pp. 354-355. Dampier écrivait en 1929: «There is little doubt that physical changes do occur with every change of mood or thought, but, until we know about them, we must describe the mind and its disorders in psychological terms.»: *ibid.*, p. 356.

⁴⁵⁴ Une telle représentation est fondée sur l'observation d'un objet. Et qui dit observation d'un objet dit représentation de cet objet en fonction de la notion de matière, organique ou inorganique. En l'occurrence, l'objet est un individu de matière organique. Cette représentation en est une des *perceptions* (par un individu-sujet) d'un objet, cet objet étant la configuration biologique de l'individu observé. Il peut y avoir identité entre l'individu-sujet et l'individu-objet: tel est le cas si l'individu-sujet observe les configurations de sa propre biologie et en particulier de son cerveau, jusqu'à l'échelle des atomes et même à plus petite échelle. L'individu qui s'observe lui-même est alors à la fois le sujet qui observe et l'objet observé. Quoi qu'il en soit, au-delà de l'échelle biologique (cellules, composés, éléments), c'est-à-dire aux échelles des molécules, atomes et autres échelles plus élémentaires, cette approche converge avec le modèle standard, et est donc assujettie aux limites de celui-ci, notamment la relativité, l'incertitude et le chaos. Sur le modèle standard, voir *infra*, p. 90.

la matière organique constitutive du cerveau de la personne qui connaît⁴⁵⁵, alors toute idée n'est-elle pas matière? À l'inverse, si toute matière est d'abord l'objet de la connaissance, alors, toute matière n'est-elle pas un jeu d'idées? Qu'entend-on par «information», lorsqu'on parle de communication en réseau? L'œuvre est-elle de l'information?

Par ailleurs, le progrès des sciences a conduit à des représentations qui transcendent ce que révèlent les sens immédiats: il y a plus à connaître du vent qui souffle sur les montagnes, des animaux qui peuplent les forêts, des personnes humaines que l'on croise dans la rue et des astres qui illuminent le ciel nocturne, que ce que la personne humaine en perçoit par ses sens. Les sciences de la nature proposent aujourd'hui une description de l'univers à l'échelle microscopique de l'électron et non plus essentiellement à l'échelle macroscopique de notre expérience perceptive et instrumentale. On représente dorénavant en fonction de multiples échelles structurelles de la matière. Les modèles particuliers de la structure élémentaire de la matière se sont précisés⁴⁵⁶, dépassant largement le sensible, de l'infiniment petit à l'infiniment grand. Les scientifiques se sont intéressés à des objets dont ils ne reçoivent aucun message sensible, et donc dont ils ne peuvent qu'imaginer l'existence: les molécules et les atomes, puis, depuis la fin du XIX^e siècle, des particules plus petites que l'atome, les protons et électrons. Les sens étant amplifiés par des appareillages perfectionnés, l'observation empirique du comportement des particules donne une perspective nouvelle sur la matière. Les théories sur la structure de la matière sont désormais construites sur la base de l'expérience. La méthode expérimentale a permis de bâtir des représentations complexes dont les lignes directrices sont, en particulier, la structure élémentaire, la relativité et

⁴⁵⁵Par exemple, si une personne humaine songe à une pomme, les cellules, molécules, atomes, et autres particules constitutives du cerveau de cette personne se configurent de telles et telles façons. Si cette personne songe à manger la pomme, les particules constitutives de son cerveau se configurent de telles et telles autres façons.

⁴⁵⁶Au cours du XIX^e siècle, André Marie Ampère (1775-1836) crée l'électrodynamique par ses expériences sur des courants électriques: R. TATON, *op. cit.*, note 124, pp. 210 à 214. Ses expériences, complétées par celles de Michael Faraday (1791-1867) et de Georg Simon Ohm (1787-1854), conduisent à la maîtrise de l'énergie électrique: *ibid.*, pp. 210-225. John Dalton (1766-1844) transforma la notion scientifique de l'atome d'Ampère en véritable théorie atomique en 1803. Dalton est celui qui reprit le vieux modèle de l'indivisibilité de la matière au niveau des atomes, mais sur une base scientifique. Il décrit la matière comme étant composée de particules élémentaires – les atomes – qui se combinent selon diverses configurations pour former des particules plus complexes, les molécules, qui à leur tour sont configurées de manière à former la matière. Il observa que sa théorie permet d'interpréter, d'expliquer et de prévoir les propriétés physiques et chimiques de la matière et son comportement: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, pp. 208 à 213.

l'évolution. Les propriétés et le comportement de la matière peuvent faire l'objet de prévisions. Diverses lois sur le comportement et les propriétés chimiques et physiques de la matière ont été établies et plusieurs nouveaux éléments et composés ont été découverts⁴⁵⁷. Les éléments font l'objet d'une classification en fonction de leurs propriétés. Il convient de parler non pas d'objets mais plutôt de systèmes. Ainsi, selon la théorie atomique formulée par Dalton en 1801, la matière est composée de molécules organisées en système⁴⁵⁸. Une molécule correspond à un système d'atomes⁴⁵⁹. Les chercheurs du XX^e siècle se sont tournés vers les mathématiques afin de représenter ce système et y ajouteraient des échelles structurelles⁴⁶⁰, conduisant à un modèle de complexité croissante⁴⁶¹:

«Nous assistons donc depuis un certain temps à une «dématérialisation» du monde physique, tout au moins à une «déchoséification». La matérialité des choses semble se dissoudre dans les équations et le matérialisme est contraint d'évoluer vers (sic) le mathématisme.»⁴⁶²

⁴⁵⁷J. G. CROWTHER, *op. cit.*, note 404, pp. 172 à 181.

⁴⁵⁸La théorie atomique de Dalton ferait l'objet de nombreuses précisions: En 1901, Max Planck énonce sa théorie quantique, précisant le comportement des électrons au sein de l'atome: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, pp. 386 à 389. Avec ses théories de la relativité, d'abord celle de la relativité restreinte en 1905, puis celle de la relativité généralisée en 1915, Albert Einstein explique la relation entre la matière, l'énergie et le temps: W. C. DAMPIER, *A Shorter History of Science*, Cambridge, University Press, 1945, p. 159. En 1913, Niels Bohr énonce sa théorie de l'atome qui précise à l'aide de la théorie quantique le modèle planétaire de l'atome de Rutherford: W. C. DAMPIER, *op. cit.*, note 31, p. 392. De nouveaux modèles mathématiques et géométriques, de physique quantique probabiliste sont formulés: «La science expérimentale classique est alors remplacée par une connaissance reposant sur des modèles, mathématiques ou autres»: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 69. On a éventuellement proposé un modèle atomique en vertu de la théorie quantique. Il s'agit en l'occurrence d'une notion élargie de «matière», comportant des échelles structurelles aussi bien tangibles qu'intangibles. Le modèle de l'atome fera par la suite l'objet de nombreuses précisions dont la discussion dépasse cependant le cadre du présent exposé. Il nous suffit de souligner que les progrès des modèles de l'atome se poursuivent, à des niveaux structurels de plus en plus infimes.

⁴⁵⁹R. CARATINI, *ibid.*, p. 101. C. SINGER, *op. cit.*, note 113, pp. 344 à 346.

⁴⁶⁰L'atome serait décomposé en noyau et électrons; ceux-ci seraient à leur tour représentés en fonction de quarks et de gluons: Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56, pp. 13 à 23.

⁴⁶¹On a notamment énoncé une théorie de la physique quantique caractérisée par les principes d'indéterminisme, de complémentarité et de non-localité. Le principe d'indétermination fut établi par Heisenberg qui proposa une représentation probabiliste des particules: R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, p. 102. Le principe de complémentarité, énoncé par Bohr en 1927 (*ibid.*, p. 101), pose que l'identité d'une réalité physique est liée aux conditions d'observation (*ibid.*, p. 104), de sorte que lorsqu'on observe un système, il y a interaction entre les instruments de mesure et le système à étudier. Suivant le principe de non-localité, deux systèmes seront toujours en interaction, la physique quantique étant non locale (*ibid.*). Pour une description sommaire de la représentation de la matière à l'échelle des particules, voir Y. JOHANNISSE, *ibid.*, pp. 13 et suiv.

⁴⁶²*Ibid.*, p. 14.

Depuis la fin du XIX^e siècle, la relativité s'est intégrée aux théories des sciences empiriques⁴⁶³. La théorie de la relativité d'Einstein a consacré le concept de relativité dans la conception de la relation entre la matière, l'espace-temps et l'énergie. La théorie de la relativité d'Einstein⁴⁶⁴ consiste à mettre en relation l'énergie, la matière, le temps et l'espace suivant le principe général de la relativité⁴⁶⁵. Au-delà des lois de la physique, Einstein concevait la relativité de toute réalité⁴⁶⁶. Les théories d'Einstein sur la relativité sont venues consolider le modèle représentant la matière en tant que système. Selon Einstein, tout élément ou système, représenté par les lois de la physique, est ainsi représenté *relativement* à un autre tel élément ou système.

Les théories d'Einstein, notamment, ont servi de fondements au modèle standard. On désigne sous l'appellation *modèle standard* la conception intégrée des sciences de la nature qui a pour objet la prédiction du comportement des entités. Le modèle standard « tente de décrire toute la matière et les forces de l'univers (sauf la gravité) »⁴⁶⁷ :

« (t)he Standard Model of High Energy Particle Physics encapsulates all that we currently know about the most fundamental constituents of matter and the interactions among these constituents »⁴⁶⁸.

Au cours du XX^e siècle, d'autres théories sont venues s'ajouter aux théories d'Einstein au sein du modèle standard. Ces théories ont servi de base à la

⁴⁶³ La connaissance étant édifée depuis les contrastes, la relation est de l'essence même de toute connaissance. Pour une définition du relativisme, voir M. HOLLIS et S. LUKES (dir.), Rationality and Relativism, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1982, p. 183. Voir également la discussion de la relativité et du relativisme dans J. C. SMITH et D. N. WEISSTUB, The Western Idea of Law, Toronto, Butterworth, 1983. Le relativisme avait été envisagé dès l'Antiquité. Les Sophistes, notamment, avaient une approche relativiste tandis que Zénon parlait de relativité du mouvement: S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, pp. 20-21.

Au XIX^e siècle, Fichte avait formulé une théorie concernant la subjectivité, la réalité en soi et la distinction entre le moi et le non-moi. Cette question avait également intéressé Hegel, Sir William Hamilton, Husserl, Heidegger, et Manfred Frank: F. NEUHOUSER, Fichte's Theory of Subjectivity, Cambridge, University Press, 1990; voir en outre M. FARBER, The Search for an Alternative Philosophical perspective of Subjectivism and Marxism, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1984, aux pages 11 à 14.

⁴⁶⁴ Pour une présentation succincte de la théorie de la relativité de Einstein: voir A. N. WHITEHEAD, *op. cit.*, note 124, pp. 241 à 248.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 241; R. TATON, Histoire générale des sciences, t. III, «La science contemporaine», v. 2, «Le XXe siècle», Paris, Presses universitaires de France, 1961, pp. 153 à 178.

⁴⁶⁶ A. EINSTEIN, *loc. cit.*, note 436, 49-53.

⁴⁶⁷ « L'aventure des particules », <http://www.lal.in2p3.fr/CPEP/adventure.html>, sous le titre « Le modèle standard ».

⁴⁶⁸ « High -Energy Physics », http://www-msim.jpl.nasa.gov/Who/rswartz/std_model.html.

cognition et ont permis d'établir le rapport entre l'énergie, la matière et l'espace-temps. Ainsi un pas énorme a été franchi vers l'intégration de la science. On compte parmi ces théories, notamment, la théorie du chaos⁴⁶⁹, la théorie sur la nature paradoxale de l'électron et le principe d'exclusion. La venue d'un autre principe élémentaire concernant le comportement de la matière a bouleversé la communauté scientifique vers la fin des années 1920⁴⁷⁰. Ses implications philosophiques lui ont également mérité toute la considération de la communauté des penseurs, notamment du Cercle de Vienne. Il s'agit de la découverte du principe d'incertitude par Werner Heisenberg⁴⁷¹ en 1926. Suivant le principe d'incertitude, toute mesure est empreinte d'un degré d'erreur dû à l'interaction entre l'objet mesuré et son milieu, y compris l'instrument de mesure. Le principe d'incertitude conduit à la conclusion que toute information est subjective, puisque l'observateur affecte la mesure. Par conséquent, il n'y a pas de réalité en soi connaissable :

« We can never know nature as it really is ; we can know it only as it appears to us as we become part of the experiment itself. And because quantum mechanics is complete, no future theory will ever be able to improve this circumstance »⁴⁷²

Nous reviendrons sur le principe d'incertitude et la subjectivité de la connaissance et verrons que les implications conceptuelles du principe d'incertitude pour la théorie du droit d'auteur sont considérables⁴⁷³.

Enfin, l'invention successive de moyens de communication offrant aux scientifiques un éventail de véhicules afin de diffuser le savoir et d'y accéder, ont fait progresser les sciences et la réduction des théories – la réduction d'un grand nombre de théories, en fait, puisqu'il y a eu élargissement des disciplines scientifiques⁴⁷⁴ au cours du XIX^e siècle. On a établi les relations entre l'énergie et la matière, et la lumière et la

⁴⁶⁹ Pour un aperçu sur la théorie du chaos, voir notamment sur Internet à l'adresse <http://www.unb.ca/physics/2503>.

⁴⁷⁰ « Uncertainty (...) although controversial, marked the end of a profound transformation in physics that has not been equalled since. » : D. C. CASSIDY, Uncertainty – The Life and Science of Werner Heisenberg, New York, W. H. Freeman and Company, 1991, p. 226.

⁴⁷¹ Dans sa biographie de Werner Heisenberg, l'auteur David Cassidy fournit une chronologie détaillée de la découverte du principe d'incertitude : *ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*, p. 235.

⁴⁷³ *Supra*, pp. 159-160 et 182.

⁴⁷⁴ A. R. HALL, *op. cit.*, note 107, p. 130.

matière, permettant de maîtriser de plus en plus les interactions entre les formes énergétiques et solides. Ont été mises en relation, notamment, la théorie atomique, la biologie, la neurologie, les lois de la nature telle la relativité, l'énergie, le temps et l'espace, la masse et la vitesse. L'arbre de la science s'est développé plus rapidement, de manière intégrée. Assise sur une base solide, la science a vu son développement favorisé. La solidité fondamentale de la science a bientôt contribué à la résolution des questions longuement controversées de la science. Aujourd'hui, elle nous permet d'établir une relation cohérente entre la matière et la connaissance⁴⁷⁵.

* * *

En somme, les développements de la science des XIX^e et XX^e siècles ont été dominés en particulier par l'idéalisme et la philosophie analytique et par l'intégration d'une science de plus en plus complexe. D'une part, l'idéalisme pur suivant lequel toute connaissance est idées a vacillé, n'étant pas fondé sur des faits établis par l'expérience empirique. La philosophie analytique s'est efforcée, au contraire, de représenter exactement des faits en fonction des données empiriques expérimentales. Elle a détourné ses regards de l'épistémologie et de la question épistémologique fondamentale – la relation entre la connaissance et la matière, aspirant à l'intégration des théories des sciences expérimentales. La philosophie analytique s'est désintéressée de toute *définition* de la connaissance humaine. Elle s'est contentée de *représenter* avec exactitude la connaissance par le biais d'un système de symboles – le langage. D'autres mouvements ou approches philosophiques, tels la philosophie de l'histoire, l'utilitarisme, la phénoménologie et le structuralisme, ont proposé un rattachement des sciences humaines et de la métaphysique à la science.

D'autre part, nourries par ces développements, les sciences de la nature ont progressé relativement à trois aspects: la représentation de l'infiniment petit, la conception de la notion de matière organique, et la réduction des théories. Autant l'infiniment petit a poussé à relativiser la notion de matière, autant la physiologie et la psychologie de la connaissance poussaient plus loin les conceptions faisant ressortir le caractère subjectif et relatif de la connaissance. L'intégration des sciences de la nature a mis en relation les notions des diverses disciplines scientifiques. Les rapports cruciaux

⁴⁷⁵ *Infra*, pp. 140 et suiv.

entre des notions élémentaires telles l'énergie, la matière, l'espace, le temps et la lumière sont en bonne partie élucidés. Cette science intégrée nous fournira les fondements à l'aide desquels nous formulerons un peu plus loin une théorie du droit d'auteur libre de difficultés quant à la relation entre les idées et la matière. Mais auparavant, nous allons retourner aux sources du droit. Ce retour nous permettra de compléter notre analyse de ces sources à la lumière de ces développements scientifiques et de la philosophie. Notamment, nous serons en mesure de tirer des conclusions relativement à la source du droit d'auteur.

B. Sources du droit

Nous avons vu qu'au XVIII^e siècle le droit naturel s'était fait le champion des droits individuels tandis qu'au cours du XIX^e siècle, le balancier des sources du droit s'est déplacé de droite à gauche, de sorte que l'importance de l'individu a décliné face aux intérêts de la collectivité⁴⁷⁶. Dans ce contexte, nous avons vu qu'en plus de s'intéresser à la société en évolution, la philosophie des XIX^e et XX^e siècles a soit admis soit exclu un rattachement métaphysique à la science. En théorie du droit, ce choix s'est *grosso modo* traduit par l'option entre une approche jusnaturaliste et une approche positiviste.

Le droit naturel du XVIII^e siècle, ainsi que le contrat social, qui avaient servi à engendrer une loi reconnaissant les prérogatives de l'individu – et notamment des droits de l'homme – qui ont ainsi mis fin aux autocraties et à l'assujettissement du Peuple à l'autorité absolue du Prince, furent remis en question: «as it was part of the French Revolution, social contract was attacked, along with natural law and natural rights, as having given intellectual sustenance first to the Terror, then to Napoleonic tyranny»⁴⁷⁷. Au cours des XIX^e et XX^e siècles, il y a eu oscillation entre le droit naturel et le droit positif à titre de doctrine concernant la source du droit. Les théoriciens du XIX^e siècle se sont cependant avérés de façon générale plus réceptifs au positivisme juridique qu'aux théories de droit naturel⁴⁷⁸ :

« The nineteenth century, the century of science, technique and industry, was a period of almost limitless growth of self-confidence of a generation

⁴⁷⁶C.f. *Supra*, p. 73.

⁴⁷⁷J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 305.

⁴⁷⁸W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 82.

which seemed to produce miracles and which looked like mastering nature for ever. This self-confidence found extension in philosophical positivism which spread from natural science to other sciences. »⁴⁷⁹

Les développements des sciences de la nature au cours du XIX^e siècle ont fait en sorte que l'on a rejeté les théories non fondées sur la méthode expérimentale⁴⁸⁰. La réduction des théories a permis de rattacher la théorie du droit à la science intégrée: on considère la science juridique en tant que système⁴⁸¹. Ces circonstances ont conduit les théoriciens du droit à reléguer la doctrine du droit naturel à l'arrière-plan⁴⁸² tandis que le positivisme juridique a pris de l'essor⁴⁸³. Nous allons maintenant présenter cette conception positiviste du droit, après quoi nous discuterons de l'aboutissement contemporain de la doctrine du droit naturel.

1. Positivisme juridique

Si la doctrine du droit naturel préconise l'existence d'un ordre suprême, d'une loi issue de la nature, celle du droit positif, au contraire, se limite à faire du droit une science complète en soi, explicable entièrement sur une base empirique.

«[I]t seems to me reasonable to take the term “legal positivism” to mean broadly an attitude or approach to problems of legal philosophy and jurisprudence based on the principles of an empiricistic, antimetaphysical philosophy.»⁴⁸⁴

Suivant la thèse positiviste, une loi est une règle énoncée par un être intelligent (le souverain) pour en guider un autre sur lequel il détient une position de pouvoir. Tout idéal de justice (permettant de distinguer le bien du mal) toute moralité⁴⁸⁵ sont abandonnés :

⁴⁷⁹*Ibid.*, p. 128.

⁴⁸⁰*Ibid.*, p. 78.

⁴⁸¹C.f. intégration des sciences, *supra*, pp. 82-84.

⁴⁸²J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 333. Ce déclin s'était amorcé dès le XVIII^e siècle et même avant: Voir W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 83-84.

⁴⁸³Comptent parmi les positivistes de cette époque Jeremy Bentham (XVIII^e et XIX^e siècles) et John Austin (XIX^e siècle): P. S. ATIYAH, *op. cit.*, note 195, p. 102.

⁴⁸⁴A. ROSS, *loc. cit.*, note 182, 166.

⁴⁸⁵W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 209.

«Law is thus strictly divorced from justice and, instead of being based on ideas of good and bad, is based on the power of a superior.»⁴⁸⁶

Les positivistes ne tiennent compte que des lois humaines, et non de celles de Dieu ou de la nature. Le droit serait un procédé institutionnalisé servant à résoudre des disputes courantes ou potentielles, en fonction de l'existence de droits ou privilèges ou pouvoirs⁴⁸⁷. En quelque sorte, les droits et privilèges et le procédé institutionnalisé de leur application ne sont que des relations établies en fonction de règles (de droit), certaines plus stables, d'autres moins stables, selon leur position hiérarchique au sein du droit.

Parmi les penseurs qui ont vu d'un œil favorable le positivisme juridique comptent certains idéalistes. Hegel, par exemple, a affirmé l'État comme seule source du droit⁴⁸⁸. Pour sa part, Gustav Radbruch a considéré le droit en tant que composante de la culture. Radbruch était d'avis que la loi, phénomène culturel, peut être injuste, n'ayant pour fonction que de réglementer⁴⁸⁹.

Les philosophes de l'histoire ont également considéré le droit en fonction d'une approche positiviste. L'approche juridique historiciste⁴⁹⁰ tenait compte en particulier du caractère évolutif de la société. Au cours du XIX^e siècle, Victor Hugo, Savigny, Edmund Burke et Hegel ont soutenu que la loi prend forme et varie selon le développement de la société particulière⁴⁹¹. Suivant cette approche, la loi reflète la société particulière, évoluant au sein d'une bulle étanche. Les lois positives ne sont qu'un infime instant social relativement aux millénaires d'évolution des sociétés humaines. Friedrich Carl von Savigny a été le chef de file de l'école historiciste allemande⁴⁹². Savigny a proposé une pensée collectiviste⁴⁹³, faisant de la loi un instrument intimement lié à l'évolution de la culture. Il s'est opposé à la théorie humaniste de la loi naturelle. Il

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 211.

⁴⁸⁷ A. WATSON, *The Nature of Law*, Edimburgh, University Press, 1977, p. 40.

⁴⁸⁸ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 25.

⁴⁸⁹ H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 248. Suite à l'Holocauste, Radbruch est cependant revenu sur cette position, pour reconnaître une loi naturelle supra-positive.

⁴⁹⁰ *Supra*, pp. 77 à 79.

⁴⁹¹ W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 158 et suiv.

⁴⁹² J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 22. Voir également H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 189.

⁴⁹³ « Law, like language, conventions and political institutions, is but an aspect of the life of the supra-individual national community of the people (...) » : H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *ibid.*, p. 190.

considérerait le droit comme le produit de l'évolution des peuples, non pas universel, mais propre à chaque nation⁴⁹⁴. Quant au romantisme, axé sur l'intérêt, la progression et le destin collectifs, il a favorisé une loi qui répond aux besoins de la société en évolution - non pas une loi naturelle garante des droits individuels, mais plutôt un droit positif, ajusté aux besoins du chef d'État aux commandes de cette progression⁴⁹⁵.

Les utilitaristes, dont Bentham et Stuart Mill⁴⁹⁶, ont également été des positivistes juridiques⁴⁹⁷. L'utilitarisme s'est inscrit au sein du mouvement de l'époque valorisant les aspirations et le bien collectif. Pour Bentham, le droit procède largement de l'économie. Bentham envisageait le droit comme « superstructure de la réalité économique liée à l'évolution des relations de production et l'instrument de contrainte de la classe dirigeante »⁴⁹⁸. Pour Bentham, l'objet du droit consiste à établir les règles de conduite permettant de conduire au plus grand bonheur du plus grand nombre⁴⁹⁹.

Vers le milieu du XIX^e siècle, Auguste Comte a initié son approche sociologique de la science⁵⁰⁰. Cette approche, rappelons-le, représente la connaissance à partir de l'expérience empirique, organisée en une science constituant un système libre de tout rattachement métaphysique. Le droit, à la lumière de cette approche positiviste, constitue un tel système. Tel le vit le juriste anglais John Austin, qui fut le premier à concevoir le droit comme une « science systématique établie sur une base exclusivement positive, faite d'observations et d'inductions juridiques »⁵⁰¹. L'un des grands positivistes juridiques du XX^e siècle fut Hans Kelsen⁵⁰². Kelsen a formulé un normatisme isolant le

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 191; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 22.

⁴⁹⁵ Déjà au XVI^e siècle, Machiavel, à l'appui de sa vision totalitaire, considérait que « l'État et le droit positif ne sont nullement soumis au droit naturel ni à la morale et que, dès que l'intérêt de l'État est en cause, le Prince ne doit pas hésiter sur les moyens que le succès justifie a posteriori. » : J.-L. BERGEL, *ibid.*, pp. 24-25.

⁴⁹⁶ *Supra*, p. 79.

⁴⁹⁷ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 26.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁰⁰ Voir *supra*, pp. 79-80.

⁵⁰¹ J. HAESAERT, Théorie générale du droit, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948, p. 33; voir également W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 211.

⁵⁰² Sur le positivisme juridique de Kelsen, voir H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, pp. 235-236.

droit des sciences de la nature et de la morale⁵⁰³. Kelsen considérait le droit en tant que système de normes constituant une science – la science du droit⁵⁰⁴. Soulignant le caractère normatif du droit, Kelsen a rejeté la dualité de Stammler qui incorpore des aspects transcendants au droit. Il a plutôt préconisé un droit libre de l'influence des sciences de la nature et d'opinions politiques, jusnaturalistes, éthico-philosophiques, psychologiques et sociologiques⁵⁰⁵. En outre, la philosophie de Marx et Engels, qui soutient l'importance du facteur économique dans la production du droit⁵⁰⁶, s'inscrit également dans la veine de courants positivistes à caractère historique et sociologique du droit.

En somme, les conceptions positivistes du droit dont nous venons de traiter brièvement ont fait du droit, et donc du droit d'auteur, une création de la loi. Entre temps, malgré son rôle momentanément plus effacé, le droit naturel n'a pas lâché prise.

2. Droit naturel

Le droit naturel du XVIII^e siècle, rappelons-le, était d'abord et avant tout fondé sur la philosophie rationaliste. Par rapport au droit des auteurs, Locke, Lakanal et Le Chapelier ont vu en ce droit, outre un droit qui s'apparente au droit de propriété, quelque chose de très intime et sacré, possiblement à un titre analogue aux droits de la personne. Ils y ont vu reflétées certaines valeurs fondamentales de la société, des valeurs importantes. Cependant, les juristes ont déterminé que ces valeurs ne sont pas suffisamment cruciales pour être sanctionnées sans l'existence de règles écrites.

Au cours du XIX^e siècle, l'idéalisme a à son tour servi de fondement à certaines théories de droit naturel⁵⁰⁷. Notamment, la doctrine du droit naturel joue un rôle de premier plan au sein des philosophies de Kant et Fichte⁵⁰⁸. Par la suite, vu le développement formidable des sciences du XIX^e siècle, l'idéalisme s'est bientôt tourné davantage vers celles-ci afin de les intégrer à leur pensée. Ainsi, Rudolf Stammler s'est

⁵⁰³ H. BATIFFOL, Problèmes de base de philosophie du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 51.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, voir pp. 52-53.

⁵⁰⁵ VAN EIKEMA HOMMES, H. J. *op. cit.*, note 207, p. 236.

⁵⁰⁶ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 26.

⁵⁰⁷ Notamment la doctrine de Gény: W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, pp. 284 et suiv.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 78.

affirmé au tout début du XX^e siècle comme l'un des idéalistes dits scientifiques, et, malgré l'intérêt soutenu pour le positivisme, a distingué le droit positif de principes juridiques supérieurs⁵⁰⁹. Sa position, tenant compte d'un idéal social évolutif, était favorable à un droit naturel à contenu variable.

La position de Stammler exemplifie l'influence des théories concernant l'évolution sur les théories du droit naturel. La hiérarchie de règles de droit que proposent les théories du droit naturel est devenue sujette à évoluer. Les lois positives ne représentant « qu'un infime instant social relativement aux millénaires d'évolution des sociétés humaines », il est clair que la loi évolue et que la loi naturelle a un contenu évolutif⁵¹⁰. Ainsi, le juge Holmes met en garde contre la proposition que le moteur de l'évolution de la loi est uniquement la morale statique. La loi, en fait, reflète une morale qui varie d'une société à l'autre et qui évolue au sein d'une société :

«You can give any conclusion a logical form. You always can imply a condition in a contract. But why do you imply it ? It is because of some belief as to the practice of the community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusions. Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given time and place. We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the public mind.»⁵¹¹

Pour Roubier, il est fondamental de reconnaître que «le droit est un produit de l'évolution humaine» et que «les idées qui en forment le contenu varient selon le temps et le lieu»⁵¹². Dans son oeuvre *L'Esprit des lois*, Montesquieu a reconnu la relativité du droit par rapport à la religion, à l'histoire et au climat⁵¹³. Les historicistes seraient donc justifiés de soutenir l'incohérence d'un droit naturel fixe, statique⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 235.

⁵¹⁰ W. E. HOCKING, *Present Status of the Philosophy of Law and of Rights*, Littleton (Col.), Rothman, 1986, pp. 78-79. (Nous avons traduit.)

⁵¹¹ O. WENDELL HOLMES, JR, *loc. cit.*, note 189, 43.

⁵¹² P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 139.

⁵¹³ C. DU PASQUIER, *op. cit.*, note 158, p. 224.

⁵¹⁴ W. E. HOCKING, *op. cit.*, note 510, p. 3.

Outre la question de l'évolution, la doctrine jusnaturaliste des XIX^e et XX^e siècles s'est également dotée d'une dimension sociale, tel qu'exemplifié par la théorie de Léon Duguit. Celui-ci a sans doute été le plus éminent représentant français de la conception du droit naturel. La théorie de Duguit était centrée sur le concept de solidarité sociale -- une conscience de la nécessité sociale⁵¹⁵. Duguit établissait ainsi un lien entre le droit et la sociologie⁵¹⁶. Pour Duguit, la solidarité sociale répond du droit positif : le droit positif a comme source première les lois naturelles fondamentales de la société. Cependant, Duguit soutenait que le droit positif n'est pas assujéti à une loi naturelle au sens métaphysique, car il considérait la solidarité sociale comme un fait. Néanmoins, d'aucuns considèrent sa conception de la solidarité sociale comme équivalente au droit naturel aquinien⁵¹⁷.

Aujourd'hui, le droit naturel est encore reconnu comme source de droit⁵¹⁸. Certains prônent une justice découlant de lois naturelles et rejettent les approches strictement positivistes⁵¹⁹. Notamment, une école du droit naturel fleurit en France⁵²⁰; on assiste à une véritable reprise de la doctrine du droit naturel⁵²¹, quoique celle-ci soit animée par des tendances sociales toutes autres que celles du XVIII^e siècle⁵²²; cette doctrine du droit naturel a été mise à jour et tient compte du caractère évolutif du droit. En Allemagne, depuis le début du XX^e siècle, il y a même eu une montée du droit naturel comme fondement du droit d'auteur. De nos jours, le droit naturel est le fondement premier du droit d'auteur allemand⁵²³. Stammler et Kohler, notamment, proposent un droit naturel à contenu variable; Kohler, s'identifiant à la philosophie de Hegel, rejette les

⁵¹⁵ H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 284.

⁵¹⁶ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 412, p. 27.

⁵¹⁷ W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 183.

⁵¹⁸ A. T. DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 84.

⁵¹⁹ C. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, Guillaumin, 1889, pp. 20-21.

⁵²⁰ Pour Pouillet, notamment, le droit naturel est la source du droit d'auteur: G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 91.

⁵²¹ C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 414, pp. 24-25.

⁵²² P. ROUBIER, *op. cit.*, note 176, p. 182. Roubier souligne le contraste entre l'individualisme, les tendances révolutionnaires et la lutte contre la société existante du XVIII^e siècle par rapport aux principes généraux d'ordre social et au concept de bien commun du XIX^e siècle.

⁵²³ G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, pp. 105 et 107.

approches matérialistes⁵²⁴. Le droit naturel est également reconnu comme source de droit en Angleterre⁵²⁵, aux États-Unis⁵²⁶ et en droit international⁵²⁷.

En somme, le droit naturel assujettit la loi à une exigence de moralité. La moralité se définit en fonction des valeurs communes d'une société. Dans cette perspective, le droit naturel est sujet à évoluer au rythme des valeurs de la société en fonction duquel il est défini. En d'autres termes, le droit naturel serait un système de règles suprêmes reflétant les valeurs fondamentales d'une société et sujet à évoluer parallèlement à ces valeurs.

De la sorte, le droit naturel sert de pendant aux règles constitutionnelles, sinon de complément à celles-ci : le juge cherche à appliquer la loi existante, y compris les règles de droit constitutionnel, d'une manière fidèle à la morale; cependant, les règles de droit constitutionnel sont incomplètes; le juge doit donc pallier à celles-ci, à l'aide du droit naturel. Contrairement aux règles constitutionnelles, le droit naturel est de formulation immédiate par les tribunaux. Le danger est que le pouvoir suprême de choisir les règles est conféré au tribunal de dernière instance d'une société. Se pose alors la question de savoir si l'on préfère déléguer ce pouvoir à l'organe politique ou à l'organe judiciaire du gouvernement.

Le droit naturel sert à ajuster les règles du droit positif qui se révéleraient contraires à ces valeurs fondamentales. Les valeurs fondamentales d'une société ne sont pas forcément toutes évidentes. La morale se compose d'un jeu complexe de règles. Toute législation conduit à des conflits entre plusieurs de ces règles. Les conflits sont parfois réglés par anticipation par un législateur perspicace. Sinon, lorsqu'un tel conflit est mis en lumière, sa résolution peut nécessiter un travail considérable de la part d'un tribunal.

⁵²⁴C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 414, pp. 24-25.

⁵²⁵«[A] Thomistic conception of a divinely implanted natural law [is] still alive [...] even in Protestant England [...]»: J. M. KELLY, *op. cit.*, note 146, p. 224. C.f. notamment la position de H. L. A. Hart, qui reconnaît que puissent intervenir certains principes de droit naturel : H. J. VAN EIKEMA HOMMES, *op. cit.*, note 207, p. 364. Voir *supra*, pp. 41 à 46.

⁵²⁶Voir M. JORI, *op. cit.*, note 182; J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177.

⁵²⁷G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 10. Au Canada, le droit naturel n'est pas une source de droit d'auteur: *Compo Co. Ltd. C. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

L'histoire nous enseigne que toute loi, même les lois fondamentales telles celles de la constitution d'un État, peuvent s'avérer manifestement déraisonnables lorsqu'elles sont examinées librement de tout biais politique. Ainsi, les ténors du droit naturel invoquent, à l'encontre de l'approche positiviste, l'emprise absolue sur l'Allemagne dont se sont arrogés les Nazis à l'aide de l'instrument de la loi. Les lois nazies, soutiennent-ils, étaient invalides car contraires à la loi naturelle⁵²⁸. Or, un résultat équivalent (c'est-à-dire que les lois nazies soient invalidées) pourrait être obtenu en reconnaissant aux tribunaux la prérogative de déclarer certaines lois (par ex. les lois manifestement déraisonnables) ou certains actes illégaux comme contraires aux valeurs fondamentales de la société. Après tout, le «droit naturel» ne tient qu'à la détermination de ce en quoi il consiste, par les tribunaux. Au sein du modèle positiviste, ce rôle de soupape de sûreté est joué par la théorie des causes difficiles. Suivant cette théorie, lorsqu'une cause ne peut être tranchée en fonction d'une règle de droit établie, le juge a le choix de trancher d'un côté ou de l'autre. Lorsqu'il tranche en se motivant sur une règle de droit qu'il se veut énoncer, il se trouve en fait à concevoir du droit nouveau. Les positivistes mettent en garde contre la qualification d'un processus comme l'aboutissement du droit naturel⁵²⁹.

Le droit est en constant devenir. Étant imparfait, il requiert des ajustements. Il doit être doté d'une règle «soupape», permettant d'ajuster ses fondements. Sinon, les règles suprêmes du droit deviennent absolues. Le droit naturel constitue cette «soupape», que l'on peut désigner de diverses façons: «droit naturel», «équité», «principes découlant des valeurs fondamentales de la société». Peu importe leur nom, ce sont les principes qui chapeautent tous les autres.

* * *

Le positivisme inscrit la loi au sein de la science intégrée. La loi constitue une hiérarchie de règles qui reflètent les coutumes et valeurs de la société et en fonction desquelles la justice mesure les situations de faits particulières. La recherche des sources

⁵²⁸T. GLYN WATKIN, *op. cit.*, note 188, pp. 176-177.

⁵²⁹R. M. DWORKIN, «Hard Cases», dans J. FEINBERG et H. GROSS, *op. cit.*, note 177, 162-177, 162; cet article apparaît également dans (1975) 88 Harv. L. R. Pour les positivistes, les règles du droit naturel seraient arbitrairement formulées par les tribunaux, sans avoir parcouru les étapes de mûrissement du processus législatif, lesquelles croissent en minutie selon l'échelle hiérarchique du texte statutaire considéré – du règlement à la disposition d'ordre constitutionnel.

du droit conduit à l'identification des valeurs fondamentales et objectifs communs, tant économiques que sociaux, d'une société. Les choix qui sont faits dans la hiérarchisation des règles de droit reflètent les pressions politiques exercées sur le législateur, que cette hiérarchisation soit explicite ou implicite, instruite ou incidente. La formulation du droit d'auteur se doit de refléter ces valeurs, sinon le devoir d'abord juridique et éventuellement politique est de remédier à la loi à cette fin. Pour ce faire, il doit exister des règles, qu'on les nomme «droit naturel» ou autrement, conférant aux tribunaux la prérogative d'effectuer les corrections qui s'imposent. Les lois suprêmes doivent être suffisamment flexibles afin de permettre l'ajustement des lois qu'elles chapeautent tandis qu'évoluent les valeurs et coutumes de la collectivité humaine qui en est l'auteur.

Les règles suprêmes du droit, qu'on les nomme « droit naturel », « équité » ou autrement, n'ont guère cessé d'être invoquées à l'appui de droits d'auteur, économiques ou moraux. À notre avis, ces prétentions sont sans fondement. La seule source de ces droits est la loi, formulée en système hiérarchisé en fonction des valeurs et coutumes des collectivités humaines.

En somme, trois siècles de clarification des sources du droit des auteurs aboutissent aujourd'hui à la conclusion que les prérogatives des auteurs, étant issues de la loi statutaire, ne sont pas de nature à solliciter l'intervention des tribunaux afin de remédier à l'absence de reconnaissance de ceux-ci. Le positivisme est bien fondé. Les décisions dans les affaires *Donaldson*⁵³⁰ et *Wheaton*⁵³¹ se seront avérées visionnaires ou coïncidentes⁵³² en ce que le positivisme ait été préféré à la loi naturelle⁵³³. Le droit d'auteur est issu de la loi et s'inscrit au sein de la hiérarchie de règles de droit d'un pays, sous les règles d'ordre constitutionnel. Il incombe au législateur d'intervenir à ce chapitre, le cas échéant. Reste à vérifier – et c'est la question sur laquelle nous nous penchons dans la section qui suit – la cohérence des règles formulées dans la loi, à savoir, si des

⁵³⁰*Donaldson c. Beckett*, précitée, note 181.

⁵³¹*Wheaton c. Pétters*, précitée, note 230.

⁵³²Cet élan de vision est un peu accidentel en ce sens que c'est parce qu'il y a une loi statutaire que les droits en vertu de la *common law* ont été écartés. Les tribunaux ne vont pas jusqu'à repousser explicitement le droit naturel. Pourtant, tel est l'effet.

⁵³³Au Canada, le droit d'auteur est exclusivement de source statutaire, et ce, depuis la première véritable loi canadienne sur le droit d'auteur de 1924: H. G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd. par John S. MCKEOWN, Toronto, Carswell, 2000, pp. 3-4; *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, 390 ; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2001] O.J. no. 3868, dossier 96-CU-110595, 3 octobre 2001 (Cour supérieure de justice de l'Ontario, j. Cumming), notamment au par. 22. Voir également *supra*, note 527.

corrections manifestes s'imposent dans les lois nationales et les conventions internationales relativement au concept de fixation.

Par ailleurs, on constate que les théories des diverses sciences ont toujours été en quête d'harmonie. De longues controverses se sont perpétuées. Ces controverses, en revanche, ont compliqué l'élaboration d'une théorie, en droit d'auteur, en fonction de l'une ou l'autre conception des fondements scientifiques. En conséquence, les enseignements modernes de l'école philosophique du néopositivisme, prisés par la communauté juridique en général, ont été largement ignorés par les spécialistes du droit d'auteur. Entre les enseignements du néopositivisme et ceux du rationalisme dualiste, ce sont ces derniers qui ont le plus influencé le droit d'auteur, compte tenu, par surcroît, de la lenteur du droit à réagir au changement. Ce sont les conceptions dualistes du XVII^e siècle qui, davantage, ont servi de fondement initial au critère de la fixation, ce qui est reflété à ce jour dans ses formulations. Aujourd'hui, le droit d'auteur, tant au sein des lois nationales que dans les conventions internationales, tarde à franchir le mur entre ce dualisme du XVII^e siècle et la science intégrée du tournant du millénaire.

II. FORMULATION DE LA FIXATION DE L'OEUVRE AU SEIN DU DROIT D'AUTEUR CONTEMPORAIN

Dans la section qui suit, nous poursuivons la discussion de la loi que nous avons amorcée en première partie de ce mémoire en nous intéressant, cette fois, aux formulations du droit d'auteur en ce début de XXI^e siècle. À la lumière des conclusions que nous tirerons par rapport à la loi actuelle, nous proposons un peu plus loin une théorie contemporaine du droit d'auteur.

A. La loi

Les développements de la science depuis le XVIII^e siècle ont entraîné le déferlement d'une vague de nouvelles technologies servant à communiquer l'information⁵³⁴. Ces nouvelles technologies ont rendu l'information plus polyvalente que jamais. Tour à tour, la photographie, le télégraphe, le phonographe, le téléphone, le cinéma, la radiodiffusion et la télévision ont fait leur entrée en scène. Au cours du XX^e siècle, les télécommunications se sont perfectionnées et ont connu une expansion rapide.

⁵³⁴Voir la chronologie sélective de l'invention de celles-ci, à l'annexe 1.

En ce début de XXI^e siècle, l'essor des technologies de communication⁵³⁵ se poursuit, catalysé par la convergence⁵³⁶ des réseaux et de l'usage des technologies de communication. Les moyens de communication viennent plus que jamais faciliter les échanges économiques et sociaux. Ensemble, l'avènement de la technologie numérique, le perfectionnement des logiciels et équipements de communication et de traitement de l'information et la compression numérique accélèrent le progrès des moyens de communication et de traitement de l'information. Ces facteurs augmentent la disponibilité des outils de communication pour un nombre croissant d'utilisateurs à mesure que baissent les coûts d'utilisation, d'acquisition d'équipement, et que des infrastructures sont mises en place.

En réponse aux controverses soulevées en droit d'auteur⁵³⁷ par l'avènement depuis le XVIII^e siècle de nouvelles technologies de communication de l'information, la solution initiale fut d'étendre les catégories d'œuvres et de droits exclusifs, et d'ajouter un critère de fixation⁵³⁸. On vit apparaître la notion de fixation de l'œuvre d'abord dans certaines législations nationales⁵³⁹, puis, beaucoup plus tard, dans certaines conventions internationales⁵⁴⁰.

⁵³⁵Le professeur Saxby réfère à ces technologies comme celles «de communication et de sauvegarde» («new technologies of communication and record»): S. SAXBY, *op. cit.*, note 433, pp. 41 et suiv. Pour une description et un survol historique de l'avènement de ces technologies, voir notamment le chapitre 6 («Media and Technologies») dans F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237.

⁵³⁶Sur la convergence des technologies de communication, voir «Panel One: Information Issues: Intellectual Property, Privacy, Integrity, Interoperability, and the Economics of Information», 48 *Fed. Com. L. J.*, no. 1, 5-55, aux pages 11 à 14; P. KNIGHT, «Proposed Amendments to the Copyright Act», (1995) 12 *J. of the C. Soc. of Australia*, no. 3, 1-15, aux pages 2 à 4.

⁵³⁷*Supra*, pp. 2 à 5.

⁵³⁸Ce que firent notamment l'Angleterre, l'Australie, le Canada et les États-Unis.

⁵³⁹En Angleterre, le critère de la fixation est apparu progressivement. La loi de 1842 sanctionnait la confection de «copies» non-autorisées d'une oeuvre: O. LEVENBERG, «Copyright Law Protection of Computer Software in Canada», [1984] 1 *C. I. P. Rev.* 69-87, 75. Soulignons deux décisions clé qui ont conduit au concept de fixation: l'affaire *Boosey c. Whight*, précitée, note 10, qui aurait huit ans plus tard une version américaine dans l'affaire *White-Smith Music Publishing Co. c. Apollo Co.*, précitée, note 10. Ces affaires impliquent des faits tout à fait semblables. Au lendemain de ces décisions, la loi anglaise de 1911 se fit plus explicite par rapport à la fixation. L'article 1.(2) de cette loi se lit comme suit: «1.(2) For the purposes of this Act, 'copyright' means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever [...]». Après l'affaire *White-Smith*, le Congrès américain étendit en 1909 la protection à certaines oeuvres non publiées, tenant compte de la distinction entre l'œuvre et son support et énonçant pour la première fois le concept de fixation, par rapport aux disques et rouleaux perforés. Au Canada, le concept de fixation fut présent dès la première loi canadienne sur le droit d'auteur. L'article 3(1) de la loi de 1921 se lit ainsi: «3(1) For the purposes of this Act, "copyright" means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, to perform, or in the case of a lecture to deliver the work or any substantial part thereof in public».

⁵⁴⁰Voir l'annexe 3, offrant un aperçu de l'émergence de la fixation dans les conventions internationales.

La fixation de l'œuvre est ce concept intermédiaire qui permet de relier les règles de propriété qui régissent le sort du support aux droits exclusifs de l'auteur, et plus particulièrement au droit de reproduction. Rarement définie par le législateur, la fixation de l'œuvre est ce qu'on pourrait appeler une notion *pressentie*, rattachant à la matière les règles du droit d'auteur dont la nature pourrait être tout autant « immatérielle ». La fixation est le gage d'une conception dualiste de l'œuvre qui cherche à distinguer des aspects matériels d'aspects immatériels de celle-ci. C'est d'ailleurs pourquoi les conventions internationales et les lois nationales, comme nous le verrons, ont recours à l'expression « forme matérielle », afin de distinguer soit explicitement des idées ou implicitement d'aspects immatériels, les créations des auteurs. La fixation est donc un concept charnière par rapport à celui d'œuvre, si *immatérielle*, et à celui de support de l'œuvre, si *matériel*. Nous verrons en traitant du droit positif qu'il souffre des défauts de son ambiguïté. Pour arriver à expliquer ce concept de fixation et à formuler un concept contemporain, plus cohérent, de celui-ci, il est nécessaire de s'attarder un moment sur ses fonctions dans les lois nationales et les conventions internationales.

La fixation sert d'abord à circonscrire l'œuvre. À cet égard, on peut parler de *concept de fixation*. La fixation peut également servir de facteur de rattachement. Dans ce cas, il s'agit plutôt d'un *critère de fixation* : si le critère de fixation n'est pas satisfait, le rattachement ne se fait pas.

D'une certaine façon, la fixation sert essentiellement de moyen de preuve, à divers égards. Elle sert d'abord de preuve de l'existence d'une œuvre. À ce titre, elle permet de circonscrire l'œuvre de façon tangible. Elle rend plus facile le traitement des questions de droit d'auteur relativement à l'œuvre en question, dont le contour est plus facilement identifiable. La fixation sert par ailleurs de moyen de preuve à titre de facteur de rattachement. Elle joue le rôle de critère de rattachement à trois égards. Elle peut servir de critère de rattachement afin de déterminer soit la titularité, soit la durée de protection, ou soit pour déterminer l'assujettissement d'une œuvre à une législation ou une convention internationale, par exemple, par l'application de la réciprocité, c'est-à-dire l'octroi du traitement national⁵⁴¹. À ce chapitre, en permettant d'identifier un moment et

⁵⁴¹ Ainsi, lorsque la fixation sert à déterminer la durée de protection, le moment de la fixation représente le point de départ à partir duquel est calculée la durée de protection. Au sein de la Convention Universelle, notamment aux articles II et III, la fonction de facteur de rattachement est dérobée de la fixation par le

un lieu de rattachement, elle permet de prouver, en vertu de telle loi nationale ou convention internationale, que telle oeuvre de tel auteur est assujettie aux dispositions de cette loi ou convention et que la protection en vertu de cette loi ou convention n'est pas échue, ou permet d'établir l'éligibilité au traitement national de tel État, dans le cas des conventions internationales.

Nous verrons que tant les conventions internationales que les lois nationales contiennent des formulations qui rendent difficile la distinction entre l'oeuvre et son support. Par exemple, on se demandera si l'oeuvre est la peinture, la sculpture ou le tableau. De plus, les conventions internationales et les lois nationales ont recours à l'expression « forme matérielle ». Cette expression est vague. Elle soulève des questions : quelle forme n'est pas matérielle ? Qu'est-ce qu'on entend par « forme matérielle » ?

Avant d'explorer plus à fond les lois sur le droit d'auteur de certains pays, nous allons étudier la présence de la fixation dans les conventions internationales. Cette présence témoigne de l'enracinement profond de la fixation dans le droit national de plusieurs États influents en politique internationale, lesquels ont pu lui tailler une place au sein des instruments juridiques internationaux.

1. Conventions internationales

L'internationalisation du droit d'auteur a pour conséquence son uniformisation. Les aspects innovateurs d'une législation nationale et des instruments de droit international ont tendance à se reproduire dans les autres législations nationales. De plus, les amendements apportés aux législations nationales se ressemblent progressivement davantage, alors que la communication internationale croît, facilitant l'accès aux modèles disponibles outre-frontières. Des écarts importants entre les législations subsistent, cependant. Certaines législations perpétuent des incohérences conceptuelles qui, sous d'autres législations, sont depuis longtemps corrigées.

critère de la *publication* en raison de la définition de « publication » à l'article VI de cette convention. De même, la fixation sert à déterminer la durée de protection en vertu de la Convention de Rome. L'article 14 prévoit la protection d'« une exécution fixée sur phonogramme ». Voir également l'article 4 et les paragraphes 3 et 4 de l'article 7 de la Convention Phonogrammes.

L'annexe 3 présente un aperçu des notions d'œuvre et de fixation dans les conventions internationales. On constate, en consultant cette annexe, que l'inclusion de la fixation dans les conventions internationales s'est faite de manière relativement timide. D'une part, elle ne s'est produite que récemment, n'étant apparue dans ces conventions que vers les années 1960⁵⁴², à l'aube des technologies numériques et à la veille de l'émergence des réseaux intégrés de communication. Sa venue résulte de la demande à cet effet des États influents dont la législation nationale incorpore cette notion, notamment les États de tradition juridique britannique et les États-Unis. D'autre part, son rôle n'est que secondaire dans la Convention de Berne et dans la Convention Universelle.

Le rôle du critère de la fixation varie considérablement en importance parmi les conventions internationales. Son rôle est plutôt effacé au sein de la Convention de Berne et ne se retrouve dans la Convention Universelle que de manière implicite. Par contre, la fixation est en vedette dans la Convention de Rome, dans la Convention phonogrammes, dans la Convention satellites ainsi qu'au sein du WPPT⁵⁴³. Enfin, le WCT⁵⁴⁴ ne l'évoque qu'implicitement.

CONVENTION DE BERNE

La première convention internationale à être conclue en matière de droit d'auteur, la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, ne contenait aucune référence à la notion de fixation lorsqu'elle fut conclue en 1886. Ce n'est qu'en 1967, à l'occasion de l'Acte de Stockholm de la Convention de Berne, qu'on y intégrait pour la première fois la notion de fixation⁵⁴⁵. Ce changement devait être incorporé définitivement à la Convention par l'Acte de Paris en 1971⁵⁴⁶.

L'alinéa 2 de l'article 2 de la Convention de Berne rend optionnelle l'incorporation, par les divers États signataires de la Convention, du critère de la fixation dans leur législation nationale. Il réserve «aux législations des pays de l'Union la faculté

⁵⁴²Les premières mentions explicites du concept de fixation dans les conventions internationales sont apparues en 1961 avec la conclusion de la Convention de Rome.

⁵⁴³Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996.

⁵⁴⁴Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996.

⁵⁴⁵C.f. Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), Genève, O.M.P.I., 1978, p. 18, par. 2.11.

⁵⁴⁶*Ibid.*

de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été *fixées* sur un *support matériel*»⁵⁴⁷. Le caractère optionnel conféré par cette disposition à la fixation comme condition de protection par le droit d'auteur tient compte de la possibilité d'œuvres faisant l'objet de droit d'auteur hormis toute incorporation à un support⁵⁴⁸. L'inclusion de cette disposition dans la Convention de Berne témoigne du fait que les législations nationales des pays de l'Union n'ont pas toutes adopté d'emblée le concept de fixation. Les parties contractantes ont donc préféré maintenir la neutralité de la convention à cet égard⁵⁴⁹. Quant au choix de terminologie, les mots «fixées sur un support matériel» soulèvent la question de savoir quel support ne serait pas considéré «matériel».

Par ailleurs, l'alinéa 1 de l'article 2 de la Convention de Berne fait usage du critère de fixation dans la définition d'une catégorie d'œuvres, celle des «œuvres littéraires et artistiques»⁵⁵⁰. Cet alinéa définit les œuvres littéraires et artistiques comme comprenant «toute production du domaine littéraire, scientifique ou artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression». Suit une énumération de telles «productions du domaine littéraire, scientifique ou artistique» parmi laquelle on retrouve «les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, dont la mise en scène est *fixée* par écrit ou autrement»⁵⁵¹. Cette formulation crée donc une exigence de fixation «par écrit ou autrement» quant aux œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, aux œuvres chorégraphiques et aux pantomimes. Il semble que la proposition «dont la mise en scène est *fixée* par écrit ou autrement» ne s'applique que par rapport aux «œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes». Par conséquent, seules ces dernières seraient assorties d'une exigence de fixation. Les autres exemples d'«œuvres littéraires et artistiques» énumérés

⁵⁴⁷ Les italiques sont de nous.

⁵⁴⁸ Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), *op. cit.*, note 545, pp. 18-19, par. 2.9 à 2.12.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 18, par. 2.11.

⁵⁵⁰ Le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Berne se lit comme suit:

(1) Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toute production du domaine littéraire, scientifique ou artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, dont la mise en scène est fixée par écrit ou autrement; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure et de lithographie; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

⁵⁵¹ Les italiques sont de nous.

dans cette disposition, tels les «compositions musicales avec ou sans paroles» seraient épargnées de l'exigence d'une fixation outre l'esprit de son créateur⁵⁵². Cette terminologie rend difficile la distinction entre l'œuvre et son support: si l'œuvre est le livre, la brochure, etc., alors qu'est-ce qui la distingue de son support? Les termes «dont la mise en scène est fixée par écrit ou autrement» soulèvent une question intéressante: la Convention de Berne veut que ce soit non pas l'œuvre, mais la mise en scène de l'œuvre dramatique, dramatico-musicale ou chorégraphique ou du pantomime qui soit l'objet de la fixation. Comment alors distinguer entre l'œuvre et la mise en scène de l'œuvre?

CONVENTION UNIVERSELLE

La Convention Universelle sur le droit d'auteur, conclue en 1952, semble *a priori* complètement esquiver le critère de fixation. Elle n'en contient aucune référence explicite. Cependant, plutôt que le critère de «fixation», la notion de «publication» sert notamment de facteur de rattachement quant à la durée de protection et à l'octroi du traitement national. L'article VI définit la «publication» comme étant «la *reproduction sous une forme matérielle* et la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre permettant de la lire ou d'en prendre connaissance visuellement»⁵⁵³. L'expression «reproduction sous une forme matérielle» correspond foncièrement à une variante terminologique du critère de fixation. La Convention Universelle intègre donc au concept de publication celui de fixation utilisé dans d'autres textes de loi et conventions, en guise de facteur de rattachement. Le terme «publication» est employé dans la Convention Universelle notamment aux articles II, III, IV et V à diverses fins. La Convention Universelle, qui utilise en quelque sorte le critère de la publication en guise de substitut à celui de fixation, ne contient aucune disposition consacrant quelque discrétion des États signataires par rapport au critère de la publication. L'emploi à l'article VI de l'expression «forme matérielle» ancre la Convention Universelle sur des fondements réalistes, faisant resurgir la question: qu'est-ce qui n'est pas une «forme matérielle»?

⁵⁵²Ces expressions n'en demeureraient pas moins assujetties au critère de l'originalité.

⁵⁵³Les italiques sont les nôtres. L'article VI de la Convention Universelle se lit comme suit: «Par «publication» au sens de la présente Convention, il faut entendre la reproduction *sous une forme matérielle* et la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre permettant de la lire ou d'en prendre connaissance visuellement.» (Les italiques sont les nôtres.)

De plus, on retrouve dans la plupart des articles de cette convention des références à la notion d'«œuvre». Par exemple, l'article II de la Convention se lit comme suit:

«Les oeuvres publiées des ressortissants de tout État contractant ainsi que les oeuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un tel État jouissent, dans tout autre État contractant, de la protection que cet autre État accorde aux oeuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son territoire.»

Le concept d'«œuvre» ne fait l'objet d'aucune définition expresse sous la convention. L'article I stipule, toutefois, que

«[c]haque État contractant s'engage à prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits sur les *oeuvres* littéraires, scientifiques et artistiques, *telles que* les écrits, les oeuvres musicales, dramatiques et cinématographiques, les peintures, gravures et sculptures.»⁵⁵⁴

Cette disposition offre une certaine idée du sens voué au concept d'«œuvre» dans cette convention. Elle fait usage de la terminologie couramment utilisée dans les lois nationales. On remarque, notamment, l'emploi des expressions «oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques, telles que les écrits, les oeuvres musicales, dramatiques et cinématographiques, les peintures, gravures et sculptures». Ainsi, l'œuvre désigne notamment l'écrit, la peinture, la gravure et la sculpture -- en somme, des objets tangibles. Tel est le cas, à tout le moins, en ce qui concerne les peintures, gravures et sculptures, le support se confond à l'œuvre par métonymie -- en désignant le contenant pour le contenu.

CONVENTION DE ROME

La Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, aussi appelée la «Convention de Rome», a été conclue en 1961. Le concept de fixation joue un rôle de premier ordre au sein de cette convention, faisant acte de présence dans la plupart des articles. La Convention prévoit cependant plusieurs instances d'exclusion de

⁵⁵⁴ Les italiques sont les nôtres.

l'application de la fixation utilisée à titre de critère de rattachement. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention de Rome rend optionnels les critères de fixation et de publication l'un par rapport à l'autre, à titre de critère de rattachement octroyant le traitement national.

En général, les références au concept de fixation contenues dans la Convention de Rome ne soulèvent pas de difficultés⁵⁵⁵. La Convention de Rome définit un cadre juridique en droit d'auteur non pas en fonction d'œuvres ou de catégories d'œuvres, mais plutôt en fonction d'un type de support, le phonogramme. La fixation sert de critère faisant partie de la définition de «phonogramme». Le phonogramme est défini comme étant «toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons»⁵⁵⁶. La Convention de Rome ne définit pas et ne mentionne pas le concept d'œuvre. Le concept de fixation qui se retrouve dans cette convention lui est propre et se distingue, par exemple, de celui en droit d'auteur canadien dont nous traitons un peu plus loin. Cependant, comme dans la Convention de Berne⁵⁵⁷, il est question de «fixation sur un support matériel»⁵⁵⁸. La Convention de Rome reprend donc la terminologie nébuleuse ouverte à la critique.

CONVENTION PHONOGRAMMES

En 1971, fut conclue la «Convention phonogrammes» ou Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes.

La fixation est une notion intégrante de la Convention phonogrammes. Par exemple, l'article 4 fait de la fixation et de la publication des choix alternatifs comme critère de rattachement pour calculer la durée de protection – règle tombant sous la première catégorie de règles telle que définie ci-haut:

Article 4:

⁵⁵⁵ Voir notamment aux articles, paragraphes et alinéas 2.1(a) et (b), 3(b), (c) et (e), 4(c), 5.1(b), 5.3, 7.1(a) et (c), 7.2(1) et (2), 11, 13(c), 14(a) et (b), 15.1(c), 17 et 19.

⁵⁵⁶ Paragraphe 3(b) de la Convention de Rome.

⁵⁵⁷ Voir *infra*, pp. 107 à 109.

⁵⁵⁸ Alinéa 7.1(b) et paragraphe 13(b).

«Est réservée à la législation nationale de chaque État contractant la durée de la protection accordée. Toutefois, si la loi nationale prévoit une durée spécifique pour la protection, cette durée ne devra pas être inférieure à vingt ans à partir de la fin, soit de l'année au cours de laquelle les sons incorporés dans le phonogramme ont été *fixés* pour la première fois, soit de l'année au cours de laquelle le phonogramme a été publié pour la première fois.»⁵⁵⁹

Par ailleurs, la Convention phonogrammes définit le «phonogramme», un type de support, comme étant «toute *fixation* exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons»⁵⁶⁰. Le «producteur de phonogrammes» est défini comme étant «la personne physique ou morale qui, la première, *fixe* les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons»⁵⁶¹. Cette terminologie est identique à celle utilisée dans la Convention de Rome, mais n'en reprend pas les formulations problématiques⁵⁶².

Enfin, le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention phonogrammes confère à l'État contractant le loisir de déterminer l'étendue de la protection accordée «aux artistes interprètes ou exécutants dont l'exécution est *fixée* sur un phonogramme, ainsi que les conditions dans lesquelles ils jouiront d'une telle protection»⁵⁶³. Au sein de cette disposition, la fixation sert ainsi de facteur de rattachement.

WPPT

La fixation figure au sein de plusieurs dispositions du WPPT⁵⁶⁴. Le terme «fixation» est défini à l'alinéa (c) de l'article 2 comme désignant «l'incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permet de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif». Suivant cette définition, la fixation désigne l'incorporation de sons, ou des représentations de sons, qui permettent de percevoir, etc. Cette définition et ces emplois terminologiques n'ont pas pour effet de suggérer un concept de fixation *de l'œuvre*. Par conséquent, ils ne soulèvent pas les

⁵⁵⁹ Les italiques sont les nôtres.

⁵⁶⁰ Alinéa a de l'article 1 (définition de «phonogramme») de la Convention phonogrammes.

⁵⁶¹ Les italiques sont de nous.

⁵⁶² Voir *supra*, p. 111.

⁵⁶³ Les italiques sont de nous.

⁵⁶⁴ Voir notamment les articles, alinéas et paragraphes 2(d), (e) et (g), 5(1), 6(i) et (ii), 7. 8(1) et (2), 9(1) et (2), 10, 17(1) et (2) et 19(1) et (2).

difficultés rencontrées relativement à d'autres instruments internationaux, où il est question de «support matériel» ou de «forme matérielle».

Cependant, le paragraphe (b) de l'article 2 se lit comme suit:

"phonogramme" la fixation des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou d'autres sons ou représentation de sons autre que sous la forme d'une fixation incorporée dans une œuvre cinématographique ou une autre œuvre audiovisuelle;⁵⁶⁵

Cette définition soulève une difficulté: comment *une fixation* peut-elle être *incorporée dans une œuvre*, si l'œuvre est immatérielle? Cette disposition confond *le support* d'une œuvre cinématographique à l'œuvre cinématographique en question. La confusion eût été évitée en formulant de la manière suivante:

"phonogramme" la fixation des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou d'autres sons ou représentation de sons autre que sous la forme d'une fixation incorporée dans *celle d'une* œuvre cinématographique ou *d'une* autre œuvre audiovisuelle;⁵⁶⁶

Soulignons que ce traité définit la fixation comme désignant le *processus* d'incorporation de sons, etc. sur un support⁵⁶⁷. Outre le paragraphe 2(b), aucune autre disposition de ce traité n'a pour effet de confondre le support (le phonogramme) et l'œuvre empreinte en ce support.

WCT

Le WCT⁵⁶⁸ ne traite pas explicitement de la fixation. Cependant, il fait mention notamment d' « œuvres incorporées dans des phonogrammes »⁵⁶⁹ et d' « exemplaires d'œuvres »⁵⁷⁰. Ce vocable tient compte du processus de fixation (l'incorporation d'une œuvre dans un phonogramme) et de l'existence de fixations

⁵⁶⁵ Les italiques sont les nôtres.

⁵⁶⁶ Les italiques sont les nôtres.

⁵⁶⁷ Paragraphe 2(c).

⁵⁶⁸ L'appellation « WCT de 1996 » est dérivée du nom anglais de ce traité : *WIPO Copyright Treaty of 1996*.

⁵⁶⁹ Alinéa 7(1)(iii).

⁵⁷⁰ Paragraphes 6(1) et (2) et alinéas 7(2)(ii) et 12(1)(ii).

d'œuvres (l'exemplaire d'une œuvre – en considérant le terme « exemplaire » comme un synonyme du nom « fixation »). Cependant, on dénote une difficulté à l'article 2 de ce traité, lequel se lit comme suit:

«La protection du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux *idées*, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.»⁵⁷¹

Cette disposition distingue les idées de l'expression de celles-ci. Elle suggère la possibilité d'une distinction entre les idées et les « procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques ». Or, ces procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques peuvent constituer des idées soit exprimées soit non-exprimées. On peut ainsi établir une frontière entre les données de l'imagination et celles de l'information.

Par ailleurs, il est question à l'alinéa 12(1)(ii) du WCT de la distribution, importation (et autres activités) d'œuvres *ou* d'exemplaires d'œuvres. Cette disposition suggère que l'œuvre constitue un objet tangible qui peut être importé. Il semblerait que cette disposition couvrirait également le cas de la communication de contenu par le biais de l'Internet, par exemple. Cependant, en établissant une distinction entre les œuvres et les exemplaires d'œuvres, cette disposition se fait incohérente. L'œuvre est soit confondue avec son support (on fait référence à l'œuvre pour désigner l'utilisation (distribution, importation, etc.) de l'œuvre par le biais d'Internet) ou soit distincte de celui-ci (on parle d'exemplaire de l'œuvre).

En somme la fixation est arrivée récemment dans les conventions internationales. Sa présence varie en importance. On retrouve dans certaines conventions et traités le terme fixation et ses variantes (notamment le verbe fixer et l'adjectif fixé(e)). Dans d'autres conventions et traités, cette terminologie est absente. Cependant, dans tous les cas, le concept en soi de fixation se doit d'être traité au moins indirectement, puisqu'il est fondamental en droit d'auteur.

De plus, nous avons constaté que la fixation soulève certaines difficultés au sein des conventions et traités. Tel est le cas, notamment quant à l'emploi de la

⁵⁷¹ Les italiques sont les nôtres.

terminologie «forme matérielle» et «support matériel», qui résulte souvent en la confusion entre l'œuvre et son support. La question se pose de savoir si ces difficultés sont inévitables ou s'il est possible de purger de la théorie du droit d'auteur les froissements qui en sont à l'origine. Nous reviendrons à cette question un peu plus loin.

Nous allons maintenant nous pencher sur la présence du critère de fixation au sein des lois nationales.

2. Lois nationales

La question de la présence du critère de fixation au sein des lois nationales peut se distinguer selon qu'on envisage la législation des juridictions de *common law*, sur lesquelles nous reviendrons un peu plus loin, ou celles de tradition civiliste. Les États de droit de tradition civiliste, dits «continentaux», notamment la France et l'Allemagne, ont opté pour une approche axée davantage sur le droit sacré de l'auteur relativement à sa création. Ils n'ont pas éprouvé le besoin d'incorporer explicitement dans leurs législations nationales le concept de fixation à leur conception du droit d'auteur, lequel attache davantage d'importance au mérite de l'auteur pour son travail de création. Les juridictions continentales européennes accordent la protection à l'œuvre du moment qu'elle existe. L'approche adoptée est donc généreuse par rapport aux droits de l'auteur. Sont notamment protégées les exécutions en direct d'une œuvre qui n'a jamais été enregistrée par quelque moyen technologique et qui ne serait pas par ailleurs écrite en partition⁵⁷². Par contre, les juridictions de *common law*, notamment l'Angleterre, les États-Unis et le Canada, assujettissent la protection de l'œuvre à la satisfaction d'un critère de fixation⁵⁷³.

FRANCE

À l'époque de la Révolution, la loi française comportait l'exigence que l'œuvre soit sous une forme «matérielle»⁵⁷⁴. Aujourd'hui, le concept d'œuvre n'est même

⁵⁷²S. M. STEWART, *op. cit.*, note 233, p. 52.

⁵⁷³ Sur cette question, quant à l'Angleterre et aux États-Unis, voir D. J. BRENNAN et A. CHRISTIE, «Spoken Words and Copyright Subsistence in Anglo-American Law», (2000) 4 *Int. Property Quarterly* 309-349.

⁵⁷⁴ Tel le stipule la *Loi des 19-24 juillet 1793, relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs* : Y. GENDREAU, «Le critère de fixation en droit d'auteur», (1994) 159 *R.I.D.A.* 110, 127.

pas définie dans le *Code de propriété intellectuelle*⁵⁷⁵ ou tout au plus de manière vague⁵⁷⁶. Cependant, l'article L.112-1 C.P.I. se lit ainsi:

«Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.»

Le «genre » et la «forme d'expression» dont il est question dans cette disposition correspondrait aux «catégories d'œuvres» en droit britannique et canadien⁵⁷⁷. De plus, l'article L.111-2 C.P.I. stipule que « [l]'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur». Ainsi, non seulement la loi française se dit-elle indifférente au *mode d'expression* de l'œuvre, mais elle stipule de plus que du moment qu'une oeuvre serait réalisée, indépendamment de toute divulgation publique, cette oeuvre serait protégée par le droit d'auteur français. Cependant, «le mode d'expression n'exclut pas l'exigence de l'expression d'une forme. La forme de l'œuvre elle-même est fondamentale[...]»⁵⁷⁸. Ainsi, pour qu'une oeuvre soit considérée comme ayant été réalisée, la loi française exigerait néanmoins qu'elle ait fait l'objet d'une expression sous une forme quelconque. Sans quoi, l'œuvre dans l'esprit de son créateur ne pourrait possiblement être identifiée, ses attributs faisant l'objet de variations constantes.

Le professeur Desbois s'exprime en ces termes à propos de la loi du 11 mars 1957, ce qui vaut autant pour le libellé d'aujourd'hui du *Code de la propriété intellectuelle*:

«La loi du 11 mars 1957 n'exclut pas expressément les idées du domaine des droits d'auteur, mais les tribunaux trahiraient les intentions implicites du législateur s'ils interprétaient le silence dans le sens d'une extension qui serait contraire à la tradition et à la nature des choses.»⁵⁷⁹

⁵⁷⁵A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, note 243, p. 54; P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, Dalloz, 1992, p. 9.

⁵⁷⁶B. NAWROCKI, «Évolution de l'art et droit d'auteur, examen de quelques problèmes d'actualité», 77 *D. H.* 223 (sept. 1964) et 77 *D. H.* 249 (oct. 1964), 230-231.

⁵⁷⁷R. PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*. Paris. J. Delmas, 1970, p. 14.

⁵⁷⁸P. SIRINELLI, *op. cit.*, note 575, p. 11. (Les italiques sont les nôtres.)

⁵⁷⁹H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Paris, Librairie Dalloz, 1950, p. 22.

Le professeur Desbois explique que l'article 2 de cette loi (art. L.112-1 C.P.I.), indirectement, «soustrait aux droits d'auteur les idées, comme telles, en disposant que le domaine de la propriété littéraire et artistique englobe toutes les oeuvres de l'esprit, «quelle que soit la forme d'expression»»⁵⁸⁰ Il précise que «peu importe la forme que l'expression a revêtue; du moins est-ce la *forme d'expression*, à l'exclusion de l'idée exprimée, qui donne prise à l'appropriation.»⁵⁸¹ Le professeur Desbois ajoute que «les idées sont de libre parcours et ne donnent pas prise aux droits d'auteur, réservés à la forme sous laquelle elles sont exprimées».⁵⁸²

Le droit français étant indifférent quant au mode d'expression, même les oeuvres orales seraient protégées, à condition de pouvoir faire la preuve d'existence de la création⁵⁸³. Or, l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur impliquerait l'exigence d'une forme d'expression, s'apparentant au critère de fixation. Donc, l'œuvre doit être suffisamment précise pour que puissent en être identifiées les caractéristiques⁵⁸⁴.

Par ailleurs, soulignons que le *Code français de la propriété intellectuelle* ne définit pas de catégories d'œuvres comme telles. Il énonce plutôt des exemples de *choses* considérées comme oeuvres. Ainsi, il stipule à l'article L.112-2 que:

«sont considérées notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code : 1. Les livres, brochures et autres écrits littéraires artistiques et scientifiques; [...] 3. Les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales; [...] 5. Les compositions musicales avec ou sans paroles; 6. Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles».

Les articles L.112-2, L.112-3 et L.112-4 C.P.I. contiennent une énumération indicative⁵⁸⁵ des types d'œuvres regroupées en fonction de trois catégories: Les oeuvres littéraires, les

⁵⁸⁰*Ibid.* Pour Colombet, le droit d'auteur s'intéresse à la forme d'expression (C. COLOMBET, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, 2^e éd., Paris, Cour de cassation, 1992, p. 10). c'est-à-dire le «moule dans lequel les idées se composent et s'expriment» (*ibid.*, p. 11). La forme choisie cependant n'importe pas (*ibid.*, p. 12).

⁵⁸¹H. DESBOIS, *op. cit.*, note 579, p. 22.

⁵⁸²*Ibid.*, p. 27.

⁵⁸³P. SIRINELLI, *op. cit.*, note 575, p. 17.

⁵⁸⁴R. PLAISANT, *op. cit.*, note 577, p. 13.

⁵⁸⁵P. SIRINELLI, *op. cit.*, note 575, p. 16.

oeuvres musicales et les oeuvres artistiques⁵⁸⁶. Cette catégorisation est contestable⁵⁸⁷, d'autant plus qu'elle confond l'œuvre et son support, par exemple en considérant comme étant l'œuvre, par exemple le livre et la brochure, alors que ceux-ci sont des objets « matériels ».

Par ailleurs, l'article L.111-1 C.P.I. prévoit que « (l)'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'article L.111-3 C.P.I. stipule que « la propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'*objet matériel* »⁵⁸⁸. Soulignons que le terme « fixation » se retrouve dans la loi française : L'article L.122-3 stipule que la « reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre »⁵⁸⁹. Cette disposition évoque les fondements réalistes matérialistes⁵⁹⁰ auxquels nous nous objectons eu égard à la définition de l'œuvre. On retrouve également l'expression « œuvres fixées sur des phonogrammes » à l'article L.311-4. Cette expression, à notre avis, ne soulève pas de difficulté. Elle ne contient pas de pléonasme tel « fixer sous une forme matérielle ». Le concept de fixation sur un phonogramme est cohérent, selon nous.

ALLEMAGNE

Sous la loi prussienne de 1837, un vaste éventail de types d'œuvres s'est vu octroyer la protection du roi Friedrich Wilhelm. Notamment, les oeuvres littéraires, les compositions musicales, les peintures, les oeuvres d'art, les tableaux et les cartes géographiques, topographiques et architecturales⁵⁹¹. Un amendement en 1910 allait ajouter à celles-ci les photographies⁵⁹², les enregistrements sonores et les films⁵⁹³.

⁵⁸⁶*Ibid.*

⁵⁸⁷*Ibid.*

⁵⁸⁸ Les italiques sont de nous.

⁵⁸⁹ De plus, la fixation sert de facteur de rattachement au sein de la loi française : Voir les articles L.211-4, L.213-1 et L.311-2 et le paragraphe L.214-1(2).

⁵⁹⁰ Voir également les articles L.122-3, où il est question de « fixation matérielle de l'œuvre », et l'article L.342-4 qui traite de « copie matérielle » relativement à des bases de données.

⁵⁹¹ Loi prussienne du 11 juin 1837 (*Preußisches Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837*), dans G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, pp. 187-195.

⁵⁹² *Loi de 1876 sur la protection des oeuvres artistiques et photographiques*: A. STROWEL, *ibid.*, p. 37.

⁵⁹³ *Loi de 1910 en matière de phonogrammes et en matière de film*: A. STROWEL, *op. cit.*, note 252, p. 38.

L'article 1 de la loi allemande actuelle sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi du 9 septembre 1965) établit un droit des auteurs sur leurs œuvres littéraires, scientifiques et artistiques :

« Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst geniessen für ihre Werke Schutz nach Massgabe dieses Gesetzes. »

Ce droit n'est pas assorti d'une exigence de fixation. De même, le paragraphe 2 de l'article 2 de la loi stipule que «Seules les créations intellectuelles personnelles constituent des oeuvres au sens de cette loi»⁵⁹⁴. Ainsi, la loi allemande, tout comme celle de la France, ne contient pas d'exigence de fixation⁵⁹⁵.

L'article 1 de la loi allemande définit trois types d'œuvres: les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques. L'article 2 propose des exemples de ce qui est compris dans l'expression «œuvres littéraires, scientifiques et artistiques». La liste d'exemples fournis n'est cependant pas exhaustive de ce qui peut constituer une œuvre⁵⁹⁶. De plus, au contraire de son homologue français, cette disposition ne stipule pas que des objets « matériels » tels des tableaux, des sculptures, etc. *sont* des œuvres. Elle se contente plutôt de préciser que les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques protégées comprennent, notamment des *œuvres d'art* («Werke der bildenden Künste») et non des tableaux, sculptures, etc., des *œuvres photographiques* (« Lichtbildwerke») et non des photographies, etc. De la sorte est évitée la confusion de l'œuvre (par exemple l'œuvre photographique) et son support (la photographie).

À l'article 6, la loi définit dans quelles circonstances l'œuvre est considérée publiée ou parue (« Ein Werk is veröffentlicht, wenn...») et « Ein Werk ist erschienen, wenn...»). Ce faisant, la publication et la parution sont retenues, plutôt que la fixation, à titre de facteur de rattachement aux fins de la loi⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴« Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen. »

⁵⁹⁵ En ce sens, l'article 7 stipule que l'auteur « est le créateur de l'œuvre » (« Urheber ist der Schöpfer des Werkes. »), et non pas qu'il « fixe l'œuvre ».

⁵⁹⁶S. M. STEWART, *op. cit.*, note 233, p. 370.

⁵⁹⁷ Voir notamment les articles et paragraphes 66.(1), 67, 70.(3), 120.(1), 121 et 126. Au paragraphe 72.(3), la communication au public est également utilisée à titre de facteur de rattachement.

On retrouve néanmoins le terme «Übertragung» (fixation) à l'article 16 relativement au droit de reproduction⁵⁹⁸, de sorte que la fixation de l'œuvre sur des supports visuels ou sonores constitue une reproduction de l'œuvre.

Par ailleurs, l'article 15 prévoit le droit exclusif de l'auteur d'exploiter son œuvre sous une forme corporelle («in körperlicher Form zu verwerten») et de communiquer publiquement son œuvre sous une forme immatérielle («sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben»). On retrouve donc au sein de la loi allemande les traces de la conception du droit d'auteur, présente dans d'autres lois nationales et traités internationaux⁵⁹⁹, qui distingue ce qui est «corporel» de ce qui ne l'est pas.

Soulignons également par rapport à la loi allemande que l'article 69a stipule que les idées qui sont à la base d'un élément d'un programme d'ordinateur ne sont pas protégées⁶⁰⁰. Cette disposition soulève la difficulté de distinguer entre les idées non protégées par le droit d'auteur et l'objet de ce droit : où tracer la ligne de démarcation entre les idées non protégées et l'œuvre protégée ? Si l'œuvre n'est pas «matérielle» et si certaines idées sont exclues de ce en quoi consiste l'objet du droit d'auteur, alors quelle est donc la nature de celui-ci ? Nous verrons que la réponse à cette question vient aisément moyennant l'apport d'une précision terminologique – afin de clarifier le rapport entre la matière, les idées et l'œuvre.

Si la fixation joue un rôle de figurante au sein des législations française et allemande, les lois sur le droit d'auteur des juridictions anglo-saxonnes, notamment de

⁵⁹⁸ « Eine Vervielfältigung ist auch die *Übertragung* des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die *Übertragung* des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen handelt. » (Les italiques sont les nôtres.) La doctrine allemande fait état de l'exigence de fixation sous une forme corporelle («körperliche Fixierung») : G. SCHRICKER, *Urheberrecht – Kommentar*, 2e éd., Munich, C. H. Beck, 1999, p. 333.

⁵⁹⁹ Voir *infra*, notamment quant à la Convention de Berne, aux pp. 107 à 109; la Convention Universelle, aux pp. 109-110; la Convention de Rome, aux pp. 110-111. Concernant l'exigence de fixation sous une forme «corporelle» de l'article 15, voir également G. SCHRICKER, *ibid.*, p. 308.

⁶⁰⁰ L'article 69a se lit comme suit : « *Ideen* und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrundeliegen, einschliesslich der den Schnittstellen zugrundeliegenden *Ideen* und Grundsätze, sind nicht geschützt. » (Les italiques sont les nôtres.) « (N)ur Form und Ausdruck eines Werkes geschützt sind, aber nicht die Idee » : G. SCHRICKER, *ibid.*, p. 1075. Voir les commentaires du Professeur Schrieker concernant l'article 69a : *ibid.*, pp. 1071 et suiv., et notamment aux pages 1075 à 1078.

l'Angleterre, des États-Unis et du Canada, exigent la fixation comme condition de protection de l'œuvre. L'œuvre peut exister indépendamment de sa fixation « sous une forme matérielle quelconque », mais ces législations ne lui octroient une protection qu'à partir du moment où elle se trouve ainsi fixée:

«Fixation is a condition precedent to the existence of copyright. The work can exist in a complete state in the mind of the author, but he has to take a further step before completing his title and acquiring a copyright, he has to fix it or cause it to be fixed in material form.»⁶⁰¹

ANGLETERRE

En Angleterre, les types d'œuvres et les utilisations réservées de celles-ci sont définies en fonction d'une notion étroite de matière et d'une distinction nette entre la matière et les idées. Cette distinction, établie en philosophie reflète par ailleurs la longue dominance de la théorie jusnaturaliste du droit dont nous avons traité plus tôt⁶⁰².

La loi d'Anne de 1709 ne protégeait que les «livres et autres écrits». Une succession d'une quarantaine de lois entre le XVIII^e et le XX^e siècles ont élargi progressivement les catégories d'œuvres protégées par le *copyright*⁶⁰³. S'ajoutèrent notamment les gravures, les sculptures, les peintures, dessins et photographies, et les compositions musicales et dramatiques⁶⁰⁴. On étendit la protection au cours du XVIII^e siècle aux gravures, empreintes, lithographies et aux œuvres de sculpture⁶⁰⁵. Les compositions musicales et les compositions dramatiques furent trouvées comme étant comprises dans la notion de «livre» de la loi d'Anne dans une décision de 1777⁶⁰⁶. Les catégories d'œuvres actuelles dans la loi anglaise sont décrites à l'article 1(1) de la loi de 1988 :

⁶⁰¹S. M. STEWART, *op. cit.*, note 233, p. 52. Le professeur Colombet paraphrase ainsi ces propos de S. M. Stewart: «dans toutes les législations anglo-saxones, la fixation de l'œuvre est cruciale: l'œuvre a besoin d'être fixée par écrit ou sous une autre forme matérielle pour bénéficier du droit d'auteur. Certes, l'œuvre est une création intellectuelle et non une chose matérielle, mais elle n'acquiert protection que lorsqu'elle s'exprime sous une forme matérielle.»: C. COLOMBET, *op. cit.*, note 580, p. 11.

⁶⁰²Voir *supra*, pp. 30 à 46.

⁶⁰³W. R. CORNISH, *op. cit.*, note 221, pp. 299 et suiv.; J. A. L. STERLING et M. C. L. CARPENTER, *Copyright Law in the United Kingdom*, Londres, Legal Books, 1986, pp. 126 et suiv.

⁶⁰⁴Voir J. J. PHILLIPS, R. DURIE, et I. KARET, *op. cit.*, note 304, pp. 8-9.

⁶⁰⁵G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, p. 23.

⁶⁰⁶*Bach c. Longman*, 2 Cowper 623 (1777).

Copyright is a property right which subsists [...] in the following descriptions of work -

- (a) original literary, dramatic, musical or artistic works,
- (b) sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and
- (c) the typographical arrangement of published editions.

Cette disposition est formulée de manière restrictive de sorte qu'il semblerait que les œuvres qui sont protégées par le copyright anglais sont seulement celles correspondant aux catégories décrites à cet article⁶⁰⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a conclu le tribunal dans l'affaire *Creation Records*⁶⁰⁸. Le tribunal a déterminé dans cette affaire que le choix et l'arrangement de plusieurs objets afin de prendre des photographies de ces objets ne constituait ni une œuvre dramatique ni une œuvre artistique en vertu de la loi anglaise.

Par ailleurs, nous avons vu que la distinction entre l'œuvre et son support a fait l'objet d'un long débat en Angleterre⁶⁰⁹. À compter du XIX^e siècle, le vent tourna et cette distinction se précisa:

«[T]he emphasis in litigation shifted to the abstract "work", which now came to be understood as equivalent, in the words of *Drone on Copyright*, the standard U.S. treatise of the period, to the "essence and value of a literary composition" rather than limited to the literal language of the text.»⁶¹⁰

Cependant, l'œuvre et son support se confondent au sein des définitions de l'œuvre artistique (« artistic work »), de l'immeuble (« building ») en lequel est empreinte l'œuvre architecturale et l'œuvre graphique (« graphic work ») à l'article 4 de la loi de 1988. Ainsi, le paragraphe 4(1) stipule que l'expression « œuvre artistique » désigne une photographie, une sculpture, etc. Le paragraphe 4(2) prévoit que le terme « immeuble » comprend toute structure fixe et que l'expression « œuvre graphique » désigne toute peinture, dessin, diagramme, etc.

⁶⁰⁷ En guise de comparaison, voir l'équivalent américain de cette disposition (art. 102 (a) de la loi américaine) : « works of authorship *include* the following categories (...) » : *infra*, p. 127 (les italiques sont de nous).

⁶⁰⁸ *Creation Records Ltd. et autres c. News Group Newspapers Ltd.*, [1997] EMLR 444, (1997) 141 Sol Jo LB 107, 16 Tr. L. 544 (29 avril 1997 (Div.Ch.)) ; cette affaire fait l'objet d'un commentaire à (1997) 11 *E.I.P.R.* D-288 à D-289.

⁶⁰⁹ *Supra*, pp. 66 à 68.

⁶¹⁰ M. ROSE, *op. cit.*, note 225, p. 133.

La fixation en Angleterre protège la forme d'expression des idées⁶¹¹ ou, autrement dit, la forme sous laquelle l'information est écrite⁶¹². C'est au paragraphe 3(2) de la loi de 1988 qu'est formulée l'exigence de fixation en *copyright* anglais, même si le terme « fixation » n'est pas en soi utilisé : « Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded in writing or otherwise (...) »⁶¹³.

La loi anglaise utilise la première publication⁶¹⁴ et la mise en disponibilité au public⁶¹⁵, plutôt que la fixation, à titre de facteur de rattachement. De plus, en parlant de la création de l'œuvre, la loi de 1988 emploie le vocable « est produite » (« is produced ») et « est faite » (« is made ») plutôt que de définir la création de l'œuvre en fonction de sa « fixation »⁶¹⁶.

Par ailleurs, la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, comme ses cousines française et allemande, fait emploi, en l'occurrence au paragraphe 17(2), de la notion de « forme matérielle »⁶¹⁷. Le paragraphe 17(2) se lit ainsi :

« Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work *in any material form*. This includes storing the work in any medium by electronic means.»⁶¹⁸

Cette notion de « forme matérielle » est suspecte en raison de ses fondements dualistes : elle repose sur la distinction entre la « forme matérielle » et les idées. Cette distinction suggère que la réalité en soi existe et que tout dans cette réalité est soit matière ou soit idées. Or, nous verrons que les concepts de « matière » et d' « idée » convergent en celui de « donnée ».

⁶¹¹ J. J. PHILLIPS, R. DURIE et I. KARET, *op. cit.*, note 304, p. 36.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Voir également le paragraphe 21(1), qui reprend cette formulation. Il n'y a pas de telle exigence quant aux œuvres artistiques.

⁶¹⁴ Voir les paragraphes 15A(2), (3), (4) et (5).

⁶¹⁵ Voir l'alinéa 12(3)(b) et le paragraphe 12(5).

⁶¹⁶ Voir notamment au paragraphe 4(2), à l'article 5A, aux alinéas 12(3)(a) et 13(2)(a) et au paragraphe 9(1).

⁶¹⁷ La loi anglaise parle également d'œuvres sous forme « électronique » (Voir le paragraphe 27(6) et l'article 56). Cependant, la forme « électronique » est considérée « matérielle » en vertu du paragraphe 17(2).

⁶¹⁸ Les italiques sont les nôtres.

ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, la première législation de *copyright* qui vit le jour, en 1790⁶¹⁹, ne protégeait que les cartes, les graphiques et les livres⁶²⁰ contre la reproduction sans l'autorisation de l'auteur. Une révision de 1801 étendit la protection en vertu du droit d'auteur aux esquisses (en anglais: «prints»). La protection de cette loi fut étendue en 1831 aux compositions musicales⁶²¹. Suivirent des expansions en 1856 aux compositions dramatiques et en 1865 aux photographies et négatifs⁶²². En 1870, ce fut notamment au tour des tableaux, dessins et statues de recevoir la protection du droit d'auteur. Cette expansion qui s'amorçait concernait non seulement les catégories d'œuvres, mais également les droits exclusifs conférés par le droit d'auteur⁶²³.

Aujourd'hui, l'article 102 de la loi de 1976 fournit un éventail non exhaustif de types d'œuvres:

§ 102. Subject matter of copyright: In general

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title [17 USCS §§ 101 et seq.], in original works of authorship, *fixed* in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

- (1) literary works;
- (2) musical works, including any accompanying words;
- (3) dramatic works, including any accompanying music;
- (4) pantomimes and choreographic works;
- (5) pictorial, graphic, and sculptural works;
- (6) motion picture and other audiovisual works;
- (7) sound recordings; and
- (8) architectural works.

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any *idea*, procedure, process, system, method of

⁶¹⁹J. J. PHILLIPS, R. DURIE, et I. KARET, *op. cit.*, note 304, p. 197

⁶²⁰Le texte original en anglais utilise les termes «maps», «charts» et «books»: voir G. DAVIES. *op. cit.*, note 8, p. 183.

⁶²¹J. J. PHILLIPS, R. DURIE, et I. KARET, *op. cit.*, note 304, p. 201.

⁶²²G. DAVIES, *op. cit.*, note 8, pp. 49-57.

⁶²³Sur l'expansion des catégories d'œuvres dans la législation américaine, voir l'adresse Internet du U.S. Copyright Office, sous le titre «About the Copyright Office»: <http://lcweb.loc.gov/copyright/cpypub/circ1a.html>.

operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated or embodied in such work.

Les catégories d'œuvres sont offertes à titre d'exemples. On y reprend notamment la terminologie de la Convention de Berne (œuvres littéraires, musicales et dramatiques); plutôt que d'œuvre artistique, il est question d'œuvres de dessin graphiques et de sculpture.

Quant au concept d'œuvre, la loi américaine ne le définit pas explicitement. Sa définition découle plutôt de plusieurs dispositions, dont le paragraphe (a) ci-dessus et la définition de « fixed » reproduit ci-dessous. Ces dispositions font en sorte que l'œuvre est assujettie au critère de fixation.

Les Américains, lors de la mise à jour de leur législation sur le droit d'auteur en 1976, ont formulé un concept de fixation fort cohérent relativement aux technologies contemporaines de communication.

Aujourd'hui, le critère de fixation est bien en évidence dans la loi américaine : «la loi américaine est sans conteste celle qui exprime le plus clairement le critère de la fixation»⁶²⁴. Le professeur Gendreau souligne la «clairvoyance du législateur américain en ce qui concerne l'évolution des modes de fixation»⁶²⁵.

Ci-dessous, nous examinons les définitions à l'article 101, des termes et expressions «fixed», «copies» et «created». Le terme «fixed» est défini à l'article 101 dans la loi américaine:

A work is "*fixed*" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is "*fixed*" for purposes of this title [17 USCS §§ 101 et seq.] if a *fixation* of the work is being made simultaneously with its transmission.

⁶²⁴Y. GENDREAU, *loc. cit.*, note 574, 117.

⁶²⁵*Ibid.*, 119.

"Copies" are *material objects*, other than phonorecords, in which a work is *fixed* by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "copies" includes the *material object*, other than a phonorecord, in which the work is first *fixed*.

A work is "created" when it is *fixed* in a copy or phonorecord for the first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been *fixed* at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work.

De plus, voici les définitions pour les expressions «literary works» et «sound recordings» et le terme «phonorecords». À noter que ces définitions font allusion à des «objets matériels»:

"Literary works" are works other than audiovisual works, expressed in words, numbers or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the *material objects*, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, film, tapes, disks, or cards, in which they are embodied.

"Phonorecords" are *material objects* in which sounds, other than those accompanying a motion picture or other audiovisual work, are *fixed* by any method now known or later developed, and from which the sounds can be perceived, reproduced or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "phonorecords" includes the *material object* in which the sounds are first *fixed*.

"Sound recordings" are works that result from the *fixation* of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the *material objects*, such as disks, tapes, or other phonorecords, in which they are embodied.

La loi américaine emploie l'expression «objets matériels» (anglais: «material objects») en décrivant les objets tels les livres, phonogrammes, disques, cartes, films, etc. en lesquels les oeuvres sont fixées. Cette formulation aurait pu avoir pour conséquence d'exposer la loi américaine à la même critique dont ont fait l'objet au cours des pages précédentes, par exemple, les conventions Universelle et de Rome et les lois allemande et anglaise.

Cependant, en citant des exemples d' « objets matériels » (« material objects, such as books, periodicals, manuscripts(...)»), la loi américaine est relativement claire à cet égard : elle crée une fiction juridique qu'elle circonscrit nettement, en ce que les « objets matériels » sont tangibles. Par comparaison, la loi canadienne ne précise pas que « forme matérielle » signifie qu'il s'agit d'un objet tangible. La loi canadienne stipule simplement que l'œuvre doit être fixée sous une forme matérielle quelconque, sans nécessairement expliquer la relation entre, disons, le livre, le tableau ou le film, et l'œuvre. Nous verrons que l'absence de ce chaînon a des conséquences importantes.

Le concept de fixation fait l'objet d'une définition élaborée, qui tend toutefois un piège en faisant allusion au concept d'idée⁶²⁶. Cette définition pose de ce fait la question de la distinction entre les idées et les objets matériels. La loi américaine se consacre néanmoins à décrire de manière détaillée dans cette définition comment la fixation est accomplie, par le contexte assorti d'exemples de catégories d'œuvres⁶²⁷. La distinction entre les «idées» et les œuvres ayant été «fixées» est relativement claire. (Il est clair que les idées non exprimées ne sont pas protégées: «Copyright protection subsists, in accordance with this title, in *original* works of authorship, *fixed* in any tangible medium of *expression*[...]».)

Le tout devient cependant plus nébuleux quand il devient essentiel de définir les confins du droit d'auteur américain. Par exemple, la question de la distinction entre les idées et leur expression a été soulevée à maintes reprises devant les tribunaux⁶²⁸. Cette distinction est établie en fonction du critère d'originalité : le droit d'auteur ne protège pas les idées, mais leur expression sous une forme originale. Historiquement, les tribunaux ont eu néanmoins beaucoup de fil à retordre à établir clairement cette distinction⁶²⁹.

⁶²⁶ Article 102 (b).

⁶²⁷ Article 101 dans les définitions.

⁶²⁸ La question a été soulevée notamment dans les affaires *Atari, Whelan* et *Digital : Atari, Inc. c. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (1982) (Cour d'appel des États-Unis, Septième circuit); *Whelan Associates, Inc. c. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222 (1986) (Cour d'appel des États-Unis, Troisième circuit); *Digital Communications Associates, Inc. c. Sofklone Distributing Corporation*, 659 F. Supp. 449 (1987) (Cour du District N. D., Georgie).

⁶²⁹ Voir *Whelan Associates, Inc. c. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, précitée, note 628, à la page 1235.

Essentiellement, le problème de la distinction entre l'idée et l'expression consiste en une difficulté terminologique. Plutôt que d'« idées », il serait préférable de traiter de la question en termes de « faits ». L'originalité d'une œuvre se mesure alors en fonction du choix et de l'arrangement des multiples faits qui la composent tel que l'a déterminé le plus haut tribunal américain dans l'affaire *Feist*⁶³⁰. Dans cette affaire, la Cour suprême américaine a dû se pencher sur la question de la protection des banques de données afin de circonscrire la notion d'originalité. Une compagnie de téléphone a poursuivi une société d'édition pour atteinte à un droit d'auteur. La société d'édition avait repris les données du bottin téléphonique de la compagnie de téléphone, afin de publier sa propre version d'un bottin concernant les mêmes abonnés téléphoniques. Le bottin de la société d'édition reprenait l'essentiel des informations contenues dans celui de la compagnie de téléphone. Il reprenait, en particulier le nom, la ville et le numéro de téléphone des abonnés. La Cour a statué que ces informations sont des faits qui ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur.

Dans la décision *Feist*⁶³¹, la Cour s'est penchée sur le concept d'originalité. La Cour a souligné notamment que l'originalité, et non la théorie du travail (en anglais « sweat of the brow »), doit être considérée comme la pierre angulaire d'une protection du droit d'auteur en vertu de la loi américaine. En d'autres termes, la Cour a rejeté la quantité d'effort ou de travail de l'auteur comme considération dans la détermination de l'existence ou non d'un droit d'auteur. La cour a précisé que le critère d'originalité établit une exigence que l'œuvre ait été créée indépendamment (et non qu'elle ait été copiée d'autres œuvres) et que sa création ait nécessité un apport créatif minimal (p. 1287). La Cour a ajouté que l'apport créatif requis pour satisfaire à cette exigence est extrêmement modeste (p. 1287).

En traitant de la distinction entre l'idée et son expression, la Cour s'exprime ainsi :

« (C)opyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work. *This principle, known as the idea / expression or fact / expression dichotomy*, applies to all works of authorship. As applied to a factual compilation, assuming the absence of original written expression,

⁶³⁰ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S. Ct. 1282 (C.S. É.-U., 1991).

⁶³¹ *Ibid.*

only the compiler's selection and arrangement may be protected; the raw facts may be copied at will. »⁶³²

Par la suite, la Cour parle de la distinction entre les faits et leur expression, plutôt que de la distinction entre les idées et leur expression⁶³³. Cela peut être attribué au fait que cette affaire a trait à une « banque de données », et que la Cour traite de ces « données » comme étant des « faits ». Néanmoins, il nous apparaît que ce choix terminologique plus heureux, si adopté en définitive dans tous les cas, permettrait de clore le débat concernant la dichotomie idées / expression.

En somme, la loi américaine est remarquablement cohérente conceptuellement, grâce, en particulier, à ses descriptions détaillées de ce en quoi consiste la fixation. Cependant, l'allusion au concept d'« idées » n'est pas des plus heureuses. De plus, les catégories d'œuvres citées en exemple à l'article 102 se rapportent à des types particuliers d'objets perceptibles. La mention de ces catégories à titre d'exemples de catégories d'œuvres et l'emploi de l'expression « objets matériels » conduisent à une conception dualiste de l'objet du droit d'auteur qu'elle tente de définir : la loi américaine distingue les idées des « objets matériels ». Ce sont là des pièges qui ouvrent la voie à des difficultés d'application, tel qu'exemplifié par l'affaire *Feist*⁶³⁴. La formulation pourrait plus explicitement souligner la nature de l'œuvre en tant que complexe de faits empiriques visuels, acoustiques et, peut-être, tactiles.

CANADA

Au Canada, la loi assujettit la protection de certains types de créations à leur « fixation sous forme matérielle ». Ainsi, en est-il pour l'« œuvre dramatique » définie à l'article 2 :

« « œuvre dramatique » Y sont assimilées les pièces pouvant être récitées, les œuvres chorégraphiques ou les pantomimes dont l'arrangement scénique ou la mise en scène *est fixé par écrit ou autrement*, les œuvres cinématographiques et les compilations d'œuvres dramatiques. »

⁶³² *Ibid.*, à la page 1290. Les italiques sont les nôtres.

⁶³³ Voir à la page 1290.

⁶³⁴ *Feist Publications, Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, précitée, note 630.

De même quant à la « prestation » :

« « prestation » Selon le cas, que l'œuvre soit ou non encore protégée ou non et qu'elle soit déjà *fixée sous une forme matérielle quelconque (...)* »

La création, une fois fixée, acquiert alors une existence dite « matérielle » sur un support quelconque, telle la toile et la peinture pour un tableau. La création est traduite sous sa forme de destination, combinaison visuelle et tangible de traits, courbes et textures. Un autre exemple serait celui du ruban magnétique pour l'enregistrement sonore.

L'avènement des divers supports médiatiques a suscité l'acceptation en droit d'auteur canadien des créations sous une forme « alternative ».

À l'article 3, « droit d'auteur » est défini comme « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, *sous une forme matérielle quelconque (...)* ». De la même façon, le sous-alinéa 15(1)(a)(iii) évoque la fixation de la prestation de l'artiste-interprète « sur un support matériel quelconque » et l'alinéa 18(1)(b) évoque la reproduction d'un enregistrement sonore « sur un support matériel quelconque ». L'expression « forme matérielle » se retrouve tout naturellement dans les textes de doctrine canadienne. Par exemple, Me Hughes traite ainsi de l'exigence canadienne de fixation :

«(the work) must be expressed to some extent at least in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance.»⁶³⁵

La décision de la Cour de l'Échiquier en 1954 dans l'affaire *Canadian Admiral*⁶³⁶ a fait en sorte que toute oeuvre devenait assujettie au critère de la fixation. Suivant cette décision, la loi canadienne ne reconnaissait pas les oeuvres musicales ou les chorégraphies jusqu'à ce qu'elles aient été « fixées matériellement ». Les propos du tribunal illustrent la confusion entre l'œuvre et son support tangible qui n'ont toujours pas été purgés du droit d'auteur canadien. Les créations non « fixées matériellement » ne bénéficiaient pas de la protection du droit d'auteur:

⁶³⁵R. T. HUGHES, *Hughes on Copyright and Industrial Design*, Markham, Butterworths, 1995 (feuilles mobiles), p. 353.

⁶³⁶Précitée, note 533.

«I have given careful consideration to the terms of the Copyright Act and more particularly to the provisions of s. 2 and 3, and the conclusion seems inescapable - at least to me - that for the copyright to subsist in a "work" it must be expressed to some extent at least in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance. All of the works included in the definitions of "artistic work" and "literary work" (s. 2(b) and (n)) have a material existence; "musical work" by s. 2(p) must be printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced. Likewise, in regard to "dramatic works" there is a requirement which I have noted, namely that the scenic arrangements or acting form must be fixed in writing or otherwise. "Cinematographic production" which are also dramatic works are obviously "fixed otherwise", since, as will be noted later, they involve the making of films.»⁶³⁷

Suivant l'interprétation de la Cour de l'Échiquier dans l'extrait ci-dessus, le critère de fixation s'appliquait à toutes les catégories d'œuvres. Depuis, plusieurs changements ont été apportés à la loi pour nuancer ce principe. On a abandonné le critère de la fixation par rapport à certaines catégories d'œuvres. Notamment, en vertu d'un amendement à la définition d'«œuvre musicale» dans la *Loi sur le droit d'auteur*, il a été abandonné par rapport aux œuvres musicales⁶³⁸. Aujourd'hui, seuls les programmes d'ordinateur et les œuvres dramatiques doivent être fixés en vertu de l'article 2. Les œuvres dramatiques doivent être «fixées» par écrit ou autrement afin d'être considérées comme telles.

Par ailleurs, le paragraphe 3(1.1) stipule que dans le cadre d'une communication au public, par télécommunication, d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, « une œuvre est *fixée* même si sa *fixation* se fait au moment de sa communication ». Ce paragraphe a été introduit dans la loi canadienne suite à l'affaire *Canadian Admiral*⁶³⁹, afin de confirmer que les émissions diffusées en direct sont « fixées » au sens de la loi. Cette disposition a cependant pour effet d'assimiler la fixation à un processus intervenant lorsque l'œuvre a déjà fait l'objet d'une expression. Ainsi, la fixation ne consiste non pas à « extérioriser des idées », mais à empreindre ces idées, qu'elles aient été déjà extériorisées ou non, en un support reconnu par la loi, de sorte que l'impression d'une œuvre en ce support constitue la fixation de l'œuvre en ce support. Illustrons d'un exemple. Une partie de football est télédiffusée en direct. En

⁶³⁷*Ibid.*, pp. 394-395 (J. Cameron).

⁶³⁸R. T. HUGUES, *op. cit.*, note 635, p. 353; *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

⁶³⁹Précitée, note 533.

supposant que la captation des images de ce match de football par une caméra et la numérisation de ces images en temps réel ne satisfasse pas l'exigence de fixation (ce qui n'est plus le cas, tel que confirmé par la jurisprudence et des amendements législatifs subséquentement à l'affaire *Canadian Admiral*⁶⁴⁰), alors ce paragraphe 3(1.1) intervient afin de confirmer que par la communication du signal porteur des images de ce match de football, il y a fixation de l'œuvre. En l'occurrence, l'œuvre peut être soit le match de football ou soit le film de ce match, selon que l'un ou l'autre puisse satisfaire le critère d'originalité du droit d'auteur canadien (ce qui n'est vraisemblablement pas le cas en ce qui concerne le match). Outre cette disposition, la loi canadienne ne définit pas la fixation ni ne spécifie si elle est requise dans tous les cas⁶⁴¹.

Ajoutons que la fixation est également évoquée dans plusieurs autres dispositions de la loi canadienne, notamment l'alinéa 21(1)(a) et les paragraphes 23(1), (3) et (4), 26(1) et (7) et 44.4.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. (CAPAC) c. C.T.V. Television Network Ltd.*⁶⁴² témoigne de la difficulté à distinguer l'œuvre de son support tangible⁶⁴³. Dans l'extrait suivant, la cour distingue entre l'œuvre musicale et sa reproduction sonore:

«CAPAC's claim is based essentially on the words of subs. (1) of s. 3 of the Act, whereby it is enacted that "copyright" includes the sole right

...f) in case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate such work by radio communication; and to authorize any such acts as aforesaid.

In considering this provision, it is essential to note the following definitions in s. 2 of the Act:

(p) "musical work" means any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing, or otherwise graphically produced or reproduced;

⁶⁴⁰*Ibid.*

⁶⁴¹O. LEVENBERG, *loc. cit.*, note 539, 80.

⁶⁴²[1968] R.C.S. 676, 680.

⁶⁴³Y. GENDREAU, *loc. cit.*, note 574, 175.

(q) "performance" means any acoustic representation of a work or any visual representation of any dramatic action in a work, including a representation made by means of any mechanical instrument or by radio communication.

In the light of the above definitions, it is obvious that what was done on the occasion described in the action is not the communication of the "musical works". Leaving aside any technical considerations respecting the nature of the signals transmitted from CTV to the affiliated stations, *these signals did not communicate the "musical works" as defined in the Act, that is graphic reproductions of melody and harmony*. What was communicated was not the "works" but "a performance of the works". Thus, on a literal construction of the Act, CAPAC's case fails in so far as it rests on sub-para (f).»⁶⁴⁴

Ainsi, la cour, dans cet extrait, distingue entre l'œuvre – qu'elle identifie à «the graphic reproduction of melody and harmony» (vraisemblablement, la partition musicale), et l'exécution d'une oeuvre. L'œuvre serait-elle alors la partition – littéralement le document imprimé sur papier – ou plutôt les données qui y sont empreintes?

Dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music*⁶⁴⁵, on retrouve un autre exemple de la confusion de l'œuvre et son support. La cour applique la loi aux faits en l'espèce. Ce faisant, il en résulte la confusion, possiblement du livre imprimé et certainement du microsillon, avec l'œuvre sous-jacente:

«It is difficult to find any factual difference between *the printer of a literary work* [...] and *a record presser*. *Each produces a "work" in a "material form" in which copyright resides; the former producing in printed form a literary work, and the latter producing in material form a contrivance which by s. 4(3) is, in this case, deemed to be a "musical work"*.»⁶⁴⁶

⁶⁴⁴*Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. (CAPAC) c. C.T.V. Television Network Ltd.*, précitée, note 642, à la p. 680. (Les italiques sont les nôtres.)

⁶⁴⁵Précitée, note 527.

⁶⁴⁶*Ibid.*, à la p. 366 (j. Estey). (Les italiques sont de nous.)

Dans l'affaire *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*⁶⁴⁷, il fut décidé que la mise d'un programme d'ordinateur en mémoire vive d'un ordinateur constitue une fixation sous une forme matérielle de ce programme:

«The opening words of section 3 clearly cover the Plaintiff's program as embodied in a ROM chip. Such embodiment is surely the production or reproduction of the work in a material form, just as a record or a cassette tape is a production or reproduction of a work in a material form [...]»⁶⁴⁸

Cette décision a pour effet d'étendre la portée de l'expression «fixation sous une forme matérielle quelconque», afin de tenir compte de la nouvelle réalité technologique: le concept de fixation sous une forme matérielle inclus désormais la confection d'une microplaquette en laquelle est intégré un code informatique:

«I agree with MacGuigan J. that the silicon chip should be viewed as a static object encoded with written instructions rather than as constituting a dynamic interchange of electrical impulse. It follows that the program embodied in the silicon chip is properly subject to protection by copyright and the unauthorized copying of that program constitutes a violation of copyright.»⁶⁴⁹

La confusion de l'œuvre et son support est également manifeste dans la documentation émanant de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. (OPIC). Par exemple, la Circulaire no. 7 de l'OPIC datée de janvier 1995 intitulée «Description de la nature de l'œuvre» définit les oeuvres littéraires de la manière suivante : «[oeuvres] littéraires : désigne les oeuvres formées de textes. Cette définition englobe les romans, les poèmes, les paroles de chansons (sans la musique), les tableaux, les compilations d'oeuvres littéraires, les catalogues, les rapports et les traductions de ces oeuvres.»

En outre, la *Loi de 1997 modifiant la Loi sur le droit d'auteur* (Projet de loi C-32)⁶⁵⁰ reprend la terminologie fondée sur un concept de matière qui est nébuleux.

⁶⁴⁷[1987] 1 C.F. 173 (C.F.) [1988] 1 C.F. 673 (C.A.F.) confirmé [1990] 2 R.C.S. 209, (1990) 30 C.P.R. 257 (C.S.C.).

⁶⁴⁸*Ibid.*, à la p. 194 de la décision de la Cour fédérale de première instance (j. Reed). Le juge Mahoney de la Cour fédérale d'appel se dit en accord complet avec cette affirmation (pp. 685-686 du jugement de la Cour fédérale d'appel).

⁶⁴⁹*Ibid.*, aux pages 215-216 de la décision de la Cour suprême du Canada (j. Cory).

⁶⁵⁰ Qui a reçu la sanction royale le 25 avril 1997.

À ce chapitre, citons en exemple la définition de l'expression «enregistrement sonore» et celle du terme «prestation» à l'article 2 de la loi. En vertu de ces définitions, tant l'enregistrement sonore que la prestation, pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, doivent être «fixés sur un support matériel quelconque». Mais alors quel enregistrement sonore ne serait pas «fixé sur un support matériel quelconque» et quelle prestation ne serait pas «fixée sous une forme matérielle quelconque»? Quant aux prestations, on peut se demander si les exécutions devant public, qu'il s'agisse d'exécutions musicales, chorégraphiques ou autres, seraient considérées «fixée(s) sous une forme matérielle quelconque». Afin de répondre à cette question, servons-nous du concept de fixation qui est défini plus clairement dans la loi américaine. Pour qu'il y ait fixation, il doit y avoir impression de la prestation en un support tangible et durable⁶⁵¹. De plus, la loi américaine ne protège pas les idées, seulement leur expression⁶⁵². Suivant ces paramètres, pour qu'il y ait fixation, il doit y avoir expression, qui résulte en l'impression de la prestation *en un support tangible et durable*. Ainsi, les idées dans l'esprit de l'auteur ne sont pas fixées tant qu'elles n'ont pas été exprimées. Quant aux exécutions devant public, on pourrait soutenir que par leur exécution, les prestations se trouvent à être *communiquées* «sous une forme matérielle quelconque» mais que, néanmoins, l'exécution devant public n'emporte pas nécessairement la *fixation*.

Le Projet de loi C-32, par ailleurs, perpétue la confusion œuvre-support qui subsiste au sein de la loi canadienne. Les catégories d'œuvres définies dans la loi canadienne sont complexes. Elles se chevauchent, tout comme dans la loi américaine. Cependant, la loi canadienne établit une énumération exhaustive. Les catégories d'œuvres énumérées dans la loi canadienne témoignent de la confusion entre l'œuvre et son support. Prenons par exemple la définition d'«œuvre artistique» à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* et le paragraphe 2.2(2) de cette loi, tels que modifiés par le Projet de loi C-32. L'article 2 stipule que «(s)ont compris parmi les œuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures...». En vertu de cet article, l'œuvre n'est donc pas empreinte dans la peinture, le dessin, la sculpture, etc., mais plutôt l'œuvre est la peinture, le dessin, la sculpture, etc. Quant au paragraphe 2.2(2), il stipule que «(p)our l'application du paragraphe (1), l'édition de photographies et de gravures, de sculptures et d'œuvres architecturales n'est pas réputée être une publication *de ces œuvres*»⁶⁵³. Cette

⁶⁵¹ Article 102 et définition de «fixed» à l'article 101.

⁶⁵² Article 102.

⁶⁵³ Les italiques sont les nôtres.

disposition assimile par conséquent les photographies, les gravures et les sculptures à des œuvres et non, par exemple, à des fixations d'œuvres. De même, on assimile à une œuvre architecturale « (t)out bâtiment ou édifice (...) ». Dans ces définitions, l'œuvre et son support se confondent, de sorte que par exemple le bâtiment *est* l'œuvre, selon la loi.

Quant aux droits exclusifs, mentionnons que le critère de fixation intervient également dans la définition du droit de reproduction. Le paragraphe 3(1) définit un droit de production et de reproduction d'œuvres « sous une forme matérielle quelconque », de sorte que c'est la production ou reproduction de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque qui est protégée.

Enfin, la loi canadienne a recours à la « création » à titre de facteur de rattachement. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 5 et l'alinéa a de ce paragraphe se lisent ainsi :

« (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-dessus, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale si l'une des conditions suivantes est réalisée : (a) pour toute œuvre publiée ou non, y compris une œuvre cinématographique, *l'auteur était, à la date de sa création, sujet britannique, citoyen, sujet ou résident habituel d'un pays signataire ou avait sa résidence dans les royaumes et territoires de Sa Majesté* »⁶⁵⁴

Plutôt que le critère de fixation, c'est donc le lieu de résidence ou de citoyenneté de l'auteur à la date de la création de l'œuvre qui sert à titre de facteur de rattachement.

En résumé, la loi canadienne utilise le critère de fixation, notamment quant à la définition des œuvres dramatiques. De plus, le paragraphe 3(1.1) a pour effet de suggérer que l'exigence de fixation vise également les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques. La loi canadienne a recours à l'expression « fixation sous une forme matérielle quelconque ». Cette expression ambiguë complique considérablement la distinction entre l'idée et la forme. La distinction entre l'idée non exprimée et l'idée exprimée est problématique au sein de la loi canadienne étant donné l'absence de définition du concept de fixation. La jurisprudence est venue pallier dans une certaine

⁶⁵⁴ Les italiques sont les nôtres.

mesure cette difficulté⁶⁵⁵, mais l'exercice s'est avéré long et truffé de confusion⁶⁵⁶. Les œuvres architecturales, artistiques, littéraires et photographiques sont définies à l'article 2 en fonction d'objets « matériels », de sorte que l'œuvre et son support sont confondus⁶⁵⁷. La confusion de l'œuvre et de son support se manifeste également au sein des articles 44 à 45, qui visent l'importation d'œuvres (et notamment d'œuvres littéraires) au Canada. On y traite alternativement de l'importation d' « exemplaires de l'œuvre / d'une oeuvre » et d' « exemplaires d'un livre / de livres »⁶⁵⁸.

* * *

En somme, face à l'essor des nouvelles technologies de communication de l'information depuis le XVIII^e siècle, les catégories d'œuvres ont connu un élargissement progressif. Cet élargissement a eu pour conséquence de mettre l'œuvre de plus en plus à l'étroit dans le corset de la conception matérialiste du droit d'auteur⁶⁵⁹. La dichotomie matière-esprit qui a été historiquement omniprésente dans les conceptions de la science⁶⁶⁰, s'est intégrée au droit d'auteur. Elle a conduit à la distinction entre les aspects matériels et immatériels de l'œuvre. L'œuvre « immatérielle », avons-nous souligné, est un concept vague⁶⁶¹, d'autant plus que l'idée sise dans le cerveau pourrait être qualifiée de « fixée sous une forme matérielle » momentanée, tout comme l'œuvre numérisée⁶⁶². Déjà au XVIII^e siècle, les grands penseurs européens, dont des juristes, constataient la distinction entre l'œuvre et son support « matériel ». Il est étonnant que subsiste, deux cents ans plus tard, la confusion entre l'œuvre et son support. Ce problème engendre des difficultés d'ampleur considérable dans l'application du droit d'auteur. Il se manifeste

⁶⁵⁵ *Apple Computers c. Mackintosh Computers*, précitée, note 647.

⁶⁵⁶ *Canadian Admiral Limited c. Rediffusion Limited*, précitée, note 533. Voir notre discussion de cette affaire, *supra*, pp. 130-132.

⁶⁵⁷ Voir également le paragraphe 2.2(2).

⁶⁵⁸ Voir notamment aux dispositions suivantes : 44.1(2)(a), 44.2(1)(a) et 45.(1).

⁶⁵⁹ Nombreuses ont été les critiques, notamment, quant à la désuétude de la loi canadienne par rapport aux nouvelles technologies de communication: par exemple, voir P. MAXWELL, «Cable and Copyright: The Victor Belongs to the Spoils», 12 *C.P.R.* (2e) 259; J. P. BARLOW, «Everything you know about intellectual property is wrong», *WIRED*, vol. 2 no. 3, (mars 1994), pp. 84-90, 126-129; M. BLAKENEY, «Electronic Infringement – The New Piracy», (1995) 12 *Cop. Rep.* 17, 18; C. LIND, «The Idea of Capitalism or the Capitalism of Ideas? A Moral Critique of the Copyright Act», (1991) 7 *LP.J.* 65; G. F. HENDERSON, «Protection for Originality», (1970) 63 *C.P.R.* 1, 3.

⁶⁶⁰ Voir notamment *supra*, pp. 14 et suiv.

⁶⁶¹ *Supra*, p. 105.

⁶⁶² Voir nos propos concernant les configurations biologiques et la cognition, *supra*, pp. 86 à 88.

dans chacune des législations et conventions internationales dont nous avons traité dans la présente section. Il se retrouve également de manière généralisée dans le langage courant des juristes en droit d'auteur.

De manière générale, nous avons recensé au cours de notre discussion jusqu'ici trois facteurs principaux contribuant aux difficultés soulevées par le critère de fixation en droit d'auteur. Il s'agit d'abord de l'utilisation de fictions juridiques. L'emploi de telles fictions a pour effet d'amplifier le degré d'abstraction du droit d'auteur en tant que science. Cet usage de fictions juridiques peut être attribué dans une certaine mesure au manque d'intégration entre le droit d'auteur et la science de manière générale. Nous avons vu que l'intégration progressive de la science et le rejet de la « chose-en-soi » ont permis de clarifier des concepts tels que les idées, la connaissance et la matière et la relation entre ces concepts⁶⁶³. Il est possible d'importer ces concepts de la science d'aujourd'hui et de les incorporer à la théorie du droit afin de formuler de manière plus claire et cohérente notamment la distinction entre l'idée, son expression originale et le support de l'œuvre en droit d'auteur de même qu'une définition de la fixation et de l'objet du droit d'auteur.

Un deuxième facteur, voisin du premier, contribuant aux difficultés soulevées par le critère de fixation en droit d'auteur est son incomplétude en tant que système. Cette incomplétude découle notamment de l'imprécision de concepts tels ceux d'œuvre, de fixation, d'originalité et de support, ces concepts ayant rarement fait l'objet d'une définition et d'une mise en relation en fonction d'un élément commun et en vue de former un système cohérent. En l'absence de telle définition et mise en relation, le droit d'auteur en tant que système contient des propositions indécidables suscitant les difficultés que nous avons soulignées, notamment quant aux catégories d'œuvres ; à la distinction entre l'œuvre et son support ; la définition de la fixation et de l'originalité ; et la distinction entre l'idée et son expression.

Le troisième facteur contribuant aux difficultés soulevées par le critère de fixation en droit d'auteur chevauche les deux précédents. Il s'agit du fait que le droit d'auteur est conceptualisé en fonction de « macro-éléments » tels que des objets tangibles (par exemple quant aux catégories d'œuvres, les sculptures et les tableaux) plutôt qu'en

⁶⁶³ Voir *supra*, pp 75 à 93.

fonction du dénominateur commun de son objet (l'œuvre), ce dénominateur commun étant en l'occurrence la donnée. En conséquence, les concepts du droit d'auteurs sont inutilement complexes et nébuleux.

Dans la section qui suit, nous allons présenter un cadre conceptuel conforme à la science de ce début de XXI^e siècle. Ce cadre conceptuel nous permettra par la suite de dégager des concepts d'œuvre et de fixation de l'œuvre immunisés des difficultés que nous avons soulignées dans la présente section.

B. Cadre conceptuel

La numérisation devient un moyen universel d'utilisation des œuvres et, en général, de l'information⁶⁶⁴. L'information, devenue l'épicentre conceptuel de la société contemporaine, revêt des sens multiples. Notamment, le concept d'œuvre y est assimilé à l'occasion⁶⁶⁵. L'information est-elle matérielle ou immatérielle? Comment réconcilier le fait qu'une œuvre immatérielle puisse être «fixée sous une forme matérielle»? Qu'est-ce qui est matériel et qu'est-ce qui ne l'est pas? La réponse à ces questions permettrait de résoudre les difficultés soulevées en droit d'auteur par l'utilisation des œuvres à l'aide des nouvelles technologies de communication de l'information. Cette réponse nécessite la définition cohérente des concepts de matière, de connaissance et d'information, en fonction desquels, en revanche, se définit celui de fixation de l'œuvre en droit d'auteur.

Une conception rigoureuse exige la définition précise de la terminologie employée. La nécessité que soit défini en fonction d'un vocabulaire précis et cohérent tout système de connaissance est fermement établie, en particulier depuis le néopositivisme⁶⁶⁶. Les divers concepts constitutifs d'une science forment une matrice, les uns permettent la définition des autres. Pourtant, l'étude de l'un de ces concepts, en abstraction des autres, conduit à un cul-de-sac. Définir l'un de ces concepts consiste à expliquer sa relation par rapport aux autres concepts fondamentaux. Sans une telle mise en relation, la définition d'un concept ne peut que produire des incohérences.

⁶⁶⁴ *Supra*, pp. 1 à 4.

⁶⁶⁵ Le concept d'œuvre est assimilée à celle d'information, par exemple, lorsque l'on parle de communication d'information et que l'information faisant l'objet d'une communication comprend des œuvres sous forme numérique.

⁶⁶⁶ *Supra*, pp. 79 à 84.

Dans les pages qui suivent, nous étudions la terminologie servant de fondement au droit d'auteur. Nous proposons de définir et de mettre en relation, en fonction de la science de ce début de XXI^e siècle, les concepts fondamentaux d'idées, de connaissance et de matière et plusieurs autres concepts connexes tels ceux d'information, d'encodage, d'interactions, ceux-là étant instrumentaux à la définition de ceux-ci⁶⁶⁷. Il s'agit d'arrêter un vocabulaire limpide, afin de faire lever du système de connaissance du droit d'auteur, y compris des concepts qu'il puise d'autres sciences, les colorations brumeuses qui compliquent la navigation parmi les concepts qui font partie du droit d'auteur.

Notre présentation d'un cadre conceptuel contemporain est faite dans un premier temps en fonction de thèmes. Nous abordons une série de thèmes afin d'établir une relation cohérente entre les concepts de données, de connaissance et de matière. Chaque thème englobe la définition d'un ou de plusieurs concepts. Nous définissons notamment la connaissance en fonction de sa composante élémentaire, la donnée, et traitons du caractère relatif de notre connaissance de la matière. Par la suite, nous serons en mesure de définir le concept de fixation en fonction de cette relation.

1. Connaissance et matière

Suivant la conception que nous présentons dans la section qui suit, la personne humaine, *connaît* la matière. Toute considération de quelque matière émane de sa *connaissance* de cette matière. Par conséquent, il est opportun d'entreprendre notre présentation d'un cadre conceptuel en traitant des données de la connaissance. Nous pourrons par la suite expliquer en fonction de ces données de la connaissance la connaissance de la matière.

(a) Les données de la connaissance

Qu'est-ce que la connaissance et quels en sont les éléments? Notre conception part du concept élémentaire de *donnée*. La donnée constitue la composante

⁶⁶⁷Voir l'annexe 2, qui offre un aperçu des concepts de certains concepts élémentaires de la science et de certains concepts élémentaires du droit d'auteur faisant l'objet de notre discussion dans ce mémoire, et notamment dans la présente section.

élémentaire de la connaissance ; la donnée est un contraste perçu depuis nos sens, rappelé ou imaginé⁶⁶⁸. Par exemple, un son est détecté par contraste au silence ou d'une coloration sonore distincte. La perception par la vue se fait en détectant les contrastes de lumière (et notamment de couleurs). Dans les ténèbres, on ne distingue rien. Tout est noir. Il faut une source de lumière, même si très faible, pour produire un contraste de luminosité par rapport au noir opaque des ténèbres. Imaginons un aventurier en Antarctique qui échappe sa cantine de café chaud sur le sol enneigé. Il pourra la repérer grâce aux contrastes visuels, tactiles, odorants, acoustiques et autres, qui la distinguent du milieu où elle est tombée: sa couleur, sa température, l'odeur du café, la texture de la cantine et, peut-être, le son du café qui s'agite dans la cantine qui vient de tomber. Toute connaissance humaine – et toute idée, pourrait-on préciser – est un tel jeu de contrastes ou, à la rigueur, un tel contraste. En d'autres termes, toute connaissance est réductible en un complexe de données⁶⁶⁹. À partir du concept élémentaire de donnée, d'autres composantes progressivement plus complexes de la connaissance se dégagent : les faits, les objets, les idées et l'information.

L'univers de notre connaissance est un complexe organisé de faits⁶⁷⁰. Un *fait* est un complexe organisé et circonscrit de données de l'imagination ou de la perception. Ces faits s'opposent à quelque chose d'inintelligible. Le fait le plus élémentaire est un contraste. Par exemple « une maison quelconque », « Jo est heureuse » et « la sincérité » sont des faits. Plusieurs faits, collectivement, peuvent constituer un fait complexe. Par exemple, la phrase « Nelson est dans la maison bleue » contient plusieurs faits. La référence à « Nelson » évoque un individu. À l'idée de ce individu peut se rattacher une multitude de faits pour la personne qui connaît le Nelson en question. Les termes « maison bleue » évoquent le fait d'une maison et le fait qu'il s'agit d'une maison bleue. L'article « la » désigne une maison bleue en particulier et suggère que cette maison est connue.

⁶⁶⁸ Locke distingue ainsi les données de l'imagination de celles de la perception : « The origin of ideas is *experience*, and experience takes two forms, *sensation* and *reflection*. » S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 266.

⁶⁶⁹F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237, p. 56. C'est ce que préconisa Leibniz, qui affirma, dès le XVII^e siècle, que toute la connaissance humaine pourrait être représentée sous forme de code binaire: S. SAXBY, *op. cit.*, note 433, p. 87.

⁶⁷⁰Glass, Holyoak et Santa définissent plutôt la connaissance comme la représentation de l'information en mémoire: A. L. GLASS, K. J. HOLYOAK et J. L. SANTA, *Cognition*, Reading, MA, Addison-Wesley, 1979, chapitre 1 («The Representation of Knowledge»), p. 1.

Les « données » et les « faits », en tant que paramètres de conception, nous serviront à définir le concept d'œuvre. Nous y reviendrons.

Un *objet* est un complexe organisé et circonscrit de faits perçus ou imaginés et caractérisé notamment par sa forme et son comportement par rapport à son milieu. En d'autres termes, un objet est constitué d'un ou plusieurs fait(s) perçu(s) ou imaginé(s). Par exemple, une table, un rocher et un vélo sont des objets. Un canard est un objet vivant. La phrase « le canard est sur la table » décrit un fait impliquant deux objets : le canard et la table.

La *forme*, dans l'un de ses sens, désigne les attributs des objets de notre perception ou de notre imagination en fonction des données de nos sens (immédiates ou mémorisées)⁶⁷¹. La forme consiste en un jeu de faits constitués de données de l'imagination ou de données des sens, et en particulier des sens de la vue, du tact et, par extension, de l'ouïe. La forme étant un jeu de faits, la forme la plus élémentaire est la donnée (le contraste). La forme d'un objet est donc un complexe de données. Ce complexe de données décrit le caractère sensible, mais n'explique pas le comportement de l'objet par rapport à son milieu. La science nous fournit cependant cette explication.

La *science* est un tableau organisé de la connaissance humaine considérée d'un point de vue objectif. En formulant des définitions des éléments de l'univers qu'elle connaît, et en établissant des relations entre ceux-ci, l'humanité crée progressivement des corps de connaissances – les sciences – qui traitent des divers aspects de l'univers qu'elle connaît. Aujourd'hui, l'ensemble des sciences particulières – *la science* – intègre les corps de connaissance. La science organise (systématise) la connaissance⁶⁷². Les

⁶⁷¹ C'est le sens « A » que lui confère Lalande : « A. Figure géométrique constituée par les contours d'un objet. S'oppose à la matière dont cet objet est fait. » : A. LALANDE, *op. cit.*, note 440, p. 371. À ce sens « A », Lalande joint une description du concept de « forme » selon Kant : « Kant distingue dans la connaissance : d'une part, une matière (Stoff), donnée propre et immédiate de la sensation, dont la présence, imposée à l'esprit, révèle qu'il y a quelque chose d'autre que lui; et, de l'autre, une forme (Form), constituée par les lois de la pensée qui établissent, entre les données multiples des sens, des rapports permettant de les percevoir et de les comprendre. Les temps est la forme du sens interne; l'espace est la forme du sens externe; tous deux sont des formes *a priori* de la sensibilité. » : *ibid.*, p. 371.

⁶⁷² Parmi les grands philosophes contemporains, Heidegger aborda, en 1936, la question du système, c'est-à-dire la configuration intégrale du savoir en système. Ses réflexions prenaient notamment racine dans l'idéalisme de Fichte, Schelling et Hegel : P. GROSOS, Système et subjectivité – L'enjeu de la question du système Fichte, Hegel, Schelling, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1996, p. 11.

premiers efforts dans le but d'intégrer les sciences⁶⁷³ furent autrefois l'apanage de la métaphysique. Au fil des siècles, de nombreuses disciplines scientifiques sont nées. Les diverses sciences sont aujourd'hui mises en relation suivant le modèle de la réduction des théories⁶⁷⁴. Ce modèle propose une science tout à fait intégrée représentée sous forme d'une arborescence. L'étude de la théorie d'une science particulière telle le droit consiste à représenter celle-ci en tant que système⁶⁷⁵. Elle consiste également à structurer et à hiérarchiser les composantes de cette science jusqu'à celles les plus élémentaires⁶⁷⁶ de cette science. L'étude aujourd'hui de la théorie d'une science telle le droit consiste par surcroît à la rattacher à l'arbre global de la connaissance. Les sciences empiriques⁶⁷⁷ de la nature et les sciences juridiques – le droit – constituent des branches de cette arborescence⁶⁷⁸. Chaque branche comporte de multiples échelles conceptuelles.

Un complexe organisé et circonscrit de données imaginées est une *idée*. En d'autres termes, l'idée consiste en un ou plusieurs fait(s) imaginé(s).

*L'espace et le temps*⁶⁷⁹, suivant notre conception, sont des concepts qui découlent des données perçues sous forme de contrastes visuels, acoustiques, odorants,

⁶⁷³Par «intégration des sciences», nous entendons la mise en relation, les unes par rapport aux autres, des diverses disciplines scientifiques telles la philosophie et le droit.

⁶⁷⁴Voir *supra*, pp. 82 à 84.

⁶⁷⁵Le professeur Hart, cité par monsieur Neil MacCormick, définit ainsi le droit en tant que système: «A legal system [...] comprises a set of mutually interrelated primary rules, which regulate the duties of persons in a society, and secondary rules which empower individuals in private or public capacities to vary the incidence of, or alter, or apply others among, the whole set of rules. What unifies the whole set into a system is the existence of a criteria for identifying all those rules which belong to it, and which thus settles the duty of officials to observe and give effect to all the other rules.»: N. MACCORMICK, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 229.

⁶⁷⁶Sur la formulation et les fondements d'une science, comprenant ses composantes élémentaires, voir *supra*, pp. 9-10, 82-84 et 139.

⁶⁷⁷La science empirique reconnaît certains complexes d'idées en tant que principes. Ces principes reflètent les lois de la nature constatées par l'expérience: Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56, p. 36. Pour une discussion de la relation entre la physique moderne et une réalité physique, voir Y. JOHANNISSE, *ibid.*, pp. 13 à 33 (chapitre 1). Afin de la reconnaître la validité d'un complexe d'idées en tant que principe, la science empirique, suivant la méthode expérimentale, exige que la cohérence du complexe d'idées soit vérifié par l'expérience: «Science employs a conceptual apparatus, that is, a system of concepts and theories that represent or symbolize the data of sense experience, as pressures, colors, tones, odors, and their possible interrelations.»: M. JAMMER, «The Nature of Scientific Concepts», dans A. B. ARONS et A. M. BORK, *op. cit.*, note 436, 93-95. La cohérence est déterminée en fonction des lois du comportement de la matière (ou de l'information), en somme, des lois de la nature.

⁶⁷⁸Sur l'arbre de la science, voir *supra*, pp. 82-84.

⁶⁷⁹Sur la caractérisation de l'espace-temps, voir notamment R. CARATINI, *op. cit.*, note 47, pp. 187 à 194. Voir également *supra*, pp. 29 et 90-91 et *infra*, p. 163.

tactiles et autres que nous livrent nos sens. Ce sont donc des constructions cognitives depuis les données les plus élémentaires de nos sens. Ces constructions se reflètent autant dans les idées issues des données de l'imagination. L'espace et le temps comptent parmi les concepts fondamentaux de la connaissance. Toute connaissance humaine étant un complexe de données (contrastes), l'espace et le temps sont des constructions depuis ces données.

Connaître consiste à associer successivement en faits des complexes de données depuis l'information perçue en temps réel ou le savoir rappelé. En d'autres termes, connaître consiste à percevoir, à mémoriser, à rappeler, à interpréter et à imaginer⁶⁸⁰.

Collectivement, et suivant des structures organisées, les données constituent la *connaissance*. La connaissance humaine se compose de vastes quantités d'idées de divers degrés de complexité. Ces idées forment des espèces de «molécules» ou complexes de données, organisés en systèmes. Par exemple, une personne a faim. Elle songe à une pomme. En s'imaginant cette pomme, ses pensées passent de la couleur de la pomme à sa texture et sa saveur. Elle s'imagine une pomme fraîchement cueillie – une mackintosh, par exemple.

Au fil de son activité intellectuelle, la personne humaine considère en tant que faits⁶⁸¹ des complexes d'idées ou d'information, sans égard aux composantes de ceux-ci: la façon qu'a la personne humaine de traiter la connaissance des objets qu'elle perçoit et qu'elle mémorise est de tronquer les «molécules de données» sur celles-ci. En quelque sorte, l'idée fait appel à des «molécules de données» tronquées. L'idée ne puise pas nécessairement toutes les connaissances que possède le sujet (qui connaît cette idée) sur la chose: l'esprit humain synthétise; il résume par quelques données l'intellection d'un objet. Par exemple, l'idée d'une pomme peut être telle que la pomme est considérée en tant qu'objet, sans tenir compte des millions de cellules végétales configurées de telle et telle façon. De même, l'automobile peut être considérée en tant qu'objet, sans égard à la carrosserie, les portières, le moteur, et les milliers de pièces dont elle est constituée.

⁶⁸⁰ Par extension, connaître consiste également à éprouver des sensations et des états affectifs: *infra*, pp. 151-152.

⁶⁸¹ Voir la définition du terme « fait »: *supra*, p. 141.

Les *facultés cognitives humaines* sont celles de percevoir, de mémoriser, de rappeler, d'interpréter et d'imaginer. Ces facultés sont intimement liées. Considérons l'illustration suivante : cinq spéléologues se trouvent dans une caverne. Leurs lampes sont éteintes. L'obscurité est presque totale. Ils et elles ne distinguent visuellement que quelques formes vagues – si vagues que chacun ne peut déterminer s'il s'agit de reflets dans des ruissellements d'eau sur les parois et sur le sol de la caverne ou si ces formes sont celles de ses collègues. À la limite, les spéléologues ne perçoivent que quelques contrastes, c'est-à-dire quelques données. Dans l'obscurité, l'une des spéléologues tente de se faire une image de son entourage, glanant l'information de ses sens autres que la vue – l'odorat, l'ouïe, le toucher, etc. Soudain, elle entend quelque chose. Elle discerne un certain mouvement, tout près. Elle interprète cette information comme étant la présence d'un ou une collègue, à proximité: la perception par la spéléologue de ces mouvements près d'elle lui rappelle d'autres perceptions, antérieures, d'un ou une collègue à proximité. La spéléologue se trompe peut-être. Le mouvement qu'elle vient de percevoir pourrait être celui, par exemple, d'une chauve-souris. Cet exemple illustre le principe suivant lequel le rappel des données mémorisées et l'imagination fournissent ensemble les données servant à compléter les idées et complexes d'idées de la connaissance.

Par ailleurs, la *perception* est un processus essentiel de la connaissance : la connaissance reflète les données de l'expérience, y compris celles de la perception. Pour que la personne humaine puisse connaître, elle doit percevoir:

«Notre esprit tire des objets sensibles toutes les images qu'il se fabrique à lui-même: elles n'ont pas d'autres sources que la perception et la sensation.»⁶⁸²

Les données issues de la perception sont de l'*information* pour le sujet qui les perçoit. De même, un fait perçu est une information. Toutes nos conceptions

⁶⁸²R. de SAINT-LAURENT, *L'imagination*, Avignon, Edouard Aubanel, 1950, pp. 15-16. D'ajouter cet auteur: «Mais nous ne saurions trop le répéter, il nous est absolument impossible de nous former et de conserver la moindre image des choses sensibles, si nous n'avons perçu ces choses auparavant.»: *ibid.*, p. 16. Voir également W. V. HANEY, «Perception and Communication», dans J. A. DE VITO (dir.), *Communication Concepts and Processes*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1976, 41-64, 43.

intellectuelles reflètent l'information que nous percevons depuis nos sens⁶⁸³. Sans perception, la personne humaine ne peut recueillir et bâtir aucune connaissance: il y a absence totale de paramètres par rapport auxquels serait construite toute connaissance et définie la conscience⁶⁸⁴.

La netteté de l'information que nous percevons dépend de la complexité des objets perçus et de la quantité d'information. Plus l'information que perçoit la personne humaine relativement à un objet, par exemple une roche, est abondante, plus la probabilité des hypothèses que la personne humaine pose à l'égard de la roche (par exemple quant à ses diverses propriétés : masse, température, forme, couleur, dureté, etc.) augmente. Cependant, plus l'objet perçu est complexe, plus il faut d'information afin d'en avoir une image nette. Au-delà d'un certain seuil, quant à la quantité d'information perçue, compte tenu de la complexité de l'objet, la personne humaine peut associer cette information à un repère cognitif et ainsi identifier l'objet perçu:

«Les images sont des représentations sensibles de nos perceptions et de nos sensations antérieures. Pour avoir à sa disposition beaucoup d'«images», qui sont la matière première du travail intellectuel, il faut donc avoir eu beaucoup de perceptions. En d'autres termes, il faut avoir beaucoup et bien observé. La qualité des «images» dépend du nombre des observations; leur netteté, de l'acuité des observations.»⁶⁸⁵

Toute donnée, que ce soit de l'imagination (c'est-à-dire une donnée issue du savoir) ou de l'information (c'est-à-dire une donnée issue de la perception), a une valeur symbolique. Souvent, les symboles peuvent représenter des idées particulières (par ex. un symbole qui représenterait la tour Eiffel), ou encore des idées générales (par ex. les mots «un lac» rappellent l'idée d'un lac quelconque, mais pas forcément d'un lac en particulier). Le *symbole* est un fait qui, lorsque connu, rappelle des idées⁶⁸⁶, par

⁶⁸³R. de SAINT-LAURENT, *ibid.*, p. 207.

⁶⁸⁴Tel le veut le postulat de la *tabula rasa* de John Locke: « (...) each person's mind is in the beginning like a blank sheet of paper upon which experience alone can subsequently write knowledge. » : S. E. STUMPF, *op. cit.*, note 47, p. 266; voir également G. BERKELEY, «Principles of Human knowledge», dans *The Empiricists*, Garden City, Anchor Books, 1974, 107-132. À tout le moins peut-on affirmer que dans ces circonstances, l'état de conscience serait complètement étranger à celui connu de la personne humaine qui perçoit et ressent, si bien que la spéculation sur le caractère d'une telle conscience dépasse certes le cadre de la présente analyse.

⁶⁸⁵R. de SAINT-LAURENT, *op. cit.*, note, 682, p. 129.

⁶⁸⁶L'information étant un complexe de données de l'expérience, le symbole est donc de l'information – un complexe d'information.

association cognitive⁶⁸⁷. La perception d'information conduit à un processus *d'interprétation*. Ce processus consiste à comparer l'information perçue par rapport au savoir. Il se crée un rapport que l'on peut qualifier en fonction du degré de symbolisme des objets perçus. Tous les faits peuvent être considérés en fonction de leur degré de symbolisme. En ce qui concerne les objets, peut parler de *symbolisme de la forme*. Par exemple, une personne perçoit des formes. Si cette personne identifie les formes qu'elle perçoit (en comparant ces formes perçues à des formes que son expérience lui a permis de mémoriser) comme étant les formes de ce qu'elle connaît comme étant une pomme, c'est qu'elle a déjà touché, goûté et vu d'autres pommes et qu'elle a mémorisé ces expériences. Les formes perçues peuvent également correspondre à un jeu plus complexe de faits dynamiques. Par exemple, une flèche tirée dans une pomme sise sur la tête d'un enfant évoque par symbolisme le personnage de Guillaume Tell.

La personne humaine connaît par l'entremise de symboles. Par symbolisme, les idées imaginées catalysent d'autres idées. De même, les objets perçus catalysent des idées. La reconnaissance d'un objet se fait par comparaison et identification ou association. Par exemple, monsieur X regarde une pleine lune. Ce faisant, il se produit dans son esprit un processus de comparaison, entre l'objet perçu et le savoir qui correspondrait à ces perceptions. Monsieur X identifie ses perceptions comme étant la lune, pour avoir déjà vu la lune. Monsieur X reconnaît la lune, bien que le contexte est différent des fois antérieures où il a vu la lune (par ex. il fait plus nuageux, la couleur du ciel est différente, etc.). Monsieur X associe un ensemble de perceptions à ses perceptions passées de la lune.

Étant complexe de données, le symbole est soit perçu ou soit imaginé. Le sujet établit une correspondance entre le symbole et le ou les faits qu'il représente. La correspondance est établie soit par conditionnement ou soit par incidence. Lorsque la correspondance est établie par conditionnement, le sujet se conditionne à associer tel

⁶⁸⁷Monsieur Williams propose décrit de la manière suivante l'effet du code (système de symboles) : «[...] incoming information is compared with stored codes, called templates, until a good fit between the incoming information and the stored codes is found.» : F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237, pp. 8-9. Cet extrait souligne comment la correspondance entre l'information perçue et le code mémorisé peut varier d'une ressemblance à une coïncidence parfaite. Cet extrait ne traite pas, cependant des symboles imaginés. Lalande définit le symbole comme « ce qui représente autre chose en vertu d'une correspondance analogique. Se dit : (...) de tout signe concret évoquant (par un rapport naturel) quelque chose d'absent ou d'impossible à percevoir : « Le sceptre, symbole de la royauté » » : A. LALANDE, *op. cit.*, note, 440, p. 1080.

complexe de données à telles idées. Par exemple, un enfant apprend que le terme « aéronef » est synonyme d' « avion ». L'enfant se conditionne à désormais associer au terme « aéronef » l'idée d'un avion. Lorsque la correspondance est établie par incidence, le sujet associe tel complexe de données à telles idées, pour avoir connus celui-ci et celles-là simultanément ou dans un contexte commun. Par exemple, une personne passe un mois en vacances en Grèce. Au cours de ce séjour, elle entend fréquemment le grand succès musical populaire d'alors. Il s'établit dans son esprit une correspondance incidente entre cette pièce musicale et son expérience en Grèce. Par la suite, l'écoute de cette pièce musicale catalysera chez cette personne une association avec ses souvenirs de la Grèce. En quelque sorte, cette pièce musicale symbolise la Grèce pour cette personne.

Lorsqu'ils sont organisés en système, les symboles constituent un *code*. Le langage, par exemple, est un code, c'est-à-dire un système de symboles⁶⁸⁸. En communication, le code est constitué d'une chaîne de symboles configurée intentionnellement⁶⁸⁹ dans le but de communiquer des idées. Nous retenons deux caractéristiques du code: son degré de complexité, en fonction du nombre d'échelles de code et en fonction de la quantité de données traitées lors du décodage et la précision ou clarté du sens des données décodées.

Soulignons l'importance de connaître le code : ainsi, si Wolfgang (un autrichien) parle en allemand à Nancy (une Québécoise) mais Nancy ne connaît pas la langue allemande, la séquence de sons produite par Wolfgang ne comportera que peu ou aucun symbolisme pour Nancy. Dans cet exemple, la langue allemande constitue le code⁶⁹⁰.

Par ailleurs, la *teneur symbolique* est un attribut des données de la connaissance. Tout complexe de données comporte nécessairement une teneur

⁶⁸⁸F. WILLIAMS, *ibid.*, p. 20.

⁶⁸⁹Par opposition, par exemple au concept de code génétique. Pour un aperçu de la multiplicité des définitions des termes employés relativement au processus de communication, notamment les concepts de signe, symbole et information, voir D. NAUTA, JR, *op. cit.*, note, 404, pp. 28 à 33 et 272 à 297. Sur les multiples définitions du concept de communication, voir F. WILLIAMS, *ibid.*, p. 10.

⁶⁹⁰La numérisation (électronique ou non) de l'information est une forme de code. L'information encodée peut être inintelligible pour l'être qui ne connaît pas le code ou qui n'a pas la capacité de le décoder (si le code lui est trop complexe). Ainsi, les humains ont parfois besoin de l'aide de machines afin de décoder l'encodage de façon à rendre l'information intelligible. Le code numérique est intelligible seulement par des machines qui ensuite produisent une information (donc des effets matériels) analogue à l'information codifiée. La numérisation comporte donc des degrés multiples de code.

symbolique⁶⁹¹, en ce sens que sa connaissance catalyse des liens cognitifs: toute perception rappelle le savoir mémorisé – c'est le processus de la reconnaissance. En d'autres termes, toute idée et tout objet peut «nous faire penser à quelque chose». La teneur symbolique des complexes de données varie. Elle est relative – elle dépend du contexte. Certains symboles sont clairement convenus ou définis (spécifiques), d'autres sont incidents (involontaires). La teneur symbolique s'apprécie en fonction des idées qu'elle évoque. L'évocation des idées se fait suivant trois modes de liaison⁶⁹²: la loi de ressemblance, la loi de contraste et la loi de contiguïté. Suivant la loi de ressemblance, «deux objets qui se ressemblent ont une tendance à s'évoquer mutuellement»⁶⁹³. La loi de contraste prévoit que les idées ont tendance à évoquer d'autres images faisant contraste avec celles-ci. Suivant la loi de contiguïté, enfin, «[d]eux ou plusieurs images ont tendance à s'évoquer mutuellement lorsque des perceptions, qui ont laissé leur trace dans le cerveau, ont été soit simultanées, soit en succession immédiate»⁶⁹⁴.

La teneur symbolique se mesure principalement par rapport à quatre facteurs: l'intention (d'exprimer quelque chose), la familiarité du symbole, le degré de correspondance (similitude) du symbole à l'idée symbolisée et le degré de complexité (la richesse en données) du symbole comparativement à l'idée symbolisée.

L'expression est la symbolisation d'idées, c'est-à-dire de faits imaginés, en une forme sensible. Cette symbolisation se fait en général par le biais des gestes et de la parole. De son fait, notamment lorsqu'elle s'exprime, la personne humaine empreint son milieu des traces de ce fait⁶⁹⁵. Il y a lieu de distinguer entre l'expression intentionnelle d'une idée (par ex. le fait d'avoir une idée et de la communiquer, verbalement ou par des gestes⁶⁹⁶), de l'expression involontaire (par ex. la grimace de douleur ou le «oh!» de surprise) et du simple agissement corporel dépourvu d'une intention de communiquer (par

⁶⁹¹«We live in a symbol-laden world. [...] [t]he symbolic values of stimuli are learned associations derived from our experiences.»: F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237, p. 47.

⁶⁹²R. de SAINT-LAURENT, *op. cit.*, note 682, pp. 55 et suiv.

⁶⁹³*Ibid.*, p. 56.

⁶⁹⁴*Ibid.*, pp. 63-64.

⁶⁹⁵Ce milieu, non pas un monde en soi, consiste en l'univers perceptible de cette personne: *infra*, pp. 155-157 et 159-160.

⁶⁹⁶Pour une discussion de la communication non-verbale, voir A. MEHRABIAN, «Communication Without Words», dans J. A. DE VITO, *op. cit.*, note 882, 99-106; F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237, chapitre 3 («Verbal and Nonverbal Communication»).

ex. se brosser les cheveux). Nous reviendrons sur le concept d'expression lorsque nous proposerons une conception de la fixation de l'œuvre⁶⁹⁷.

Le contenu symbolique d'un objet s'apprécie également en fonction de la familiarité du symbole pour le sujet qui le perçoit. Afin de mesurer ce contenu symbolique, imaginons une échelle: à une extrémité de l'échelle, il y a absence de contenu symbolique; cette éventualité ne peut être qu'hypothétique car à moins d'être tout juste conçu ou d'avoir été en panne totale de sens, la personne humaine traite mentalement toute information qu'il perçoit et l'identifie par rapport à sa connaissance mémorisée, partant de la connaissance correspondant le plus fidèlement à cette information. De plus, certaines associations cognitives ont lieu. À l'autre extrémité de l'échelle, il y a association très nette entre le symbole et l'idée spécifique que rappelle le symbole.

Le symbolisme se manifeste suivant une seconde échelle variable: à une extrémité de l'échelle, le symbole représente l'objet, mais il est distinct de l'objet représenté⁶⁹⁸. En se déplaçant progressivement vers l'autre extrémité de l'échelle, il y a progression vers une convergence du symbole et de l'objet représenté⁶⁹⁹.

La personne humaine découvre et développe des techniques de reproduction de l'information dans la nature. Elle perfectionne les moyens d'utiliser et notamment de reproduire l'information de manière de plus en plus détaillée. Plus le code est complet, c'est-à-dire détaillé, normalement à l'aide d'une symbolisation complexe, plus l'information est reproduite avec fidélité. A mesure que l'être humain développe ses technologies de communication, il parvient à accroître le degré de fidélité des faits encodés. L'arrivée des nouveaux médias d'utilisation de l'information permet d'encoder des quantités plus concentrées de données. La communication de quantités plus

⁶⁹⁷ *Infra*, pp. 172-179.

⁶⁹⁸ Voir J. B. BEST, *Cognitive Psychology*, 3e éd., St. Paul, MN, West Publishing Company, 1992, pp. 65-66.

⁶⁹⁹ Sur le codage – le degré d'analogie avec les objets représentés, sur la réduction (ou perte) d'information) et sur le processus d'abstraction, voir M. DENIS, *Image et cognition*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, pp. 21 à 24, et notamment à la p. 22.

concentrées de données permet de nouvelles utilisations des oeuvres, telles la communication en réseau, et la création d'œuvres plus détaillées⁷⁰⁰.

La *communication* désigne un processus d'encodage et de décodage. Par exemple, Anne dit à Catherine : « il fait beau ». Il y a communication d'un message. D'abord, il y a expression lorsque Anne dit « il fait beau ». Il y a encodage des idées d'Anne en un langage acoustique. Il y a également encodage de l'état d'esprit d'Anne. Cet encodage se produit par l'expression non-verbale d'Anne (par ex. l'expression dans son visage et sa gesticulation). Enfin, il y a décodage lorsque Catherine établit la correspondance entre les vibrations dans ses tympan (les sons qu'elle perçoit) et une séquence de faits et entre les gestes et l'air d'Anne et un sens non-verbal qu'elle attribue à l'expression d'Anne.

L'être humain s'exprime en souriant, grimaçant, en baillant ou en parlant de façon précipitée. L'être humain communique par la parole et le geste. Tout fait d'une personne, perçu par une autre personne, constitue une communication. Le message communiqué varie en richesse de contenu. On distingue, par exemple, entre apercevoir quelqu'un passer devant nous en courant sans s'arrêter, et le fait pour cette personne de s'arrêter et de nous conter sa journée. Dans ce dernier cas, le contenu informationnel est beaucoup plus riche⁷⁰¹.

L'imagination et la perception produisent des *sensations*, c'est-à-dire des états physiques tels être endormi, nauséux ou excité. Une sensation est la résultante de la perception d'information par l'entremise de l'un des *sens* humains tels la vue, le toucher, etc. Les sens fournissent l'information par la perception. Les données de nos sens (source de notre connaissance selon les empiristes) sont de l'information. Les sens sont notamment la vue, le goûter, le toucher, l'ouïe, l'odorat, l'équilibre (le mouvement)⁷⁰² et l'orientation. Il est possible que la personne humaine possède d'autres sens beaucoup moins développés et d'acuité considérablement moindre, mais qui néanmoins sont source d'alimentation en information.

⁷⁰⁰Le dessin est devenu un moyen de reproduction de haute fidélité, puis la télévision, le cinéma, la radio et le phonographe, et maintenant, l'ordinateur branché en réseau.

⁷⁰¹Également à titre d'exemple, si on compare une sculpture à une chorégraphie, la chorégraphie comportera probablement beaucoup plus d'information à percevoir. En d'autres termes, la chorégraphie englobe beaucoup plus de données que la sculpture.

⁷⁰²Voir F. WILLIAMS, *op. cit.*, note 237, p. 105.

L'imagination et la perception produisent également des *états affectifs* tels les *sentiments*, les *émotions* et les *désirs*. La perception se distingue de l'appréciation affective de l'information perçue. La personne humaine perçoit de l'information qui produit en elle des sentiments (amour, haine, tendresse), des émotions (plaisir, peine, peur, horreur) et des désirs (attraction envers une personne, ambition, curiosité). Les états affectifs sont de la connaissance, issue tant de l'information que du savoir. En d'autres termes, les idées issues de l'information et du savoir produisent des états affectifs⁷⁰³. Le français, l'anglais et les diverses langues contiennent un grand nombre de termes décrivant des états affectifs⁷⁰⁴. On peut distinguer les émotions des attributs décrivant la situation et le comportement tels être négligé, coupable, en sécurité, tranquille, s'ennuyer. On distingue également les complexes d'émotions. Par exemple, le sentiment d'abandon est un complexe d'émotions comprenant un sentiment de peur et celui de tristesse. On distingue également des émotions les états physiques, tels le fait d'être endormi, excité, nauséux ou étourdi. Enfin, on distingue des émotions les traits d'une personne tels le fait d'être timide, dévoué ou agressant⁷⁰⁵. En somme, les sensations, sentiments, émotions et désirs sont tributaires du processus de perception d'information.

Le *savoir* désigne la connaissance mémorisée. La distinction entre l'information et le savoir, et l'affirmation que les données de l'information et du savoir sont les composantes de la connaissance, sont des intellections. Acquis par l'expérience, le savoir nous permet de déterminer le caractère logique de tels complexes de données ou telles séquences d'idées constitutifs de concepts, jugements et raisonnements. En d'autres termes, le caractère logique d'un complexe de données ou de séquences d'idées se mesure relativement à l'expérience.

⁷⁰³ «In discussing the informational consciousness, Guilford wrote (Guilford, J. P., 1979, *Cognitive Psychology With a Frame of Reference*, San Diego, Edits) that "feelings and emotions may be regarded as varieties of information" and that "psychologically, an individual is an information processing agent"»: D. B. KLEIN. *The Concept of Consciousness*, Lincoln, Ne, University of Nebraska Press, 1984, p. 219.

⁷⁰⁴ G. H. BOWER, «How Might Emotions Affect Learning?», dans S.-A. CHRISTIANSON (dir.), *The Handbook of Emotions and Memory*, Hillsdale, N.J., Lawrence Erlbaum, 1992, p. 7.

⁷⁰⁵ Une question connexe, qui déborde cependant du cadre des présentes, est celle à savoir si les émotions sont innées ou «conditionnées», selon la terminologie de Skinner. Sur cette question, voir V. ROWELL, V. ARÈS et C. SHEITTOYAN, *Philosophie - Ensemble 2: Les conceptions philosophiques de l'être humain*, Laval (Québec), Études Vivantes, 1998, au chapitre 5. Nous entendons par «émotions innées» des émotions qui seraient conséquentes de notre constitution physique - notre bagage biologique en quelque sorte: G. H. BOWER, *ibid.* En somme, les émotions sont des idées reflétant notre nature: *ibid.* Mais alors qu'est-ce que notre constitution physique, si toute matière est relative? Si les émotions ne sont pas innées, alors sont-elles entièrement conséquentes de l'expérience?

L'*expérience* consiste à connaître tant des données de la perception que des données de l'imagination. L'expérience est en partie mémorisée. La *mémorisation* consiste à emmagasiner intellectuellement des idées de la connaissance de sorte que ces idées puissent être rappelées. La personne humaine *mémorise* (en tout ou en partie) l'information perçue ou imaginée. Le savoir est alimenté par les processus d'information et d'imagination. Les termes *apprendre, assimiler et mémoriser* désignent l'action constitutive du savoir. Une fois acquis par la mémorisation, le savoir peut être rappelé⁷⁰⁶.

Le savoir d'une personne humaine devient de l'information pour une autre personne humaine lorsque ce savoir devient perceptible. Pour qu'il devienne perceptible, le savoir doit être exprimé, c'est-à-dire traduit en information. L'expression du savoir d'une personne en fait de l'information pour toute autre personne.

Imaginer, tout comme se rappeler et percevoir (s'informer), fait partie du processus cognitif. Par simple conditionnement intellectuel, en fouillant sa mémoire, la personne humaine peut se *rappeler* les données mémorisées. Depuis les données mémorisées, la personne humaine peut s'imaginer mille scénarios, en les combinant avec des données immédiates des sens. La personne humaine tente en particulier d'en dégager les propriétés. Il y a subordination des données du savoir à celles de la perception: pour savoir, il faut avoir perçu et imaginé. L'*imagination* est le processus intellectuel de la genèse d'idées depuis la connaissance mémorisée et l'information perçue en temps réel, de sorte que l'imagination reflète inéluctablement les données de l'expérience⁷⁰⁷:

⁷⁰⁶ Soulignons qu'il existe des types particuliers de savoir. Notamment, le *savoir déclaratif* est celui où le sujet peut décrire verbalement ce dont il s'agit, telle une maison qu'il a aperçue. Le savoir déclaratif se distingue du *savoir procédural*, selon lequel la personne humaine a assimilé intuitivement une séquence de mouvements mais serait perplexe si elle devait la décrire. Par exemple, un enfant qui sait conduire un vélo aurait de la difficulté à décrire comment il s'y prend pour se maintenir en équilibre sur le vélo en roulant.

⁷⁰⁷ «L'imagination est la faculté de fixer, conserver, évoquer et combiner les images de choses sensibles. Ces images sont la réplique des objets que nous avons jadis perçus; elle fait revivre en l'absence de ces objets, les sensations qu'ils ont autrefois provoquées en nous.» R. de SAINT-LAURENT, *op. cit.*, note 682, p. 205. Voir également A. HANNEQUIN, *Études d'histoire des sciences et d'histoire de la philosophie*, tome premier, Paris, Félix Alcan, 1908, pp. 177 à 180. Pour une discussion de la mémorisation de l'information et notamment de l'organisation de l'information en mémoire, voir M. I. POSNER, *Cognition: An Introduction*, Glenview, Ill., Scott, Foresman and Company, 1973, chapitre 2 («Representation in memory»).

«L'imagination ne crée rien; elle combine et associe les matériaux fournis par la perception de manière à former des synthèses neuves et originales.»⁷⁰⁸

En d'autres termes, les données issues du savoir et celles issues de la perception alimentent l'imagination. Le processus de la connaissance comprend ceux de la perception, de la mémorisation, du rappel, de l'interprétation et de l'imagination. La *mémoire* emmagasine l'information perçue⁷⁰⁹. Cette information peut être connue (mais pas perçue) à nouveau⁷¹⁰ par le biais du rappel. L'imagination combine les données issues du rappel à celles issues de la perception⁷¹¹, pour produire des idées. Par exemple, s'imaginer être en montagne par une superbe journée d'automne consiste à évoquer le souvenir de montagnes, des couleurs et du vent frais d'automne, du soleil d'octobre sur les feuilles colorées, de l'odeur des feuilles mûres et des conifères, du son du vent et de l'écho dans les vallées...

Imaginer comprend également la réflexion. *Réfléchir* (penser) consiste à s'imaginer (produire des idées) en associant des données puisées dans le savoir⁷¹². Par exemple, réfléchir sur le choix d'un sentier, sur les motifs animant le comportement de telle personne ou sur l'explication du phénomène d'un tremblement de terre. Dans un cas comme l'autre, le processus de réflexion consiste à puiser dans l'expérience vécue, que cette expérience ait été acquise par la prise de connaissance d'un enseignement dans un contexte académique structuré ou qu'il s'agisse simplement des observations et des réflexions libres de l'individu concerné⁷¹³. *Raisonner* consiste à mesurer un complexe d'idées imaginées à des idées rappelées de la mémoire.

⁷⁰⁸*Ibid.*, p. 66.

⁷⁰⁹J. B. BEST, *op. cit.*, note 698, p. 4.

⁷¹⁰«[...] Facts are measured against the data of earlier experience verification.»: H. RUGG, *Imagination*, New York, Harper & Row, 1963, p. 34.

⁷¹¹Sur la fixation des images dans le cerveau, voir R. de SAINT-LAURENT, *op. cit.*, note 682, pp. 27 et suiv.

⁷¹²«Les images s'associent spontanément. Quand une se présente d'elle-même à notre esprit, elle en évoque d'autres, d'une manière qui nous paraît automatique.»: *ibid.*, p. 55. Sur l'évocation spontanée des images dans l'esprit et leur association, voir *ibid.*, pp. 55 et suiv. Saint-Laurent appelle de telles associations «l'imagination»: *ibid.*, p. 67. Rugg distingue entre la réflexion *créative* et la réflexion *logique*: H. RUGG, *op. cit.*, note 710, p. 206.

⁷¹³Pour une description du processus intellectuel conduisant à l'invention littéraire et artistique, voir *ibid.*, pp. 141 à 156.

Suivant notre conception, l'*intelligence* ne serait pas une faculté, mais la capacité à imaginer. Apprécier l'intelligence d'un individu consiste à mesurer sa capacité à imaginer. On tient parfois compte, dans l'appréciation de l'intelligence, de la capacité d'expression. Les facultés sont propres au sujet. Le sujet connaît en fonction de ses facultés⁷¹⁴.

* * *

Nous avons soutenu que la connaissance est un complexe de faits lesquels sont constitués de données. Le concept élémentaire de donnée constitue donc la composante première de la connaissance. Les données constitutives des idées que nous imaginons sont issues de l'information que nous percevons, du savoir que nous rappelons et du processus d'imagination. Ce dernier consiste à composer des idées depuis les données perçues (l'information) ou rappelées (le savoir). Connaître consiste à percevoir, à mémoriser, à se rappeler, à interpréter et à imaginer. On perçoit de l'information. On mémorise des faits que l'on a perçus ou imaginés. Ces faits constituent le savoir. On se rappelle le savoir mémorisé. On interprète l'information perçue par rapport au savoir. Enfin, on crée des associations d'idées – on imagine – depuis l'information que l'on perçoit et le savoir que l'on rappelle. Nous avons également déterminé que la forme d'un objet est un complexe de données qui décrit le caractère sensible, mais n'explique pas les propriétés de l'objet.

Ces premiers jalons terminologiques étant posés, nous allons maintenant les utiliser – en particulier les concepts de donnée, connaissance, perception, information, mémorisation, rappel, imagination, et de forme, et les rapports entre ces concepts – afin de définir le concept de « matière ».

(b) Connaissance de la matière

La conceptualisation de la matière soulève deux questions fondamentales. D'abord, existe-t-il une réalité en soi ou toute connaissance, même celle d'une « réalité », est-elle relative ? Deuxièmement, comment traiter de

⁷¹⁴Voir *infra*, pp. 144-145.

la question de l'altérité – la distinction entre le « moi » et le « non-moi »⁷¹⁵ ? Afin de répondre à ces deux questions, il importe de situer le concept de matière par rapport à celui d'*univers*. Nous avons débuté la section précédente en nous penchant sur le concept de donnée. Nous avons défini la donnée en tant que composante élémentaire de la connaissance. Sur une échelle de complexité des éléments de la connaissance, la donnée se situe à l'extrémité des aspects les plus élémentaires. À l'autre extrémité de cette échelle se trouve le concept global d'univers. Le concept d'univers désigne tout ce qui est connu et ce qui peut être connu par un sujet. En d'autres termes, il désigne l'ensemble des données que connaît ou peut connaître ce sujet. Toute référence à *l'univers* plutôt qu'à *un univers* ou à *tel univers* implique un univers en soi, que les personnes humaines et toute autre conscience (animale, par exemple) connaît. Or, la question de savoir s'il existe une réalité «en soi» fait depuis toujours l'objet d'une controverse. L'expérience nous révèle-t-elle l'existence d'une «réalité en soi» ou consiste-t-elle simplement en un complexe d'idées? À cet effet, considérons trois perspectives, l'une objective, une seconde, subjective et une troisième à mi-chemin entre les deux premières.

Du XV^e au XVIII^e siècles, les scientifiques ont généralement représenté l'univers et ce qu'il englobe en fonction d'une perspective que l'on peut qualifier d'objective, selon laquelle il existe une réalité dont tous les être vivants partagent la connaissance. Il s'agit d'une perspective réaliste⁷¹⁶ car elle propose l'existence d'une *réalité en soi*, absolue. Il s'agit d'une *perspective objective* en ce sens qu'elle serait partagée par tous les êtres vivants – les êtres humains en particulier : tous et chacun perçoivent cette réalité. Suivant le point de vue objectif, l'univers est tel que nous le percevons. Objectivement, la réalité que nous percevons existe telle quelle. Une telle proposition reconnaît l'existence d'une réalité en soi, faisant l'objet de notre connaissance. Pour les fins de la conception présentée dans ce mémoire, nous rejetons cette proposition. La connaissance étant relative au sujet en fonction duquel elle est définie, il n'y a pas d'univers en soi, ou s'il en est un, il est à jamais inconnaissable. L'approche réaliste

⁷¹⁵ En d'autres termes, la question se pose à savoir s'il existe des objets et un monde indépendamment de nous et de notre connaissance de ces objets et de ce monde. Sur cette question, voir M. FARBER, *op. cit.*, note 463, aux pages 11 à 14; pour un traitement détaillé de cette question, voir F. NEUHUSER, *op. cit.*, note 463. Le sujet qui connaît peut également s'interroger si sa conscience est unique ou s'il existe de multiples consciences comme la sienne. Nous laissons cependant de côté cette question, en posant pour les fins de ce mémoire l'hypothèse qu'il y a d'autres consciences comme la nôtre.

⁷¹⁶ *Supra*, pp. 17 à 19.

matérialiste veut qu'cet univers existe en soi, garni de matière fluide ou solide. Une telle approche conduit à la scission entre la matière et l'esprit, qui engendre des difficultés en droit d'auteur quant à la distinction entre l'idée et l'expression, et quant à la distinction entre l'œuvre et son support⁷¹⁷. De plus, le concept de « réalité en soi » est incompatible par rapport au modèle standard⁷¹⁸, et au principe d'incertitude⁷¹⁹ en particulier. Le principe d'incertitude, rappelons-le, conduit à la conclusion que toute information est subjective, puisque l'observateur affecte la mesure. Par conséquent, il n'y a pas de réalité en soi connaissable.

Alternativement, on peut considérer l'univers non pas en fonction d'une réalité en soi et d'une matière en soi, mais plutôt en fonction de la connaissance subjective de cet univers et de ses composantes. C'est *la perspective subjective*. L'univers est alors considéré comme l'objet de la connaissance du sujet individuel qui le connaît, plutôt que d'une collectivité de sujets. La connaissance est subjective en ce sens qu'elle se définit par rapport au sujet qui connaît, en fonction de l'information qu'il perçoit et des idées qu'il imagine. C'est le point de vue proposé par les idéalistes allemands⁷²⁰. Nous connaissons l'être suivant notre perspective humaine, celle de notre connaissance humaine. Le complexe dynamique des données de notre expérience constitue ce à quoi l'on réfère parfois comme étant *la «réalité»*. Notre subjectivité ne nous permet pas de connaître *la «réalité»*. Cela conduit à une question fondamentale: si tout ce que le sujet connaît est le produit subjectif de ses perceptions et de son imagination, tout cela existe-t-il en soi ou ne sont-ce que des images? Suivant la perspective subjective, l'univers en soi, s'il existe, est inconnaissable. La réalité que nous percevons est subjective. La personne humaine ne peut se soustraire à sa subjectivité. L'univers qu'elle connaît est celui qu'elle se représente en fonction des données que lui présentent ses sens et facultés. La représentation que se fait l'être humain de son univers reflète sa perspective. Le sujet se représente une «réalité» en fonction de ses sens, facultés et de sa connaissance. Il n'y a pas de «réalité» indépendante du sujet. La matière, l'être et la réalité se définissent relativement à leur connaissance par un sujet. Depuis les données de son expérience – les contrastes qu'il perçoit notamment par la vue, le toucher, le goûter, l'ouïe et l'odorat – le sujet humain se

⁷¹⁷ À cet effet, voir notamment notre survol des conventions internationales et des lois nationales, *supra*, pp. 106 et suiv.

⁷¹⁸ *Supra*, p. 90.

⁷¹⁹ *Supra*, p. 91 et *infra*, p. 183.

⁷²⁰ *Supra*, pp. 75 à 77.

représente son univers⁷²¹. Pour ce faire, il définit des concepts tels ceux de matière, être et réalité. La définition de ces concepts reflète les propriétés de son univers qu'il découvre par l'expérience.

Entre la perspective objective et celle subjective, on peut distinguer une troisième perspective, celle subjective-objective. Celle-ci reprend les éléments de la perspective subjective (la connaissance est subjective en ce qu'elle se définit par rapport au sujet qui connaît, en fonction de l'information qu'il perçoit et des idées qu'il imagine). Par contre, la perspective subjective-objective tient compte d'une multiplicité de sujets dotés de la conscience. Le sujet connaît en fonction de sa propre perspective. Cependant, par la communication, il découvre qu'il se pourrait que d'autres sujets connaissent une réalité relativement analogue à la sienne. Nous disons bien *analogue*, et non identique, car la connaissance, suivant cette perspective, est subjective. De plus, la multiplicité des consciences demeure une hypothèse invérifiable. Cela dit, la science propose des concepts compatibles à une perspective subjective-objective. En effet, la science ne propose pas une réalité absolument identique pour tous. Elle propose des concepts compatibles aux perspectives des divers sujets qui connaissent. Le cadre conceptuel que nous proposons, et les concepts que nous définissons ci-après, sauf indication contraire, reflètent une perspective subjective-objective.

Outre la question de l'altérité⁷²², examinons la distinction que fait la personne humaine entre son monde «intérieur» et un monde «extérieur»⁷²³. Suivant cette distinction, chacun de nous connaît son propre monde «intérieur», c'est-à-dire celui de son imagination. Nous partageons notre connaissance d'un monde «extérieur», celui de l'information, que nous nous représentons en un «monde matériel». La distinction entre notre monde interne et le monde externe est une intellection qui découle du caractère dualiste de la configuration de notre connaissance. Ce dualisme est la cause de la difficulté à distinguer entre l'expérience et l'imagination. La relation entre le produit de l'expérience (l'information) et celui de l'imagination est une question de contraste, en

⁷²¹Un être humain qui n'aurait, par exemple, comme seul sens lui permettant de percevoir son environnement, celui de l'équilibre, en plus de jouir de l'intelligence, aurait une conception du monde sans doute bien différente de la nôtre.

⁷²²*Supra*, pp. 155 et 166.

⁷²³David Hume établissait cette distinction entre les idées et ce qu'il appelait les *impressions*: «These perceptions, which enter (the mind) with most force and violence, we may name *impressions*... » : J.-P. SARTRE, *The Psychology of Imagination*, Westport, Ct, Greenwood Press, 1978, p. 5. Sartre appelait *images* les *idées* dont parlait Hume.

raison du caractère binaire de la connaissance – tout est contraste. Le contraste entre le monde intérieur et le monde extérieur s'inscrit parmi les divers contrastes de notre connaissance: le temps, l'espace, la lumière, le toucher; l'extérieur est situé relativement à l'espace, le temps et la distinction entre le moi et le non-moi. Il est donc un paramètre de situation de notre connaissance. Il est complexe en ce sens qu'il découle de l'appréciation de plusieurs autres paramètres servant à établir un cadre à notre connaissance, tels l'espace, le temps et la distinction entre le moi et le non-moi. On distingue l'un de l'autre en fonction du jeu d'idées considéré. Par exemple, imaginer un mouton dans un champ correspond à un jeu d'idées relatives au monde extérieur. Le monde intérieur est celui des sensations, des sentiments et des idées, issues du savoir ou de l'information. Les idées « du monde intérieur » sont bien distinctes de l'information perçue « du monde extérieur ».

La conscience⁷²⁴ met en relation des séquences d'idées issues des données de la perception en temps réel (l'information) et des données mémorisées. Elle désigne le processus de pleine connaissance de la *réalité* (par opposition à la connaissance plus limitée du rêve) dans le contexte de référence de la connaissance. Ce contexte de référence de la *connaissance de la réalité* (la conscience) se distingue des contextes secondaires de la connaissance tels le rêve, le délire et le coma⁷²⁵.

La conscience et ses composantes, la perception, la mémorisation, le rappel, l'interprétation et l'imagination, sont des phénomènes sensoriels subjectifs et individuels. Peu importe que l'on adopte une conception subjectiviste ou objectiviste, la conscience semble un *phénomène sensoriel subjectif et individuel* pour le sujet humain qui

⁷²⁴Sur la conscience, voir M. I. POSNER, *op. cit.*, note 707, chapitre 6; M. VELMANS, «An Introduction to the Science of Consciousness», dans M. VELMANS (dir.), *The Science of Consciousness*, Londres, Routledge, 1996, 1-22. Klein propose un certain nombre de définitions de la conscience: D. B. KLEIN, *op. cit.*, note 703, pp. 4 à 7.

⁷²⁵Selon nous, pour connaître, il ne faut pas forcément être conscient. L'être que l'on connaît par la perception et l'imagination, on le connaît soit par la conscience, soit par le rêve ou même peut-être durant l'inconscience, en supposant que ce qu'on appelle l'«inconscience» ne constitue, en fait, qu'un ralentissement important – plus considérable que le rêve, mais non un arrêt au complet, de l'activité intellectuelle. La distinction entre l'état de conscience de la *réalité* et le rêve est parfois ténue. L'être perçoit, sans savoir si ce qu'il perçoit est *réel* ou si ce n'est plutôt qu'un rêve, ou encore s'il s'agit de perceptions de *réalité virtuelle*. Quand la personne humaine rêve, elle «connaît au ralenti»: sa perception est amoindrie, mais ne cesse pas; son esprit fonctionne, mais trop peu pour qu'elle puisse distinguer l'imagination de la *réalité*. Sa mémoire demeure cependant chargée de perceptions et intellections constituées au plein de son activité intellectuelle, de sorte que celles-ci sont très élaborées. Le rêve correspond donc à un équilibre des attributs de la conscience distinct de celui durant l'éveil.

l'éprouve. Pour tout autre être qui perçoit ce sujet humain dont les attributs et faits matériels suggèrent que ce sujet humain éprouve la conscience, la conscience que semble éprouver ce sujet humain correspond strictement à de l'information. En d'autres mots, les êtres ne peuvent que percevoir ce sujet humain et percevoir de l'information qui suggère que ce sujet humain est «conscient» et «connaît». Ils ne peuvent pas percevoir directement ou autrement partager cette «conscience», cette «perception» ou cette «connaissance». L'être ne peut «être conscient», «percevoir» ou «connaître» qu'individuellement. Il perçoit de l'information qui lui suggère que d'autres êtres comme lui peuvent «être conscients», «percevoir» et «connaître». Mais ce n'est que perception. De même, la connaissance que peuvent avoir diverses espèces d'animaux de leur milieu est sans doute très différente de celle des humains, mais relativement semblable d'un individu à l'autre de la même espèce⁷²⁶.

*Le principe d'incertitude*⁷²⁷, qui joue un rôle déterminant au sein du modèle standard, confirme la relativité de la connaissance. Suivant le *principe d'incertitude*, le fait de mesurer la position et la vitesse d'un objet affecte la position et la vitesse de cet objet. En d'autres termes, l'observation (l'acte d'observer) affecte ce qui est observé. Ainsi, il est impossible de connaître à la fois la position et la vitesse d'un objet. Le principe d'incertitude implique la relativité de la connaissance et réfute le réalisme du sens commun. Il implique que ce que l'on perçoit est teinté par notre simple fait d'observer: l'objet de notre perception est relatif à notre observation de cet objet. Aussi, les choses en soi sont inconnaissables. La connaissance, rappelons-le, est un jeu de données et les données imaginées sont le reflet et l'extrapolation des données perçues. Puisque à titre d'observateur, nous teignons les données que nous observons, du simple fait de les observer (en vertu du principe d'incertitude), alors notre connaissance est entièrement subjective. En somme, le principe d'incertitude confirme le caractère relatif de nos perceptions et du concept de matière. On peut parler de stabilité des entités observées. On peut parler de cadre ou système de référence. La matière en soi, si elle

⁷²⁶Voir R. W. COAN, Human Consciousness and its Evolution, Westport, CT, Greenwood Press, 1987, pp. 39-41.

⁷²⁷Sur le principe d'incertitude, voir notamment D. C. CASSIDY, *op. cit.*, note 470, en particulier au chapitre 12 ; « La mécanique quantique », page Internet à l'adresse http://radio-Canada.ca/tv/decouverte/10_quant/index.html; « Are you afraid of the dark ? », article sur Internet à l'adresse <http://www.synaptic.bc.ca/ejournal/thedark.htm>; voir également sur Internet à l'adresse <http://www.unb.ca/physics/2503>.

existe, est à jamais inconnaissable⁷²⁸. Notre concept de matière reflète le *caractère subjectif de notre connaissance*: il est *relatif* à ce que nous *pouvons* connaître, et reflète les limites de nos facultés cognitives et la nature de ces facultés. La matière est un concept et non une chose en soi.

Lalande propose la définition suivante de la matière :

« C. Matière au sens moderne (d'origine surtout cartésienne); et dans ce cas, opposé tantôt à la forme, la figure géométrique qui limite un objet physique dans l'espace, tantôt à l'esprit. (...) Les éléments de la matière peuvent se ramener à l'étendue et au mouvement. En ce sens, les uns opposent la notion de matière à celles de force, de mouvement, d'énergie, qu'ils rapprochent de la notion d'esprit »⁷²⁹

En d'autres termes, le concept de matière désigne la substance constitutive des objets de notre perception et définie selon ses propriétés. Le modèle standard propose un concept de substance. Il ne s'agit pas d'une substance en soi puisque telle chose est inconnaissable. Le modèle standard fournit plutôt une explication et permet de faire des prédictions relativement aux objets de notre perception.

Les lois de la nature⁷³⁰ font en sorte que certains phénomènes perçus sont stables ou récurrents, de sorte que du chaos nous sommes en mesure d'organiser l'information que nous connaissons. Par exemple, le concept de personne humaine est reconnaissable en tant que jeu d'idées particulières, reflétant une information stable et récurrente: nous percevons des personnes humaines aux caractéristiques récurrentes. La récurrence de cette information nous permet d'identifier ces jeux d'informations comme correspondant à ce qu'on identifie comme étant des personnes humaines.

Soulignons que diverses configurations de matière peuvent correspondre à la même information (à l'échelle perceptible), c'est-à-dire les mêmes sensations, donc les mêmes idées. Par exemple, je peux voir le mont Washington depuis la Route 302 à

⁷²⁸ «La matière ou la réalité physique ne possède aucune consistance ontologique en dehors du sujet qui la structure en amas de sensations, et en dehors de l'esprit qui la pense. Par le fait même il est inutile de parler de choses matérielles ou de substances.»: Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56, p. 35; voir également le chapitre 2 de cet ouvrage, intitulé «La réalité extérieure». Ces propos reprennent essentiellement les concepts avancés par Kant il y a plus de deux cents ans: voir *supra*, pp. 22-23.

⁷²⁹ A. LALANDE, *op. cit.*, note 440, pp. 595 à 600.

⁷³⁰ *Infra*, pp. 165-166.

Bretton Woods au New Hampshire, ou je peux en voir des images très fidèles sur Internet.

La matière n'est pas forcément tangible et durable. Nous définissons notre univers en fonction de la matière parfois perceptible, parfois imperceptible. Les attributs imperceptibles de la matière sont extrapolés de notre expérience empirique. Les *représentations ontologiques selon le sens commun*, comme leur désignation l'indique, découlent des sens, de l'aspect ou la dimension perceptible de l'être. Par exemple, un sujet aperçoit un renard. Selon la perspective du sens commun, ce renard existe, tel quel. Or, à mesure que les modèles de la matière des sciences naturelles qui représentent des aspects imperceptibles de la matière prennent de l'expansion, ainsi que les technologies fondées sur ces modèles, la personne humaine est de plus en plus confrontée au besoin d'une conception du monde expliquant non seulement les aspects directement perceptibles, mais également l'imperceptible. Dans notre exemple, le renard est constitué de cellules ; les cellules sont constituées d'atomes ; et ainsi de suite.

Les représentations ontologiques du sens commun nous enseignent que les objets que nous révèlent nos sens existent tel quel. Ces représentations s'avèrent nettement insuffisantes face au déferlement des nouvelles technologies de communication. Autrefois, les éléments ontologiques imperceptibles étaient pure spéculation. Par exemple, considérons la proposition des atomistes mécanistes⁷³¹ selon laquelle toute matière est constituée d'atomes. Cette proposition n'était pas confirmée par l'expérimentation. Elle n'a pas davantage servi à la conception de technologies dont l'opération exemplifie sa cohérence. Par comparaison, les appareillages de sonorisation d'aujourd'hui témoignent de la cohérence notamment des concepts d'électricité et d'onde acoustique.

Au cours des siècles se sont développés des concepts des sciences de la nature incorporant des propriétés qui ne peuvent être vérifiées sans l'aide d'appareillages ou qui ne peuvent être représentés qu'à l'aide de modèles géométriques ou de formules mathématiques complexes. Ces concepts ont permis la mise au point de technologies aujourd'hui omniprésentes dans les sociétés occidentales contemporaines.

⁷³¹ *Supra*, p. 25.

De nos jours, les conceptions ontologiques ne tenant compte que du sens commun, c'est-à-dire de l'aspect perceptible des choses, ne suffisent plus. Elles sont incohérentes par rapport aux mises en application concrètes des représentations de l'ontologie imperceptible. Par exemple, la signification du terme « copier » s'est historiquement limitée à des phénomènes sensibles. Copier signifiait reproduire, en parlant de quelque chose de perceptible. Cependant, avec l'arrivée de nouvelles technologies, et notamment l'ordinateur et les réseaux numérisés de communication, il est maintenant acquis que les données constitutives d'un objet peuvent être « copiées », c'est-à-dire reproduites et emmagasinées sans qu'un double de l'objet ne soit en fait produit.

La matière *n'est pas discrète*. Tout au plus, les objets matériels peuvent être considérés en tant qu'entités circonscrites. Le concept d'*interaction* intervient dans la définition de celui de matière. Les sciences expérimentales nous enseignent que tout est interactions. Les interactions sont la limite, entre particules et forces, où celles-ci se confondent suivant le principe de complémentarité. Ainsi, la perception immédiate par les sens nous fait connaître des objets. Cette perception s'effectue par le biais de l'interaction du sujet par rapport à l'objet perçu (mesuré). Indépendamment de son milieu, l'objet constitue un foyer d'interactions : il y a interaction entre les éléments (molécules, atomes et autres particules) constitutifs de cet objet. Les interactions, tout comme la matière, sont des concepts servant à représenter notre expérience. Notre représentation de la matière suivant une perspective relativiste propose un univers d'interactions peuplé de *corps*, zones d'interactions de configuration relativement stable, relativement à l'espace, au temps et aux sens et facultés humaines. Il n'y a pas d'entité absolument autonome. Tout corps interagit avec son milieu.

On décrit et classe la matière selon ses *propriétés*. Ainsi, la matière peut être solide, liquide ou gazeuse, tangible ou intangible. Par exemple, nous distinguons une entité matérielle, un crayon; le crayon est le solide que nous percevons par le tact; nous associons également au crayon la lumière propageant son image, les vapeurs de gaz et poussières émanant du crayon et les molécules d'air propageant le son produit par le crayon. Le crayon est donc un ensemble complexe d'interactions.

Les interactions ont un *aspect statique et un aspect dynamique*. Certaines formes d'interactions sont plus stables que d'autres. Par exemple, les solides sont plus statiques que les liquides. Les liquides sont plus statiques que les gaz. Un solide, par

exemple une feuille d'érable, est un système d'interaction stable. Son apparence aux sens humains de la vue et du toucher est stable. Une odeur peut indiquer une certaine décomposition en cours. Mais visuellement et au toucher, la feuille semble «stable». La science expérimentale nous apprend cependant que la feuille est un composé, et que, quoique, en tant que composé, elle peut paraître stable, sa configuration et composition élémentaire sont en constante évolution. Prenons un solide en mouvement telle une feuille d'érable emportée par le vent: la feuille présente à la fois un aspect statique (ses interactions constitutives sont relativement stables lorsqu'observées à l'œil nu) et un aspect dynamique (les systèmes stables d'interactions constitutifs de la feuille interagissent avec son milieu; s'il pleut, elle commence à se décomposer; s'il fait sec, elle commence à s'assécher).

*Le dynamisme de la matière s'apprécie en fonction des dimensions de l'espace-temps*⁷³². Une entité matérielle dans un emplacement précis et fixe de l'espace-temps n'est qu'un concept théorique. Toute matière est dynamique, n'étant pas fixe dans l'espace-temps: le temps tel qu'on le connaît n'est pas fixe et la matière se déplace dans l'espace et le temps. Par ailleurs, le dynamisme s'apprécie par rapport à un objet ou un système de référence: une roche peut paraître statique à l'œil, pourtant les particules qui la composent sont très dynamiques par rapport aux molécules de l'atmosphère dans laquelle elle se trouve.

Les sciences naturelles poussent progressivement vers le plus infime. Mais chaque découverte est suivie d'une autre forme de configuration de particules plus infimes. A la limite il n'y a que particules et ondes. La science ne fournit que des théories, et plus il s'agit de l'infime, plus les théories sont controversées. Il suffit pour nos fins de constater que ce modèle structural de la matière se précise⁷³³. À l'échelle infime, la matière est particules ou ondes ou combinaisons de celles-ci⁷³⁴. Dans l'un ou l'autre cas, il y a interaction entre les éléments infimes de l'être, les uns agissant sur les autres, et les uns produisant des conséquences sur la configuration des autres.

⁷³² Sur l'espace-temps et le modèle standard, voir *supra*, pp. 90-91.

⁷³³ Pour un aperçu des modèles contemporains de la matière, voir notamment le chapitre 1 dans Y. JOHANNISSE, *op. cit.*, note 56; S. SAXBY, *op. cit.*, note 433, pp. 24 à 28.

⁷³⁴ Suivant le principe d'incertitude, plus l'observation est petite, plus il y a convergence entre particule et onde et interaction entre les particules.

La théorie de l'*évolution* s'est avérée l'une des pièces maîtresses du casse-tête de l'intégration des sciences⁷³⁵. Les évolutionnistes⁷³⁶ nous parlent de progression plutôt que d'événements spontanés enveloppés de mystère ou de liens obscurs ou incompatibles à la science expérimentale empirique⁷³⁷. L'évolution reflète les lois de la nature, qui conduisent à cette progression, qui semble inéluctable. La théorie de l'évolution comporte plusieurs volets. Il y a évolution des organismes vivants, des astres et de l'univers⁷³⁸, et de la société. Cette dernière, considérée comme organisme quasi-biologique⁷³⁹, évolue par la spécialisation sociale⁷⁴⁰.

En l'absence totale d'un ordre relativement constant dans ce qu'il perçoit, l'être humain ne connaîtrait que pur chaos. Or, le monde n'est pas chaos; il n'y a que désordre partiel. Notre connaissance est empreinte d'un ordre transcendant⁷⁴¹. Les données de notre connaissance semblent obéir à une évolution⁷⁴² selon l'axe du temps, et vers une organisation de complexité croissante. Certains comportements de la matière sont constants et se répètent; l'être humain observe ces comportements constants et s'explique son univers en fonction de ceux-ci; il peut prédire dans une certaine mesure le comportement de la matière selon son modèle cognitif. Pour bâtir sa connaissance, l'être humain se sert des phénomènes constants qu'il identifie parmi ses perceptions, lesquels lui servent de paramètres – de repères – autour desquels il bâtit sa connaissance⁷⁴³. Cet ordre est celui que désigne le concept de *nature*.

Les *attributs des choses* sont conséquents des *lois de la nature* et des propriétés de la nature⁷⁴⁴. Nous connaissons une nature caractérisée par des lois qui

⁷³⁵Pour une discussion de la théorie de l'évolution par rapport à l'intégration des sciences, voir K. POPPER, *op. cit.*, note 43, p. 262.

⁷³⁶Par opposition aux fixistes. Voir *supra*, pp. 77-78.

⁷³⁷C.f. le mythe, *supra*, p. 26.

⁷³⁸La théorie du «big bang» et celle de l'évolution suggèrent qu'il y a progression de l'univers.

⁷³⁹W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 92, p. 175.

⁷⁴⁰*Ibid.*, p. 178.

⁷⁴¹Kant expliquait cet ordre par les formes innées: *supra*, pp. 22-23.

⁷⁴²*Supra*, pp. 77-78 et 95 à 97.

⁷⁴³La grande difficulté qu'a dû surmonter la science a été de recenser l'information et organiser la connaissance, de manière à identifier les lois de la nature. Pour ce faire, le défi était de décomposer les séquences d'idées et de vérifier la validité expérimentale des séquences d'idées imaginées. Cette tâche est grandement facilitée aujourd'hui par l'ordinateur. Autrefois, cela représentait un problème colossal.

⁷⁴⁴Qu'on les appelle lois de la science, lois de la physique, lois de la nature ou comportement de la matière, il s'agit de récurrences qui dépassent notre contrôle. La forme dans l'esprit est condamnée aux confins des

régissent le comportement des choses. De ces lois découle la forme des choses : ces lois font en sorte que les yeux de Jean sont bleus, les yeux de Johanne sont pers et le ruisseau sauvage coule à tel endroit. Cette information est issue de la *nature à l'état brut*⁷⁴⁵. Les lois de la nature non seulement déterminent le comportement de la matière lorsque celle-ci est affectée par le fait de l'homme, mais également les attributs de la « matière à l'état brut » telle que nous la connaissons : le chameau a deux bosses, Bonaparte était de taille modeste, le Lhotse est adjacent à l'Everest et l'étoile Polaire est particulièrement brillante, vue de la campagne québécoise, sans que l'homme n'y ait fait sciemment quoi que ce soit pour qu'il en « soit » ainsi à sa connaissance. Si, jour après jour, le soleil se révèle de façon semblable, c'est parce que la nature est caractérisée non seulement de lois, mais également de propriétés, lesquelles propriétés sont relatives au sujet qui les perçoit⁷⁴⁶. En somme, aux « lois de la nature » s'ajoutent les « propriétés de la nature ». Les lois et les propriétés de la nature sont relatives au sujet qui les connaît.

Par l'expression, les idées deviennent sensibles. Or, la matière en soi nous échappera à jamais. Alors que sommes-« nous »? Qu'est-ce qu'un *auteur*? Nous percevons une multitude de personnes humaines⁷⁴⁷. Ces personnes humaines sont le fruit de notre connaissance – des complexes de données puisées de l'information que nous percevons et de notre imagination. Nous nous représentons ces personnes. Nous présumons que d'autres consciences comme la nôtre connaissent comme nous connaissons. Leur connaissance est cependant sujette à la relativité (et subjectivité) de

dimensions que nous livrent nos sens. La forme des objets de notre perception est encore plus confinée, étant soumise rigoureusement à ces lois ou comportements. Le concept de « lois de la nature » évoque une progression inéluctable, dont l'origine et l'aboutissement nous échappent. La science explique certains phénomènes. D'autres demeurent sans explication. On attribuerait l'inexpliqué – les mystères irréductibles par la science – au fait de Dieu. C'est ce que firent notamment les idéalistes allemands: « La différence qui subsiste entre le monisme matérialiste et le monisme idéaliste des Fichte, Schelling et Hegel (*supra*, pp. 75 à 77), c'est que le premier nie résolument toute finalité, tandis que ces derniers, s'inspirant de la *Critique du jugement* de Kant, reconnaissent dans la nature, sinon les intentions d'un créateur transcendant, du moins une finalité *immanente*. L'idée de Hegel est la fin suprême de la nature se réalisant par une évolution à la fois physique et logique: physique en tant qu'elle est inconsciente, logique en tant qu'elle exclut le hasard. Elle s'identifie ainsi de fait avec ce que Schelling et surtout Schopenhauer appellent la « *volonté* »: A. WEBER et D. HUISMAN, *op. cit.*, note 63, pp. 524-525.

⁷⁴⁵ La *nature à l'état brut* se définit relativement aux faits de l'être humain; elle correspond à ce qui n'est pas marqué du fait de l'être humain, par exemple, un rocher dans un coin inaccessible de forêt vierge. Ce rocher, jamais touché par l'être humain, arbore pourtant des caractéristiques perceptibles par la personne qui le découvre. Ces caractéristiques sont celles que lui a conféré la nature à l'état brut. La progression inéluctable se fait suivant les propriétés de la nature à l'état brut: ce rocher a telles caractéristiques perceptibles, relativement stables à travers le temps.

⁷⁴⁶ De dire Kant: « la matière en soi nous échappera à jamais »: *supra*, pp. 22-23.

⁷⁴⁷ Voir *supra*, pp. 155 à 157.

l'expérience. « Nous » sommes donc d'abord ces consciences humaines, qui, semble-t-il, partageons une perspective relativement semblable d'un monde. Cette hypothèse demeure cependant invérifiable. L'auteur est l'une de ces consciences. L'auteur se perçoit conscient. L'auteur est également perçu (par les « autres » consciences) comme une conscience, comme une « personne ». Les termes « personne » et « individu » désignent une conscience humaine individuelle. Objectivement, « personne » désigne un jeu de paramètres sensibles : nous percevons notre corps (humain). Nous percevons d'autres « individus » avec un corps et nous sommes en mesure de communiquer avec ces « individus ».

L'être humain se représente son monde suivant de *multiples échelles structurelles* propres à telle représentation. Il y a des échelles perceptibles, tandis que d'autres, l'échelle moléculaire et l'échelle des particules, sont imperceptibles. Les échelles dites « imperceptibles » ont été découvertes par l'expérimentation à l'aide d'instruments, tel le microscope, permettant de percevoir la matière à ces échelles plus élémentaires.

Lorsqu'on parle de « chose », il s'agit d'information perceptible à l'échelle de la perception immédiate par les sens. L'expression *échelle de la perception immédiate* désigne l'échelle des objets directement perceptibles par les sens. C'est l'échelle de la pierre, de l'arbre et du cheval que je peux voir, toucher, entendre (le cas échéant) avec mes sens immédiats (la vue, le toucher, l'ouïe, etc.). On distingue deux types de choses : les entités et les fluides. Une *entité* est une chose d'apparence solide, qu'elle soit perceptible directement par les sens humains ou à l'aide d'instruments d'observation. La désignation et la représentation des *choses, entités et fluides*, dépendent de l'échelle structurelle de la matière suivant laquelle on représente les choses. Par exemple, à l'échelle de la perception immédiate par les sens, on parle de rocher, d'arbre et de cheval. À cette échelle, les entités se distinguent. À une échelle plus petite, on parlerait de strates dans la roche, de sillons dans le tronc et de cellules du cheval. Il est possible d'associer ces configurations de matière aux objets de l'échelle de la perception immédiate auxquels elles correspondent : les strates sont celles d'une roche, les sillons, ceux d'un arbre et les cellules sont celles d'un cheval. Si nous passons à une échelle réduite davantage, nous représentons en fonction de molécules, tant pour le rocher, que pour l'arbre et le cheval.

Ontologiquement, la conscience représente l'échelle la plus complexe de configuration de données. Autant la configuration de la matière est assortie de *multiples échelles structurelles* selon les représentations des sciences naturelles, autant la connaissance est-elle une échelle supérieure de complexité de la matière-interactions et autant la connaissance comporte-t-elle de multiples échelles de complexité.

Nous nous représentons la matière à des échelles directement perceptibles par les sens humains, mais également à des échelles imperceptibles sans l'aide d'appareillages. Plus on descend vers une échelle structurelle élémentaire, plus l'entité perd son identité par rapport aux perceptions du sujet humain. Les atomes doivent être configurés suivant une structure précise pour que les sillons du bois du tronc d'un chêne puissent y être reconnus.

D'autre part, plus on descend dans l'échelle structurelle d'interactions, plus les structures d'interactions sont dynamiques. Ainsi, le cheval, est une entité homogène. Les cellules qui le composent, ont une vie plus courte. Les unes meurent, pour être immédiatement remplacées par d'autres. Certaines cellules, tels les globules du sang, circulent à même l'organisme du cheval. Les atomes, ont une dynamique encore plus considérable: les électrons sont en mouvement constant au sein des molécules.

La personne humaine développe sa connaissance de son milieu en fonction de diverses échelles structurelles de manière progressive. Ainsi, lorsque l'enfant naissant éprouve ses premières perceptions et sensations, ses associations cognitives initiales sont élémentaires. Elles consistent en des liens plutôt simples entre perceptions et sensations. L'enfant entend, voit, touche, sent et goûte pour la première fois. Il découvre que certains sons, formes, textures, parfums et saveurs sont récurrents. Ces sons, formes, textures, parfums et saveurs qu'il perçoit initialement lui servent de paramètres de référence par rapport auquel il donne un sens à son expérience. Éventuellement, la fibre de la connaissance de cet enfant débordera du sensible. Entre les composantes sensibles de sa connaissance, des ponts et tunnels de plus en plus longs et sinueux seront construits.

* * *

En somme, la donnée constitue la composante élémentaire de la connaissance. Tout phénomène cognitif s'explique en fonction de ce concept de donnée.

Ainsi en est-il de l'exercice des facultés humaines de perception, mémorisation, rappel et d'imagination. Par l'exercice de ces facultés, nous connaissons des complexes de données : nous les percevons, mémorisons, rappelons et nous nous en imaginons. Au sein de l'univers que nous connaissons, tout est données. Nous imaginons depuis les données que nous percevons (l'information) et celles que nous rappelons (rappel). Nous mémorisons les idées et intellections composées de ces données. Nous connaissons la matière. Cette matière que nous connaissons est une intellection, des complexes de données. La matière se définit donc en fonction de complexes de données que nous connaissons (imaginons depuis l'information et le savoir). À la matière, nous associons des formes, en fonction desquelles nous désignons des objets. La forme des objets correspond à des complexes de données. Nous imaginons la matière, depuis les données de nos sens et celles de notre savoir.

Parmi les propositions ci-dessus, plusieurs ont un rôle déterminant à jouer dans la définition de l'objet du droit d'auteur : nous connaissons la matière; connaître la matière, c'est l'imaginer, depuis l'information (les données de la perception) et le savoir (les données rappelées de la mémoire). Ces jalons conceptuels étant posés, nous allons maintenant expliquer la fixation de l'œuvre en droit d'auteur en fonction de ceux-ci.

2. Fixation

Après avoir complété notre périple à travers l'histoire des privilèges et du droit d'auteur, identifié des imprécisions conceptuelles relativement au critère de fixation⁷⁴⁸, traité de la nébulosité du concept d'œuvre⁷⁴⁹, constaté que ces imprécisions et cette nébulosité sont soulevées par l'ambiguïté d'une conception dualiste de l'œuvre qui cherche à distinguer des aspects matériels d'aspects immatériels de celle-ci⁷⁵⁰, et enfin défini certains concepts servant de fondements au droit d'auteur, nous allons proposer à l'aide des bases conceptuelles définies ci-dessus une conception du critère de fixation libre des imprécisions que nous lui avons identifiées.

L'une des grandes lacunes du droit d'auteur étant la nébulosité de son objet, nous allons tout de suite proposer une définition du concept d'œuvre, après quoi

⁷⁴⁸ *Supra*, pp. 3 à 6, 105-106 et 137-138.

⁷⁴⁹ *Supra*, pp. 57 à 72 et 138.

⁷⁵⁰ *Supra*, pp. 6 et 7, 57 à 72 (notamment à la page 71) et 138.

nous présenterons une conception contemporaine du critère de fixation. Le concept d'œuvre servira de pierre angulaire à cette conception du critère de fixation. Nous savons que la protection des créations par le droit d'auteur est assujettie à un critère d'originalité et, le cas échéant, à une exigence de fixation. Cependant, rappelons que l'œuvre et les critères d'originalité et de fixation, d'ailleurs, ne font pas toujours l'objet d'une définition explicite au sein des conventions internationales et des lois nationales dont il est question dans ce mémoire⁷⁵¹.

Il est possible d'identifier au sein des conventions internationales et lois nationales des éléments communs décrivant l'objet du droit d'auteur, afin de dégager une définition générique de cet objet en fonction des concepts d'idée, de fait, d'expression, de matière et d'autres concepts que nous avons présentés dans la section précédente. Cette définition ou description générique de l'objet du droit d'auteur nous permettra notamment d'esquiver les fictions juridiques de la législation américaine par rapport au concept d'œuvre (« work »)⁷⁵². L'emploi de fictions juridiques tend à conférer au vocabulaire un sens autre que celui qui lui revient au sein d'une conception cohérente. Selon nous, il est préférable, afin de simplifier la loi, de ne pas déroger tant que possible au sens conféré au vocabulaire qui est le plus largement accepté par la science⁷⁵³.

La définition ou description générique de l'objet du droit d'auteur nous permettra également de laisser de côté les particularités des diverses conventions internationales et lois nationales quant aux attributs de l'objet du droit d'auteur, lorsque nous traiterons ci-dessous du critère de fixation. À cet effet, notre approche consistera à dégager un concept de fixation cohérent, indépendamment de la façon dont il se manifeste présentement au sein des conventions internationales et lois nationales.

Le concept d'œuvre que nous proposons tient compte en particulier des deux paramètres distincts de conception identifiés précédemment⁷⁵⁴ : les faits et les données.

⁷⁵¹ Par exemple, elles ne sont pas définies au sein de la loi canadienne. La loi américaine, par contre, est plus explicite quant à la fixation: *supra*, pp. 125-126.

⁷⁵² Voir *supra*, p. 127. Sur l'emploi de fictions juridiques, voir également *supra*, p. 138.

⁷⁵³ Compte tenu du fait que des divergences d'opinions sont inhérentes à la science.

⁷⁵⁴ *Supra*, pp. 140-141.

La cōnception en fonction des faits (imaginés ou perçus) est celle à l'échelle du sens commun : sont des faits, par exemple, une table que j'aperçois ou l'idée du mont Pumori; un personnage nommé Rivière et chacun de ses gestes et attributs qui me sont présentés dans un roman; un sentiment éprouvé et exprimé par quelqu'un; la couleur du ciel que je vois. Compte tenu des concepts présentés dans la section précédente, les variantes du concept d'œuvre véhiculées dans les lois nationales et les conventions internationales désignent de manière générale le choix et l'arrangement de faits⁷⁵⁵ qu'effectue l'auteur. Les faits peuvent être des idées, c'est-à-dire des faits imaginés ou perçus. En termes de faits imaginés, l'œuvre n'est ni l'idée ni le complexe d'idées (c'est-à-dire de faits imaginés) car les faits imaginés n'ont pas fait l'objet d'une expression et ne peuvent donc satisfaire l'exigence de fixation du droit d'auteur. Le concept d'œuvre ne désigne davantage ni l'objet perçu ni le complexe d'objets perçus. L'œuvre est le choix et l'arrangement de ces idées ou objets perçus.

Le concept de recette illustre bien par analogie celui d'œuvre⁷⁵⁶. Suivant cette analogie, l'œuvre correspond à la recette, c'est-à-dire le choix et l'arrangement (ce qu'on en fait) des ingrédients. Les ingrédients individuels ne constituent pas l'œuvre, pas plus que le plat résultant. La recette est caractérisée par le choix de tel ou tel ingrédient, la séquence et la manière selon lesquelles ces ingrédients sont combinés. L'œuvre est caractérisée par le choix de tels éléments (faits ou données), combinés et arrangés selon telle séquence, le cas échéant, et suivant telle configuration.

La définition de l'œuvre en fonction des faits est adéquate afin d'appliquer le droit d'auteur aux textes écrits. Cependant, elle est insuffisante dans le cas d'autres catégories d'œuvres telles les tableaux, sculptures, banques de données, photographies et œuvres musicales, en raison du critère d'originalité et, notamment, du symbolisme de la forme. L'originalité de ces créations, au-delà des faits (la pomme, la flèche tirée, l'enfant sur la tête duquel se trouve la pomme) doit nécessairement s'apprécier en fonction de la forme et son symbolisme à l'échelle des données (contrastes). Nous reviendrons sur cette question d'originalité et son appréciation en fonction du symbolisme de la forme⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ « Faits » : voir *supra*, pp. 140-141

⁷⁵⁶ Cependant, les recettes ne font pas forcément l'objet de la protection du droit d'auteur : voir H. G. Fox, *op. cit.*, note 243, p. 124.

⁷⁵⁷ Voir *infra*, p. 179.

Considérons maintenant l'œuvre en fonction du second paramètre de conception que nous avons identifié : les données.

Rappelons, par ailleurs, que la donnée est un contraste et qu'elle constitue la composante élémentaire de la connaissance⁷⁵⁸. Les faits et le choix et l'arrangement de ceux-ci dans l'œuvre constituent des complexes de données. Autrement dit, l'œuvre se définit en fonction d'un choix et de l'arrangement de données. Une œuvre artistique telle un tableau, une peinture de Lezcek, par exemple, se définit en fonction du choix et de l'arrangement de contrastes visuels et, sans doute, tactiles. Dans cet exemple, les faits qui font l'objet du choix et de l'arrangement constitutifs de l'œuvre sont des contrastes, c'est-à-dire des données. Dans une histoire écrite, par contre, les faits qui font l'objet du choix et de l'arrangement constitutifs de l'œuvre sont généralement des objets et des attributs et actions concernant ces objets. Par exemple, dans le roman *Maria Chapdelaine* de Louis Hémon, il est notamment question d'événements impliquant divers personnages à l'église de Pérignon, à la maison des Chapdelaine, etc. Donc, comme nous l'avons souligné, nul besoin de considérer le texte écrit en fonction du complexe de données. L'échelle des faits suffit.

La conception de l'œuvre en fonction des données offre l'avantage d'alléger le cadre conceptuel du droit d'auteur. Elle représente l'objet du droit d'auteur en fonction de sa composante élémentaire, en l'occurrence la donnée. L'analogie du château de sable illustre bien l'avantage de définir l'œuvre en fonction de ses données constitutives. Supposons que l'on tente de décrire à un enfant qu'il est possible de faire des châteaux de sable sur la plage. L'enfant, qui a déjà joué dans une boîte de sable chez lui, comprendra bien mieux si on lui parle des formes que l'on peut donner *au sable*, plutôt que de ne décrire que les formes possibles, sans ne jamais faire allusion à la composante élémentaire de ces châteaux – les grains de sable. De façon analogue, le droit d'auteur a généralement tenté avec maladresse depuis plus de deux cents ans de décrire l'œuvre en fonction de ses formes possibles (et de leur utilisation sous ces formes), sans jamais s'intéresser à sa composante élémentaire – la donnée (contraste perçu ou imaginé).

⁷⁵⁸ *Supra*, p. 140.

La cōnception de l'œuvre en fonction des données simplifie notamment l'application du droit d'auteur aux banques de données, en éliminant un degré d'abstraction. L'œuvre étant un complexe de données, il est clair que la banque de données peut faire l'objet d'un droit d'auteur, pourvu qu'elle satisfasse aux exigences de fixation (expression selon l'un de modes prescrits par la loi) et d'originalité (choix et arrangement suffisamment complexe et fait indépendamment d'autres créations semblables ou identiques) et qu'elle corresponde, le cas échéant, aux catégories d'œuvres définies dans la loi.

Nous allons maintenant nous servir des éléments de définition du concept d'œuvre présentés ci-dessus afin de traiter celui de fixation. Pour ce faire, nous allons procéder en deux temps. La fixation se définit en particulier en fonction des concepts d'expression, d'idée et de support. Dans un premier temps, nous allons nous pencher sur le concept d'expression de l'œuvre et sa définition en fonction du concept d'idée. Dans un deuxième temps, nous pourrions compléter notre analyse du concept de fixation en présentant un concept de support de l'œuvre, que nous allons définir notamment en fonction de celui de matière.

a) Expression et idées

Le concept de fixation en droit d'auteur chevauche celui d'expression⁷⁵⁹. L'expression emporte parfois la fixation, mais pas forcément. Autrement dit, la fixation résulte de certains modes d'expression tandis que d'autres modes d'expression n'ont pas pour finalité la fixation. D'une certaine façon, le concept de fixation est un sous-ensemble du concept d'expression, de sorte que certains modes d'expression – mais pas tous – satisfont au critère de fixation tel que défini par la loi. Parler, rédiger un texte, jouer de la musique devant un public et peindre sur une toile sont des modes d'expression. Parmi ces exemples, la peinture et la rédaction seraient en général assimilées à la fixation de l'œuvre. L'expression orale et l'exécution devant public

⁷⁵⁹ Et même, dans l'affaire *Canadian Admiral* dont nous avons déjà parlé (*Canadian Admiral Limited c. Rediffusion Limited*, précitée, note 533), le tribunal semble employer le terme « expression » comme substitut à celui de « fixation » : « I have given careful consideration to the terms of the *Copyright Act* and more particularly to the provisions of ss. 2 and 3, and the conclusion seems inescapable – at least to me – that for copyright to subsist in a “work” it must be *expressed* to some extent at least in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance. » : *ibid.*, p. 86 (les italiques sont de nous). Sur le concept d'expression, voir également *supra*, p. 149.

pourraient ne pas l'être. La détermination à savoir quels modes d'expression emportent la fixation dépend des particularités de la loi applicable⁷⁶⁰.

Par ailleurs, les juristes en droit d'auteur cherchent souvent à distinguer les idées de leur expression. Cette distinction, difficile à cerner, fait couler beaucoup d'encre⁷⁶¹. Le rapport Lehman, dont nous avons traité plus tôt⁷⁶², dit qu'elle est ténue, puisque l'idée et l'expression sont toutes deux fixées dans l'œuvre:

« The line between idea and expression is not easy to draw. The distinction is not that one is fixed and the other is not – *they are both fixed in the copyrighted work of authorship*. At some point, *the idea becomes detailed enough to constitute expression*. Judge Learned Hand explained:

Upon any work... a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the (work) is about, and at times might consist only of its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the (author) could prevent the use of his "ideas", to which, apart from their expression, his property is never extended.

Nichols vs. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930)⁷⁶³ »

La distinction entre l'expression et les idées, selon cet extrait du rapport Lehman, est vague. Tel est particulièrement le cas quant à l'affirmation « (a)t some point, the idea

⁷⁶⁰ Voir notamment quant au droit d'auteur sur les paroles orales : D. J. BRENNAN et A. F. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 573.

⁷⁶¹ Cette distinction a fait l'objet de nombreux commentaires et débats. Fox, notamment, explique que le droit d'auteur ne protège pas les idées ou les opinions mais bien la forme sous laquelle celles-ci sont exprimées : « Subject-matter, in itself, such as the theme or the plot of a novel or a play, or the subject of an essay or article, cannot be protected apart from its form or expression. Ideas or opinions cannot be the subject matter of copyright, only the form in which ideas or opinions are expressed (...) The courts have consistently refused to assume to protect property in ideas that have not been reduced to concrete form. An idea is too nebulous to protect. »: H. G. FOX, *op. cit.*, note 544, p. 60. Fox précise que le droit d'auteur s'intéresse à la séquence de présentation des idées, plutôt qu'à l'utilisation de certaines idées particulières ou de certains mots particuliers: « The right secured by copyright is not the right to use certain words nor the right to employ ideas expressed in those words; it is the right to that order of ideas that the author has selected to express those ideas » : *ibid.*, p. 60. Voir également G. F. HENDERSON, « An Introduction to the Law of Copyright », dans G. F. HENDERSON (dir.), Copyright, Confidential Information and Trade Secrecy, Toronto, Carswell, 1994, 1-28, 4-6.

⁷⁶² *Op. cit.*, note 249.

⁷⁶³ *Ibid.*, aux pp. 33 et 34. Les italiques, sauf quant à la jurisprudence citée, sont de nous.

becomes detailed enough to constitute expression »⁷⁶⁴. Ces propos suggèrent que la distinction entre l'expression et les idées est fondée sur le degré de détail de l'une et des autres. Or, le rapport Lehman affirme que le droit d'auteur ne protège pas les idées, mais seulement l'expression des idées⁷⁶⁵. Pourtant, l'extrait reproduit ci-dessus reconnaît que tant les idées que leur expression seraient empreintes dans l'œuvre. Dès lors, on peut s'interroger sur la distinction entre l'œuvre, d'une part, et, d'autre part, les idées et leur expression qui s'y trouvent empreintes. Soulignons que l'œuvre et l'expression des idées font l'objet d'un droit d'auteur mais pas les idées. En d'autres mots, pourquoi les idées (les idées étant empreintes dans l'œuvre selon le rapport Lehman) ne sont-elles pas protégées par le droit d'auteur alors que tel est le cas quant à l'expression des idées (et que cette expression se trouve empreinte dans l'œuvre, toujours selon le rapport Lehman)?

À notre avis, la nébulosité qui découle de la dichotomie idée / expression provient du choix terminologique douteux qu'elle manifeste. La dichotomie idée / expression veut opposer le concept d'idée à deux différents aspects qu'elle associe au concept d'expression. Le premier de ces aspects est la symbolisation d'idées au sein d'un support. Il s'agit en quelque sorte de la transposition des idées de l'auteur en un support quelconque outre l'esprit de l'auteur. Prise en ce sens, l'expression peut emporter la fixation au sens de la loi, mais pas forcément. Par exemple, l'auteur qui rédige une lettre manuscrite empreint ses idées sur un support, en l'occurrence une feuille de papier et de l'encre. Les lettres et les mots écrits à l'encre sur ce papier constituent de l'information qui symbolise les idées de cet auteur. Il y a fixation notamment au sens de la loi canadienne et américaine. De même, l'enfant qui raconte à son parent sa journée à l'école *s'exprime*. Par l'*expression* orale, les idées de l'enfant se retrouvent empreintes sous forme d'ondes acoustiques dans l'atmosphère du lieu où se trouve l'enfant. La séquence de sons qui résulte de l'expression orale de cet enfant symbolise les idées de celui-ci. Cependant, cette expression ne satisfait ni le critère de fixation canadien ni celui de la loi américaine.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, aux pp. 33 et 34: « The ideas are not protected; the expression is. *Baker v. Seldon*, 101 U.S.99, 103 (1879); *Beal v. Paramount Pictures Corp.*, 20 F.3d 454, 458-59 (11th Cir.), cert. Denied, 115 S. Ct. 675 (1994) ; see also *Harper & Row (Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985)), at 547-48 (“copyright is limited to those aspects of the work – termed ‘expression’ – that display the stamp of the author’s originality”).»

Le premier aspect que la dichotomie idée / expression associe au concept d'expression correspond effectivement au concept d'expression selon le sens que nous lui avons conféré dans la section précédente, tant en termes de faits qu'en termes de données.

En termes de faits, nous avons défini l'expression comme étant la symbolisation ou l'encodage d'idées, c'est-à-dire de faits imaginés, en une forme sensible⁷⁶⁶. Autrement dit, l'expression désigne, en termes de faits, l'encodage du choix et de l'arrangement d'idées (c'est-à-dire des faits imaginés) empreintes dans l'esprit d'un sujet.

En termes de données, ce concept d'*expression* du droit d'auteur désigne, la symbolisation⁷⁶⁷ ou l'encodage⁷⁶⁸ de complexes de données confinés à l'esprit de l'auteur en une forme sensible.

À un stade quelconque du processus de création d'une œuvre, les faits ou les données constitutives de l'œuvre peuvent ne pas encore avoir fait l'objet d'une expression en ce sens qu'ils/elles sont confiné(e)s à l'esprit de l'auteur. Ils ou elles émanent strictement de l'imagination de l'auteur tandis que celui-ci imagine sa création. L'expression de l'œuvre désigne le processus de « mise en disponibilité des faits/données de sorte qu'ils ou elles deviennent perceptibles ». Il y a transmission des faits/données, depuis l'esprit de l'auteur à un support, quel qu'il soit, autre que l'esprit de l'auteur. Nous précisons que le support doit être autre que l'esprit de l'auteur, car nous devons tenir compte de la matière organique du cerveau de l'auteur en tant que support. Nous reviendrons sous peu sur le concept de support. Pour l'instant, soulignons que tant que les données constitutives de l'œuvre n'ont pas été exprimées, elles demeurent fixées au sein de l'esprit de l'auteur. L'expression nécessite l'intervention de l'auteur – le fait de l'auteur⁷⁶⁹ – afin de rendre perceptibles les données constitutives de l'œuvre. En somme, l'expression d'idées emporte la production d'information⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ *Supra*, p. 147.

⁷⁶⁷ Symboles: voir *supra*, p. 144.

⁷⁶⁸ *Supra*, pp. 145-146.

⁷⁶⁹ Sur le fait humain et son symbolisme, voir *supra*, p. 146-147.

⁷⁷⁰ L'expression symbolise (encode) les complexes de données qui forment des idées. Une fois symbolisés, les complexes de données désormais perceptibles sont de l'information. Étant information, symbolisés, les complexes de données sont empreints en un support.

Le deuxième aspect du concept d'expression que recèle la dichotomie idée/expression est le degré d'originalité. L'originalité en droit d'auteur s'apprécie notamment en fonction : (1) du fait que l'auteur ait choisi et arrangé tels ou tels faits indépendamment d'autres créations semblables, c'est-à-dire sans copier ou autrement reproduire ce dont il avait pris connaissance; et (2) de la complexité du choix et de l'arrangement de données ou faits. Le choix et l'arrangement de faits correspondent à ce deuxième aspect du concept d'expression que recèle la dichotomie idée/expression tandis que l'« idée » désigne le fait particulier. Il s'agit de l'aspect « degré de détail » considéré dans le rapport Lehman⁷⁷¹. Considérée en ce sens, l'expression n'a rien à voir avec la fixation –le fait pour l'auteur d'extérioriser outre son esprit des idées – hormis le fait qu'une telle fixation doit nécessairement avoir eu lieu pour que l'information que constitue l'idée ou l'expression de l'idée puisse être considérée. Au sens du rapport Lehman, l'idée et l'expression convergent⁷⁷² lorsque très peu de faits peuvent faire l'objet d'un choix et d'un arrangement. Par exemple, si j'écris « Un homme voyage plusieurs milliers d'années dans le futur. », cette phrase contient très peu d'information pouvant susciter une protection par le droit d'auteur. On dira alors qu'il y a convergence de l'idée et de son expression : il y a très peu de façon d'exprimer les éléments combinés dans l'idée exprimée.

À la limite, il y a convergence complète entre l'idée et l'expression suivant le sens du rapport Lehman lorsque l'expression ne vise qu'un seul fait. Ce fait est alors choisi mais ne fait pas l'objet d'un arrangement. On considère alors que le choix d'un seul fait constitue un apport créatif trop minime pour satisfaire à l'exigence d'originalité, compte tenu notamment de la nécessité d'équilibrer le monopole que confère le droit d'auteur avec la liberté d'utilisation de l'information, la liberté d'expression et l'avancement de la science et le libre cours des arts.

L'originalité s'apprécie soit à l'échelle des faits (par exemple pour ce qui est d'un texte écrit) ou soit à l'échelle des données (en ce qui concerne les créations telles les tableaux, les sculptures, les banques de données, les photographies et les œuvres musicales). L'appréciation de l'originalité d'une création, tant à l'échelle des faits qu'à l'échelle des données (contrastes) se fait en tenant compte du degré de symbolisme, c'est-

⁷⁷¹ *Supra*, p. 172.

⁷⁷² Cette convergence est désignée en anglais par l'expression « merger theory » : voir G. F. HENDERSON, *loc. cit.*, note 758, 4-6.

à-dire le degré de similarité avec des formes identifiables. Autrement dit, l'originalité dépend notamment du symbolisme de la forme.

Rappelons que le symbolisme de la forme, dont nous avons traité dans une section précédente⁷⁷³, désigne la propension qu'ont certaines formes perçues ou imaginées d'en rappeler d'autres mémorisées, c'est-à-dire empreintes dans notre savoir. Le degré de symbolisme d'un complexe de données constitue cette propension à rappeler les formes mémorisées⁷⁷⁴.

Par ailleurs, nous avons traité du code, de l'encodage et du transcodage des idées⁷⁷⁵. Il y a encodage lorsqu'une correspondance est établie. Le code est une correspondance déterminée entre faits (si on conceptualise à l'échelle des faits) ou entre complexes de données (si on conceptualise à l'échelle des complexes de données). L'expression orale, par exemple, emporte l'encodage des idées, puisqu'il y a correspondance entre les sons produits et les idées que ces sons représentent. Le code (que constitue la langue française écrite) établit la correspondance entre les lettres écrites « girafe » et l'idée d'une « girafe ».

Plus le symbolisme (codé ou non) de la création est riche en faits (complexes de données), plus cette création est originale. À condition bien sûr que ce symbolisme résulte de l'effort créatif indépendant de l'auteur.

Le degré de symbolisme de l'encodage s'apprécie en fonction de la netteté de la correspondance entre l'information codée et les idées encodées. Par exemple, prenons, d'une part, un dessin abstrait qui contient des formes rappelant l'apparence visuelle d'un arbre. D'autre part, prenons une photographie claire et de jour d'un arbre. Dans cet exemple, la photographie comporte un degré de symbolisme plus considérable

⁷⁷³ *Supra*, pp. 144 à 146 et 153.

⁷⁷⁴ Le symbolisme de la forme ferait en soit un excellent sujet de thèse : comment réconcilier le fait que le droit d'auteur est moins exigeant en termes de symbolisme, par exemple quant à une peinture abstraite, comparativement au choix et à l'arrangement de sons. Se pose notamment la question de la distinction entre le bruit, l'harmonie et le symbolisme.

⁷⁷⁵ *Supra*, pp. 145-146.

que le dessin. À la limite minimale, le symbolisme n'évoque que du bruit, c'est-à-dire l'absence totale de forme reconnaissable⁷⁷⁶.

L'encodage peut se faire notamment par les gestes ou par les mots. Avec l'expression, il y a *symbolisation* du choix et de l'arrangement de faits lorsque les gestes d'un sujet ne sont pas porteurs d'un message codé. Cette *symbolisation* emporte *encodage* par les gestes ou par les mots lorsque ceux-ci correspondent à des faits particuliers.

Le concept d'*expression* de l'œuvre se définit en considérant l'ensemble des faits et gestes physiques d'une personne⁷⁷⁷. Ces faits et gestes peuvent résulter en une expression corporelle, par exemple, par la danse. Ils peuvent également être ceux de quelqu'un qui rédige un roman. Il y a lieu de distinguer entre les faits et gestes qui sont intentionnels et ceux qui ne le sont pas⁷⁷⁸. L'expression comprend le jeu de ces faits et gestes physiques, depuis ceux qui sont tout à fait intentionnels jusqu'à ceux, incidents, qui complètent néanmoins le sens du message, mais à l'exclusion de ceux qui sont complètement involontaires et qui n'ajoutent strictement rien au message. L'expression désigne, selon le cas, ce processus ou sa finalité – le jeu de faits et gestes qui en résulte.

* * *

En somme, le concept d'œuvre désigne un choix et un arrangement d'éléments. Ces éléments peuvent être considérés soit à l'échelle du sens commun – ce sont alors des faits, ou soit à l'échelle conceptuelle la plus élémentaire – ce sont alors des données (contrastes).

Le droit d'auteur ne protège pas les faits imaginés mais non exprimés. C'est ce qu'on entend lorsqu'on affirme énigmatiquement que le droit d'auteur ne protège pas les « idées ». Les faits imaginés se distinguent de ceux qui sont le produit de la perception.

⁷⁷⁶ Si l'expression emporte nécessairement symbolisation, on peut se demander si l'expression pourrait n'emporter strictement aucun encodage, c'est-à-dire en l'absence de quelque correspondance que ce soit.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*

L'expression consiste à empreindre les idées (les faits imaginés) en un support. Dépendamment du cadre juridique considéré, ce processus peut ou non correspondre à celui de fixation.

À notre avis, la dichotomie idée/expression induit en erreur de catégorie⁷⁷⁹ : dans cette dichotomie, le concept d'expression chevauche ceux de fixation (un processus) et d'originalité (un attribut). Plutôt que de parler d'une distinction entre l'idée et son expression, il serait plus clair de distinguer, d'une part, les idées de l'information, c'est-à-dire les faits imaginés de ceux ayant fait l'objet d'une expression. Le droit d'auteur ne protégerait pas les faits imaginés. Seuls les faits ayant fait l'objet d'une *expression originale* et satisfaisant un *critère de fixation* seraient considérés comme des objets du droit d'auteur⁷⁸⁰. Selon le mode d'expression employé, il pourrait y avoir fixation. D'autre part, il y a lieu de distinguer les faits du caractère original du choix et de l'arrangement de ces faits.

Seules les créations qui satisfont ces critères d'originalité et de fixation seraient assujetties à la protection du droit d'auteur. De plus, le droit d'auteur de plusieurs états, le Canada notamment, assujetti à l'heure actuelle la protection de l'œuvre par le droit d'auteur à ce que les créations correspondent à l'une ou l'autre des catégories d'œuvres définies dans la loi.

Par ailleurs, nous avons vu⁷⁸¹ que plusieurs conventions internationales et lois nationales, assujettissent l'œuvre (au départ, un choix et arrangement de faits) à un critère de fixation⁷⁸². Ce critère exige de l'œuvre qu'elle soit empreinte en un support quelconque, c'est-à-dire en un ou plusieurs objet(s) tangible(s) et durable(s). L'objet (ou les objets) en lequel l'œuvre est empreinte n'est pas protégé par le droit d'auteur. C'est le choix et l'arrangement d'éléments empreint en ce support-objet qui est protégé. En quoi consiste ce support ? Certaines conventions internationales et lois nationales utilisent l'expression « support *matériel* quelconque ». Est-ce cohérent de parler de support « matériel »?

⁷⁷⁹ Concernant les erreurs de catégorie, voir notre discussion de la philosophie de Gilbert Ryle, *supra*, pp. 81-82.

⁷⁸⁰ Sous réserve, le cas échéant, de l'assujettissement mentionné dans le paragraphe ci-dessous.

⁷⁸¹ *Supra*, pp. 107 et suiv.

⁷⁸² Ainsi qu'à une exigence d'originalité : voir *supra*, note 15.

b) Support et matière

Le support est le médium en lequel l'œuvre (un choix et arrangement de faits) est empreinte par son expression. Par « médium », nous entendons tout phénomène physique, y compris les solides, fluides et ondes. Soulignons que conformément au modèle standard⁷⁸³, nous ne considérons pas le médium en soi mais plutôt par rapport à ses données constitutives, codées ou non⁷⁸⁴. En d'autres mots, nous ne tenons pas compte des « choses en soi »⁷⁸⁵. Cette approche s'oppose diamétralement à la perspective intuitive. Elle est contraire à celle qui transpire de la grande majorité des lois et des textes doctrinaux et jurisprudentiels : à peu près tout le monde conceptualise en fonction du monde en soi, qui existe, tel quel. Et pourtant, en raison de la nature même de l'objet du droit d'auteur, son avenir lui réserve une place au sein d'une science intégrée et cohérente.

Nous avons vu⁷⁸⁶ que le critère de fixation et, incidemment, la relation de l'œuvre et son support, sont fréquemment décrits au sein des conventions internationales et lois nationales en fonction de l'expression « forme matérielle ». Au sein des conventions internationales et lois nationales qui ont recours à l'expression « forme matérielle », l'adjectif « matérielle » signifie « tangible et durable » et la « forme matérielle » s'oppose aux idées sises dans l'esprit de l'auteur.

Or, l'expression « fixer sous une forme matérielle » contient un pléonasme qui résulte du jumelage du terme « fixer » à l'expression « forme matérielle ». Par définition, « fixer » consiste à symboliser les idées au sein d'un support. Le concept de « fixer » implique notamment le passage à une forme autre qu'intellectuelle, c'est-à-dire le passage des idées à un support. « Fixer » peut également impliquer que la forme autre qu'intellectuelle en laquelle se retrouvent les faits est relativement durable. Toute forme autre qu'intellectuelle serait nécessairement « matérielle ». Il est donc inutile de parler de fixation « sous une forme matérielle quelconque », ce qui équivaut à dire, par exemple,

⁷⁸³ *Supra*, p. 90.

⁷⁸⁴ Cette dernière précision est conforme au fait que nous préférons une approche relativiste à une approche réaliste : *supra*, pp. 154 à 157.

⁷⁸⁵ *Supra*, pp. 154 à 157.

⁷⁸⁶ *Supra*, pp. 107 et suiv.

« monter en haut ». En d'autres termes, la fixation en soi implique nécessairement le passage « sous une forme matérielle », c'est-à-dire sous une forme autre qu'intellectuelle.

Nous éprouvons également certaines réserves quant à l'emploi de l'expression « forme matérielle » qui, à notre avis, est ambiguë et complique inutilement le droit d'auteur. Cette expression est ambiguë car le terme « forme » peut signifier « contour ». Lorsque « forme » est pris au sens de « contour », alors conceptuellement la « forme matérielle » peut être perçue ou imaginée puisque les contours peuvent être perçus ou imaginés. Par exemple, la forme du Penseur de Rodin peut être perçue par quelqu'un qui observe l'original de cette sculpture. Cette forme peut également être imaginée par quelqu'un qui a déjà vu l'original ou une reproduction de la sculpture. Cependant, le droit d'auteur ne confère pas à l'expression « forme matérielle » le sens de « contour ». Il y a donc ambiguïté.

Plutôt que de traiter de la fixation par rapport à un concept de « forme matérielle », il serait préférable, à notre avis, de définir la fixation comme désignant l'expression, c'est-à-dire l'impression en un support et de définir l'objet du droit d'auteur en fonction du choix et de l'arrangement de faits, que la fixation empreint en un support tangible et durable. De plus, nous considérons que l'œuvre est ni matérielle ni immatérielle. Cette représentation (de l'œuvre-complexe de données, ni matérielle ni immatérielle) découle des sciences de la nature, et notamment du modèle standard dont nous avons traité précédemment, et est conforme à ceux-ci.

Le modèle standard nous enseigne, en vertu du principe d'incertitude, que tout ce que nous percevons est coloré par le simple fait de nos observations⁷⁸⁷. Par conséquent, la perception est subjective et les propriétés et attributs de la matière sont issus de données subjectives. Le modèle standard conduit au rejet des concepts de chose et de réalité en soi connaissables. La réalité en soi est inconnaissable étant donné la subjectivité des observations. Dès lors, la substance est non pas considérée en soi, mais comme une représentation des données de la perception, par opposition aux idées.

Le modèle standard nous conduit à remettre en question l'approche conceptuelle intuitive qui considère une réalité et des objets en soi. Suivant le concept

⁷⁸⁷ *Supra*, p. 91 et p. 159.

d'une réalité et d'une matière (d'objets) en soi connaissables, les objets sont tels quels. Par exemple, au sein d'une réalité en soi, on considère qu'on perçoit le tableau et la sculpture tels quels, plutôt qu'en tant que complexes de données ou d'atomes, protons, électrons et autres particules. On considère que ces objets existent en soi.

Historiquement, les concepts du droit d'auteur ont été formulés selon une approche conceptuelle intuitive qui considère les objets en soi, tels que les livres, les sculptures, les peintures, les partitions musicales et les instruments de musique. Cette approche a séduit les juristes et les a menés à définir le droit d'auteur *en fonction du support* « matériel » de l'œuvre et non *en fonction de l'œuvre*. On a conçu le support de l'œuvre en tant qu'objet « existant » en soi. Il est vrai que le support, tangible, concret, s'avère bien plus docile, conceptuellement, que l'œuvre « immatérielle ». Cette conception est symptomatique du fait que le sens commun conduit la personne humaine à conceptualiser en fonction des faits. Ces faits peuvent être les animaux, les personnes et les objets inorganiques servant de support aux œuvres tel que nous les percevons ou imaginons. Ces faits peuvent également être ce qui arrive à ces objets, encore une fois selon ce que nous percevons ou imaginons. La personne humaine conceptualise en fonction de ces faits qu'elle associe à une réalité et des objets en soi, plutôt qu'en fonction des données constitutives (imaginées ou perçues) de ces faits.

Le droit d'auteur continue à véhiculer des concepts et contient encore aujourd'hui des formulations qui détonnent par rapport au modèle standard, et notamment au principe d'incertitude, en supposant l'existence d'une réalité en soi et d'objets en soi connaissables. Une telle conception en fonction des objets en soi engendre en droit d'auteur une plus grande complexité et certaines incohérences. En conduisant à représenter en fonction des choses en soi, cette conception incite à confondre l'œuvre et son support. Nous avons pu constater que ce syndrome est répandu au sein des conventions internationales et lois nationales en droit d'auteur.

En dépit d'une telle conception (en fonction des objets en soi), la confusion entre l'œuvre et son support peut être évitée. Tel peut être le cas, notamment, lorsque des objets tangibles tels que des disques compacts, des tableaux ou des sculptures, ne sont pas confondus à l'œuvre, mais plutôt considérés à titre d'objets matériels en lesquels l'œuvre est empreinte ou, en d'autres termes, fixée.

Même là où, en dépit d'une conception en fonction des objets en soi, la confusion entre l'œuvre et son support est évitée, une telle conception emporte néanmoins l'inconvénient considérable de compliquer inutilement le droit d'auteur. Elle a pour effet d'offrir un coup d'œil sur le droit d'auteur depuis la mauvaise extrémité de la lunette d'observation : on regarde du côté des faits plutôt que de celui des données. Il en résulte une conception en fonction des faits plutôt que des données. Pour définir l'objet du droit d'auteur, il devient alors nécessaire d'établir une correspondance entre les faits et l'objet du droit d'auteur, ce dernier étant cependant défini en fonction de la forme ou de ses *données* constitutives.

La correspondance entre les faits et les données doit nécessairement être établie puisque la relation entre le concept d'œuvre et notre société concrète doit être établie. Il ne peut être envisagé de formuler une théorie du droit d'auteur strictement en fonction des données, sans égard aux faits et objets de notre société. Cela dit, il est préférable de formuler des concepts en fonction d'abord des données plutôt que des faits. Il devient pressant que le droit de la propriété intellectuelle soit défini en fonction des données et non pas des objets en soi. Cet impératif découle du fait que l'économie devient progressivement davantage axée sur la production et le traitement d'information et de données; de sorte qu'on parle couramment aujourd'hui de l'« économie du savoir ». Au sein de la société de l'information, la technique permet de reproduire fidèlement et de traiter des complexes de plus en plus volumineux d'information. Dans ce contexte, il importe de définir le cadre juridique le plus clair et cohérent possible, afin de le rendre plus accessible tant aux créateurs qu'aux utilisateurs de contenu.

CONCLUSION

L'explication des relations entre les idées, la connaissance et la matière constitue l'une des questions qui a soutenu la plus longue controverse à travers l'histoire de la science. Cette question a son pendant en droit d'auteur : comment définir le rapport, en droit d'auteur, entre les idées et les objets dits matériels en lesquels les œuvres sont empreintes? Et d'abord, qu'est-ce qu'une œuvre? Est-ce de la matière? Est-ce des idées?

Pendant des siècles, les lacunes de la philosophie et de la science ont entravé l'établissement d'un rapport cohérent entre les concepts de matière, d'idées et de connaissance. Le fabuleux casse-tête de la philosophie et des sciences a été progressivement construit au fil des siècles. Les doctrines contemporaines de la philosophie et des sciences viennent unir les blocs de savoir qui ont été assemblés à travers les époques. Les modèles contemporains forment un tout relativement homogène, alors qu'autrefois une mer de mystère séparait les îlots conceptuels.

Au cours du développement des théories de la philosophie et des sciences de la nature, le concept de matière s'est précisé. La science contemporaine propose un concept de matière bien différent de celui de l'époque du *Statute of Anne* ou de la Révolution française. Les concepts et le vocabulaire du droit d'auteur datent cependant de cette époque, où l'on supposait l'existence d'une matière en soi. Le vocabulaire en droit d'auteur qui suggère encore l'existence d'une matière en soi est incohérent et son emploi est inégal : on y retrouve notamment les termes et expressions « matière », « forme matérielle », « idée », « expression » et « support matériel ». On associe au concept de « matière » quelque chose de tangible et de durable et on parle de « fixer sous une forme matérielle quelconque » alors que la matière en soi est inconnaissable et que la matière peut être intangible ou imaginée.

La matière est un produit de notre imagination. Elle constitue une intellection que nous construisons depuis les données de nos sens et celles de notre savoir mémorisé et rappelé. La matière n'est pas forcément perceptible : il est possible d'imaginer des formes matérielles strictement sur la base de savoir mémorisé que l'on rappelle.

Le principe d'incertitude d'Heisenberg confirme sans équivoque la relativité de la connaissance et de la notion de matière, et le fait que la matière en soi est inconnaissable. De même, longtemps après les enseignements des empiristes, des idéalistes et des néopositivistes, la science de la cognition ferme une boucle et nous ramène aux principes et théories de Berkeley, Kant et autres grands penseurs, selon lesquels la matière en soi est inconnaissable. Par conséquent, l'existence en soi des objets, que le sens commun nous a longtemps suggérée, s'esquive progressivement en faveur de la polyvalence de l'information que nous connaissons subjectivement.

Les implications de ces concepts sont considérables pour le droit d'auteur. Les fondements du droit d'auteur ne doivent pas forcément être envisagés sur une base moniste. La conception que nous avons présentée pourrait être considérée comme dualiste : nous représentons la connaissance en fonction de contrastes, c'est-à-dire les données. Tout ce que nous connaissons est contraste, aussi bien les éléments visuels, acoustiques ou tactiles que nous percevons que les formes que nous nous imaginons. La distinction entre le « moi » et le « non-moi » est contraste, de même que celle entre le « moi-pensée » et ce que je perçois (et que je représente à l'aide du concept complexe de « matière »).

Quoi qu'il en soit, nous avons jeté un pont solide entre les idées et les objets qui peuvent être perçus. Ce pont est le concept de « donnée ». Ce concept nous a permis de formuler des concepts d'œuvre et de fixation de l'œuvre. Le droit d'auteur a pour objet, en somme, des configurations de données qui satisfont des exigences d'originalité et de fixation. Nous avons défini la fixation en droit d'auteur comme désignant certains modes d'expression (de données imaginées), de sorte que les données se retrouvent empreintes en un support. De ce fait, les données deviennent perceptibles. La fixation emporte donc la création d'information.

Il serait intéressant d'analyser la définition des catégories d'œuvres et des droits exclusifs, en droit d'auteur, par rapport à la conception de l'œuvre et de la fixation en fonction du concept de donnée que nous avons présenté dans ce

mémoire. En outre, on peut songer à certains débats qui persistent en droit d'auteur et auxquels cette conception pourrait fournir certaines réponses. On songe en particulier à la question de la protection de banques de données et à de nombreux aspects encore disputés concernant la protection des logiciels.

De façon générale, l'avantage très considérable d'une conception du droit d'auteur en fonction du concept de donnée est d'être en diapason avec la société de l'information. L'arbre global de la connaissance intègre les théories de la science en un système complet et cohérent. Les modèles actuels sur la matière que nous proposent la physique et la chimie comportent toujours de nombreux mystères : bien des phénomènes demeurent inexpliqués. Cependant, on connaît aujourd'hui la matière aussi bien organique qu'inorganique. On maîtrise les phénomènes imperceptibles, telle la propagation d'ondes électromagnétiques et de courants électriques, de sorte que la communication d'information met en évidence la relativité de l'information par rapport aux objets et les conséquences de ses propriétés de communicabilité et de reproductibilité : les configurations d'information peuvent être reproduites et communiquées d'un objet à un autre, technique ou non. Par exemple, le Capitole américain peut être perçu en le regardant, sur place, à Washington; il peut aussi être capté en photographie ou filmé à l'aide d'une caméra et son image, projetée sur écran.

Quoi qu'il ne soit pas moins possible d'attribuer à un dieu l'origine de phénomènes sensibles, des relations autrefois inexpliquées entre quelques-uns de ces phénomènes et attribuées à l'action d'un être suprême s'imbriquent aujourd'hui dans la représentation globale de l'être par la science. L'inexpliqué se limite maintenant à l'origine première des lignes directrices, au sens inéluctable des lois fondamentales telles les lois de la physique, auxquelles, semble-t-il, on ne peut échapper. Seule la religion propose des réponses à cet égard, tandis que la science continue à chercher des explications – qui viennent progressivement. Pour le reste, nous laissons à d'autres l'étude de ces grandes questions.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

- ALAI CANADA, Actes de la journée d'étude sur le statut de l'artiste, Montréal, ALAI Canada, 1991, 199 p.
- ALLEN, Sir Carleton Kemp, Law in the Making, Oxford, Clarendon Press, 1964, 649 p.
- ANDLER, Daniel (dir.), Introduction aux sciences cognitives, Paris, Gallimard, 1992, 516 p.
- ARMSTRONG, Elizabeth, Before Copyright - The French Book-Privilege System 1498-1526, Cambridge, University Press, 1990, 317 p.
- ATIYAH, Patrick S., Law and Modern Society, Oxford, University Press, 1983, 158 p.
- AUROUX, Sylvain et Yvonne WEIL, Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie, coll. «Faire le point», Paris, Hachette, 1984, 287 p.
- AUREGAN, Pierre et Guy PALAYRET, Dix étapes de la pensée occidentale des présocratiques à la modernité, coll. «Ellipses», Paris, Éditions Marketing, 1995, 224 p.
- AUSTIN, John, The Province of Jurisprudence Determined, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1954, 396 p.
- BATIFFOL, Henri, Problèmes de base de philosophie du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, 519 p.
- BECHTEL, William, Philosophy of Science, an Overview for Cognitive Science, Hillsdale, New Jersey, L. Erlbaum, 1988, 136 p.
- BELAVAL, Yvon (dir.), Histoire de la philosophie, t. III, vol. 1, « Le XIXe siècle – Le XXe siècle », Paris, Gallimard, 1974, xvi, 630 p.
- BERGEL, Jean-Louis, Théorie Générale du droit, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, xv, 342 p.
- BEST, John B., Cognitive Psychology, 3e éd., St. Paul, MN, West Publishing Company, 1992, 550 p.
- BITTNER, John R., Broadcasting and Telecommunication: An Introduction, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1991, 437 p.
- BLACKSTONE, William, Commentaries on the Laws of England, v. I (1783), New York, Garland, 1978, 4 v.
- BRAUNSTEIN-SILVESTRE, Florence et Jean-François PÉPIN, Les grandes doctrines, Paris, Ellipses, 1993, 264 p.

- BRIEF, Jean-Claude, Savoir, penser, et agir: une réhabilitation du corps, Montréal, Éditions Logiques, 1995, 189 p.
- BUTTERFIELD, Herbert, The Origins of Modern Science 1300-1800, Londres, G. Bell and Sons, 1968, 242 p.
- CARATINI, Roger, La philosophie, t. I, «Histoire», Paris, Seghers, 1984, 372 p.
- CARATINI, Roger, La philosophie, t. II, «Thèmes», Paris, Seghers, 1984, 359 p.
- CARTER-RUCK, Peter F., Copyright - Modern Law and Practice, Londres, Faber and Faber, 1965, 640 p.
- CASSIDY, David C., Uncertainty – The Life and Science of Werner Heisenberg, New York, W. H. Freeman and Company, 1991, xii, 669 p.
- CHERPILLOD, Ivan, L'objet du droit d'auteur, Lausanne, Cédidac, 1985, 197 p.
- COAN, Richard W., Human Consciousness and its Evolution, Westport, CT, Greenwood Press, 1987, 189 p.
- COHEN, Gillian, The Psychology of Cognition, 2^e éd. Londres, Academic Press, 1983, x, 277 p.
- COLLINSON, Diane, Fifty Major Philosophers, Beckenham, Croon Helm, 1987, 170 p.
- COLOMBET, Claude, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, 2^e éd., Paris, Cour de cassation, 1992, 196 p.
- COLOMBET, Claude, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1999, VII, 507 p.
- COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, Ottawa, Secrétariat du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, 1994, 53 p.
- COPPLESTON, Frederick, A History of Philosophy, v. VII, «Fichte to Nietzsche», Londres, Burns and Oates, 1963, 496 p.
- COPYRIGHT LAW REVIEW COMMITTEE, Simplification of the Copyright Act 1968, document affiché sur Internet, à l'adresse <http://www.law.gov.au/clrc/Report%20Part%202/ReportHeadings2.html>
- CORNISH, William R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Deuxième édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, 528 p.
- CROWTHER, James Gerald, A Short History of Science, Londres, Methuen Educational, 1969, 230 p.

- DAMPIER, William Cecil, A History of Science, 4^e éd., Cambridge, University Press, 1966, xxvii, 544 p.
- DAMPIER, William Cecil, A Shorter History of Science, Cambridge, University Press, 1945, 189 p.
- DAVIES, Gillian, Copyright and the Public Interest, New York, VCH Publishers, 1994, 220 p.
- DENIS, Michel, Image et cognition, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 284 p.
- DENNING, Sir Alfred Thompson, The Discipline of Law, Londres, Butterworths, 1979, 331 p.
- D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin, Natural Law: an Introduction to Legal Philosophy, Londres, Hutchinson's University Library, 1951, 126 p.
- DESBOIS, Henri, Le droit d'auteur, Paris, Librairie Dalloz, 1950, 794 p.
- DE VITO, Joseph Anthony, Communication Concepts and Processes, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1976, xvii, 329 p.
- DICEY, Albert Venn, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9^e éd., Londres, MacMillan and Co., 1945, clvi, 681 p.
- DICEY, Albert Venn, Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century, Londres, MacMillan and Co., 1952, 506 p.
- DOCK, Marie-Claude, Étude sur le droit d'auteur, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, 219 p.
- DU PASQUIER, Claude, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 6^e éd., Paris, Delachaux et Niestlé, 1988, 364 p.
- DURANT, William James, The Story of Civilization, t. II, «The Life of Greece», New York, Simon and Schuster, 1966, 754 p.
- DURANT, William James, The Story of Civilization, t. III, «Caesar and Christ», New York, Simon and Schuster, 1944, 751 p.
- DURANT, William James, The Story of Civilization, t. IV, «The Age of Faith», New York, Simon and Schuster, 1950, 1196 p.
- DURANT, William James, The Story of Civilization, t. VI, «The Reformation», New York, Simon and Schuster, 1957, 1025 p.
- DURANT, William James et Ariel DURANT, The Story of Civilization, t. X, «Rousseau and Revolution», New York, Simon and Schuster, 1967, 1089 p.

- FALYS, Jacques, Introduction aux sources et principes du droit, Bruxelles, Bruylant, 1981, 320 p.
- FARBER, Marvin, The Search for an Alternative Philosophical perspective of Subjectivism and Marxism, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1984, xi, 249 p.
- FEINBERG, Joel et Hyman GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, Calif., Wadsworth, 1991, 788 p.
- FOX, Harold G., The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1967, 848 p.
- FOX, Harold G., The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, 3^e éd. par John S. MCKEOWN, Toronto, Carswell, 2000, xc, 962 p.
- FRANÇOIS, Frédéric, Histoire de la philosophie européenne, par WEBER, Alfred et Denis HUISMAN, v. II, «Tableau de la philosophie moderne: De la Renaissance à 1850», Paris, Éditions Fischbacher, 1964, 578 p.
- FRANÇON, André, Le droit d'auteur - aspects internationaux et comparatifs, Cowansville, Yvon Blais, 1992, v, 243 p.
- FRIEDMANN, Wolfgang, Legal Theory, 3^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1953, xx, 520 p.
- FRIEDMANN, Wolfgang, Legal Theory, 4^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1960, xx, 564 p.
- GENDREAU, Ysolde, La protection des photographies en droit d'auteur français, anglais, américain et canadien, thèse, Université de Paris II, 1992.
- GILLES, Anthony E., The Evolution of Philosophy, New York, Alba House, 1987, 276 p.
- GLASS, Arnold Lewis, Keith James HOLYOAK et John Lester SANTA, Cognition, Reading, MA, Addison-Wesley, 1979, xix, 521 p.
- GLYN WATKIN, Thomas, The Nature of Law, Amsterdam, North Holland, 1980, 246 p.
- GOLDING, Martin Philip (dir.), The Nature of Law - Readings in Legal Philosophy, New York, Random House, 1966, 276 p.
- GOODHART, Sir Arthur Lehman, English Law and the Moral Law, Londres, Stevens & Sons, 1955, x, 151 p.
- GRATELOUP, Léon-Louis, Problématiques de la philosophie, Paris, Hachette, 1985, 223 p.

- GROSOS, Philippe, Système et subjectivité – L'enjeu de la question du système Fichte, Hegel, Schelling, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1996, 334 p.
- Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), Genève, O.M.P.I., 1978, 229 p.
- GUITTON, Jean, Grichka BOGDANOV et Igor BOGDANOV, Dieu et la science: vers le matérialisme, Paris, B. Grasset, 1991, 195 p.
- HAESAERT, J., Théorie générale du droit, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948, 497 p.
- HALL, Alfred Rupert, The Scientific Revolution 1500-1800, Londres, Longmans, 1967, 394 p.
- HANFLING, Oswald (dir.), Fundamental Problems in Philosophy, 2^e éd., Oxford, Basil Blackwell, 1980, x, 326 p.
- HANNEQUIN, Arthur, Études d'histoire des sciences et d'histoire de la philosophie, tome premier, Paris, Félix Alcan, 1908
- HANNEQUIN, Arthur, Études d'histoire des sciences et d'histoire de la philosophie, tome second, Paris, Félix Alcan, 1908, 326 p.
- HARRIS, Errol Eustace, Nature, esprit et science moderne, Lausanne, L'Age d'homme, 1979, 484 p.
- HARRIS, James William, Legal Philosophies, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1980, x, 282 p.
- HARGRAVE, Francis, An Argument in Defense of Literary Property, 2^e éd., Londres, 1774.
- HITIER, Joseph, La doctrine de l'absolutisme : étude d'histoire du droit public, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903, 228 p.
- HOCKING, William Ernest, Present Status of the Philosophy of Law and of Rights, Littleton, CO, Rothman, 1986, viii, 97 p.
- HOLLIS, Martin et Steven LUKES (dir.), Rationality and Relativism, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1982, viii, 312 p.
- HOWES, Mary B., The Psychology of Human Cognition: Mainstream and Genevan Traditions, New York, Pergamon Press, 1990, viii, 357 p.
- HUGHES, Roger T., Hughes on Copyright and Industrial Design, Markham, Butterworths, 1995 (feuilles mobiles).
- HUISMAN, Denis, Dictionnaire des philosophies, Paris, P.U.F., 1984, 2725 p.

- JERPHAGNON, Lucien, Histoire des grandes philosophies, Toulouse, Privat, 1980, 354 p.
- JOHANNISSE, Yvon, Vers une subjectivité constructive, Montréal, L'Hexagone, 1984, 129 p.
- JORI, Mario (dir.), Legal Positivism, New York, New York University Press, 1992, xl, 481 p.
- KELLY, John Maurice, A Short History of Western Legal Theory, Oxford, Clarendon, 1992, 466 p.
- KERN, Fritz, Kingship and Law in the Middle Ages, traduit par S. B. CHRIMES, Oxford, Basil Blackwell, 1956, xxxi, 214 p.
- KEYES, Andrew A. et Claude BRUNET, Copyright in Canada, Proposals for a Revision of the Law, Ottawa, Consommation et Corporations, 1977, 245 p.
- KLEIN, David Ballin, The Concept of Consciousness, Lincoln, Neb., University of Nebraska Press, 1984, 250 p.
- KUNZMANN, Peter, BURKARD, Franz-Peter et Franz WIEDMANN, Atlas de la philosophie, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1994, 277 p.
- LALANDE, André, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, P.U.F., 1983, xxiv, 1323 p.
- LANGER, William L. (dir.), Encyclopedia of World History, 2^e éd., Boston, Houghton Mifflin, 1948, 1270 p.
- LATMAN, Alan, The Copyright Law: Howell's Copyright Law Revised and the 1976 Act, Washington, Bureau of National Affairs, Inc., 1979, 560 p.
- LAUGHLIN, JR, Charles D., John McMANUS et Eugene G. D'AQUILI, Brain, Symbol and Experience, Boston, Shambala, 1990, 403 p.
- LAWSON, Frederick Henry, The Rational Strength of English Law, Londres, Stevens & Sons, 1951, 147 p.
- LE SENNE, René, Introduction à la philosophie, Paris, Presses universitaires de France, 1970, 604 p.
- LE TARNEC, Alain, Manuel de la propriété littéraire et artistique, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, 414 p.
- LIBOIS, Louis-Joseph, Genèse et croissance des télécommunications, Paris, Masson, 1983, 415 p.

- LUCAS, André et Henri-Jacques LUCAS, Traité de la propriété littéraire & artistique, Paris, Litec, 1994, 1104 p.
- LUCAS, André et Henri-Jacques LUCAS, Traité de la propriété littéraire & artistique, 2^e édition, Paris, Litec, 2001, xx, 1132 p.
- MACCORMICK, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 1978, 298 p.
- MERLEAU-PONTY, Maurice, Les philosophes célèbres, Paris, L. Mazenod, 1956, 457 p.
- MUCCIELLI, Roger, Histoire de la philosophie et des sciences humaines, Paris, Bordas, 1971, 304 p.
- NAUTA, Doede, Jr., The Meaning of Information, La Haye, Mouton, 1972, 314 p.
- NEUHOUSER, Frederick, Fichte's Theory of Subjectivity, Cambridge, University Press, 1990, 180 p.
- NIMMER, Melville B. et David NIMMER, Nimmer on Copyright, New York, Matthew Bender, 1997, feuilles mobiles.
- O.M.P.I., La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, Genève, Bureau international de la propriété intellectuelle, 1986, 281 p.
- OSWALD, John Clyde, Printing in the Americas, vol. I, Port Washington, NY, Kennikat, 1965, 294 p.
- PARKER, George L., The Beginnings of the Book Trade in Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 346 p.
- PATTERSON, Lyman Ray, Copyright in Historical Perspective, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, vii, 264 p.
- PATTERSON, Lyman Ray et Stanley W. LINDBERG, The Nature of Copyright, Athens, GA, The University of Georgia Press, 1991, 274 p.
- PHILLIPS, Jeremy, Introduction to Intellectual Property Law, Londres, Butterworths, 1986, 310 p.
- PHILLIPS, Jeremy J., Robyn DURIE et Ian KARET, Whale on Copyright, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 170 p.

- PLAISANT, Robert, Le droit des auteurs et des artistes exécutants, Paris, J. Delmas, 1970, 409 p.
- PLOMAN, Edward W. et L. Clark HAMILTON, Copyright - Intellectual property in the information age, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980, viii, 248 p.
- PLUCKNETT, Theodore, A Concise History of the Common Law, 4^e éd., Londres, Butterworths, 1948, xxxiii, 707 p.
- POCKOCK, J. G. A., The Constitution and the Feudal Law, Cambridge, University Press, 1957, ix, 262 p.
- POPPER, Sir Karl Raimund, Objective Knowledge, Oxford, Clarendon, 1983, 395 p.
- POPPER, Sir Karl Raimund, Conjectures et réfutations, Paris, Payot, 1985, 610 p.
- POSNER, Michael I., Cognition: An Introduction, Glenview, Ill., Scott, Foresman and Company, 1973, 208 p.
- RENARD, Georges, Le droit, la justice et la volonté, Paris, Sirey, 1924, xii, 344 p.
- RENOUARD, Augustin-Charles, Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, Paris, Jules Renouard et cie, 1838, 2 v., 480 p. et 501 p.
- ROBERT, Abbé Arthur, Histoire de la philosophie, 2e éd., Québec, Laflamme et Proulx, 1912, XIV, 424 p.
- ROBERT, Paul, Le Petit Robert 1, par REY, Alain et Josette REY-DEBOVE (dir.), Paris, Le Robert, 1987, 2173 p.
- ROSE, Mark, Authors and Owners: The Invention of Copyright, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1993, x, 176 p.
- ROUBIER, Paul, Le droit de la propriété industrielle, Paris, Sirey, 1952, XVI, 612 p.
- ROWELL, Vincent, Violaine ARÈS et Christine SHEITOYAN, Philosophie - Ensemble 2: Les conceptions philosophiques de l'être humain, Laval (Québec), Études Vivantes, 1998, XXIX, 306 p.
- RUBY, Christian, Histoire de la philosophie, Paris, La Découverte, 1991, 123 p.
- RUBY, Clayton, Sentencing, Toronto, Butterworths, 1980, 548 p.
- RUGG, Harold, Imagination, New York, Harper & Row, 1963, 361 p.
- RUSS, Jacqueline, L'aventure de la pensée européenne: Une histoire des idées occidentales, Paris, Armand Colin, 1995, 298 p.
- SAINT-LAURENT, Raymond de, L'imagination, Avignon, Edouard Aubanel, 1950, 172 p.

- SARTRE, Jean-Paul, The Psychology of Imagination, Westport, Ct, Greenwood Press, 1978, 282 p.
- SAUNDERS, David, Authorship and Copyright, Londres, Routledge, 1992, 269 p.
- SAXBY, Stephen, The Age of Information: the Past Development and Future Significance of Computing and Communications, Londres, MacMillan, 1990, x, 322 p.
- SCHRICKER, Gerhard, Urheberrecht – Kommentar, 2e éd., Munich, C. H. Beck, 1999, LXXXVIII, 2146 p.
- SCHWARTZ, Bernard, American Constitutional Law, Cambridge, University Press, 1955, 364 p.
- SCIENTIFIC AMERICAN, Communication, San Francisco, W. H. Freeman, 1972, 136 p.
- SEIGNETTE, Jacqueline, Challenges to The Creator Doctrine: Authorship, Copyright Ownership and the Exploitation of Creative Works in the Netherlands, Germany and the United States, Deventer, Kluwer, 1994, 201 p.
- SHERMAN, Brad et Alain STROWEL, Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law, Oxford, Clarendon Press, 1994, ix, 260 p.
- SINGER, Charles, A Short History of Scientific Ideas to 1900, Oxford, Clarendon Press, 1959, 525 p.
- SIRINELLI, Pierre, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Paris, Dalloz, 1992, 182 p.
- SKONE JAMES, Francis Edmund et Edmund Purcell SKONE JAMES, Copinger and Skone James on Copyright, 10^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1965, xliii, 836 p.
- SKONE JAMES, Edmund Purcell et. al., Copinger and Skone James on Copyright, 13^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, clix, 1598 p.
- SKONE JAMES, Francis Edmund et Edmund Purcell SKONE JAMES, Copinger and Skone James on Copyright, 14^e éd., par K. GARNETT, J. RAYNER JAMES et G. DAVIES, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, clxiii, 1895 p.
- SMITH, J. C. et WEISSTUB, David N., The Western Idea of Law, Toronto, Butterworth, 1983, xxix, 685 p.
- SPOOR, Jaap H., William Rudolph CORNISH et Peter F. NOLAN (dir.) Copies in Copyright, Alphen an den Rijn, Sijthoff & Nordhoff, 1980, vii, 187 p.

- STERLING, J. A. L. et M. C. L. CARPENTER, Copyright Law in the United Kingdom, Londres, Legal Books, 1986, 749 p.
- STEWART, Stephen M., International Copyright and Neighboring Rights, Londres, Butterworths, 1983, 740 p.
- STRÖMHOLM, Stig, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, t. I : « Première partie : l'évolution historique et le mouvement international », Stockholm, P.A. Norsfedt & Sönersförlag, 1967, XXVI, 498 p.
- STROWEL, Alain, Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences: étude de droit comparé, Paris, E. Bruylant, 1993, 722 p.
- STUMPF, Samuel Enoch, Socrates to Sartre: A History of Philosophy, 5^e éd. révisée, New York, McGraw-Hill, 1993, 577 p.
- TAMARO, Normand , The Annotated Copyright Act 1992, Toronto, Carswell, 1992, xxxiii, 577 p.
- TATON, René, Histoire générale des sciences, t. I, «La science antique et médiévale (des origines à 1450)», Paris, Presses universitaires de France, 1966, 627 p.
- TATON, René, Histoire générale des sciences, t. II, «La science moderne (de 1450 à 1800)», Paris, Presses universitaires de France, 1958, 800 p.
- TATON, René, Histoire générale des sciences, t. III, «La science contemporaine», v. 1, «Le XIXe siècle», Paris, Presses universitaires de France, 1961, 755 p.
- TATON, René, Histoire générale des sciences, t. III, «La science contemporaine», v. 2, «Le XXe siècle», Paris, Presses universitaires de France, 1961
- TAYLOR, Edmond, The Fall of the Dynasties, Garden City, Doubleday, 1963, 421 p.
- The Guinness Encyclopedia of World History, Enfield, Guinness Publishing, 1992, 306 p.
- TOMLIN, Stephen, Douglas BUSH, James S. ACKERMAN et Claude V. PALISCA, Seventeenth Century Science and the Arts, Princeton, University Press, 1961, 137 p.
- TORONTO PUBLIC LIBRARIES, Canadian Book of Printing, Toronto, Toronto Public Libraries, 1940, 130 p.
- U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, Finding a Balance: Computer Software, Intellectual Property, and the Challenge of Technological

Change, Washington, U.S. Department of Commerce, National Technical Information Service, 1992, 228 p.

- VAN EIKEMA HOMMES, Hendrik Jan, Major Trends in the History of Legal Philosophy, Amsterdam, North Holland, 1979, xix, 442 p.
- VAN STEENBERGHEN, Fernand, Philosophie fondamentale, Longueuil (Québec), Éditions du Préambule, 1989, 512 p.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Comte de, Les principes fondamentaux du droit, Paris, Guillaumin, 1889, 491 p.
- VELMANS, Max (dir.), The Science of Consciousness: Psychological, Neuropsychological and Clinical Reviews, Londres, Routledge, 1996, xii, 207 p.
- VILLEY, Michel, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1957, 437 p.
- WATSON, Alan, The Nature of Law, Edimburgh, University Press, 1977, 148 p.
- WEBER, Alfred et Denis HUISMAN (dir.), Histoire de la philosophie européenne, v. 3, «Tableau de la philosophie contemporaine», par D. HUISMAN, Paris, Fischbacher, 1967, 683 p.
- WHITEHEAD, Alfred North, Essays in Science and Philosophy, New York, Philosophical Library, 1948, 255 p.
- WILLIAMS, Frederick, The New Communications, 2^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1989, 355 p.
- WOLFF, Robert Paul, About Philosophy, 7^e éd., Upper Saddle River, NJ, Prentice-Hall, 1998, XV, 468 p.

ARTICLES DE REVUE

- AIDE, Christopher, «A More Comprehensive Soul: Romantic Conceptions of Authorship and the Copyright Doctrine of Moral Right», (1990) 48 U. of T. L. R. 211-228
- ALLEN, JR, James P., «Look What They've Done to my Song Ma – Digital Sampling in the 90's: A Legal Challenge for the Music Industry», (1992) 9 Ent. & Sports L. R. 179
- ALLEN, R. E., «Plato's Earlier Theory of Forms», dans O. HANFLING (dir.), Fundamental Problems in Philosophy, 2^e éd., Oxford, Basil Blackwell, 1980, 147
- ANDLER, Daniel, «Introduction – Calcul et représentations: les sources», dans D. ANDLER (dir.), Introduction aux sciences cognitives, Paris, Gallimard, 1992, 8
- AQUIN, Saint Thomas (d'), «Concerning the Nature of Law», dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1991, 12-24
- AUSTIN, John, «A Positivist Conception of Law», dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1991, 27-28
- BARKER, Ernest, «Natural Law and English Positivism», dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1991, 25-26
- BARLOW, John Perry, «Everything you know about intellectual property is wrong», WIRED, vol. 2 no. 3, (mars 1994), 84-90 et 126-129
- BERKELEY, George, «Principles of Human knowledge», dans The Empiricists, Garden City, Anchor Books, 1974, 107-132
- BLAKENEY, Michael, «Electronic Infringement – The New Piracy», (1995) 12 Cop. Rep. 17.
- BONCOMPAIN, Jacques, «Droit d'auteur – Droit de l'homme», [1982] 2 Rev. Can. de d. d'auteur 1:6-13
- BOWER, Gordon H., «How Might Emotions Affect Learning?», dans S.-A. CHRISTIANSON (dir.), The Handbook of Emotions and Memory, Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum, 1992, 3-32
- BRANDRISS, Ira L., «Writing in frost on a Window Pane: E-Mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation», (1995-96) 43 J. of Cop. Soc. of the U.S.A. 237-278

- BRENNAN, David J. et Andrew CHRISTIE, «Spoken Words and Copyright Subsistence in Anglo-American Law», (2000) 4 Int. Property Quarterly 309-349
- BREYER, Stephen, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs», (1970) 84 Harvard L. Rev. 281
- BROWNING, J., «Universal Service – An Idea Whose Time Is Past», WIRED, vol. 2 no. 9 (sept. 1994), reproduit dans E. MACKAAY, Droit et nouvelles technologies - DRT 6681, Montréal, Coopérative des étudiants de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, 1994-95, 9-57.
- BUSH, Douglas, «Science and Literature», dans TOULMIN, S., D. BUSH, J. S. ACKERMAN et C. V. PALISCA, Seventeenth Century Science and the Arts, Princeton, University Press, 1961, 29-62
- DOCK, Marie-Claude, «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», (1974) R.I.D.A. 126.
- DUNLAP, Kent, «Copyright Protection for Oral Works - Expansion of the Copyright Law into the Area of Conversations», (1972-73) 20 Bull. Cop. Soc. U.S.A. 285
- DWORKIN, Ronald M., «Hard Cases», dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1991, 162-177
- EINSTEIN, Albert, «Physics and Reality», dans A. B. ARONS. et A. M. BORK (dir.), Science and Ideas, Selected Readings, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1964, 49-53
- FRANÇON, André, «Défense et illustration du droit d'auteur», (1991) 3 Cahiers P. I. 349
- GENDREAU, Ysolde, «De l'importance d'être constant», (1993) 96 R. du N. 129.
- GENDREAU, Ysolde, « La durée de protection des photographies : une donnée révélatrice », (1992-93) 5 C.P.I. 375-390
- GENDREAU, Ysolde, «Le critère de fixation en droit d'auteur», (1994) 159 R.I.D.A. 110
- GINSBURG, Jane, «A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America», (1991) 147 R.I.D.A. 125; (1990) 64 Tulane L.R. 991; B. SHERMAN et A. STROWEL, Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law, Oxford, Clarendon Press, 1994, 131-158

- HAMMOND, Grant, «The Legal Protection of Ideas», (1991) 29 Osgoode H. L. J. 93
- HANEY, William V., «Perception and Communication», J. A. DE VITO (dir.),
Communication Concepts and Processes, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall,
1976, 41-64
- HART, Herbert Lionel Adolphus, «Positivism and the Separation of Law and Morals»,
dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont,
Wadsworth, 1991, 63-81
- HENDERSON, Gordon F., « An Introduction to the Law of Copyright, Confidential
Information and Trade Secrecy », dans G. F. HENDERSON (dir.), Copyright,
Confidential Information and Trade Secrecy, Toronto, Carswell, 1994, 1-28
- HENDERSON, Gordon F., «Protection for Originality», (1970) 63 C.P.R. 1
- JAMMER, Max, «The Nature of Scientific Concepts», dans A. B. ARONS et A. M.
BORK (dir.), Science and Ideas, Selected readings, Englewood Cliffs, N.J.,
Prentice-Hall, 1964, 93-95
- Journal du Palais, Répertoire général, 1850.
- JOYCE, C., «The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on
Marshall Court Ascendancy», (1985) 85 Michigan L. Rev. 1291
- KNELLER, George F., «A method of Enquiry», dans J. HATTON et P. B. PLOUFFE
(dir.), Science and its Ways of Knowing, Upper Saddle River, NJ, Prentice-Hall,
1997, 11-25
- KNIGHT, P., «Proposed Amendments to the Copyright Act», (1995) 12 J. of the C. Soc.
of Australia, no. 3, 1-15
- LAHORE, James, «Reprographic Reproduction», dans J. LAHORE, G. DWORKIN et Y.
M. SMYTH, Information technology : The Challenge to Copyright, Londres,
Sweet & Maxwell, 1984, 1
- LALIGANT, Olivier, «La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet
de la protection», (1991) 147 R.I.D.A. 2
- LEFEBVRE, Éric, «De l'idée et de son expression: un concept dépassé?», (1995) 7
Cahiers de p. i., 387-428
- LEVENBERG, Opher, «Copyright Law Protection of Computer Software in Canada»,
[1984] 1 C. I. P. Rev. 69-87

- LIND, Christopher, «The Idea of Capitalism or the Capitalism of Ideas? A Moral Critique of the Copyright Act», (1991) 7 I. P. J. 65
- MARIE, «De la propriété intellectuelle», Revue de législation et de jurisprudence, 1835, tome 1, 81-94
- MASSON, Douglas J., «Fixation on Fixation: Why imposing Old Copyright Law on New Technology Will Not Work», (1996) 71 Indiana L. J. 1049, 1061
- MAXWELL, Paul, «Cable and Copyright: The Victor Belongs to the Spoils», 12 C.P.R. (2e) 259
- MEHRABIAN, Albert, «Communication Without Words», dans J. A. DE VITO (dir.), Communication Concepts and Processes, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1976, 99-106
- NAWROCKI, Boleslaw, «Évolution de l'art et droit d'auteur, examen de quelques problèmes d'actualité», 77 D. H., 223 (sept. 1964) et 77 D. H. 249 (oct. 1964)
- O'ROURKE, Maureen A., «Proprietary Rights in Digital Data – The Future of Copyright and Contract Law in a Networked World», (1994) 41 Fed. Bar & News J. 511
- «Panel One: Information Issues: Intellectual Property, Privacy, Integrity, Interoperability, and the Economics of Information», 48 Fed. Com. L. J., no. 1, 5-55
- QUINTON, Anthony, «Political Philosophy», dans A. KENNY (dir.), The Oxford History of Western Philosophy, Oxford, University Press, 1994, 275-362
- RADBRUCH, Gustav, «Five Minutes of Legal Philosophy», dans J. FEINBERG et H. GROSS, Philosophy of Law, 4e éd., Belmont, Wadsworth, 1991, 103-104
- ROBERTS, R. J., «Is Information Property?», (1987) 3 I. P. J. 208
- ROGERS, Samuel, «Copyright Confusion», (1948) 7 C.P.R. 76
- ROSE, Mark, «The Author in Court: Pope v. Curll (1741)», (1992) 10 Cardozo Arts and Ent. L. Rev. 475

- ROSE, Mark, «The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship», dans B. SHERMAN et A. STROWEL, Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law, Oxford, Clarendon Press, 1994, 23-55
- ROSEN, Allen, «Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy», (1992) 26 U.B.C.L.R. 263
- ROSS, Alf, «Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law», dans M. JORI, Legal Positivism, New York, New York University Press, 1992, 165-186
- RYLE, Gilbert «The Concept of Mind», dans O. HANFLING (dir.), Fundamental Problems in Philosophy, 2^e éd., Oxford, Basil Blackwell, 1980, 6-16
- SAUNDERS, David, «Dropping the Subject: An Argument for a Positive History of Authorship and the Law of Copyright», dans B. SHERMAN et A. STROWEL, Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law, Oxford, Clarendon Press, 1994, 93-110
- SCHWARTZ, David, «Strange Fixation: Bootleg Sound Recordings Enjoy the Benefits of Improving Technology», (1995) 47 Fed. Com. L.J. 611
- SCHRAMM, Wilbur, «How Communication Works», dans J. A. DE VITO (dir.), Communication Concepts and Processes, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1976, 11-19
- SCRUTON, Roger, «Continental Philosophy from Fichte to Sartre», dans A. KENNY (dir.), The Oxford History of Western Philosophy, Oxford, University Press, 1994, 193-238
- SIMPSON, Brian, «The Common Law and Legal Theory», dans W. TWINING (dir.), Legal Theory and Common Law, Oxford, Basil Blackwell, 1986, 8-25
- SMART, J. J. C., «Consciousness», dans O. HANFLING (dir.), Fundamental Problems in Philosophy, 2^e éd., Oxford, Basil Blackwell, 1980, 16-27
- STERLING, J. A. L. et Alain STROWEL, « Harmonization of the Terms 'Copyright', 'Author's Right' and 'Neighboring Rights' », (1989) 11 EIPR 14 à 18.
- VAVER, David, «Le droit d'auteur, phase 2: De nouveaux horizons», (1989-90) 2 C.P.I. 83
- VELMANS, Max, «An Introduction to the Science of Consciousness», dans M. VELMANS (dir.), The Science of Consciousness, Londres, Routledge, 1996, 1-22

WENDELL HOLMES, JR, Oliver, «The path of the Law», dans J. FEINBERG et H.

GROSS, Philosophy of Law, 4^e éd., Belmont, CA, Wadsworth, 1991, 39-44

WHICHER, J., «The Ghost of *Donaldson v. Beckett*: An Inquiry Into the Constitutional Distribution of Powers Over the Law of Literary Property in the United States», Part II, (1962) 9 Bulletin of the Copyright Society of U.S.A. 102.

TEXTES SUR INTERNET

« Are you afraid of the dark ? », <http://www.synaptic.bc.ca/ejournal/thedark.htm>

«About the Copyright Office», sur le site du U.S. Copyright Office,
<http://lcweb.loc.gov/copyright/cpypub/circ1a.html>

COPYRIGHT LAW REVIEW COMMITTEE, « Simplification of the Copyright Act
1968 », <http://www.law.gov.au/clrc/Report%20Part%202/ReportHeadings2.html>

« High -Energy Physics », http://www-msim.jpl.nasa.gov/Who/rswartz/std_model.html.

<http://www.unb.ca/physics/2503>

« La mécanique quantique », http://radio-Canada.ca/tv/decouverte/10_quant/index.html

« L'aventure des particules », <http://www.lal.in2p3.fr/CPEP/adventure.html>,
sous le titre « Le modèle standard »

O.M.P.I., communiqué de presse PR/99/166, <http://www.wipo.int/fre/pressrel/1999/p1666.htm>

JURISPRUDENCE

ANGLETERRE

Bach c. Longman, 2 Cowper 623 (1777)

Barker c. Hutton, [1912] 28 TLR 496

Bonham's Case, (1610) 8 Co. Rep. 114a

Boosey c. Whight, [1900] 1 Ch. 122 (C.A.)

Burnett c. Chetwood 2 Mer. 441, 35 Eng. Rep. 1008 (1720)

Creation Records Ltd. et autres c. News Group Newspapers Ltd., [1997] EMLR 444,
(1997) 141 Sol Jo LB 107, 16 Tr. L. 544 (29 avril 1997 (Div.Ch.))

Donaldson c. Beckett, 98 Eng. Rep. 257, 1 Eng. Rep. 837, 2 Bro. P.C. 129, 4 Burr. 2408,
17 Hansard Parl. Hist. 953 (1774); 17 Cobbett's Parl. Hist. 953 (1813)

Gyles c. Wilcox, (1740) 2 Atk. 141, 3 Atk. 2669; 26 Eng. Rep. 489, 957, Barn. Ch. 368,
27 Eng. Rep. 682

Millar c. Kinkaid, 4 Burr. 2319, 98 Eng. Rep. 210 (1750)

Millar c. Taylor, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (1769)

Pope v. Curl, 26 Eng. Rep. 608, 2 Atk. 342 (1741)

Tonson c. Collins, 1 Black. W. 321, 96 Eng. Rep. 180 (1762)

CANADA

Apple Computer c. Mackintosh Computers, [1987] 1 C. F. 173 (C. F.) [1988] 1 C.F. 673
(C.A.F.) confirmé [1990] 2 R.C.S. 209, (1990) 30 C. P. R. 257 (C.S.C.)

Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion Inc. [1954] Exch. C. R. 382

*Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. (CAPAC) c. C.T.V.
Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676, 680

Compo Co. c. Blue Crest Music Inc., [1980] 1 R.C.S. 357

R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 963, 50 D.L.R. (4e) 1

Robertson c. Thomson Corp., [2001] O.J. no. 3868, dossier 96-CU-110595, 3 octobre 2001 (Cour supérieure de justice de l'Ontario, j. Cumming)

ÉTATS-UNIS

Atari, Inc. c. North American Philips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607 (1982)
(Cour d'appel des Etats-Unis, Septième circuit)

Chuck Blore & Don Rickman, Inc. c. 20/20 Advertizing, Inc., 674 F. Supp. 671 (D. Minn. 1987)

Digital Communications Associates, Inc. c. Softklone Distributing Corporation, 659 F. Supp. 449 (1987) (Cour du District N. D., Georgie)

Feist Publications, Inc. c. Rural Telephone Service Co., 111 S. Ct. 1282 (C.s. É.-U., 1991)

MAI Systems Corp. c. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

West Publishing Company c. Mead Data Central, Inc., 799 F. 2d 1219 C.A É.-U., 8th Cir., 1986), 1223

Wheaton c. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834)

Whelan Associates, Inc. c. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 797 F.2d 1222 (1986) (Cour d'appel des Etats-Unis, Troisième circuit);

White-Smith Publishing Co. c. Apollo Co., 209 U.S. 1 (1908)

LÉGISLATION

ALLEMAGNE

Preußisches Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837

Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870

Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. Januar 1876

Gesetz zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 22. Mai 1910

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965

ANGLETERRE

Copyright Act, 1842

Copyright Act, 1911

Licensing Act, 1662

Statute of Anne, 1709

CANADA

Loi de 1997 modifiant la Loi sur le droit d'auteur (Projet de loi C-32)

Loi sur le droit d'auteur, 1921

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

ÉTATS-UNIS

Copyright Act, 1790

Copyright Act, 1976

FRANCE:

Code pénal

Décret des 13-19 janvier 1791 relatif aux spectacles

Décret des 19 juillet - 6 août 1791 relatif aux spectacles

Décret des 19-24 juillet 1793

*Décret du 1^{er} septembre 1793 qui rapporte la loi du 30 août 1792, relative aux ouvrages
dramatiques*

*Loi du 30 août 1792, relative aux conventions entre les auteurs et directeurs de
spectacles*

*Loi du 19-24 juillet 1793, relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout
genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs.*

CONVENTIONS INTERNATIONALES

Convention de Berne, 1886

Convention de Rome

Convention satellite

Convention universelle

WCT

WPPT

ANNEXE 1:
Chronologie de l'invention
de certaines technologies de communication

Imprimerie

- Antiquité:** Bibliothèque du roi Sargon (VIII^e siècle avant J.-C., en Sumer, Mésopotamie): fabrication de briques estampées en creux au moyen de formes de bois ou de métal; les briques étaient estampées, puis cuites.
- Chine ancienne:** Fabrication de bois estampé.
- Circa 1056:** Les caractères mobiles sont inventés en Chine.
- XV^e siècle – Europe:** L'invention de l'imprimerie par caractères mobiles est attribuée à Johannes Gutenberg, à Mainz, vers 1455. Les premières imprimeries sont fondées: en 1464 en Italie, en 1473 à Budapest et en 1479 à Oxford et à Londres.

Photographie

- 1727:** Schulze démontre que qu'un papier enduit de chaux et de nitrate d'argent donne une image quand il est exposé au soleil.
- Vers 1827:** Daguerre et Niepce inventent la photo. Des poses de 8 heures sont nécessaires pour reproduire un paysage.

Télégraphie

La télégraphie est la plus ancienne forme de télécommunication. Avant la télégraphie électrique, on s'est servi de feux et de fumée.

- 1794:** Début de la ligne Paris - Lille et Paris - Toulon du télégraphe aérien de Chappe, qui sera utilisé jusqu'en 1844.
- 1843:** Morse fait breveter son système de transmission électrique. Dès lors les installations de télégraphe par fil.

ANNEXE 1 (SUITE)

Téléphone

- 1876:** Graham Bell réalise à Boston pour la première fois la transmission de la voix.
- Hughes invente le microphone à crayon de charbon, amélioré par Ader.
- 1879:** Mise en opération d'un premier réseau téléphonique urbain en Europe, à Paris.

Radio

- 1845 à 1887:** L'invention de la radioélectricité fut une oeuvre collective, notamment grâce aux contributions de Faraday, Maxwell et Hertz.
- 1896:** Alexandre Popov transmet le premier message radiotélégraphique; l'italien Marconi dépose à Londres un brevet pour un système de télégraphie sans fil au moyen des ondes électriques.
- De 1896 à 1901:** Marconi perfectionne l'appareillage émetteur et récepteur.
- 1901:** Premier message radio trans-Atlantique.
- 1906** Invention par Forest de la lampe à vide.
- Dès 1913:** Émissions expérimentales de radiodiffusion de musique. Les expériences cessent à cause de la Première Guerre mondiale.
- 1918-1920:** Débuts de la radiodiffusion.

Phonographe

- 18^e siècle:** Plusieurs précurseurs scientifiques sont fabriqués.
- 1878:** Edison construit le premier phonographe à base d'un cylindre rotatif recouvert de cire.

ANNEXE 1 (SUITE ET FIN)

Phototélégraphie

- 1847 et 1855: Premières expériences en phototélégraphie.
- 1925: Edouard Belin (France) invente le bélinographe. Son usage se répand en Chine, en Écosse, puis dans le monde entier.

Télévision

- 1873 à 1926: Recherches et découvertes concernant les phénomènes photo-électriques.
- 1926: Mise au point d'un téléviseur rudimentaire.
- 1929: Début d'émissions régulières d'un émetteur à Daventry (Angleterre).
- 1935: Début des émissions régulières en France.

ANNEXE 2 :
Énumération de certains concepts élémentaires de la science
et de certains concepts élémentaires du droit d'auteur
étudiés dans ce mémoire

| Concepts élémentaires de la science : | Concepts élémentaires du droit d'auteur |
|---|---|
| code | communication |
| communication | expression |
| connaissance / savoir | fixation |
| connaissance, information et matière | forme matérielle |
| connaître | forme numérique, numérisation |
| conscience | idée |
| données de l'imagination | oeuvre |
| données de la connaissance (contrastes) | support |
| données de la perception, information | |
| échelles structurelles de la matière | |
| émotions | |
| espace-temps | |
| expression | |
| fixation | |
| idées | |
| imagination | |
| information | |
| intelligence | |
| intérieur (connaissance) | |
| /extérieur (information) | |
| matière | |
| mémorisation | |
| moi et non-moi | |
| monde/univers | |
| multiplicité des consciences | |
| numérisation | |

ANNEXE 2 (SUITE ET FIN)

| Concepts élémentaires de la science : | Concepts élémentaires du droit d'auteur |
|---|---|
| <p>objet</p> <p>perception</p> <p>raison</p> <p>rappel</p> <p>réalité, subjectivité de la réalité</p> <p>relativité</p> <p>richesse en données</p> <p>savoir</p> <p>science</p> <p>symbole : familiarité d'un symbole; similitude d'un symbole à l'image symbolisée</p> <p>subjectivité</p> <p>sujet (qui connaît)</p> <p>symbole</p> <p>teneur symbolique</p> <p>univers</p> | |

ANNEXE 3:
Émergence de la fixation dans les conventions internationales

Convention de Berne (1886)

Lors de sa signature initiale en 1886, elle ne contenait aucune référence à un critère de fixation.

Convention Universelle (1952)

Ne contient aucune référence explicite à la fixation. Cependant, l'article VI définit la publication comme étant la « reproduction sous une forme matérielle ».

Convention de Rome (1961)

La notion de fixation y fut intégrée dès la conclusion de cette convention en 1961. La fixation se retrouve dans la plupart des articles.

Convention Phonogrammes (1971)

La notion de fixation y fut intégrée dès la conclusion de cette convention en 1971. La fixation se retrouve dans la plupart des articles.

WPPT (1996)

La fixation se retrouve au sein de plusieurs dispositions de ce traité. Le terme « fixation » fait l'objet d'une définition à l'alinéa 2(c) de ce traité.

WCT (1996)

Ne contient aucune référence explicite à la fixation.