LIÈGE université
Droit, Science Politique & Criminologie

Dissertation doctorale présentée par
Maxime de Brogniez

en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques

Ce que le droit fait à l'œuvre d'art : essai sur la forme symbolique du droit et l'authenticité.

Une étude de la puissance heuristique du (non-)cas Maurizio Cattelan

Composition du jury

Pr. Nicolas Thirion, promoteur de thèse – ULiège (Belgique)
Pr. Maud Hagelstein, co-promotrice de thèse – ULiège et FNRS (Belgique)
Pr. Julien Cabay, membre du Comité et président du jury – ULiège et ULB (Belgique)
Pr. Thierry Lenain, membre du Comité – ULB (Belgique)
Pr. Rainer Maria Kiesow, membre du jury – EHESS (Paris, France)
Pr. Carole Maigné, membre du jury – UNIL (Lausanne, Suisse)

LIÈGE université
Cité

Ce que le droit fait à l'œuvre d'art : essai sur la forme symbolique du droit et l'authenticité.

Une étude de la puissance heuristique du (non-)cas
Maurizio Cattelan

Composition du jury
Pr. Nicolas Thirion, promoteur de thèse – ULiège (Belgique)
Pr. Maud Hagelstein, co-promotrice de thèse – ULiège et FNRS (Belgique)
Pr. Julien Cabay, membre du Comité et président du jury – ULiège et ULB (Belgique)
Pr. Thierry Lenain, membre du Comité – ULB (Belgique)
Pr. Rainer Maria Kiesow, membre du jury – EHESS (Paris, France)
Pr. Carole Maigné, membre du jury – UNIL (Lausanne, Suisse)

Thèse de doctorat en sciences juridiques

Ce que le droit fait à l'œuvre d'art : essai sur la forme symbolique du droit et l'authenticité.

Une étude de la puissance heuristique du (non-)cas Maurizio Cattelan

Maxime de Brogniez

Université de Liège

« Si on ouvrait les gens, on trouverait des paysages »[1].

Souvent, j'ai pensé aux remerciements que j'écrirais au terme de ma dissertation doctorale. Je les imaginais splendides, pleins de la reconnaissance que j'éprouve sincèrement à l'égard de tant de personnes et qu'il me tardait de partager formellement. À l'heure d'écrire ces lignes, ils m'effraient. Peut-être parce qu'ils m'obligent à affronter directement un bilan. Pas celui d'un travail, mais celui d'une vie.

L'exercice doctoral n'est, au fond, pas la grande aventure solitaire que l'on fantasme trop souvent. La solitude est constitutive de la démarche, bien sûr, mais il n'empêche que la réflexion ne peut atteindre un degré satisfaisant de nuance – et donc, je l'espère, de qualité – qu'après avoir été confrontée à d'autres points de vue, d'autres traditions, d'autres disciplines.

La nature résolument interdisciplinaire, voire transdisciplinaire, de ma démarche m'a très naturellement poussée à m'intéresser aux travaux menés au sein de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), à Paris. D'emblée, le professeur Kiesow – juriste, directeur d'études à l'EHESS et directeur du Centre Georg Simmel de l'EHESS – s'est montré disponible et a tout mis en place pour rendre possible un séjour de recherches dans les meilleures conditions. Il m'a permis de présenter l'état de mes travaux à l'occasion du séminaire « Constitution, État, Démocratie » qu'il dispense et de publier certains résultats. Ce n'est donc rien d'écrire que j'ai été heureusement stimulé. Mais il y a plus. J'ai découvert dans les travaux du professeur Kiesow, dont des extraits ouvrent et closent ce travail, une manière de faire de la recherche que je croyais alors impossible en droit (pas tant pour des raisons intrinsèques que pour des raisons de tradition académique, c'est-à-dire pour de mauvaises raisons). Le rythme de son écriture traduit la nervosité de sa pensée et constitue désormais, pour moi, une forme de modèle.

J'ai rencontré Carole Maigné – philosophe, professeure ordinaire à l'Université de Lausanne – à l'occasion d'une parenthèse enchantée sur les rives du lac Léman. En l'occurrence, l'enchantement de la parenthèse tenait évidemment uniquement de la conjugaison de discussions d'esthétique passionnantes et d'un cadre somptueux. Alors que la participation d'un doctorant en sciences juridiques à une école d'été d'esthétique et philosophie de l'art aurait pu paraître incongrue à certains, Carole Maigné a, au contraire, saisi l'occasion de permettre le dialogue de nos disciplines respectives. Spécialiste reconnue de la pensée d'Ernst Cassirer, je fais le vœu que les échanges que nous avons eus alors trouvent un prolongement fécond dans la présente dissertation.

[1] Agnès Varda, dans *Les plages d'Agnès*.

À l'image de toute vie, les cinq années de rédaction de ce travail ont été – sous certains aspects uniquement – chaotiques. Le décès brutal d'Ann Lawrence Durviaux a marqué une rupture douloureuse et a rendu nécessaire la recomposition du Comité d'accompagnement qui, par la force des choses, a suivi un travail dont les orientations principales avaient déjà été tracées. Aussi, l'adaptation était-elle nécessaire de part et d'autre : du côté des membres du Comité comme du mien. J'exprime dès lors ma plus vive reconnaissance à Julien Cabay et Thierry Lenain qui, chacun à leur manière, ont su insuffler à cette thèse un nouvel élan.

Les travaux de Thierry Lenain – philosophe et historien de l'art, professeur à l'Université libre de Bruxelles – sur le faux artistique ont abondamment nourri ma réflexion. Avant qu'il n'intègre le Comité, nous avions déjà pu échanger sur un sujet qui, sans être juridique par nature, appelle le point de vue du droit. C'est à l'issue d'un colloque de philosophie consacré à la notion d'auteur, auquel nous intervenions tous les deux à l'UCLouvain, qu'il a accepté d'intégrer le Comité, confirmant ainsi l'intérêt d'un regard croisé sur un sujet commun. Sa lecture minutieuse du manuscrit et ses remarques – toujours pertinentes – m'ont indubitablement permis d'améliorer significativement mon texte.

Alors que je terminais mon master en droit – il y a trop longtemps –, je désespérais de trouver une manière de m'épanouir dans une discipline qui m'apparaissait globalement rébarbative (j'ai, depuis, découvert d'autres points d'accroche qui me permettent de trouver un intérêt réel à l'étude du droit positif – fût-ce dans ses manifestations a priori *les plus arides ; singulièrement le droit administratif et des marchés publics). Le mémoire de fin de master que je réalisai sur les questions posées par la condition de mise en forme dans le cadre du droit d'auteur au regard de certaines pratiques artistiques contemporaines a constitué une première fenêtre vers une réflexion plus globale sur le droit et, inévitablement, sur la place qu'il occupe parmi d'autres discours théoriques (je n'avais alors, évidemment, jamais entendu parler de Cassirer et de la passionnante question de l'articulation entre elles des formes symboliques). J'ai lu mes premiers textes de philosophie de l'art et ai été d'emblée enthousiasmé par une discipline que je ne comprenais pas et qui promettait, dès lors, de grandes aventures.*

C'est dans ce contexte que j'ai, pour la première fois, eu le bonheur d'être confronté aux textes de Julien Cabay – juriste, professeur à l'Université libre de Bruxelles et chargé de cours à l'Université de Liège. Avec un prisme résolument juridique, il a toujours à cœur de penser le droit dans son contexte culturel : un tableau représentant la Joconde affublée de gros sourcils et de la légende « L.A.1.2.C.Q. » serait-il une contrefaçon du détournement de l'œuvre antérieurement proposé par Marcel Duchamp (Joconde – moustaches – « L.H.O.O.Q. »), alors même qu'il s'en écarterait sur le plan strictement visuel et que les idées, elles, sont de libre parcours mais que la démarche duchampienne est irréductible à une proposition simplement graphique ? Dans le Comité d'accompagnement d'une thèse en sciences juridiques mais comme gangréné par les philosophes et théoricien du droit, Julien Cabay a remis au centre des discussions les exigences propres à la discipline dans laquelle ce travail veut s'inscrire. Si ma dissertation peut prétendre à une

relative crédibilité juridique – il ne me revient pas de l'affirmer –, c'est grâce à lui. Il a en outre accepté de présider le jury devant lequel j'aurai l'honneur de soutenir ma dissertation. Qu'il en soit vivement remercié.

J'ai rencontré Maud Hagelstein – philosophe, maître de recherche FNRS et professeure associée à l'Université de Liège – dans le même contexte. Son cours de questions d'esthétique appliquées aux arts contemporains a provoqué les premières rencontres avec des textes qui m'ont permis de commencer à penser le décloisonnement. C'est aussi à elle que je me suis ouvert quand Manon, ma colocataire adorée, m'a suggéré que, au fond, je pouvais parfaitement substituer un master en philosophie au LLM en droit de la propriété intellectuelle que j'avais prévu de suivre. Maud a eu l'honnêteté d'attirer mon attention sur le fait que la philosophie était certainement nettement moins professionnalisante. Il a fallu attendre que Geneviève Toussaint – j'ignorais alors que nous nous retrouverions si bien plusieurs années après – me propose une place dans son cabinet à Bruxelles pour que je tranche une question qui allait nécessairement déterminer une large part de ma vie et que j'emprunte allègrement la voie de la non-professionnalisation. J'ai donc suivi les cours de Maud avec le plus vif intérêt. Son approche sensible et rigoureuse a inspiré mon rapport à la philosophie, d'abord, puis à la recherche en général. Durant la rédaction de la présente dissertation, j'ai toujours pu compter sur ses remarques avisées, une vraie curiosité et certains rappels à l'ordre bienvenus. Dans une vie, il y a, je pense, peu de moments qui changent nécessairement le cours d'une existence. Ma rencontre avec Maud reste intimement associée à l'un de ces moments : choix d'abord vertigineux mais dont je suis, a posteriori*, très heureux. Je ne pouvais exprimer ma reconnaissance qu'en revenant sur ces faits – en racontant une histoire.*

Nicolas Thirion – juriste, professeur ordinaire à l'Université de Liège – a toujours fait partie de mon paysage juridique et académique, non en tant qu'élément fondu dans un ensemble mais, au contraire, comme élément structurant. Nicolas, tu es ma ligne de crête : ce qui paraît lointain et infranchissable et qui, pourtant, offre les plus belles perspectives, ouvre des vues vers des mondes lointains, annonce d'autres paysages, empêche tout cloisonnement. Après avoir suivi tes cours et affronté mes premiers vertiges (« qu'est-ce que le droit ? » est peut-être plus grisant encore que « Dieu existe-t-il ? » : le droit, on pensait le connaître), j'ai eu le bonheur de réaliser mon mémoire de fin de master sous ta direction. Ce fut ma première expérience de l'interdisciplinarité et, au fond, l'amorce d'un parcours qui ne connaîtra sans doute jamais de fin. Au risque de paraître grandiloquant et outrageusement mystique : en plus d'être une ligne de crête, tu es l'alpha, tu es l'oméga. Après le décès d'Ann Lawrence, tu as immédiatement accepté de reprendre la direction de ma thèse. Je ne crois pas me tromper en affirmant que la rencontre avec Maud a été heureuse. De mon point de vue, je ne pouvais rêver meilleur duo*. Cette thèse, tu l'as dirigée mais sans rien imposer. C'est par suggestions, relectures fastidieuses et parfois multiples que, peu à peu, tes observations ont permis à mon propos de s'affirmer, d'abord, et de s'affiner, ensuite. Pour tout cela, merci.*

Cette thèse a pu être menée à son terme dans des conditions confortables grâce à la compréhension et à l'appui du professeur Damien Piron qui, après avoir repris les enseignements d'Ann Lawrence Durviaux, a accepté de me maintenir au sein du service, tout en me permettant de me consacrer essentiellement à ma recherche, alors même qu'il devait lui-même préparer de nombreux nouveaux cours. Damien, je mesure les conséquences de cette situation sur ton propre travail. Merci pour cela, et merci aussi pour les bons moments passés ensemble à réfléchir à la formation de nos étudiants. L'aventure fut stimulante.

Au fondement de ce travail, il y a un présupposé auquel je tiens : faire du droit, c'est toujours, d'abord, raconter des histoires. Les principes n'ont, au fond, d'existence qu'à travers les milliers de vies qui les mobilisent et, à la fois, les refaçonnent sans cesse. Depuis septembre 2024, j'ai le bonheur de raconter des histoires très incarnées aux côtés de mes consœur et confrères du cabinet d'avocats spécialisé Explane. Merci à Hélène Bouchat, ainsi qu'à maîtres Zoé Vrolix, Michel Delnoy, Martin Lauwers, Alexandre Pirson et Florent Louis de me permettre d'éprouver la vie du droit en acte. Merci à Florent – véritable luciole[2] *– que je suis toujours si heureux de retrouver même quand les histoires à raconter semblent manquer d'éclat.*

Inscrit dans la vie universitaire, l'exercice doctoral suscite de belles rencontres, dont je ne saurais négliger l'importance. J'adresse ainsi une pensée particulière aux membres, actuels ou anciens, du personnel scientifique (dont certains ont, en cours de parcours, intégré le corps académique) de la Faculté de droit, science politique et criminologie et du Département de philosophie de la Faculté de philosophie et lettres de l'Université de Liège. Pour beaucoup, ces relations sont aussi et d'abord de belles amitiés. Merci à Antoine, Guillaume, Sophie, Clarisse, Timothée, Jérôme, Charly, Alix, Quentin P., Quentin D., Quentin C., Cindy, Annie, Camille, Nelly, Robert, Dealan, Michel, Noémie, Jérôme, Nina, Xavier, Florence, François… et à celles et ceux que j'oublie nécessairement et qui, je l'espère, pardonneront cette maladresse. Merci également au corps académique de la Faculté de droit, science politique et criminologie de l'Université de Liège pour la confiance qu'il m'a toujours témoigné, en particulier en me confiant une part parfois importante de la formation de nos étudiants. Merci Geoffrey pour ta présence et ton écoute attentive, en particulier durant l'année où j'ai assuré la suppléance d'Ann Lawrence.

Un travail d'une telle dimension déborde nécessairement du cadre de l'université pour investir la vie privée, amicale et familiale. Sans que ma thèse n'ait jamais constitué mon unique sujet de conversation (parler de nos angoisses les rend trop concrètes), elle a pu être – souvent – mon principal objet de préoccupation. Mon apaisement est dû aux personnes extraordinaires que j'ai ou ai eu la chance de fréquenter.

[2] Voy. *infra*, n° 229.

François et Sibylle, j'admire votre engagement et votre intelligence. François, je repense souvent aux remerciements que tu m'avais adressés à l'occasion de la soutenance de ta propre thèse de doctorat[3] *: « une plume de légèreté qui m'a apporté apaisement et douceur ». Pourrais-je trouver compliment plus juste à te retourner ? La légèreté, c'est aussi l'humour, le sourire face à l'absurdité, l'émerveillement devant une phrase puissante, la vibration suscitée par un Soulages ou un Bonheur. Merci, vraiment.*

Alexandre, depuis que j'ai intégré le personnel scientifique de l'Université de Liège, il y a déjà une dizaine d'années, nous n'avons jamais cessé de travailler ensemble. Au-delà d'une rencontre professionnelle dont on mesure aujourd'hui la portée, j'ai découvert une personnalité brillante, complexe et attachante et, surtout, j'ai rencontré un ami. Merci d'apporter au droit administratif cette touche glamour qui lui fait encore cruellement défaut.

Merci à la joyeuse bande – élargie au fil du temps, d'abord par adjonctions, puis par la naissance d'adorables bambins – des Friends van Monsieur Pompichard qui, en un peu plus d'une quinzaine d'années, a formé un réseau d'amitiés solides. Vous avez forgé les repères et l'appui qui pourraient être ceux d'une famille. Aline et Xavier, Benoît et Axelle, Bérangère et Théau, Kévin et Morgane, Stéphanie et Sébastien, Nicole, Thibaud et Salomé, Loréane, Pauline, Océane et Sébastien, Chicha et Thomas, vous m'assurez un équilibre indispensable.

Cécile et Clément, Juliette, je n'ai pas de mots à la hauteur de la place que vous occupez dans ma vie. A vos côtés, rien ne demeure sombre très longtemps et toutes les angoisses s'estompent. Je fais le vœu que nous continuions de cultiver ce soleil qui, depuis la naissance de notre merveilleuse Alix, n'a jamais tant brillé.

Mahaut, Antoine, Simon, Saphia, Géraldine, chacun à votre manière, vous m'avez aidé à affiner mes goûts et sensibilités philosophiques. Cette thèse n'existerait pas si je n'avais eu le bonheur de vous rencontrer.

Merci à Camille dR. pour ton intelligence, nos sensibilités partagées et ta confiance ; merci à Gabriel G. pour notre belle complicité ; merci à Marie M. pour ton énergie et ton talent ; merci à Anna M. pour ton rapport singulier et nuancé au sens.

Merci à Barnabé, évidemment.

Merci à toutes les personnes qui ont activement œuvré à la finalisation de ce tapuscrit, en le relisant ou en palliant mes défaillances informatiques : Mahaut, Marie M., Juliette, Élise, Florent, Clémentine, Cécile, François, Sibylle, Frédérique, Nicole, Maman, Jean-Marc.

[3] F. DEBRAS, *Le chant des sirènes. Quand l'extrême droite parle de démocratie*, Bruxelles, Peter Lang, 2022.

Je ne puis évidemment clore ces remerciements sans redire à ma famille à quel point elle compte et a compté dans mon développement personnel, lequel est indissociable de ma formation intellectuelle. Le temps aidant, je pense être parvenu à mieux saisir les complexités de chacun et à toucher du doigt ce qui, dans une cohabitation de personnalités pourtant si différentes, relie inexorablement.

Merci à mon Papa que je me réjouis de connaître de mieux en mieux et qui, malgré un mauvais caractère dans lequel je me reconnais souvent, recèle des trésors d'humanité et une vision politique cohérente et humaniste à laquelle, au fond, je dois beaucoup.

Merci à ma Maman qui a toujours œuvré à mon épanouissement culturel – indissociable, à mon sens, de l'affinement d'une curiosité scientifique et philosophique – et à qui je dois beaucoup de ce point de vue. Merci pour l'amour dont tu as toujours débordé, merci et bravo pour ton talent à tant de niveaux.

Merci à mes parents de m'avoir toujours soutenu dans des choix qui, a priori*, pouvaient paraître incongrus.*

Merci Jean-Marc d'être si gentiment entré dans nos vies.

Merci Nicole pour ton élégance et tes obsessions touchantes (« … qui nous grise lentement »). Tu sais que tu es la grand-mère que je n'ai pas eue.

Merci à mes frères et à ma sœur. Merci Matthieu pour ton talent et ta passion. Merci à toi et à Estelle pour votre convivialité sans défaut. Je me réjouis de continuer d'évoluer à vos côtés et de voir la petite Charlie vivre et grandir, elle aussi. Merci Camille pour ta personnalité parfois tumultueuse mais toujours attachante. Merci Steven pour ton talent, ta vision et tes idées brillantes.

*

Au terme de la rédaction de ce manuscrit, j'ai vu beaucoup de beaux paysages que je n'aurais pu imaginer ni découvrir seul. Je les dois à celles et ceux qui m'ont accompagné et dont la présence renouvelle sans cesse la promesse d'horizons lumineux.

À Ann Lawrence Durviaux, qui a tout rendu possible.

À Geneviève Toussaint, en souvenir de notre belle amitié.

À deux personnes dont la passion, l'exigence et la rigueur, la gentillesse, la curiosité et le besoin impérieux de comprendre sont à la fois un moteur et un modèle. À elles qui ont su si bien m'entourer et toujours encourager la singularité.

Table des matières

Prologue *21*

Naissance d'une inquiétude : le cas Maurizio Cattelan (Tribunal judiciaire de Paris, 8 juillet 2022) *21*

Introduction générale *31*

Première partie. De l'emprise du droit sur l'œuvre d'art : *57*

du langage à la forme symbolique *57*

Titre 1. « Nommer – Normer » : le droit comme langage agissant sur le réel **58**

Chapitre 1. Langage et action sur le monde 62

Section 1. Quelques repères philosophiques 62

§ 1. L'Antiquité 63

A. Philosophie du langage 64

B. Philosophie du droit 67

§ 2. Le Moyen Âge 80

§ 3. L'époque contemporaine 90

Section 2. Le réel à l'épreuve du langage du droit : la qualification et la mise en catégories du monde 97

Conclusion du chapitre 1 111

Chapitre 2. L'œuvre d'art saisie par le langage du droit 113

Section 1. Une définition impossible de l'œuvre d'art hors du langage du droit ? 114

Section 2. L'œuvre d'art définie (ou non) par le droit 120

§ 1. Un exemple de définition ouverte : l'œuvre en droit d'auteur 121

§ 2. Un exemple de définition fermée : TVA et importations d'œuvres d'art 127

A. L'œuvre et les matériaux qui la composent 135

B. Le design artistique 141

C. Les photographies d'art 146

D. L'œuvre réduite à un dispositif technique 148

(cas *Dan Flavin* et *Bill Viola*) 148

§ 3. Le cas particulier du droit de suite et de la législation anti-blanchiment 151

§ 4. Un exemple de non-définition 154

Conclusion du chapitre 2 156

Conclusion du Titre 1 ..... **158**

Titre 2. Au-delà du langage : la force du droit **160**

Chapitre 1. Perspective anthropologique. Le droit comme rituel magique : Marcel Mauss 161

Conclusion du chapitre 1 179

Chapitre 2. Perspective sociologique. Le droit comme champ : Pierre Bourdieu 181

Conclusion du chapitre 2 199

Chapitre 3. Perspective épistémologique. Le droit comme forme symbolique : Ernst Cassirer 201

Section 1. Qu'est-ce qu'une forme symbolique ? – Qu'est-ce que la Philosophie des formes symboliques ? 209

§ 1. Un certain prolongement de la philosophie kantienne 210

§ 2. Un outil d'analyse politique 218

§ 3. Une philosophie du signe 223

§ 4. Un système téléologique et politique 228

Section 2. Le droit comme forme symbolique 243

§ 1. La place du droit dans l'œuvre de Cassirer 244

§ 2. Les origines mythiques du droit 252

§ 3. Ordre du droit et ordre du monde 257

§ 4. La forme symbolique du droit : *Dike*, *Logos* et *Cosmos* 268

Conclusion du chapitre 3 280

Conclusion du Titre 2 ..... **283**

Conclusion de la Première partie ***287***

Seconde partie. Étude de cas – Le faux ou l'(in)authentique : quand le droit façonne des concepts artistiques ***297***

Titre 1. L'œuvre d'art et le faux : émergence et survivances **298**

Chapitre 1. Survivances 300

Section 1. L'obsession moderne du faux 301

Section 2. Illustrations 308

§1. Droit d'auteur et originalité 308

§2. L'authenticité des œuvres d'art, notion centrale en droit positif 312

A. Le décret français n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière d'œuvres d'art et d'objets de collection 312

B. L'authenticité des œuvres d'art et la validité de la vente 315

Conclusion du chapitre 1 326

Chapitre 2. Émergence 329

Section 1. La Renaissance : émergence de la figure de l'artiste et rapport bienveillant au faux 329

Section 2. Le contrat comme lien entre deux sphères 344

Conclusion du chapitre 2 347

Conclusion du Titre 1 ..... **349**

Titre 2. Le faux révélateur du vrai, ou l'œuvre d'art et la *vérité* du droit **351**

Chapitre 1. *La Mort de Marat*, ou l'indépendance des juges vis-à-vis des experts 353

Conclusion du chapitre 1 362

Chapitre 2. Du droit à l'œuvre d'art, aller-retour 364

Section 1. La vérité du droit 364

Section 2. La vocation universalisante du particulier 373

§1. Faire du droit, c'est d'abord raconter des histoires 374

§2. Substance et variation 383

A. La substance définie par les sujets 385

B. Déplacement de la substance vers l'objet 388

C. La question des garanties 391

D. « Ce qui n'est pas contesté » 395

E. Le droit et la (fausse) pureté des œuvres 399

F. Autonomisation de la substance 409

Conclusion du chapitre 2 414

Conclusion du Titre 2 ..... **416**

Conclusion de la Seconde partie ***419***

Conclusions générales ***429***

Épilogue ***441***

Bibliographie ***453***

Prologue

Naissance d'une inquiétude : le cas *Maurizio Cattelan* (Tribunal judiciaire de Paris, 8 juillet 2022[4])

1. L'art et le droit : quel(s) rapport(s) ? L'actualité récente a remis sur le devant de la scène médiatique les rapports que peuvent entretenir l'art et le droit, soit deux mondes que tout semble – *a priori* – opposer[5]. Pourtant, lorsque l'on s'intéresse à ces rapports, au-delà du « droit de l'art » ou du « droit du marché de l'art », qui font de la sphère artistique un objet de réglementation parmi d'autres, une question lancinante, voire obsédante, surgit d'emblée : y a-t-il une manière spécifiquement juridique d'appréhender une œuvre d'art ? Lorsqu'une appréciation juridique est portée sur un objet artistique, que ce soit, par exemple, parce que la validité de sa vente est contestée ou parce qu'un problème de droit d'auteur se pose, le droit comprend-il l'objet qui lui est soumis d'une façon qui lui est propre ? Et, si tel est le cas, cette appréhension spécifiquement juridique de l'œuvre d'art reste-t-elle circonscrite à l'intérieur des frontières du droit ou les outrepasse-t-elle pour mieux rebondir sur d'autres territoires de la pensée et de l'action ? Pour répondre à ces questions, il convient d'emblée de préciser la démarche dans laquelle nous nous inscrivons.

2. Le droit comme (ensemble de) récit(s). Le droit, aussi bien comme ordre normatif que comme application concrète de cet ordre, consiste pour une large part, à notre sens, à raconter des histoires. Faire du droit, c'est donc d'abord s'intéresser à la réalité triviale, aux faits même les plus communs, en ce qu'ils permettent aux concepts juridiques de trouver une actualisation concrète et de déployer leurs effets. Faire du droit, c'est aussi porter un discours sur le monde, le façonner à l'aide de catégories de pensée, le soumettre à des raisonnements – parfois même lui substituer des *fictions* (juridiques). Faire du droit, c'est à la fois raconter et

[4] Tribunal judiciaire de Paris, 8 juillet 2022, *A&M*, 2023/1, p. 51, note M. DE BROGNIEZ.

[5] « Le juriste peut-il, en ce domaine, avancer une parole qui ne soit, dès le départ, rejetée, récusée, parce que non acceptable ? L'art n'est-il pas dans l'inexprimable, à l'opposé du droit qui enfermerait tout ce qu'il saisit dans des catégories ? » (J.-M. PONTIER, « La notion d'œuvre d'art », *Revue du droit public*, 1990, p. 1404).

transformer[6]. La pratique quotidienne du juriste consiste dès lors moins à étudier la loi ou la norme comme un ensemble de concepts abstraits détachés de tout substrat matériel qu'à prêter attention au particulier comme phénomène juridique en acte. Plus que tout autre, le juriste pense par cas. Chaque cas forme pour lui la trame d'un récit qui raconte une histoire tout autant singulière que générale[7].

3. Le droit, entre généralité et singularité. Dans le domaine des sciences naturelles, Gœthe insistait déjà sur l'importance de l'étude des cas singuliers pour mieux comprendre la généralité qu'ils expriment :

> « Tout phénomène dans la nature est lié à l'ensemble ; et, quoique nos observations nous *semblent* isolées, quoique les expériences ne soient pour nous que des faits individuels, il n'en résulte pas qu'elles le *soient* réellement ; il s'agit seulement de savoir comment nous trouverons le lien qui unit ces faits ou ces événements entre eux »[8].

L'histoire singulière n'est pas la subsomption idéale et certainement un peu simpliste du particulier sous le général : elle exprime la loi en même temps qu'elle la fait agir ; elle est une partie d'un tout et contient déjà, en elle, la forme de ce tout. Dès lors, si l'on accepte ce postulat, il apparaît judicieux d'entamer notre recherche par une histoire singulière et de prendre au sérieux la puissance heuristique de ce qui peut sembler de prime abord anecdotique. Comme le droit ne peut se penser indépendamment des *formes* – formes symboliques (sur lesquelles nous

---

[6] « Raconter » peut revêtir plusieurs sens : lorsqu'ils procèdent à l'*exposé des faits*, les avocats ne décrivent pas la réalité de manière neutre : ils l'habillent, la présentent sous un certain point de vue. Il peut d'ailleurs arriver que l'établissement des faits eux-mêmes soit l'enjeu central d'un litige. Ainsi, « le récit qui retrace l'histoire d'un cas est [...] le produit d'une fiction » ou, du moins, entretient des liens étroits avec un mode de narration fictionnel (F. ZIMMERMANN, « La casuistique dans la bioéthique américaine », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, p. 166). Quand on expose des faits en vue d'un jugement à intervenir sur un certain *état de faits*, force est de constater que « le récit ne rapporte [alors] pas tant les faits que les attitudes, les états d'âme et les discours des différents protagonistes » (*ibid.*, p. 167). Juger, c'est choisir ce qui, dans différents récits pourtant relatifs à une unique réalité, constitue *le vrai* et ce qui, le cas échéant, produira des effets dans le réel. Raconter, c'est donc à la fois décrire et fabuler – ou, peut-être fabuler en prétendant décrire, ou encore décrire en s'autorisant la fabulation. Raconter, c'est aussi juger et donc, en un sens, c'est neutraliser ou oblitérer la fabulation.

[7] J.-C. PASSERON et J. REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, pp. 9-44.

[8] J.W. GŒTHE, « De l'expérience considérée comme médiatrice entre l'objet et le sujet », in *Œuvres d'histoire naturelle de Gœthe*, Paris, AB. Cherbuliez et Cie., Libraires, 1837, p. 11.

reviendrons), formalisme juridique ou mise en forme du monde –, nous prenons ici le parti de ne rien transformer, en commençant par une histoire telle que le droit la raconte et que nous appellerons, faute de mieux, « le *cas* Maurizio Cattelan ».

4. Le cas *Maurizio Cattelan* tel qu'il est raconté par le droit.

« [...] **EXPOSÉ DU LITIGE**

Daniel Druet est un sculpteur, grand prix de Rome 1968, ayant notamment réalisé des bustes de personnalités françaises et internationales, ainsi que de nombreux personnages en cire pour le musée Grévin à Paris, dont il a été le sculpteur attitré de 1973 à 198. [*sic*]

Maurizio Cattelan est un artiste contemporain italien, chantre de l'art conceptuel et de l'hyperréalisme, principalement révélé par le galeriste Emmanuel Perrotin qui en assure la promotion et procède à la vente de ses œuvres, notamment via la société Turenne Éditions gérée par la Galerie Emmanuel Perrotin.

Daniel DRUET expose avoir été contacté à compter de 1999 par Emmanuel PERROTIN, à la demande de Maurizio CATTELAN, afin de réaliser 9 sculptures en cire entre 1999 et 2006, lesquelles ont ensuite été exposées sous les intitulés :

- « *La Nona Ora* » (version 1999), représentant le Pape Jean-Paul II, les yeux fermés ;
- « *La Rivoluzione Siamo Noi* » (2000), représentant Maurizio Cattelan en taille réduite, en costume de laine suspendu à un porte-manteau ;
- « *Sans titre* » ou « *Le petit Cattelan de Rotterdam* » (2000), représentant le visage de Maurizio Cattelan et ses deux mains transperçant le plancher d'une salle d'exposition pour rejoindre les spectateurs ;
- « *Him* » (2001), représentant un petit garçon à genoux, dont le visage est celui d'Adolf Hitler ;
- « *Frank and Jamie* » (2002), représentant deux policiers américains en uniforme, tête à l'envers et pieds au ciel ;
- « *Stephanie* » (2002), représentant le buste du mannequin Stéphanie Seymour, seins nus, façon « trophée de chasse » ;
- « *Betsy* » (2003), représentant une grand-mère assise dans un congélateur, porte ouverte ;
- « *Now* » (2004), représentant John Fitzgerald Kennedy dans son cercueil.

Par courriers du début des années 2000 adressés à la Galerie Emmanuel Perrotin, Daniel Druet a vainement sollicité que « *toute diffusion au sujet de [ses] œuvres mentionne [son] nom en tant que sculpteur-réalisateur des personnages de cire (cela au même titre que figure le nom du photographe, auteur des images qui sont diffusées)* ».

Établissement public industriel et commercial, la Monnaie de Paris a accueilli, du 21 octobre 2016 au 8 janvier 2017, une exposition intitulée « *Cattelan, not afraid of*

love », dans laquelle ont été exposées quatre des œuvres précitées – i.e. « *La Nona Ora* » (effigie du pape Jean-Paul II), « *La Rivoluzione Siamo Noi* », « *Him* » et « *Le petit Cattelan de Rotterdam* » –, là encore sans mention du nom de Daniel Druet malgré la requête de ce dernier.

S'estimant lésé dans sa qualité d'auteur, selon lui exclusif, des œuvres précitées, M. Druet a, par actes des 24 avril et 3 mai 2018, fait assigner la Galerie Emmanuel Perrotin, la société Turenne Éditions et la Monnaie de Paris devant le tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire de Paris, en contrefaçon de droits d'auteur.

Par exploits d'huissier des 6 et 10 décembre 2018, la Monnaie de Paris a fait assigner en intervention forcée et en garantie, au titre du contrat de partenariat, de prêt d'œuvre et de cession de droits conclu avec eux, M. Maurizio Cattelan et la société Magis S.r.l. pour les quatre œuvres litigieuses exposées. Les deux procédures ont été jointes le 10 janvier 2019.

Par jugement en date du 28 février 2020, le tribunal a rejeté à ce stade de son examen la demande d'irrecevabilité pour défaut de qualité à défendre soulevée par la Galerie Emmanuel Perrotin et la société Turenne Éditions.

***

[…]

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la recevabilité à agir de M. Druet

La Galerie Emmanuel Perrotin et la société Turenne Éditions soulèvent en premier lieu l'irrecevabilité à agir de M. Druet, au motif, selon elles, qu'il échoue à renverser la présomption légale instituée par l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle en application de laquelle, les œuvres litigieuses ayant été divulguées exclusivement sous le nom de Maurizio Cattelan, il en est l'unique auteur. Elles ajoutent que, bien qu'elles aient été jointes par décision du tribunal, les deux instances initiales (instance principale et appel en garantie) constituent deux procédures distinctes, n'autorisant pas que les parties en cause puissent émettre des prétentions l'une contre l'autre.

Reprenant l'adage « *Divulgation vaut titre* », la société Magis S.r.l. et Maurizio Cattelan considèrent démontrer suffisamment que ce dernier est bien l'auteur des œuvres litigieuses, étant à l'origine des choix créatifs qui font leur originalité et leur essence, et concluent à l'irrecevabilité des demandes de M. Druet envers M. Cattelan dès lors qu'il ne l'a pas fait assigner, ce dernier n'étant intervenu à l'instance qu'en tant qu'appelé en garantie. Subsidiairement, Daniel Druet serait, selon eux, dans l'impossibilité de réfuter la présomption légale de paternité, n'étant intervenu que

comme façonnier, pour produire certains éléments des œuvres conformément aux instructions et à la vision de Maurizio Cattelan.

La Monnaie de Paris soutient pareillement que, faute d'avoir la qualité d'auteur et d'être le titulaire des droits sur les œuvres en cause, le demandeur doit être déclaré irrecevable à agir.

Daniel Druet ne répond pas spécialement sur les irrecevabilités qui lui sont opposées, mais soutient que c'est lui qui, de ses seules mains, a donné naissance aux œuvres litigieuses, et leur a insufflé leur âme et leur intensité, n'ayant d'ailleurs pour certaines d'entre elles reçu aucune directive de M. Cattelan.

Sur ce,

En application de l'alinéa 1er de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, « *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* », comportant tous les attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial.

Le droit de l'article susmentionné est conféré, selon l'article L. 112-1 dudit code, à l'auteur de toute œuvre de l'esprit, quels qu'en soit [*sic*] le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, la seule condition étant toutefois l'expression sous une forme tangible de la pensée de l'auteur, qui ne peut, pour donner prise au droit d'auteur, demeurer du seul domaine de l'idée, non appropriable.

Et aux termes de l'article L. 113-1 du même code, « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

L'auteur est donc légalement présumé être celui ayant divulgué l'œuvre pour la première fois sous son nom et, en tant que tel, dispensé d'apporter la preuve de sa qualité ; cette présomption simple, étant réfragable, celui qui se revendique auteur en contradiction avec la première divulgation effectuée sous le nom d'un tiers peut toutefois la renverser en apportant la preuve qu'il est le véritable auteur, contre l'auteur en titre.

Il est avant toute chose nécessaire de déterminer précisément le périmètre des droits revendiqués par Daniel Druet et si ce dernier est identique à celui des droits pour leur part revendiqués par Maurizio Cattelan, dans la mesure où, comme l'a clairement rappelé la Cour de justice de l'Union européenne, la notion d'œuvre suppose l'existence d'un objet original, création intellectuelle propre à son auteur dont elle reflète la personnalité à travers des choix libres et créatifs, qui soit identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, excluant les sensations intrinsèquement subjectives (CJUE, 12 décembre 2019, C-683/17, *Cofemel*, *pts* 30, 32, 35).

En l'espèce, les œuvres litigieuses, sur lesquelles Daniel Druet revendique aujourd'hui la titularité des droits à titre exclusif, sont ainsi désignées par lui aux termes du dispositif de ses écritures comme étant les œuvres dénommées « *La Nona Ora, 1999* », « *La Rivoluzione Siamo Noi, 2000* », « *Sans titre, 2000* », « *Him, 2001* », « *Frank and Jamie, 2002* » (2002) ; « *Stephanie, 2002* », « *Betsy, 2003* » et « *Now*, 2004 ». Dès lors qu'il ne limite pas les droits précités revendiqués aux seules effigies de cire qu'il a sculptées à la demande de la Galerie Emmanuel Perrotin pour le compte de Maurizio Cattelan, mais les désigne par le nom sous lequel ces œuvres ont été divulguées sans autre précision, il doit se comprendre que M. Druet sollicite la qualité d'auteur pour les œuvres telles que divulguées au public, *i.e.* selon une certaine mise en scène.

Sur ce point, Maurizio Cattelan fait à juste titre valoir que les œuvres litigieuses ont toutes été divulguées sous son seul nom, aussi bien dans la presse où il est systématiquement présenté comme leur unique auteur, qu'à l'occasion des expositions lors desquelles elles ont été mises en contact avec le public. Et il n'a d'ailleurs pas contesté que les directives précises de mise en scène des effigies de cire dans une configuration spécifique, tenant notamment à leur positionnement au sein des espaces d'exposition visant à jouer sur les émotions du public (surprise, empathie, amusement, répulsion, etc.), n'ont émané que de lui seul, Daniel Druet n'étant nullement en mesure – ni du reste ne cherchant à le faire – de s'arroger la moindre participation aux choix relatifs au dispositif scénique de mise en situation des dites effigies (choix du bâtiment et de la dimension des pièces accueillant tel personnage, direction du regard, éclairage, voire destruction d'une verrière ou du parquet pour rendre la mise en scène plus réaliste ou plus saisissante) ou au contenu du message éventuel à véhiculer à travers cette mise en scène.

Les défendeurs soulèvent l'irrecevabilité à agir de M. Druet au motif qu'il a fait le choix de ne pas assigner Maurizio Cattelan et qu'il ne peut donc revendiquer des droits visant à évincer ce dernier du bénéfice de la présomption de titularité sans qu'il ne soit dans la procédure.

Force est de constater que les prétentions initiales du demandeur, formées à l'encontre des défendeurs qu'il a seuls assignés, voient toutes leur recevabilité soumise à la démonstration par Daniel Druet de sa qualité d'auteur des œuvres litigieuses. Or cette qualité requiert, pour qu'elle lui soit reconnue, et étant observé qu'il ne revendique pas la qualité de co-auteur d'une œuvre de collaboration ou d'une œuvre composite mais bien la qualité d'unique auteur des œuvres en cause, que la propre qualité d'auteur de Maurizio Cattelan, qui bénéficie de la présomption de titularité sur ces œuvres, lui soit déniée. La mise en cause de celui-ci apparaît en conséquence indispensable face à une revendication de droits opérée à son préjudice.

Il est constant que l'appel en garantie simple ne crée de lien juridique qu'entre l'appelant en garantie et l'appelé, à l'exclusion de tout lien entre le demandeur à l'action principale et l'appelé en garantie (*Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 14-11.685*).

En l'espèce, M. Cattelan, comme sa société Magis S.r.l., ne sont effectivement devenus défendeurs à la présente instance que suite à leur mise en cause par la Monnaie de Paris, laquelle les a appelés en garantie au titre des seules œuvres litigieuses exposées – à savoir « *La Nona Ora* », « *La Rivoluzione Siamo Noi* », « *Him* », et « *Le petit Cattelan de Rotterdam* » – et sur le seul fondement de la responsabilité contractuelle.

Si ces derniers sont de ce fait devenus parties à l'instance, l'intervention forcée constituant une demande incidente qui a pour objet de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires sans qu'elle entraîne la création d'une nouvelle instance (*Cass. 2e civ., 25 juin 2015, n° 13-27.470 et n° 14-21.713*), aucun lien juridique n'est pour autant né du fait de cette intervention forcée entre eux et le demandeur principal, Daniel Druet.

Dès lors, faute d'avoir assigné en personne Maurizio Cattelan, auteur présumé, au préjudice duquel il revendique la titularité des droits sur les œuvres en cause, Daniel Druet doit être déclaré irrecevable en toutes ses demandes en contrefaçon de droits d'auteur.

L'appel en garantie devenant, du fait de l'irrecevabilité des demandes, sans objet, il ne sera pas examiné.

*

[…]

PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement par jugement mis à disposition au greffe, contradictoire et en premier ressort,

DIT M. Daniel Druet irrecevable en ses demandes en contrefaçon de droits d'auteur ;

CONDAMNE M. Daniel Druet à verser les sommes de :
- 10 000 euros à la Galerie Emmanuel Perrotin et la société Turenne Éditions ensemble,
- 10 000 euros à la Monnaie de Paris,

sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE M. Daniel Druet aux entiers dépens […]

DIT n'y avoir lieu à exécution provisoire

Fait et jugé à Paris, le 08 juillet 2022 ».

« La fabrique aussi ancienne que moderne du droit se trouve dans les jugements, les décisions, les arrêts, les sentences des juges. Autrement dit, là où le droit rencontre la vie des hommes, là où le droit et cette vie composent cette chose étrange, cette communication si formelle, bizarre et imprévisible à la fois qu'on appelle un cas. Une infinité de cas. Tout ce qui est le cas devient cas, cas de justice, cas du droit et cas de la vie. Et avec le cas, naît la jurisprudence – ou l'inverse. Le droit, c'est le corps éloquent du juge, le droit c'est la jurisprudence, les multiples jurisprudences sur la vie et sur le droit. Thomas Bernhard disait, vous vous souvenez : "Le monde est d'une manière totale et pénétrante un monde juridique… Le monde est une unique jurisprudence monstrueuse. Le monde est une prison" »[9].

[9] R.M. KIESOW, *L'unité du droit*, Paris, EHESS, 2014, p. 204.

Introduction générale

5. Le décentrement du juriste. « Le monde se pense et se comprend de plusieurs points de vue ». L'affirmation est péremptoire et plate – en un mot : banale. Pourtant, s'il est vrai que nous sommes condamnés à la banalité, peut-être mérite-t-elle une attention particulière – au risque de frôler le paradoxe. Ce travail fait sienne cette ambition : s'étonner de l'apparence d'insignifiance.

S'il est heureusement certain que le monde se pense et se comprend de plusieurs points de vue, le cloisonnement disciplinaire de la recherche situe pourtant encore la formule au rang d'idéal ou d'horizon. En effet,

> « les tentatives pour étendre l'analyse juridique à des objets qui ne sont pas situés dans le domaine du droit et de la justice restent rares. L'opposition est d'autant plus frappante avec d'autres sciences sociales ; ainsi, pour ne donner qu'un exemple, les économistes appliquent leur cadre d'analyse (offre et demande, concurrence, etc.) à tous les domaines, y compris à la vie quotidienne et domestique, sans se cantonner aux rapports marchands »[10].

Le juriste aurait du mal à se décentrer. Le mécanisme même du raisonnement juridique impliquerait la prise en considération d'objets certes hétérogènes mais, en dernière instance, toujours ramenés à des catégories juridiques. Aussi, peut-on se demander s'il est réellement possible de « penser en juriste » à partir d'objets qui ne relèvent pas intuitivement du spectre du droit et qui, en dernière instance, ne sont pas simplement réduits à leur adéquation à des catégories juridiques. En outre, si même l'on accepte de « penser en juriste » à propos de tels objets, encore faut-il préciser les contours d'un tel mode de pensée. Si l'on accepte le postulat selon lequel il n'y a aucun monopole scientifique sur le social mais que, bien au contraire, la pluralité de points de vue enrichit chaque point de vue – en d'autres termes, si l'on accepte que la diversité rende le singulier un peu plus dense –, il faut alors faire droit à ces invitations et assumer que « l'analyse juridique offre un éclairage propre,

[10] R. ENCINAS DE MUÑAGORRI *et al.*, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 13.

irréductible aux autres regards (sociologiques, historiques, politistes…) dont l'ampleur reste à explorer »[11].

6. Questions de méthode : décentrement – focalisation. Banalité apparente du sujet donc : nous tenterons de proposer une analyse juridique d'un objet non juridique, l'œuvre d'art. Cela implique une double interrogation : sur l'objet que nous étudions – à savoir l'objet artistique – et sur le droit lui-même, en tant qu'outil d'intelligibilité particulier. La démarche procède dès lors à la fois d'un décentrement et d'une focalisation : en cherchant à comprendre juridiquement un objet – et ses constellations de concepts – qui, traditionnellement, n'est qu'accidentellement saisi par le droit (décentrement), nous serons amenés à préciser les modalités de ce regard juridique (focalisation). En dernière instance, il s'agira, d'une part, de préciser les outils de compréhension particuliers du droit et, d'autre part, de saisir leurs effets. Si l'analyse juridique présente bien une singularité propre, la mise au jour de cette singularité implique au moins de prendre acte des interactions du droit avec d'autres disciplines qui, précisément, ont rendu possible l'émergence de notre question et son traitement juridique. En d'autres termes, il n'est possible de saisir la manière dont le droit permet de comprendre un objet artistique et comment il a pu, ce faisant, participer à la définition de concepts *a priori* non juridiques qu'en étudiant préalablement l'intégration dans un certain contexte théorique, non juridique, de celui-ci.

Aussi, le décentrement-focalisation lié à l'objet d'étude se retrouvera-t-il au niveau de la méthode. Pour circonscrire les particularités de l'analyse juridique (focalisation), nous partirons de son extérieur (décentrement) : anthropologie (Mauss), sociologie (Bourdieu) et philosophie (Cassirer) – les deux premières disciplines conduisant à la troisième – nous permettront peu à peu de cadrer un modèle d'analyse juridique (focalisation). Ce faisant, nous prendrons ces éléments pour ce qu'ils sont : les outils d'un cadrage. Nous ne nous approprierons dès lors pas les exigences méthodologiques propres à chaque discipline – ce qui rendrait le

[11] *Ibid.*, p. 14.

travail, sinon impossible, du moins illisible – mais nous contenterons des éléments pertinents pour la définition du modèle d'analyse juridique recherché. Il serait toutefois réducteur de réduire les apports extrajuridiques à un simple cadre. En effet, le modèle d'analyse juridique que nous dégagerons doit lui-même énormément à la philosophie : c'est à travers les outils mis en évidence par l'examen des travaux d'Ernst Cassirer dans la première partie du travail que nous aborderons les questions et les cas plus directement concrets de la seconde partie. Il n'en demeure pas moins que, à cette fin, il n'est pas nécessaire d'épuiser *philosophiquement* la construction de notre modèle pour le rendre opératoire *juridiquement*.

La focalisation progressive de notre réflexion sur la philosophie des formes symboliques, en tant qu'elle permet un propos sur le droit, développée par Ernst Cassirer pourra surprendre. En effet, l'auteur ne s'est, *a priori*, que peu intéressé au phénomène juridique et n'a consacré aucun volume de sa *Philosophie des formes symboliques* à la question du droit. Les raisons de mettre la philosophie des formes symboliques à l'épreuve du droit sont toutefois nombreuses : si la philosophie des formes symboliques permet effectivement d'embrasser tous les domaines de la culture, alors il doit y avoir une place pour l'étude du droit ; à supposer que le droit soit une forme symbolique, la philosophie des formes symboliques permet – et même exige – de penser l'articulation du phénomène juridique avec d'autres modes de compréhension du même objet et, à ce titre, doit permettre de penser l'articulation du droit et de l'art mais aussi du droit et de la science ; la philosophie des formes symboliques porte un idéal politique émancipateur qui appelle une réflexion sur le droit ; si le droit demeure un impensé du système cassirérien, il n'en importait pas moins de s'en saisir.

Au fond, c'est en raison d'un manque et *via* une brèche que l'on en viendra à Cassirer : d'une part, Cassirer n'a pas théorisé le droit comme forme symbolique ; d'autre part, quand Bourdieu entend réduire le phénomène juridique à un phénomène social, il « invente » une correspondance entre formes symboliques et

formes primitives de classification au sens où l'entendaient Mauss et Durkheim[12]. Puisqu'il nous importe de penser la spécificité même du juridique, n'était-il pas urgent de s'engouffrer dans la brèche ouverte par Bourdieu pour, d'une certaine manière, rendre justice à Cassirer mais aussi explorer les possibilités offertes par son système pour penser le droit lui-même ?

L'examen de la table des matières de la présente dissertation – de laquelle il ressort que les développements consacrés à Cassirer suivront des chapitres consacrés à Mauss et Bourdieu – ne doit pas tromper : nous n'ambitionnons pas de confronter trois lectures possibles et indépendantes du phénomène juridique (la première anthropologique, la deuxième sociologique et la troisième épistémologique). Des travaux de Mauss qui conclut au caractère social de la magie, nous passerons à Bourdieu pour nous engouffrer dans la brèche qu'il ouvre vers Cassirer. Aussi ne s'agit-il pas de mobiliser des approches variées du phénomène juridique – choisies arbitrairement au gré de disciplines des sciences humaines – mais plutôt de situer précisément la manière dont nous en sommes venus à la question du droit en tant que forme symbolique : alors que nous nous intéressions de près aux travaux de Bourdieu, il semblait difficile d'apporter une réflexion originale sur un système à bien des égards déjà totalisant qui, par ailleurs, tendait à réduire le droit à un phénomène social. À trop vouloir totaliser, Bourdieu a ouvert la voie à la possibilité, pour nous, de saisir le droit à la fois dans un système (celui des formes symboliques et non celui de Bourdieu) et dans sa spécificité propre (il n'est pas qu'un phénomène social).

Il convient encore de préciser deux choix méthodologiques relatifs à notre rapport aux travaux de Cassirer.

Le premier concerne le traitement des textes de Cassirer à partir de leurs traductions françaises. Ce travail ne se veut ni philologique ni exégétique. Les textes sont mobilisés dans la mesure où ils permettent d'alimenter une réflexion sur des enjeux juridiques et esthétiques et non d'abord pour eux-mêmes. Dans cette optique, les

[12] Voy. *infra*, n° 107.

traductions publiées en langue française constituent des vecteurs suffisants d'accès aux problématiques envisagées, dans la mesure où elles rendent intelligibles les concepts mobilisés. Ainsi, notre objectif n'est pas de restituer la lettre du texte original mais d'interroger ce que celui-ci permet de penser dans un certain contexte.

Le second choix porte sur la place accordée à l'histoire des concepts. Notre travail ne prétend pas reconstituer la généalogie exhaustive des notions convoquées ni dresser une cartographie des idées dans lesquelles elles s'inscrivent – la présente thèse est bien une thèse de droit et non de (ou d'histoire de la) philosophie. L'approche retenue est problématique : il s'agit de saisir les concepts dans leur usage, leur opérativité, leur capacité à faire émerger des zones de questionnement au sein même du droit. Dès lors, les références théoriques sont convoquées pour leur pertinence au regard de la question posée – à savoir, ce que le droit peut *faire* et, en particulier, faire aux œuvres d'art – et non en vue d'une reconstitution historique ou doctrinale exhaustive. Cette orientation n'exclut pas la mise en contexte de certaines notions lorsque cela est nécessaire mais cette contextualisation reste toujours subordonnée à la logique de la question traitée.

Au fond, si nous voulions appuyer la perspective problématique que nous adoptons – c'est-à-dire la perspective par traitement d'un problème – d'une manière provocante, nous pourrions nous référer un instant aux réflexions de Chaïm Perelman lorsqu'il envisage les rapports qu'entretiennent droit et philosophie :

> « La supériorité de la pensée juridique sur la pensée philosophique, c'est que, contrairement à celle-ci, qui peut se contenter de formules générales et abstraites, le droit est obligé d'envisager la solution des difficultés qui apparaissent quand il s'agit d'appliquer ces formules générales à la solution de problèmes particuliers. Les philosophes seront satisfaits quand ils formulent un principe tel que l'impératif catégorique (*Agis de façon que la maxime de ton action puisse devenir en même temps la loi d'une législation universelle*) ou le principe utilitariste (*Agis de façon à réaliser la plus grande utilité du plus grand nombre*). Mais un juriste ne peut se limiter à l'énoncé de tels principes. Une fois formulé le principe de responsabilité civile (Art. 1382 du Code Napoléon : *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*), le juriste aura à se poser des questions concernant son application : les réflexions à ce sujet ont suscité des bibliothèques de commentaires. Il serait fort utile pour tous ceux qui

> s'intéressent à la philosophie pratique de s'inspirer de la manière dont les juristes envisagent ces problèmes »[13].

Pas plus que Perelman, notre propos n'est de hiérarchiser les disciplines. On souligne simplement une certaine urgence à rendre les concepts opérationnels pour le juriste, de sorte que, une fois mis au jour – et cette mise au jour ne peut, évidemment, pas sacrifier la rigueur qui s'impose –, ceux-ci devront être d'emblée appliqués à une problématique plutôt que traités pour eux-mêmes.

7. Questions de méthode : penser par cas. Après la banalité du sujet lui-même, la banalité des objets. Quand il confronte les textes légaux au réel, le juriste crée des *cas* – manière de raconter des histoires. Ces cas créés par le droit lui-même ont un fort potentiel réflexif. En dernière instance, ils nous en apprennent peut-être davantage sur le droit et son fonctionnement que sur les objets soumis à l'analyse juridique. Certains cas apparaissent particulièrement saillants dans le paysage juridique et *font jurisprudence*. D'autres semblent banals, voire insignifiants. C'est à ces derniers que nous nous intéresserons car, même sous l'apparence de la banalité, un cas est toujours la cristallisation d'un problème. Le cas est, en effet, d'abord travail pour la pensée. Ce travail est certainement plus intéressant quand il semble relever de l'anecdote. En effet, le *cas anecdotique* n'en demeure pas moins *un cas* dont l'apparente banalité appelle un traitement plus fin encore afin d'en épuiser – pour peu que ce soit possible – le potentiel heuristique. En d'autres termes, un cas constitue toujours un défini pour l'analyste. Il perturbe le cours de la théorie, il interroge la manière dont nous organisons le monde et nous enjoint à toujours reprendre position sur ce qui constitue le banal ou le normal et ce qui relève de l'exceptionnel et de la saillance – le cas banal permettant, nous le verrons, de redessiner la fresque entière de ces partages.

[13] C. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 120-121.

Dans l'introduction d'un ouvrage collectif consacré à la *pensée par cas*, Jean-Claude Passeron et Jacques Revel notent :

> « Le caractère exceptionnel, éventuellement anormal, voire aberrant, des situations que la plupart des langues désignent, dans leur usage commun ou savant, comme des "cas", pose une question semblable à tous ceux qui se heurtent à un état du monde dont la description se présente en même temps comme un défi lancé à l'observateur. "C'est un cas", dit-on quand on se trouve arrêté et sommé par l'obstacle de changer de trajet : tel quel, l'énoncé contient à la fois une observation empirique et une injonction logique. En ce sens, un cas est bien ce qui arrive, une '"échéance", pour reprendre l'heureuse expression de Serge Boarini. Il survient, et il pose en tant que tel des questions. Ce qui a toujours constitué la difficulté logique des descriptions de cas, en tant qu'aiguillons des débats moraux, politiques, théologiques, scientifiques ou privés, c'est qu'ils opposaient d'emblée à la tentative pour les circonscrire par une description définie une liste ouverte de propriétés descriptibles, toutes hypothétiquement pertinentes pour rendre compte de leur agencement particulier dans une situation, dans une configuration ou au sein d'un processus. En ce sens, un cas n'est pas seulement un fait exceptionnel et dont on se contenterait qu'il le reste : il fait problème ; il appelle une solution, c'est-à-dire l'instauration d'un cadre nouveau du raisonnement, où le sens de l'exception puisse être, sinon défini par rapport aux règles établies auxquelles il déroge, du moins mis en relation avec d'autres cas, réels ou fictifs, susceptibles de redéfinir avec lui une autre formulation de la normalité et de ses exceptions »[14].

Au fond, ce qui caractérise le *cas* est peut-être la brèche qu'il constitue nécessairement au sein d'une expérience – perceptive mais aussi théorique – jusqu'alors homogène : « Le cas trouve ainsi une première définition subjective, toute négative, dans l'interruption qu'il impose au mouvement coutumier de l'expérience perceptive, comme au parcours prévu d'un discours descriptif, argumentatif ou prescriptif »[15]. Et si ces auteurs caractérisent le cas comme *exceptionnel*, *anormal*, *aberrant*, il faut insister sur le fait que ces adjectifs renvoient d'abord à l'obstacle au cours ordinaire de la réflexion qu'il constitue. S'il est exceptionnel, c'est parce qu'il fait exception, et non parce qu'il est remarquable – remarquable renvoyant ici à ce qui se donne avec évidence. Le cas pose peut-être davantage problème lorsqu'il n'y a *a priori* rien à en dire.

[14] J.-C. PASSERON et J. REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », *op. cit.*, pp. 10-11.
[15] *Ibid.*, p. 16.

8. Questions de méthode : quels cas ? En droit, la pensée par cas suppose de poser d'emblée un certain nombre de choix : quelles matières ? Avec quelle prétention à l'exhaustivité ? Quels ordres juridiques ? À quelle époque ?

Les cas envisagés dans le cadre de la présente recherche traiteront principalement de droit d'auteur et de droit de la vente d'œuvres d'art. Une incise sera également faite dans la matière des droits de douane. Ces cas ne seront toutefois jamais mobilisés aux fins d'étudier *directement* ces matières mais seront toujours rapportés à une question. Ainsi, les cas mobilisés en matière de droit d'auteur seront notamment examinés afin de préciser la manière dont la question de l'auctorialité est saisie et, le cas échéant, modelée par le droit. Le droit de la vente d'œuvres d'art sera le prétexte à un examen de l'évolution de la notion d'authenticité en droit. La question des droits de douane, mise en regard d'autres branches du droit, servira à établir l'absence de définition stable et transversale de l'œuvre d'art en droit et, par conséquent, les insuffisances d'une approche qui tenterait d'expliquer l'action du droit sur les objets artistiques uniquement par la manière dont ils sont définis juridiquement. Tous ces cas seront au service d'un questionnement plus global sur l'agentivité du droit et les conséquences de cette agentivité sur les objets artistiques. Notre propos ne sera jamais de retracer la genèse d'une notion juridique en particulier qu'il conviendrait d'étudier pour elle-même. Nous pouvons donc nous dispenser d'une prétention à l'exhaustivité des cas dans un domaine particulier, puisqu'il importe moins d'épuiser une discipline que de traiter la question que la cas *Maurizio Cattelan* nous a inspirée.

Reste qu'il n'en est pas moins indispensable de sélectionner soigneusement les cas examinés pour assurer aux conclusions plus générales que nous ambitionnons de dégager une assise solide.

Quant aux *objets étudiés*, les cas que nous examinerons traiteront d'arts plastiques uniquement. En particulier, nous n'aborderons pas de cas relatifs à des œuvres littéraires. Un tel examen impliquerait en effet de se saisir de questions de théorie de la littérature et du rapport entre le réel, la fiction et la manière dont le droit doit se

situer par rapport à ces pôles. Pour passionnante qu'elle soit, cette question dépasse le cadre de notre questionnement. Les œuvres musicales resteront également exclues de notre champ d'investigation en raison du caractère très spécifique du raisonnement qu'elles appellent.

Quant aux *matières étudiées*, nous puiserons principalement dans le droit d'auteur et le droit de la vente d'œuvre d'art. La première a pour avantage de mettre directement aux prises avec des réflexions et des concepts artistiques incontournables (les notions d'œuvre ou d'auteur, par exemple)[16]. Elle constituera dès lors une excellente amorce de réflexion. La matière de la vente d'œuvres d'art, si elle met également en œuvre une réflexion en lien avec les œuvres d'art, nous permettra de complexifier le propos et viendra dès lors dans un second temps. En matière d'œuvre d'art, les questions directement artistiques – celle de l'authenticité, par exemple – doivent en effet, la plupart du temps, être pensées dans leur rapport à d'autres questions non artistiques – celles de l'environnement contractuel, par exemple. Le droit de la vente d'œuvres d'art permettra en outre d'interroger le rapport du droit à l'incertitude scientifique et, dès lors, de penser la question du rôle du droit dans la vie des œuvres de manière plus riche et nuancée. D'autres matières seront ponctuellement évoquées mais uniquement dans le cadre de l'étude des définitions juridiques de la notion d'œuvre. Ainsi, nous n'examinerons la question des droits de douane que dans cette seule mesure.

Quant aux *ordres juridiques* envisagés, nous limiterons notre propos aux droits belge et français en raison de leur similitude évidente sur le plan du droit privé. Par exemple, jusqu'il y a peu, les textes relatifs à l'erreur – permettant l'annulation de la vente d'une œuvre d'art – étaient identiques – les principes étant dans les deux cas issus du Code civil de 1804. Même si tel n'est plus le cas, les deux ordres juridiques restent proches sur cette question. Le recours à ces deux ordres juridiques ne visera

[16] Avec Thierry Lenain, nous relevons que la question de l'auteur se pose à propos de toute production envisagée en tant qu'art, y compris lorsqu'il n'existe pas d'équivalent à la notion d'auteur ou même d'art dans le contexte de création originel de l'œuvre (voy. à ce sujet T. LENAIN, « Le geste auctorial », *Revue Philosophique de Louvain*, s.d., vol. 2022, pp. 342-370).

pas à les comparer et à souligner d'éventuelles différences en droit positif mais permettra d'étendre notre échantillonnage en puisant dans deux ordres juridiques qui mobilisent des principes similaires afin de cerner au mieux comment une telle notion a pu être forgée en droit. La matière du droit d'auteur étant aujourd'hui largement façonnée par le droit de l'Union européenne, nous ne pourrons faire l'économie de l'examen direct de décisions de la Cour de justice de l'Union européenne dont les interprétations s'imposent aux juridictions des États membres lorsqu'elles appliquent le droit d'auteur et, dès lors, à la France et à la Belgique. La matière des droits de douane étant également harmonisée au niveau de l'Union européenne, c'est aussi vers les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne que nous nous tournerons pour saisir la manière dont certaines notions sont définies. *A contrario*, nous laissons de côté les ordres juridiques appartenant à des traditions de droit civil sans ancrage direct dans le Code civil de 1804 et les ordres juridiques échappant à la conception du droit d'auteur telle qu'harmonisée au niveau de l'Union européenne.

Quant aux *époques considérées*, une distinction préalable s'impose entre les décisions étudiées au titre de cas et les autres décisions. Nous ne considérons comme un cas que les décisions que nous examinons pour elles-mêmes. Tel est par exemple le cas de la décision du Tribunal judiciaire de Paris du 8 juillet 2022 (cas *Maurizio Cattelan*). En revanche, ne sont pas des *cas* les décisions qui servent uniquement à caractériser une notion juridique – ne sont, en d'autres termes, pas des cas les décisions simplement citées au titre de référence. Certes, ces deux catégories ne sont pas inconciliables et, en matière de vente d'œuvre d'art, nous retracerons l'évolution d'une notion juridique par l'examen direct et approfondi de cas. Pour l'exprimer autrement, un cas ne peut se réduire à une référence en note de bas de page et opérer comme simple appui d'un principe. Un cas demande que l'on s'attarde sur sa singularité propre – loin de l'aveuglante lumière des principes qu'il peut, par ailleurs, nourrir. Pour les décisions qui ne sont pas des cas, nous nous limiterons classiquement à identifier celles qui permettent de caractériser les principes présentés qui relèvent du droit positif. En matière de droit d'auteur, par exemple, les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne citées se

limiteront à mettre en évidence la manière dont la Cour de justice de l'Union européenne a forgé et précisé les conditions de la protection d'une œuvre par le droit d'auteur et, en particulier, le contenu de l'exigence d'originalité d'une œuvre protégée. Pour les décisions qui sont des cas, nous porterons une attention accrue à leur *situation*. Ainsi, en matière de vente d'œuvres d'art, nous nous attarderons sur la charnière des XIX^e^ et XX^e^ siècles, essentiellement à Paris, car c'est en ce lieu et à ce moment précis que quelque chose se joue[17] : nous ne partirons pas des principes mais de situations particulières dont la combinaison permettra d'esquisser un parcours.

9. Pourquoi le (non-)cas *Maurizio Cattelan* ? Avant d'en déplier les conséquences et d'explorer la brèche ouverte en prologue à ce travail, il semble nécessaire de nous attarder une première fois sur ce que nous avons d'emblée nommé « le *cas* Maurizio Cattelan » et d'en préciser les caractéristiques. Si nous avons choisi de partir de ce cas particulier, c'est précisément parce qu'il s'est trouvé des auteurs pour parler de « non-procès »[18] ou écrire que « l'on reste sur sa faim »[19]. En somme, qualifier le *cas* de *non-cas*. Or quoi de plus stimulant que le défi de la contradiction ?

Sans en faire une typologie directement opératoire, Jean-Claude Passeron et Jacques Revel soulignent la diversité des *cas* : « beaux cas » ou « cas épineux », « cas d'école » ou « cas limites », « cas de conscience » ou encore « cas de figure »[20]… Tous ces *cas* constituent un événement, quelque chose qui arrive – une *échéance*. Aux « cas-X » que nous venons d'énumérer, on pourrait ajouter le non-cas. Celui où, précisément, quelque chose semble manqué, où une rencontre ne s'est pas produite. Le non-cas serait alors celui sur lequel on ne bute pas mais à côté duquel

[17] Voy. L. PFISTER, « Le Tournant du XXe siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », in *L'Art en mouvement. Regards de droit privé*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 15-50.
[18] B. COHEN, « Daniel Druet vs. Maurizio Cattelan : le non-procès de l'art conceptuel », *Conseil des maisons de vente*, 1er septembre 2022, disponible sur https://conseilmaisonsdevente.fr/fr/daniel-druet-vs-maurizio-cattelan-le-non-proces-de-lart-conceptuel (Consulté le 30 décembre 2024).
[19] A. LUCAS, « Droit d'auteur en France (2017-2022) », *Auteurs & Média*, 2022, n° 2-3, p. 187.
[20] J.-C. PASSERON et J. REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », *op. cit.*, p. 12.

on passe, comme une occasion manquée, une non-échéance dont il n'y aurait rien à dire.

Toutefois, l'occasion manquée n'est pas sans vertus. D'abord, il importe de relever que, concernant l'affaire qui nous occupe, il semble réducteur de parler de non-cas. Quelque chose s'est tout de même produit : même si les juges n'ont pas tranché le fond du litige, une décision a été rendue. Aussi, peut-être serait-il préférable d'opter pour une catégorie intermédiaire entre le cas et le non-cas, par exemple le (non-) cas. Ces précautions posées et pour ne pas complexifier davantage le propos, nous nous en tiendrons néanmoins, dans la suite, à désigner notre point de départ comme le « cas » *Maurizio Cattelan*. Ensuite, si quelque chose s'est tout de même produit, c'est qu'il reste possible d'expliquer cette échéance : il y a, en dernière instance, toujours quelque chose à dire du (non-) cas. Enfin – et c'est là que réside pour nous l'intérêt fondamental du cas *Maurizio Cattelan* –, cette échéance, fût-elle manquée, met en lumière de manière peut-être particulièrement crue ou directe les principes qui y ont procédé.

Si la lecture de la décision du Tribunal judiciaire de Paris déçoit le juriste, c'est parce qu'elle n'ouvre pas ses horizons. Si elle déçoit le philosophe ou l'historien de l'art, c'est parce qu'elle ne lui apprend rien de la notion d'auteur telle que le droit l'envisage. En revanche, elle confirme un principe procédural, une technique interne au domaine du droit qui ouvre une réflexion sur la manière dont le droit conçoit et ordonne le réel. Le cas *Maurizio Cattelan* est dès lors une invitation à poursuivre la réflexion : alors qu'il jette une lumière crue sur un mécanisme de pure procédure, ce fait précis ne dit-il vraiment rien du rapport du droit à l'art ?

Nous avons choisi le cas *Maurizio Cattelan* pour cette raison précise : s'il semble ne rien dire, il met pourtant directement en lumière le rôle de mécanismes proprement juridiques – touchant à la forme et non au fond – qu'il importera de penser dans la suite de ce travail. Il ne détourne pas d'emblée l'attention, il ne s'encombre pas de détails factuels, il n'importe pas de controverses artistiques dans le champ du droit. Il constitue l'illustration simple, brutale et décevante de la manière dont le droit peut

résoudre juridiquement un problème et, le cas échéant, un problème artistique. À ce titre, il nous impose de penser le phénomène juridique avant d'envisager son articulation aux questions artistiques.

Nous aurions pu, il est vrai, choisir de partir d'un autre cas et, le cas échéant, d'un cas amenant des conclusions différentes. En matière de vente d'œuvre d'art, par exemple, l'intervention manuelle de l'artiste a une réelle importance. Si nous verrons que, peu à peu, la question de l'auteur a gagné en importance dans ce type de contentieux, il est des décisions où l'intervention manuelle de l'artiste demeure centrale, là où le cas *Maurizio Cattelan* nous enseigne (à ce stade pour de « mauvaises » raisons, c'est-à-dire pour des raisons qui ne touchent pas au fond du droit, même si nous verrons que, quand bien même le fond du droit aurait été examiné, Cattelan aurait dû être qualifié d'auteur) que, en matière de droit d'auteur, l'intervention manuelle n'est plus un critère pertinent.

Nous n'avons toutefois pas entamé notre propos par un cas relevant du droit de la vente (d'œuvres d'art). Il nous importait en effet de partir d'une question de droit d'auteur, la matière mettant directement aux prises préoccupations juridiques et préoccupations artistiques. En matière de vente d'œuvre d'art, les paramètres sont plus nombreux (contexte de la vente, environnement contractuel, garanties éventuellement données, preuve de l'entrée dans le champ contractuel de la réalisation matérielle de l'œuvre vendue par l'auteur identifié…)[21]. En matière de droit

[21] Dans une affaire célèbre portant sur la vente du tableau-piège intitulé « Mon petit déjeuner » (1972) et attribué à Daniel Spoerri, la Cour de cassation de France a jugé que, malgré la présence au dos du tableau d'un texte de Spoerri visant à l'authentifier, le fait que l'œuvre ait été réalisée par un tiers – fût-ce sous la supervision de l'artiste – justifiait l'annulation de la vente. La question dépend toutefois de nombreux paramètres relevés par la Cour, et l'on ne peut donc conclure que, de manière générale, l'intervention manuelle de l'artiste constituerait un critère déterminant de l'auctorialité en matière de vente d'œuvre d'art. La Cour de cassation de France juge en effet, dans un arrêt du 15 novembre 2005 : « Attendu que, pour débouter M. Z… de sa demande, l'arrêt retient que l'exécution personnelle n'est ni la condition nécessaire, ni la condition suffisante de la reconnaissance de la qualité d'auteur, et que l'authenticité de l'œuvre, unique condition déterminante de son consentement, avait été satisfaite ; Attendu, cependant, qu'ayant constaté que l'œuvre litigieuse, vendue aux enchères publiques, avait été exécutée "en brevet" par un tiers et que la simple référence, dans le catalogue de vente à la présence, au dos du tableau, d'un texte de l'artiste, n'était pas de nature à informer l'acquéreur sur le fait que l'œuvre n'avait pas été exécutée de la main même de [Daniel Spoerri], que les mentions du catalogue entraînent la garantie et, partant, la croyance erronée et excusable de l'acheteur, que celui-

d'auteur, la question est directement une question principielle. Pour traiter adéquatement notre sujet et ouvrir une recherche qui n'est pas une recherche en droit d'auteur mais bien une recherche sur ce que le droit peut faire à l'œuvre d'art, et donc une recherche sur le pouvoir agissant du droit, il était nécessaire que le cas porte sur une notion directement artistique ; que la décision ne repose pas sur un contexte factuel déterminant l'issue du litige ; qu'à travers une question portant explicitement sur un concept artistique vu par le droit, l'on puisse aborder la question plus générale de l'agentivité du droit et sa logique propre. S'il déçoit à certains égards, le cas *Maurizio Cattelan* est exemplaire du point de vue de ces exigences.

Une ultime précaution s'impose encore. Si le cas *Maurizio Cattelan* s'imposait pour les raisons que nous venons d'exposer, il importe de garder à l'esprit que la démarche par cas que nous adoptons reste méthodologiquement première. Ainsi, le cas *Maurizio Cattelan* est bien en tant que tel, c'est-à-dire en tant que cas, indispensable à l'amorce de notre réflexion : il n'est pas le simple prétexte d'une recherche qui se fonderait en réalité d'abord sur des principes. Il est la démonstration que tout principe procède d'abord d'un « surgissement du réel »[22]. Si le cas *Maurizio Cattelan* jette une lumière crue sur le fonctionnement du droit, c'est en tant que cas – avec toute la richesse de singularité que cela implique et à laquelle nous tenons.

10. Le cas *Maurizio Cattelan* – Le droit et le fait : deux mondes distincts.

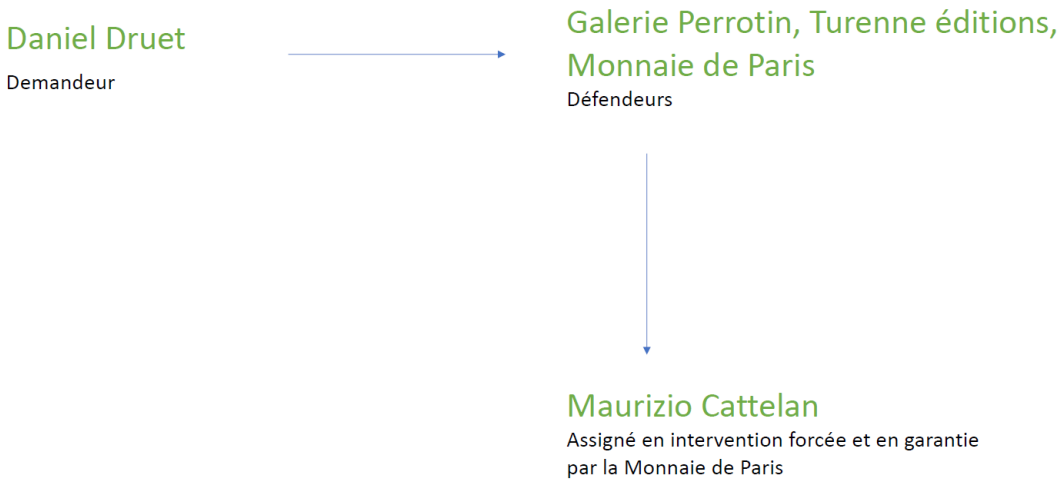
L'abondant traitement médiatique dont le cas *Maurizio Cattelan* – amorce de notre réflexion – a fait l'objet a principalement mis en lumière deux protagonistes : Maurizio Cattelan – artiste majeur sur la scène internationale – et Daniel Druet – sculpteur. Pourtant, il convient d'insister d'emblée sur un point fondamental : le second n'a pas assigné le premier. En effet, Cattelan n'est partie à l'instance que parce qu'il a été appelé en intervention forcée et en garantie – au titre de la responsabilité

là était effectivement l'auteur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard des textes susvisés » (Cass. fr., 15 novembre 2005).

[22] C. IMBERT, « Le cadastre des savoirs. Figures de connaissance et prises de réel », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, p. 255.

contractuelle – par la Monnaie de Paris, partie à l'instance principale. Cette précision, malgré son apparence technique et son absence de lien réel avec le statut des œuvres litigieuses, déterminera l'issue du litige.

Les liens d'instance peuvent ainsi être représentés de la sorte :



Les arguments des deux parties – nous nous limiterons, dans le cadre de l'exposition du problème, à Druet et Cattelan – se déploient dans deux mondes distincts. Cattelan sait en effet qu'il a beaucoup à tirer du monde du droit, alors que Druet reste cantonné au monde des faits. Or c'est le premier qui conditionne la recevabilité d'une action en justice en appelant au second. En d'autres termes, pour remettre en cause la stabilité imposée par le monde du droit, il convient de respecter les règles qu'il impose ; il n'est possible d'agir sur le monde des faits que dans le cadre fixé par le monde du droit.

11. Le cas *Maurizio Cattelan* – Pourquoi est-on auteur ? L'argumentation de Daniel Druet est relativement simple : puisqu'il a lui-même réalisé les sculptures, il en est l'auteur exclusif et, à ce titre, il doit bénéficier des prérogatives du droit d'auteur. Cette vision – certainement réductrice au regard d'un large pan de la création contemporaine – se focalise sur l'acte de création par production d'un objet matériel manufacturé mais ignore le rapport spécifique du droit aux œuvres. En effet, si Daniel Druet revendique la paternité des œuvres, c'est bien Cattelan qui en est,

prima facie, juridiquement l'auteur. Et, s'il est auteur, ce n'est pas par la grâce de son talent, de sa main ou, à ce stade, des choix créatifs qu'il aurait posés. Cattelan n'est auteur que par la grâce d'une *présomption légale*, celle de l'article L. 113-1 du Code français de la propriété intellectuelle qui dispose :

> « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que les œuvres litigieuses ont été divulguées sous le seul nom de Maurizio Cattelan[23].

Afin d'être reconnu auteur exclusif des œuvres, Daniel Druet devait donc renverser cette présomption réfragable et, dès lors, quitter le monde des faits pour le monde du droit. Car si Cattelan est, au terme de la procédure, resté auteur des œuvres, c'est bien pour une raison purement juridique. Druet a eu le tort de rester cantonné au monde des faits ; Cattelan a eu raison de se tourner, pour se défendre, vers le monde du droit[24].

---

[23] Notons que, en droit belge, il existe également une présomption liée à la qualité d'auteur. Celle-ci est formulée de manière plus large qu'en droit français : « Est présumé auteur, sauf preuve contraire, quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, sur une reproduction de l'œuvre, ou en relation avec une communication au public de celle-ci, du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier » (art. XI.170, al. 2, du Code de droit économique). Daniel Druet a signé toutes les sculptures réalisées pour le compte de Maurizio Cattelan, en apposant discrètement son nom sur la nuque ou le cou des personnages (J. BINDE, « Maurizio Cattelan attaqué par son sculpteur… ou le procès de l'art conceptuel », *Beaux Arts Magazine*, 3 juillet 2024, disponible sur https://www.beauxarts.com/vu/maurizio-cattelan-attaque-par-son-sculpteur-ou-le-proces-de-lart-conceptuel/ [Consulté le 15 juillet 2024]). Aussi, cette circonstance aurait peut-être permis de poser la question de la présomption différemment si le droit belge avait été applicable. En effet, d'une part, le nom de Daniel Druet « apparaît comme tel sur l'œuvre » mais, d'autre part, c'est le nom de Cattelan qui est indiqué « en relation avec une communication au public » de l'œuvre. Ainsi, cette contradiction au stade de la présomption aurait peut-être mené les juges à dépasser celle-ci pour examiner d'emblée la question de l'auctorialité réelle – l'hypothèse d'une telle contradiction ne semble avoir été posée ni en jurisprudence, ni en doctrine. Quoi qu'il en soit, le droit français ne prévoit pas de présomption en faveur de la personne qui « apparaît comme [telle] sur l'œuvre ».

[24] Un fait semble révélateur de la place secondaire accordée au droit par Daniel Druet : il n'a eu recours au juridique qu'après s'être exprimé sur le plan artistique – l'un et l'autre n'étant, du reste, pas incompatibles, ni hiérarchisés ou réglés chronologiquement. Après avoir demandé à plusieurs reprises à être mentionné en lien avec les œuvres exposées, Druet, « vert de rage, […] se met à modeler dans son atelier une grande sculpture en résine représentant Cattelan en coucou, oiseau réputé pour voler le nid des autres. L'Italien au grand nez semblable à un bec y apparaît surgissant ingénument d'un œuf, tel un oisillon brisant sa coquille. En s'approchant, on constate que le nid dans lequel sont posés les œufs de coucou géants est fait d'un entrelacs de branches et de pinceaux. "Des outils dont il ne sait pas se servir", glissera, amer, l'artiste à la journaliste du *Monde* Pascale Nivelle, venue lui

12. Le cas *Maurizio Cattelan* – Les arguments des parties. En effet, l'axe de défense principal des défendeurs – tant les défendeurs à l'instance principale que les appelés en garantie – consistait à soutenir que, bien qu'elles aient été jointes par décision du tribunal, les deux instances, à savoir l'instance principale et l'appel en garantie, constituaient deux procédures distinctes, ce qui n'autoriserait pas le demandeur au principal à émettre des prétentions à l'encontre des défendeurs appelés en garantie. Ainsi, Druet n'étant ni auteur, ni titulaire des droits d'auteur sur les œuvres litigieuses, il n'aurait aucune qualité pour introduire une action en contrefaçon contre la Monnaie de Paris et la galerie Perrotin. Sa demande devrait donc être déclarée irrecevable. De plus, l'instance initiale n'ayant pas été dirigée contre Cattelan lui-même, Druet ne pourrait, dans le cadre de cette procédure, envisager de renverser la présomption légale d' « auctorialité ».

Daniel Druet, quant à lui, « ne répond pas spécialement sur les irrecevabilités qui lui sont opposées, mais soutient que c'est lui qui, de ses seules mains, a donné naissance aux œuvres litigieuses, et leur a insufflé leur âme et leur intensité, n'ayant d'ailleurs pour certaines d'entre elles reçu aucune directive de M. Cattelan ».

13. Le cas *Maurizio Cattelan* – La décision du tribunal. Le tribunal juge dès lors :

> « Force est de constater que les prétentions initiales du demandeur, formées à l'encontre des défendeurs qu'il a seuls assignés, voient toutes leur recevabilité soumise à la démonstration par Daniel Druet de sa qualité d'auteur des œuvres litigieuses. Or cette qualité requiert, pour qu'elle soit reconnue, et étant observé qu'il ne revendique pas la qualité de co-auteur d'une œuvre de collaboration ou d'une œuvre composite, mais bien la qualité d'unique auteur des œuvres en cause, que la propre qualité d'auteur de Maurizio Cattelan, qui bénéficie de la présomption de titularité sur ces œuvres, lui soit déniée. La mise en cause de celui-ci apparaît en conséquence indispensable face à une revendication de droits opérée à son préjudice.

rendre visite en 2022 » (*ibid.*). Cette œuvre – intitulée *Hommage à Maurizio Cattelan* – sera exposée en septembre 2018 à la galerie France A. de Forceville, à Paris.

> Il est constant que l'appel en garantie simple[25] ne crée de lien juridique qu'entre l'appelant en garantie et l'appelé, à l'exclusion de tout lien entre le demandeur à l'action principale et l'appelé en garantie (*Cass. 1er civ., 15 mai 2015, n° 14-11.685*) ».

Ainsi, puisqu'aucun lien juridique n'existe entre Daniel Druet et Maurizio Cattelan, il est procéduralement impossible au premier de renverser la présomption légale établie au profit du second. Le Tribunal judiciaire de Paris conclut dès lors que, « faute d'avoir assigné en personne Maurizio Cattelan, auteur présumé, au préjudice duquel il revendique la titularité des droits sur les œuvres en cause, Daniel Druet doit être déclaré irrecevable en toutes ses demandes de contrefaçon de droits d'auteur ».

Cattelan était auteur par la grâce d'une présomption légale. Il le reste par la grâce des techniques de procédure que le droit met à sa disposition.

14. Le cas *Maurizio Cattelan* – La fonction stabilisatrice des règles juridiques. Le *monde des faits* – ou, plus précisément, *le fait de la création* et ce qu'il signifie dans le contexte particulier du droit d'auteur – a assurément une réelle importance. Toutefois, il ne peut être questionné que dans les limites admises par le *monde du droit*. Celui-ci fixe un cadre qui tend à stabiliser le réel. La présomption légale de titularité des droits d'auteur établie au profit de la personne sous le nom de laquelle une œuvre a été divulguée pour la première fois vise bien à consacrer une cohérence de principe entre les apparences factuelles et la réalité juridique. Pour remettre en cause cet équilibre et, dès lors, substituer une *vérité factuelle* à la *vérité juridique* préexistante – cette vérité factuelle prétendant se substituer à cette dernière afin de tenir lieu de *nouvelle* vérité juridique –, il est nécessaire de respecter des règles procédurales. Ainsi, la réalité idéale du droit ne peut être questionnée et, le cas échéant, transformée que par le truchement des règles du droit lui-même.

[25] En droit français, l'appel en garantie simple est une forme d'intervention forcée qui permet au défendeur de faire intervenir une tierce personne dans l'instance, estimant que celle-ci devra supporter tout ou partie de la condamnation qui pourrait être prononcée contre lui (art. 334 à 338 du Code de procédure civile).

15. Le cas *Maurizio Cattelan* – Ce que le monde de l'art attendait de la décision du tribunal. À propos de l'affaire Cattelan, un collectif de soixante-cinq personnalités du monde de l'art, parmi lesquelles Annette Messager, Sophie Calle ou encore Chris Dercon, a écrit, dans une tribune publiée dans *Le Monde* du 14 mai 2022 : « au-delà du combat d'un homme contre un autre, d'une technique contre une autre, d'une école contre une autre, c'est bien la question de la paternité, voire de la validité de l'art qui est au cœur de cette dispute, et de ce qui fait œuvre aujourd'hui »[26]. En d'autres termes, ce que, selon cette tribune, on demandait au tribunal, c'était de porter une appréciation ontologique sur un objet : à quelles conditions cet objet est-il artistique ? Comment définir ce qu'est un auteur ? Et, après la décision, on a pu lire des titres de presse tels que « Maurizio Cattelan reste l'auteur de ses œuvres »[27] ou « Maurizio Cattelan, père de ses œuvres »[28]. Rien, dans ces comptes-rendus, ne semble restreindre la portée de la décision au seul domaine du droit, en particulier des techniques procédurales mobilisées par les acteurs[29]. Et pour cause : si le tribunal avait statué en faveur des prétentions de Daniel Druet, ce sont effectivement les pratiques artistiques elles-mêmes, les politiques d'exposition, les échanges entre artistes et institutions culturelles, qui se seraient vus profondément remis en cause, du moins pour une large part de la production

[26] « Tribune. Affaire Daniel Druet - Maurizio Cattelan : "C'est bien la question de la paternité de l'art qui est au cœur de cette dispute et de ce qui fait œuvre" », *Le Monde*, 14 mai 2022, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/05/14/affaire-daniel-druet-maurizio-cattelan-c-est-bien-la-question-de-la-paternite-de-l-art-qui-est-au-c-ur-de-cette-dispute-et-de-ce-qui-fait-uvre_6126061_3232.html (Consulté le 20 novembre 2023).

[27] É. DUMONT, « Maurizio Cattelan reste l'auteur de ses œuvres », *Bilan*, 9 juillet 2022, disponible sur https://www.bilan.ch/story/maurizio-cattelan-reste-lauteur-de-ses-uvres-165821530728 (Consulté le 20 novembre 2023).

[28] P.-A. SOUCHARD, « Maurizio Cattelan, père de ses œuvres », *Dalloz Actualité*, 12 juillet 2022, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/flash/maurizio-cattelan-pere-de-ses-oeuvres?web=1&wdLOR=cFC098D9C-EDDC-5B46-A8DB-A1BFB9DEC6D7 (Consulté le 20 novembre 2023).

[29] On lit encore dans le *Monde* du 1er mai 2022 : « Les juges vont donc devoir trancher un débat aussi ancien que l'art lui-même. Qui fait l'œuvre ? Celui qui l'imagine ou celui qui la réalise ? Celui qui dirige les opérations ou celui qui met la main à la pâte ? Michel-Ange n'a pas peint le plafond de la chapelle Sixtine tout seul, et nombre de peintres ou de sculpteurs ont fait trimer des assistants dans leurs ateliers. Quant à Marcel Duchamp, qui, en 1914, érige en œuvre d'art un porte-bouteilles acheté au BHV qu'il se contente de signer, inventant le principe du ready-made ("déjà fait"), il brouille définitivement l'image du peintre devant son chevalet ou de l'artiste régnant en maestro sur un atelier de disciples » (P. NIVELLE, « Le sculpteur de Maurizio Cattelan se rebiffe contre l'artiste-star », *Le Monde*, 1 mai 2022, disponible sur https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/05/01/le-sculpteur-de-maurizio-cattelan-se-rebiffe-contre-l-artiste-star_6124313_4500055.html [Consulté le 16 juillet 2024]).

artistique. Bref, le droit déborde, nécessairement : quels que soient ses résultats, il affecte la réalité extrajuridique. Pourtant, dans son raisonnement – et contrairement à ce que, selon les articles de presse précités, on croit l'avoir entendu dire –, le tribunal ne s'est jamais demandé ce qui caractérisait une œuvre d'art et un auteur aujourd'hui. Ce qui lui a permis de juger est une présomption qui tend à établir une correspondance de principe entre un certain état de la réalité et le droit. En d'autres termes, une présomption de cette sorte permet de supposer que les apparences sont conformes à la situation juridique. Grâce à elle, le droit permet d'assurer une certaine stabilité et une certaine prévisibilité du réel. Ce lien supposé, du fait de la présomption consacrée par l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle, entre une personne et une chose, le droit entend bien le protéger. Perturber l'équilibre du droit, réalisé par cette présomption, ne peut donc se faire que par le droit, que si le droit le permet, que si certaines procédures sont respectées. Le point de bascule entre le vrai et le faux, la limite entre art et non-art ou bien encore la frontière entre auteur et contrefacteur ne pourront être redéfinis, en dernière instance, que par le droit et ses règles propres.

16. Le cas *Maurizio Cattelan* – D'autres conclusions possibles ? Sans aller jusqu'à affirmer le caractère erroné du raisonnement du Tribunal judiciaire de Paris, il semble permis de le questionner, notamment au regard de ce qu'aurait pu être la décision si elle avait été soumise au droit belge.

L'article XI.170, alinéa 2, du Code belge de droit économique contient une présomption analogue à celle du droit français, bien que libellée de manière plus large : « Est présumé auteur, sauf preuve contraire, quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, sur une reproduction de l'œuvre, ou en relation avec une communication au public de celle-ci, du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier ». Comme en droit français, cette présomption est réfragable et vaut à l'égard des tiers. En Belgique, que ce soit dans le cadre de la procédure comme en référé de l'action en cessation fondée sur les articles XVII.14 à XVII.20 du Code belge de droit économique ou dans le cadre d'une action civile en contrefaçon au fond, il suffit que le demandeur soit lésé par un acte de contrefaçon

pour avoir qualité et intérêt pour agir. Rien ne réserve en particulier l'action au titulaire – et encore moins au titulaire présumé – du droit d'auteur[30]. Dans le contexte belge, rien ne s'opposerait donc, théoriquement, à ce que Druet agît en cessation ou en contrefaçon. On sait néanmoins que, pour qu'une action soit recevable, l'article 17, alinéa 1er, du Code judiciaire belge – de même que l'article XVII.19, §2, du Code belge de droit économique dans le cadre particulier de l'action en cessation – impose au demandeur de justifier (fût-ce sur exception) d'un intérêt à agir. Dans le cas de Daniel Druet, l'intérêt à agir se confond avec la question de la titularité du droit d'auteur et, dès lors, avec la question au fond. En d'autres termes, pour se prononcer sur la recevabilité de l'action, les juges n'auraient eu d'autre choix que d'examiner le fond du droit.

Le contexte est quelque peu différent en droit français : en France, la qualité d'auteur est bien présentée comme une condition de *recevabilité* de l'action en contrefaçon et elle doit donc être tranchée avant l'examen du fond[31]. Ceci suppose, si une présomption de titularité existe, que la personne qui se revendique auteur apporte des éléments permettant de renverser la présomption. Ici aussi, recevabilité et fond semblent se confondre. On note que le Tribunal judiciaire de Paris semble avoir touché du bout du doigt la question de fond du litige – mais pour immédiatement en revenir à des considérations procédurales – lorsqu'il juge que Cattelan fait valoir « à juste titre »

> « [qu'] il n'est d'ailleurs pas contesté que les directives précises de mise en scène des effigies de cire dans une configuration spécifique, tenant notamment à leur positionnement au sein des espaces d'exposition visant à jouer sur les émotions du public (surprise, empathie, amusement, répulsion, etc.), n'ont émané que de lui seul, Daniel Druet n'étant nullement en mesure – ni du reste, ne cherchant à le faire – de s'arroger la moindre participation aux choix relatifs au dispositif scénique [...] ».

[30] L'article XVII.19, §2, du Code de droit économique dispose explicitement que l'action en cessation est ouverte à « tout intéressé ».
[31] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 2012 2011, p. 436.

Dans un cas comme celui-ci, où l'action n'est pas dirigée contre le bénéficiaire de la présomption de titularité, l'appel en garantie contre l'auteur présumé par le défendeur constitue un « recours naturel et logique, qui caractérise au moins la moitié des procédures en contrefaçon » mais qui « a suscité peu d'intérêt de la part de la doctrine est à l'origine de décisions de justice totalement contradictoires »[32]. Aussi, ne nous attarderons-nous pas sur cette question particulière de procédure civile française. On relèvera simplement que, en l'espèce, la position est claire : la seule raison qui a justifié une dissociation nette des questions de recevabilité et de titularité effective des droits d'auteur est une interprétation selon laquelle, pour renverser la présomption de titularité, il est nécessaire de mettre à la cause le bénéficiaire de cette présomption – l'appel en garantie formé par le défendeur étant à cet égard insuffisant. Une telle position semble justifiée par le principe du contradictoire – quoique non évoqué dans la décision –, tel qu'il est notamment affirmé par l'article 16 du Code français de procédure civile.

En Belgique, puisque ni l'action en cessation, ni l'action en contrefaçon ne sont réservées au titulaire des droits d'auteur et que des actes de contrefaçon étaient bien reprochés aux défendeurs, une telle interprétation ne se serait nullement imposée. Au fond, seule la demande de Druet d'être reconnu auteur exclusif des œuvres aurait véritablement nécessité la mise en cause de Cattelan, cette demande visant directement la mise en cause du droit de paternité de Cattelan. En revanche, la reconnaissance d'actes de contrefaçon par la galerie Perrotin et la Monnaie de Paris aurait pu être examinée, moyennant un examen de la titularité effective de droits d'auteur par Druet mais dans le cadre d'un examen au fond.

Quand bien même une autre interprétation des règles de droit aurait été possible dans le cadre du cas *Maurizio Cattelan*, celui-ci demeure, à notre sens, un excellent point d'entrée dans la réflexion. Une décision n'est en effet jamais inéluctable et le droit doit toujours être interprété – et, le cas échéant, peut être mal interprété. Il n'empêche que, en toute hypothèse, une décision a été rendue et produit des effets.

[32] *Ibid.*, p. 528.

Nous ne cherchons pas, dans la présente dissertation, à préciser ce que doit, aurait dû ou devrait être le droit mais cherchons à montrer comment il fonctionne à partir d'une manifestation particulière et comment il peut, *via* ses mécanismes propres, façonner un objet ou un concept artistique.

Le fait que le cas *Maurizio Cattelan* ait été jugé sur le plan de la forme uniquement, alors même qu'une appréciation sur le plan du fond aurait peut-être été possible, met en évidence la prééminence des structures sur le contenu et, plus encore, la manière dont le droit lui-même – sans égard à aucun élément factuel – impose sa propre vérité. Plus fondamentalement, il met en évidence que l'effet des décisions judiciaires sur les objets que nous étudions ne dépend pas d'une bonne application du droit (auquel cas, une simple étude du contenu du droit positif suffirait à épuiser toute question). Il y a bien une efficacité singulière du droit, indépendante de son contenu. S'il y a des décisions qui sont des curiosités, voire des erreurs, elles restent des décisions et permettent, de manière peut-être plus crue qu'une « bonne décision », d'analyser la manière dont le droit peut fonctionner comme forme symbolique[33], abstraction faite de son contenu effectif à un instant et en un lieu donnés.

17. Le cas *Maurizio Cattelan* – Conséquences et plan de l'exposé. Reste à comprendre pourquoi et comment le droit déborde de ses frontières propres et à caractériser plus finement sa fonction stabilisatrice. Reste, en d'autres termes, à préciser le rapport singulier du droit aux œuvres d'art et ses effets sur ces dernières. C'est à cela que notre travail sera essentiellement consacré. Et comme *faire* du droit c'est, dans certaines circonstances, *dire* le droit – autre manière de raconter des histoires –, il convient d'emblée de s'intéresser au couple *nommer – normer* mais aussi aux limites d'une telle conception du droit réduit à un simple ensemble d'énoncés linguistiques, fussent-ils performatifs. C'est que le droit, d'un côté, façonne les faits soumis à son empire au moyen de ses techniques propres – en cela, il s'agit bien de *raconter* la réalité factuelle d'une certaine façon – afin d'agir sur elle

[33] Faisant, à ce titre, droit à la variation. Voy. *infra*, n° 118.

– et donc de *transformer*. Penser par cas ne dispense donc pas d'étudier au préalable les modes d'appréhension du réel – singulièrement, de la création artistique – par le droit dans une perspective essentiellement philosophique.

La I^ère^ Partie de ce travail (« De l'emprise du droit sur l'œuvre d'art : du langage à la forme symbolique ») sera essentiellement consacrée à poser les conditions de possibilité de la formulation de notre question et les apports d'autres disciplines pour mieux penser le phénomène juridique. Dans un Titre 1 (« "Nommer-normer" : le droit comme langage agissant sur le réel »), nous penserons le droit comme langage. Les limites d'une telle conception posées, nous nous déporterons au-delà du langage dans un Titre 2 (« Au-delà du langage : la force du droit ») en adoptant successivement un prisme anthropologique, sociologique et philosophique – chacun de ces pôles impliquant le suivant. Au terme de la I^ère^ Partie, nous aurons opéré plusieurs allers-retours : d'une question entraînant un décentrement nécessaire – comment le droit peut-il déborder ? –, nous aurons déplié des questions externes au droit en vue de resserrer l'analyse sur le phénomène juridique et, dès lors, d'opérer une focalisation.

La II^e^ Partie de ce travail (« Étude de cas – Le faux ou l'(in)authentique : quand le droit façonne des concepts artistiques ») visera à préciser la manière dont le droit a pu façonner des concepts artistiques, à partir des éléments d'analyse développés au sein de la I^ère^ Partie. À ce stade, notre couple méthodologique se brouillera certainement. Au fond, notre travail ne pourra être considéré comme convaincant qu'à partir du moment où l'on ne distinguera plus le droit de son extérieur ; à partir du moment où nous aurons en effet démontré que le droit a façonné des concepts qui lui paraissent pourtant extérieurs. Si des outils ont pu être forgés par le droit, comment en effet établir une frontière étanche entre deux pôles que l'on voudrait encore séparés ? Dans un Titre 1 (« L'œuvre d'art et le faux : émergence et survivances »), nous étudierons les rapports du droit à la notion de faux (artistique) et, dans un Titre 2 (« Le faux révélateur du vrai, ou l'œuvre d'art et la *vérité* du droit »), nous prolongerons cette réflexion par son pendant : le vrai (juridique).

Au terme de l'analyse, nous aurons montré ce que le faux artistique (décentrement) doit au phénomène juridique (focalisation). Cette démonstration n'aura été possible que parce que nous aurons préalablement dégagé les caractéristiques d'un modèle d'intelligibilité spécifiquement juridique (focalisation), singulièrement grâce aux travaux d'Ernst Cassirer – philosophe (décentrement).

Première partie. De l'emprise du droit sur l'œuvre d'art : du langage à la forme symbolique

18. Présentation générale. Si l'on prend au sérieux l'hypothèse selon laquelle faire du droit, c'est d'abord raconter des histoires, on ne peut faire l'impasse sur une réflexion relative aux rapports entre ces histoires et le monde qui les accueille. Le droit ne reste pas cantonné au domaine de la fiction ou du récit, il a des effets concrets sur le réel et, d'ailleurs, il se nourrit du réel pour déployer son discours et ses raisonnements. « Raconter des histoires », « dire le droit »... intuitivement, il semble déjà évident qu'une réflexion rigoureuse sur le droit ne peut se passer d'une analyse des liens entre le langage et le droit. Suffit-il de nommer juridiquement pour faire exister ou pour transformer ? Suffit-il de dire ce qu'un objet d'art est en droit pour l'œuvrer ? C'est à ces questions que sera consacré le titre premier de la présente partie (Titre 1. « Nommer – Normer » : le droit comme langage agissant sur le réel). Au terme de ces réflexions, nous aurons acquis la conviction que *dire* en droit, c'est déjà *agir*. Toutefois, dans bien des cas, le droit produit des effets alors même qu'il reste muet, *qu'il ne dit rien*. Dans le cas *Maurizio Cattelan*, la décision du Tribunal judiciaire de Paris a ainsi été perçue comme un jugement ontologique sur des objets sans avoir même considéré ces objets, sans les avoir directement insérés dans son récit (sans qualifier, sans définir, sans nommer...). Même quand il en reste à des questions de procédure ou de charge de la preuve, par exemple, le droit entraîne les objets qui lui sont soumis dans un processus susceptible de voir leur histoire redéfinie. Ainsi, même hors du langage, le droit agit : il structure, il impose des raisonnements, il détermine des devenirs. C'est à cette dimension outrepassant la fonction langagière du droit que sera consacré le titre second de la présente partie (Titre 2. Au-delà du langage : la force du droit).

Titre 1. « Nommer – Normer »[34] : le droit comme langage agissant sur le réel

19. Les mots du droit : nommer pour normer. Au fil de l'histoire de la pensée, la question du rapport des mots aux choses qu'ils désignent – manière de penser l'origine du *sens* – semble avoir été une préoccupation majeure. Le discours porté sur un objet contribue-t-il à en définir la signification ? En d'autres termes, la teneur ontologique d'une chose est-elle – ou, du moins, peut-elle être – tributaire de la manière dont on en parle ? Quelle est la capacité d'action du langage sur le monde dans lequel il se déploie ? Si, chez Platon, l'antériorité de la chose sur le mot qui la désigne semble incontestable, si, pour Aristote, le sens est universel et incorruptible, certains écrits plus récents, indissociables de l'histoire des idées qui les précède, suggèrent que la chose subit l'influence du discours[35]. Loin d'être immuable, la réalité serait alors prise dans un mouvement perpétuellement actionné par le langage et certains éléments qui l'accompagnent. Ainsi, d'une conception selon laquelle le mot et le discours qui le porte ne sont que le reflet passif de la réalité extralinguistique, l'on est passé à une représentation en vertu de laquelle ils peuvent en être les agents actifs. C'est ce parcours que nous nous proposons de retracer succinctement dans le présent titre, avec une attention particulière pour un type de langage particulier : le droit.

D'emblée, une précision s'impose : lorsqu'on traite du droit comme langage à part entière ou encore comme type de discours, on ne doit pas perdre de vue que ce qui est présenté comme langage *du* droit n'est pas une entité abstraite et autonome. Le langage du droit comprend lui-même de nombreux discours non concordants, portés par une série d'acteurs. À cet égard, l'argumentation tient une place centrale afin de dégager le discours qui se verra judiciairement consacré. Dans le cadre de la présente recherche, nous nous intéresserons au langage du droit en tant que tel et à ses spécificités et ne nous attarderons dès lors pas à la manière dont le contenu de

[34] Cette expression est empruntée au titre de l'article d'O. JOUANJAN, « Nommer/Normer. Droit et langage selon la "Théorie structurante du droit" », *Le Temps des savoirs*, n° 1 « La Dénomination », Paris, Odile Jacob, 2000, p. 39.

[35] Voy. notamment J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970. Cette question sera développée *infra*, n° 42 et s.

ce langage est forgé à partir des interactions internes au droit. Nous laisserons donc de côté les questions liées à la pratique argumentative.

L'étude de l'influence des définitions et des catégorisations juridiques – c'est-à-dire d'un certain discours lié à une certaine pratique – sur des objets d'art – c'est-à-dire sur une certaine réalité – ne peut se passer d'une réflexion préalable sur le rapport du langage au monde et, en particulier, sur la performativité du discours, c'est-à-dire la capacité du langage à transformer le référent de son discours et, ainsi, à agir sur le monde. S'il était acquis que le monde est une réalité idéale – ou idéelle – dont le langage ne ferait que rendre compte, s'il était acquis que le langage n'est que le reflet d'une réalité immuable et incorruptible – d'une réalité donnée de toute éternité –, l'objet de notre recherche ne pourrait pas même être pensé ; la question qui nous inquiète n'aurait pu être formulée. S'il était acquis que le statut d'une personne (celui d'auteur, par exemple) ou d'un objet (celui d'œuvre d'art, par exemple) restait immuablement figé, Daniel Druet n'aurait pas pu chercher à remettre en cause devant un tribunal une réalité préexistante, en vue de la modifier et d'en tirer des conséquences concrètes. Le droit a bien la capacité théorique de transformer le monde. Reste à voir pourquoi et comment.

Si chercher c'est écouter ses inquiétudes, faire droit à son désir et formaliser sa curiosité pour tenter de l'apaiser, c'est aussi montrer d'où viennent les questions qui nous animent. Si le penseur est peut-être un rêveur solitaire, ses théories, pour être partageables, doivent être ancrées dans une temporalité nourrie de millénaires de réflexion. Il convient dès lors de situer notre goutte d'eau dans l'océan de la pensée.

20. Plan du titre. Dans un premier chapitre (Chapitre 1. Langage et action sur le monde), nous tenterons de mettre en évidence les conditions auxquelles la question de l'action du discours juridique sur le monde et, plus particulièrement, sur les objets artistiques peut être posée. Il conviendra pour cela de fixer quelques repères philosophiques qui serviront de balises théoriques de notre questionnement (Section 1. Quelques repères philosophiques). Ainsi, nous étudierons la pensée de Platon et d'Aristote (§ 1. L'Antiquité), dont les philosophies du langage (A.

Philosophie du langage) entrent en résonance avec les philosophies du droit (B. Philosophie du droit), ce qui nous intéresse tout particulièrement. Nous nous attarderons ensuite sur une controverse majeure de l'histoire de la philosophie – la querelle des universaux (§ 2. Le Moyen Âge) – et verrons qu'elle était un préalable indispensable à la notion de performativité dégagée par Austin (§ 3. L'époque contemporaine), laquelle permettra, par la suite, de jeter un regard singulier sur le mécanisme du raisonnement en droit. Nous conclurons le premier chapitre par un examen de la technique juridique de la qualification et – grâce à l'apport des développements antérieurs – de ses implications hors du domaine du droit, en lien avec la question de la définition (Section 2. Le réel à l'épreuve du langage du droit : la qualification et la mise en catégories du monde).

Les possibles conséquences concrètes de la définition d'un concept par le droit ayant été clarifiées de la sorte, il conviendra, dans un second chapitre (Chapitre 2. L'œuvre d'art saisie par le langage du droit), de se pencher sur les différentes manières dont le droit appréhende la notion d'œuvre d'art. Nous limiterons notre examen aux cas des droits belge et européen – le second nourrissant parfois le premier. Afin de mettre en exergue le rapport singulier du droit à la notion d'œuvre d'art, quelques exemples de définitions élaborées au sein d'autres champs disciplinaires seront examinés (Section 1ère. Une définition impossible de l'œuvre d'art hors du monde du droit ?). Cet écart permettra de mettre en évidence que, pas plus en droit que dans des disciplines *a priori* plus autorisées à définir l'œuvre d'art que le droit – singulièrement la philosophie de l'art –, il n'existe de définition stabilisée et consensuelle. Nous évoquerons ensuite plusieurs définitions proprement juridiques (Section 2. L'œuvre d'art définie [ou non] par le droit) : nous nous attarderons alors, dans un premier temps, sur la question de la définition de l'œuvre en droit d'auteur, laquelle adopte une perspective ouverte (§ 1. Un exemple de définition ouverte : l'œuvre en droit d'auteur) puis, dans un second temps, sur les définitions fermées retenues en matière de taxe sur la valeur ajoutée (ci-après, « TVA ») et d'importation d'œuvres d'art (§ 2. Un exemple de définition fermée : TVA et importations d'œuvres d'art). Nous évoquerons enfin le cas particulier du droit de suite et de la législation anti-blanchiment (§ 3. Le cas particulier du droit de suite et

de la législation anti-blanchiment). L'examen de ces quelques définitions en droit positif, croisé à la question – simplement esquissée ici – de l'absence de définition univoque en philosophie de l'art, nous amènera à poser un constat : pour cerner la manière singulière dont le droit appréhende une œuvre d'art, pour comprendre comment un objet peut se trouver transformé après sa rencontre avec le droit, il n'est pas suffisant de constater que le droit a appliqué une définition particulière à cet objet. D'une part, il n'existe pas de définition générale de l'œuvre d'art en droit mais uniquement des définitions sectorielles, circonscrites à des textes et à des problématiques particulières. D'autre part, même lorsqu'il ne définit pas, le droit peut avoir des effets, ainsi que l'enseigne le cas *Maurizio Cattelan* (§ 4. Un exemple de non-définition). Notre inquiétude de départ ne peut dès lors se trouver apaisée par le seul examen de la définition juridique d'une notion – plus précisément d'une pluralité de définitions juridiques. Il doit y avoir quelque chose de plus, quelque chose qui ne se joue pas uniquement dans le fait de définir ou de nommer. Mais ne brûlons pas les étapes.

> « Hector : Écoute-la, Cassandre. Écoute ce bloc de négation qui dit oui ! Tous m'ont cédé. Pâris m'a cédé, Priam m'a cédé, Hélène me cède. Et je sens qu'au contraire dans chacune de ces victoires apparentes, j'ai perdu. On croit lutter contre des géants, on va les vaincre et il se trouve qu'on lutte contre quelque chose d'inflexible qui est un reflet sur la rétine d'une femme. Tu as beau me dire oui, Hélène, tu es comble d'une obstination qui me nargue !
> Hélène : C'est possible. Mais je n'y peux rien. Ce n'est pas la mienne.
> Hector : Par quelle divagation le monde a-t-il été placer son miroir dans cette tête obtuse !
> Hélène : C'est regrettable, évidemment. Mais vous voyez un moyen de vaincre l'obstination des miroirs ?
> Hector : Oui. C'est à cela que je songe depuis un moment.
> Hélène : Si on les brise, ce qu'ils reflétaient n'en demeure peut-être pas moins ?
> Hector : C'est là toute la question »[36].

Section 1. Quelques repères philosophiques

21. Les fondements philosophiques des rapports entre le droit et le langage. Si faire du droit, c'est bien raconter des histoires, penser la manière dont le droit peut agir sur le réel implique nécessairement, au préalable, de penser l'action du langage en général sur le monde dans lequel il se déploie. S'il est acquis, depuis Austin, que *dire* c'est aussi – à certaines conditions – *faire*, il importe de retracer très succinctement les antécédents de cette conception qui confère une efficacité concrète au langage et, ainsi, de mettre en évidence le caractère *situé* de toute pensée. Deux étapes cruciales précèdent le temps de la *performativité* et, en même temps, la rendent possible. La première apparaît comme son opposé radical, la seconde comme un moment de basculement, raison pour laquelle nous limitons notre examen à ces trois temps essentiels. Platon et Aristote considéraient ainsi le langage comme un simple reflet des choses qu'il désigne (§ 1. L'Antiquité). Dans cette conception, *dire* ne peut en aucune manière revenir à *faire*, le langage ne pouvant que *décrire* une réalité extralinguistique. Cette conception sera radicalement battue en brèche au Moyen Âge, à l'occasion de la querelle des universaux. Au terme de cette querelle tant théologique que philosophique, le lien nécessaire qui unissait la chose à son nom semble bien être rompu ou, du moins,

[36] J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, pp. 97-98.

pouvoir l'être (§ 2. Le Moyen Âge). Il sera désormais possible de penser que le langage transforme le monde (§ 3. L'époque contemporaine).

§ 1. L'Antiquité

22. Le lien entre philosophie du langage et philosophie du droit : un isomorphisme ? À ce stade de la démonstration, nous cherchons à démontrer les conditions de possibilité de la simple formulation de notre question : comment est-il possible de se demander si le droit peut jouer un rôle dans le devenir d'une œuvre d'art ? comment est-il possible de se demander si le droit comprend le réel d'une façon singulière qui lui permet d'agir sur celui-ci ? Si le droit est avant tout un certain type de discours, il importe d'examiner si le langage en général peut façonner le monde qui l'entoure et, le cas échéant, comment. Afin de circonscrire notre examen à ce qui intéresse directement notre propos, nous nous attarderons, au sein du présent paragraphe, sur la pensée de deux auteurs majeurs de la philosophie antique. Si la place prépondérante qu'ils occupent dans l'histoire des idées devrait suffire à justifier la mobilisation de leur pensée, le lien étroit qu'ils entretiennent avec l'émergence du droit romain – ancêtre direct du droit continental moderne – rend cet examen indispensable. En effet, si l'on prend l'exposé à rebours, nous verrons que le droit romain est empreint d'une conception aristotélicienne du droit. Or, cette conception – empiriste – prolonge et, en même temps, s'oppose à celle – idéaliste – de Platon. La pensée juridique des deux auteurs s'enracine dans une ontologie plus large. Ainsi, il nous faudra d'abord identifier d'où vient le sens *via* l'examen de leurs philosophies du langage en général (A. Philosophie du langage) pour, ensuite, déterminer d'où vient et – plus généralement – ce qu'est, à leurs yeux, le droit et quels prolongements leurs conceptions trouvent ou non dans certaines réalisations de droit romain (B. Philosophie du droit).

A. Philosophie du langage

23. Platon. Lorsqu'il aborde la question du langage, Socrate – sous la plume de Platon – s'intéresse davantage à l'origine des mots qu'à leurs effets. Comme le note Sylvain Auroux, pour Platon, « les mots représentent la nature des choses qu'ils désignent à la manière des images peintes »[37]. Dans le *Cratyle*, dialogue de maturité portant sur la rectitude des noms, Socrate distingue nettement le nom et la chose qu'il désigne, assignant ainsi choses et langage à deux sphères ontologiques distinctes. Dans un passage qui semble annoncer la théorie des formes, Socrate répond à Cratyle :

> « En tout cas, Cratyle, quelles drôles de choses les noms feraient-ils subir à ce dont ils sont les noms s'ils leur étaient totalement et en tous points assimilés ! Tout serait en quelque sorte dédoublé, sans qu'on puisse dire pour aucun lequel est la chose même, lequel est le nom »[38].

24. Aristote. De même, pour Aristote, le langage et les choses qu'il désigne sont clairement distincts. Ainsi, on prête déjà à Aristote la célèbre formule selon laquelle « le mot chien ne mord pas »[39]. Autrement dit, le mot n'est pas la chose ; il est, en tant que simple mot, inoffensif. Pour Aristote, tel qu'il est lu par Cauquelin, « le mot n'est la chose que par l'intermédiaire d'une symbolisation : le devenir des choses du monde est, pour l'espèce humaine – la seule qui "parle" –, le devenir symbole »[40]. Pourtant, peut-être Aristote se trompe-t-il. C'est du moins ce qu'estime Mireille Buydens – juriste et philosophe – pour qui « les mots ont les dents longues, quand bien même seraient-elles recouvertes par les lèvres de leur pulpeuse

---

[37] S. AUROUX, *La Philosophie du langage*, Paris, PUF, 1996, p. 42.

[38] *Cratyle*, trad. C. Dalimier, Paris, Flammarion, 1998, 432 d.

[39] La formule exacte ne semble toutefois pas figurer telle quelle dans les œuvres du philosophe et fut, par la suite, largement employée. Avec Gérard Genette, bornons-nous à relever qu'elle est le fait de « quelques experts, et [de] la sagesse des nations » (G. GENETTE, *Mimologiques. Voyage en Cratylie*, Poétique, Paris, Seuil, 1976, p. 9).

[40] A. CAUQUELIN, *Aristote. Le Langage*, Paris, PUF, 1990, p. 8. Aristote ne consacre aucun texte exclusivement à la problématique du langage et ne fournit donc pas de théorie systématique. Toutefois, l'on trouve les éléments concourant à une certaine théorisation dans *La Politique*, *La Poëtique*, l'*Organon* (l'*Interprétation* ou les *Réfutations*), l'*Éthique*, *La Rhétorique* ou encore *Les Parties des animaux* (*Ibid.*, p. 6).

immatérialité »[41]. Si l'image d'une pipe n'est pas une pipe et si le terme « rose » n'a ni couleur, ni odeur, ni épines, « le mot fait [pourtant] surgir la chose ou, à tout le moins, une certaine force réalisante de cette chose : changer la qualification, imposer un terme, permet d'informer la réalité »[42]. C'est toutefois aller un peu vite en besogne et déjà porter un regard juridique sur un problème qui, à ce stade de notre examen, demeure encore général. Avant d'affirmer qu'Aristote se trompe – il serait d'ailleurs plus juste d'écrire que sa pensée s'inscrit dans un paradigme aujourd'hui largement révolu, celui du réalisme[43] –, il convient de s'attarder plus avant sur sa pensée, tant celle-ci est précieuse pour la compréhension du droit.

25. Platon et la théorie de l'imitation. Tant dans la pensée platonicienne que dans la conception aristotélicienne, le mot et la chose entretiennent un rapport transcendant à sens unique qui exclut l'action du langage sur l'ordre du monde. Chez Platon comme chez Aristote, le rapport logique va de la chose vers le mot et non du mot vers la chose. Si, selon Platon « les mots représentant la nature des choses qu'ils désignent à la manière des images peintes »[44], le langage est indissociable d'une théorie de l'imitation. Le statut de l'imitation est discuté au début du livre X de *La République*. Platon, toujours par la bouche de Socrate, distingue trois niveaux ontologiques : la forme de l'objet, l'objet matérialisé et l'image de l'objet matérialisé. Ainsi, prenant l'exemple d'un lit, Socrate distingue le lit « qui existe par nature »[45], « celui que le menuisier a fabriqué »[46] et « celui que le peintre a fabriqué »[47]. Image et langage participent d'une même logique, celle de l'imitation qui occupe le troisième rang par rapport à ce qui existe par nature[48]. L'art de l'imitation, duquel procède notamment l'art du poète ou du rhapsode (mais aussi celui du peintre), est le plus éloigné du vrai. Le peintre et le poète n'atteignent qu'une petite partie des choses – petite partie qui, de plus, n'est qu'un simulacre. En d'autres termes, pour Platon, le

[41] M. BUYDENS, *La Propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 293.
[42] *Ibid.*, p. 294.
[43] Voy. *infra*, n° 35 et s.
[44] S. AUROUX, *La Philosophie du langage*, *op. cit.*, p. 42.
[45] 597b, trad. G. Leroux.
[46] *Ibid.*
[47] *Ibid.*
[48] Voy. 597e.

langage ne permet aucune prise sur la matière, sur ce que sont les choses. Lorsque le peintre peint un menuisier, il ne connaît rien à la menuiserie ; lorsque le tragédien traite d'un sujet, le seul sujet qu'il maîtrise, écrit Platon, c'est l'art d'imiter. Ainsi, Socrate conclut : « En premier lieu, que l'imitateur ne sait, sur ce qu'il imite, rien qui soit digne qu'on en parle, et que l'imitation n'est qu'une activité puérile, dépourvue de sérieux ; en second lieu, que ceux qui touchent à la poésie tragique en vers iambiques ou en vers épiques, sont tous des imitateurs, autant qu'il est possible de l'être »[49]. La notion même d'imitation, à laquelle est d'ailleurs associée celle d'illusion, rend inconcevable l'action du langage sur la réalité. Le célèbre mythe de la caverne confirme cette hypothèse : le commun des mortels n'a accès qu'à des simulacres, un pâle reflet de ce que sont réellement les choses. La vérité n'est pas construite par les hommes parlants mais, au contraire, se trouve dans une sphère séparée, une sphère idéelle, à laquelle seule une petite élite – les philosophes, selon Platon –, s'arrachant aux illusions du monde, accède.

26. Le sens et le mot chez Aristote. Aristote, quant à lui, traite de la question du rapport du langage avec ce dont il est le signe dans *De l'interprétation*. Le niveau du sens est le même pour chacun, tandis que le mot vocal ou écrit qui véhicule le sens peut différer, en fonction du lieu, par exemple :

> « On sait d'une part que ce qui relève du son vocal est symbole des affections de l'âme et que les écrits sont symboles de ce qui relève du son vocal ; de même que tout le monde n'utilise pas les mêmes lettres, tout le monde n'utilise pas non plus les mêmes vocables ; en revanche, ce dont ces symboles sont en premier lieu les signes – les affections de l'âme – est identique pour tous, comme l'étaient déjà les choses auxquelles s'étaient assimilées les affections »[50].

Si le sens, qui est donné par les affections de l'âme – c'est-à-dire par ce que l'âme subit grâce aux interactions du corps avec son environnement –, est universel en ce qu'il est le même pour tous, le signe, en revanche, résulte d'une convention[51]. Avec Marc-Antoine Gavray, on peut donc affirmer que la théorie aristotélicienne du

[49] 602b.
[50] *De l'interprétation*, 1, 16a3-8, trad. C. Dalimier.
[51] Voy. *De l'interprétation*, 2, 16a27-29, trad. C. Dalimier.

langage est « plutôt *naturaliste* pour ce qui concerne les signifiés (le sens est donné), mais *conventionnaliste* pour ce qui est du signifiant »[52]. La sphère naturaliste au sein de laquelle se déploie le sens semble bien l'isoler, le confiner en un lieu où rien ne peut l'altérer : le sens est donné, la manière dont on le formule ne l'affecte pas.

Dans l'Antiquité, sens et langue ou langage semblent nettement distincts[53]. Le sens est autonome et, à ce titre, incorruptible. Si l'on adopte un vocabulaire propre à la querelle des universaux – étape cruciale pour reconnaître un caractère performatif au langage –, l'on peut noter que l'Antiquité est *réaliste*.

B. Philosophie du droit

27. L'articulation du droit et du langage. Introduction. La philosophie antique du langage, dont nous venons de dresser une esquisse très partielle, sous-tend la logique juridique de la même époque, montrant ainsi que le droit – en tant que discours – est tributaire d'une réflexion plus globale sur le rapport des mots aux choses. Si Platon et Aristote sont surtout célèbres pour leurs conceptions ontologiques ou métaphysiques, ils ont également produit une réflexion intéressante sur le droit. Il est vrai que l'acception du mot droit n'est pas univoque et que, en affirmant que Platon et Aristote réfléchissent sur le droit, nous allons peut-être un

[52] M.-A. GAVRAY, *Histoire de la philosophie de l'Antiquité*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2015, p. 125.

[53] Si la formule a l'avantage de la concision, elle doit être nuancée. Ainsi, qu'on le verra, pour Platon, le mot entretient un rapport de participation avec l'Idée qu'il imite. « La participation contient à la fois un moment d'identité et un moment de non-identité. Elle implique une corrélation nécessaire entre les éléments et leur ensemble mais, tout aussi bien, elle les maintient rigoureusement à distance, elle les distingue dans les principes mêmes » (E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972, p. 70.) Pour le présocratique Héraclite, si le mot ne peut rendre adéquatement compte de ce qui est, la prise en compte du mot dans la totalité du langage – flux ou s'affrontent plusieurs sens contraires –, peut mener à une « harmonie des tensions opposées » qui ressemble à l'harmonie du cosmos et l'exprime (*Ibid.*, pp. 64-65.) On remarque que cette méthode qui consiste en un jeu de position/négation ou, si l'on veut, en un jeu de contradictions afin d'approcher le sens d'un concept, n'est pas très éloigné de la méthode du dialogue socratique ni même du débat judiciaire.

peu vite en besogne. Voyons donc comment ces deux penseurs abordent le phénomène juridique.

28. Platon. Platon a-t-il réellement cherché à définir le droit ? S'il l'a fait, en quoi cette définition du droit est-elle cohérente avec ses thèses relatives au langage ? On relève avec Michel Villey que, « dans un passage du *Politique* [...], [Platon] nous parle de l'art des juges (*hê dikastikê*) tel qu'il s'exerce dans les cités imparfaites où nous vivons et en donne une description sommaire. Mais, plus ordinairement, il traite de la politique : le traité qui porte ce nom (*politikos*) est consacré à définir la *science politique*. Or nous y lisons que la mission de l'homme politique est la découverte du *juste*, accessoirement aussi des *lois* : *dikaion*, *nomoi*. L'étude de ces deux notions est l'objet des deux grands traités de la *République* (*politeia*) et des *Lois*. Et il est possible de traduire ces deux termes par le mot *droit*. Platon traite de l'ordre juridique qui, selon lui, doit retenir toute l'attention de l'homme politique ; il cherche à définir son essence et ses frontières propres »[54]. Le rôle du juriste, pour Platon, n'est pas d'étudier un système de normes produit par un État, il s'agit plutôt d'un rôle critique, voire créateur : « Platon rejetterait avec vigueur la définition du positivisme juridique selon laquelle le droit serait l'ensemble des règles positives données par l'État ; et son corollaire : le métier de juriste consisterait à connaître (comme c'était le cas dans les facultés de droit françaises au début du XIX^e^ siècle) et à appliquer des textes de loi. Son programme d'étude est plus vaste : comme le médecin cherche le remède le plus utile, ainsi le juriste est-il à la recherche de la solution la meilleure »[55]. Cette solution n'est pas celle qui serait conforme à certains intérêts mais celle qui serait la plus *juste*. « Le langage grec, qui n'a qu'un seul mot [*dikaion – dike*, cette notion retiendra plus amplement notre attention *infra*[56]] pour signifier le droit et le juste imposait cette solution »[57]. Le droit est donc réductible à la justice. Or, pour Platon, « la justice est cette vertu qui attribue à chacun sa part : *suum cuique tribuere* »[58]. La justice comprend deux facettes : la

[54] M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2006, p. 67.
[55] *Ibid.*, p. 68.
[56] Voy. *infra*, n° 158 et.
[57] M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 68.
[58] *Ibid.*, p. 69.

morale individuelle (ce qu'est un individu juste) et la justice au sein de la cité. S'interroger sur les sources du droit selon Platon revient donc à réfléchir à l'origine du juste : comment savoir ce qui est juste ? Selon Platon, c'est l'observation de la nature qui peut produire une telle connaissance. Ainsi, si l'on peut ranger Platon parmi les adeptes du droit naturel, ce n'est pas au regard d'un système moral mais bien au regard d'une certaine méthode : celle qui entend tirer une norme de l'observation du monde. Or l'observation du monde, pour Platon, est censée aider à la connaissance des Idées par un exercice de réminiscence : « Par une dure ascension qui figure la dialectique, certains s'évadent de la caverne et réussissent à percevoir les choses véritables et le soleil qui les éclaire (le bien, la justice, Dieu). Il s'agit de s'évader du monde des apparences sensibles que perçoit le corps, cette entrave à la connaissance, pour s'élever au monde des *idées* intelligibles. Telle est la méthode imposée à l'homme politique pour la découverte du juste »[59].

De même que l'essence de la chose lui préexiste, la norme idéale doit être découverte et cette découverte, si elle passe par l'observation du monde, doit conduire à s'extraire de celui-ci pour découvrir l'Idée qui y préside. Puisque la justice est la vertu qui attribue à chacun sa part, la quête de l'Idée correspond à la recherche d'une juste répartition, d'une certaine assignation, des places relatives des hommes et des choses. Nous verrons que cette vision du droit qui reste très abstraite et philosophique (les Grecs n'ont-ils pas inventé la philosophie ?) se retrouve aux fondements de la conception romaine du droit (les Romains, eux, ont bien inventé le droit au sens où nous l'entendons aujourd'hui). Quelques fragments du *Digeste* de Justinien (VI^e^ siècle PCN), que nous examinerons sous peu, achèveront de nous persuader de la pertinence de cette approche.

29. Aristote. Là où Platon ne faisait pas de distinction claire entre droit et morale, Aristote, lui, systématise la spécificité du juridique. Nous l'avons vu, la langue grecque ne permettait pas d'établir d'emblée de distinction entre droit et justice. Dès lors, pour préciser son champ d'investigation philosophique, Aristote élabore une

[59] *Ibid.*, p. 72.

réflexion proprement juridique en distinguant plusieurs types de justice. Si la justice générale est bien une vertu – au même titre que le courage et la libéralité qui sont également examinés par le Stagirite –, il existe une justice particulière « qui règle les rapports entre les hommes en fonction d'un principe d'égalité (à chacun ce qui lui revient), et en confiant cette justice particulière au juge (*dikastès*), Aristote définit à la fois la sphère du droit proprement dit et ses rapports avec la justice »[60]. Ce que la loi établit est, pour Aristote, juste. Ainsi, « tout ce qui est légal est d'une certaine façon juste »[61]. Il faut toutefois se garder d'interpréter grossièrement la pensée du philosophe. Celui-ci reste lucide et note aussitôt que « la loi qui commande ceci, mais interdit cela, fournit ainsi des prescriptions correctes si c'est une loi correctement établie, et des prescriptions mauvaises si elle a été improvisée »[62]. Le parallélisme établi entre légal et juste ne traduit dès lors pas une confiance aveugle en l'action de l'auteur des lois et semble même poser les jalons de la possibilité d'une conception positiviste du droit, dès lors que ce qui est légal est juste et que le droit ne se laisse alors pas penser en dehors du juste[63]. Il existe deux types de justice :

---

[60] D. AGACINSKI, « Présentation », in *Sur la justice. Éthique à Nicomaque, livre V*, Paris, Flammarion, 2008, p. 22.

[61] *EN*, V, trad. fr. R. Bodéüs.

[62] *Ibid*. À la fin du livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote place d'ailleurs l'équitable au-dessus du juste, mettant ainsi en évidence la faillibilité de la loi qu'il convient, le cas échéant, d'adapter lorsque cela est nécessaire (*Ibid*.).

[63] La philosophie du droit d'Aristote reste toutefois une philosophie du *droit naturel*. En effet, si les lois sont nécessairement justes et sont, à ce titre, du droit, le contenu des lois doit être découvert en observant la nature. Ce qui *est* fourni ainsi des indications pour désigner ce qui *doit être*. En d'autres termes, « le "droit naturel" tel que le conçoit Aristote n'est pas une norme extérieure au droit positif (l'ensemble des normes en vigueur dans une communauté donnée), mais représente, au sein de ce droit positif, les règles qui peuvent être justifiées par la nature des choses et dont la force n'est pas seulement issue d'une décision de l'autorité » (D. AGACINSKI, « Présentation », *op. cit.*, p. 23). Cela ne signifie nullement que *tout ce qui est* doive être. À cet égard, Michel Villey note que « reconnaître la nature des êtres suppose que l'on fasse un choix entre phénomènes. Il y a des *monstres* dans le monde, des choses mal venues à l'être (ainsi que les débris informes que le potier laisse au rebut) : par exemple des plantes mal formées, et qui n'arrivent pas à croître, des moutons qui n'auraient que trois pattes, des frères siamois, des enfants sourds-muets ou aveugles, des malades et des infirmes. La science complète de la nature (qui est une science de l'ordre et des causes finales) sait *distinguer* de ces échecs les êtres sains selon la nature. Il y a des *barbares* que l'on voit ne pas parvenir au même degré d'épanouissement de la nature humaine, qu'atteignent au contraire les civilisés ; des familles mal constituées qui n'arrivent pas à assurer la vie, la subsistance du groupe ; des cités vouées à la défaite et à l'anarchie intérieure. Une observation intégrale doit nous conduire à discerner les hommes ou groupements constitués selon le plan de la nature de ces déviations malsaines, comme le naturaliste distingue l'avorton de l'être normal. C'est là distinguer ce qui est juste selon la nature de ce qui est, du même point de vue, mauvais et injuste » (M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 87). La conception du droit d'Aristote, ainsi que nous allons le montrer, repose déjà – fondamentalement – sur un idéal de *normalité*, voire de *normalisation*.

> « L'une est celle que l'on trouve dans les actes qui consistent à répartir l'honneur, les richesses ou tous les autres avantages qui se partagent entre les membres de la communauté politique. C'est en effet dans ces matières qu'un citoyen peut avoir une part inégale ou égale comparé à un autre. Quant à la seconde forme, c'est celle qui permet dans les rapports humains d'apporter un correctif, car ces rapports sont contractés tantôt par consentement mutuel, tantôt sans »[64].

Les opérations consenties sont, par exemple, la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la garantie, la location, le dépôt ou la prise de gages. Les affaires non consenties sont « tantôt des entreprises effectuées dans la clandestinité comme le vol, l'adultère, l'empoisonnement, la prostitution, la subornation d'esclaves, le piège meurtrier ou le faux témoignage ; tantôt les actes violents comme l'agression, la séquestration, l'assassinat, le brigandage, la mutilation, l'insulte ou l'outrage »[65]. On distingue donc une conception distributive de la justice[66] – qui vise à assurer une juste répartition des richesses et des honneurs – d'une conception correctrice de la justice[67] – qui vise à rétablir un équilibre rompu. Sans entrer davantage dans le détail, on perçoit que la justice dans sa dimension juridique vise, pour Aristote, à assurer (à maintenir ?[68]) un certain équilibre qui se traduit par l'assignation à chacun de ce qui lui revient. Le

[64] *Ibid*.
[65] *Ibid*.
[66] « Et c'est de là que viennent les disputes et les plaintes, soit que des parts inégales se trouvent attribuées à des personnes égales, soit que des personnes inégales se trouvent en possession de parts égales lors des distributions » (*Ibid*.). Avec Daniel Agacinski, on note que « demeure ici indéterminée la question, essentielle, du critère qui fait que des personnes sont égales ou inégales. Auquel de deux enfants faut-il donner une plus grande part de gâteau ? – à celui qui est le plus sage et le plus travailleur ? – à celui qui a le plus faim ? – à celui dont le corps est le plus développé ? Ou bien faut-il toujours donner à tous les mêmes parts, sans tenir compte de ces inégalités ? » (D. AGACINSKI, « Présentation », *op. cit.*, p. 48.)
[67] « Peu importe en effet qu'une spoliation soit commise par un homme équitable aux dépens d'un vilain ou l'inverse, ou que l'auteur d'un adultère soit équitable ou vilain. Ce qui importe, au contraire, c'est le dommage occasionné, et la seule chose que considère la loi, traitant les personnes sur un pied d'égalité, c'est de savoir si l'une a commis une injustice dont l'autre a été victime, autrement dit, si l'un a causé un dommage dont l'autre a été victime. Si bien que, devant ce traitement injuste, qui introduit de l'inégalité, le juge s'efforce de rétablir l'égalité. En effet, lorsqu'une personne a reçu des coups alors que l'autre en a donné ou encore qu'elle a tué et que la première est morte, la distinction entre l'affection subie et l'action entraîne des inégalités, mais le juge s'efforce, par la peine infligée, de rétablir l'égalité, en retranchant quelque chose du profit » (*Éthique à Nicomaque*, V, trad. fr. R. Bodéüs).
[68] « Le but recherché est d'obtenir *ou de préserver* [nous soulignons] une certaine harmonie sociale » (M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 81).

droit, pour le dire autrement, a pour fonction de mettre en ordre le monde, de s'assurer de la *juste place* des hommes et des choses.

30. L'empreinte aristotélicienne du *Digeste*. Loin de se résumer à une construction exclusivement théorique, la conception du droit d'Aristote trouve un réel écho dans une œuvre majeure du droit romain : le *Digeste* de Justinien, constitué de fragments datant, pour la plupart, de l'époque classique du droit romain et classés par matières. La commission chargée de l'élaboration du *Digeste*, présidée par Tribonien, a pris soin de purger les fragments de leurs éventuelles contradictions afin d'élaborer une compilation ayant véritablement force de loi[69]. Cette empreinte aristotélicienne marquée ne peut surprendre lorsqu'on se souvient que « la culture romaine de la période dite classique, c'est surtout la culture grecque. [...] Ou du moins la philosophie des Romains est celle de la Grèce »[70]. Le titre premier du livre premier de la Première partie du *Digeste* s'intitule « De la justice et du droit ». Celui-ci s'ouvre sur un fragment d'Ulpien : « Ceux qui s'appliquent à l'étude du droit, doivent connoître d'abord d'où descend cette science. Le droit tire son nom de la justice : or, suivant la définition de Celse, le droit est l'art de connoître ce qui est bon et juste »[71]. Plus loin, un autre fragment d'Ulpien nous apprend que « la justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. 1. Les préceptes du droit, sont de vivre honnêtement, de ne faire tort à personne, et de

[69] « Nous avons tant de respect pour l'Antiquité, que nous ne voulons en aucune manière que les noms des jurisconsultes dont les ouvrages ont été employés dans notre collection soient ensevelis dans l'oubli. Nous avons mis au commencement de chaque loi du Digeste le nom de son auteur, en observant seulement de faire des additions ou des diminutions, quand il s'y est trouvé des choses superflues, imparfaites ou mal rédigées ; nous avons mis de l'ordre partout, et entre plusieurs textes semblables ou contraires, nous avons préféré celui qui nous a paru le plus juste, en le rapportant seul à la place de tous les autres, et en donnant la même autorité à tous les fragments qui sont entrés dans ce recueil : en sorte qu'on puisse regarder tout ce qu'il contient comme étant notre ouvrage et composé par nos ordres, sans qu'on ait la témérité de comparer les écrits des anciens avec ceux qui sont revêtus de notre autorité ; parce qu'il nous est souvent arrivé de faire des changements qui nous ont paru utiles, au point même que nous n'avons pas épargné les ordonnances des princes rapportées dans les ouvrages anciens. Nous avons cru devoir faire des corrections : en conservant les noms des auteurs, nous nous sommes permis de les réformer, quand cela étoit nécessaire pour l'honneur et la vérité. C'est aussi par cette raison, que toutes les contradictions qu'il y avoit ci-devant entre les différens jurisconsultes, sont absolument conciliées, sans qu'il en reste aucune trace » (*Digeste*, trad. fr. H. Hulot et M. Berthelot, Paris, Rondonneau, 1803, « Seconde préface portant confirmation du Digeste, adressée au Sénat et à tous les peuples », p. 20).

[70] M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, pp. 100-101.

[71] *Digeste*, 1, 1, 1, pr.

rendre à chacun ce qui lui est dû. 2. La jurisprudence est la science des choses divines et humaines, et la connoissance de ce qui est juste et injuste »[72]. Comme chez Aristote, les textes compilés par Justinien renvoient à deux conceptions du droit comme réalisation d'une forme de justice. La première tend à assurer une *juste distribution* entre les hommes (justice distributive), la seconde tend à *réparer* les torts éventuellement commis (justice correctrice). Le droit a, dès ses origines, pour fonction de mettre en ordre, de ranger, d'assigner, de distribuer et de maintenir. Un fragment de Marcien complète la vue globale des tâches que doit remplir le droit : « Quelquefois le terme de droit se prend pour une liaison, comme lorsqu'on dit : Je suis lié à quelqu'un par droit de parenté ou d'alliance »[73]. Là encore, il s'agit de définir les places relatives des individus les uns par rapport aux autres. Le « droit de parenté » ne fait rien d'autre que de déterminer la place et, partant, les obligations, pouvoirs et devoirs de l'épouse et de son mari, ou des enfants et de leurs parents ; fidèle à la méthode aristotélicienne, il érige en catégories abstraites et générales des données empiriquement dispersées. À simple titre d'exemple, on relève ce fragment du *Digeste* issu des *Institutes* d'Ulpien :

> « Chez les Romains, quelques-uns sont pères de famille, d'autres sont fils de famille ; il y a aussi des mères de famille et des filles de famille. On appelle pères de famille, ceux qui sont leurs maîtres, soit qu'ils soient pubères ou impubères ; il en est de même des mères de famille. Les fils ou filles de famille, sont ceux ou celles qui sont sous la puissance d'un autre. Le fils est sous la puissance de son père, le petit-fils et la petite-fille sont sous la puissance de leur aïeul paternel : il en est de même de l'arrière-petit-fils, de l'arrière-petite-fille, et ainsi de suite » *Digeste*, 1, 6, 4. Immédiatement après, on lit : « Les petits-fils, après la mort de leur aïeul paternel, retombent ordinairement sous la puissance de son fils, c'est-à-dire, de leur père. Il en est de même des arrière-petits-fils ; ils retombent sous la puissance du fils, s'il vit, et s'il n'a point été émancipé ; autrement, ils sont soumis au parent qui les précède immédiatement sous la puissance paternelle. Ceci a également lieu pour les enfants naturels et pour les adoptifs »[74].

31. Retour au cas *Maurizio Cattelan*. Ces quelques éléments permettent déjà de jeter un nouveau regard sur le cas *Maurizio Cattelan*, anachronique certes –

[72] *Digeste*, 1, 1, 10.
[73] *Digeste*, 1, 1, 12.
[74] *Digeste*, 1,6,5.

le *Digeste* de Justinien ne constitue plus le droit en vigueur – mais pas inintéressant pour autant. Sans ici avoir égard à la technicité du droit d'auteur ou de la jurisprudence française en matière de procédure civile, on saisit déjà un mouvement général qui oriente la conception du droit depuis ses origines romaines : le droit fait et défait les rapports entre personnes et choses, il tend à donner à chacun son dû et à réparer les équilibres rompus. Manière de dire qu'il veille à ce que chacun occupe la place qui lui revient. L'équilibre ne peut se penser qu'en lien étroit avec la notion de stabilité, laquelle requiert la perpétuation d'un état antérieurement acquis. Pour le formuler un peu autrement, le droit tend à *conserver*. Il est à cet égard remarquable que Maurizio Cattelan n'ait pas eu à démontrer qu'il était véritablement *l'auteur* (et, dès lors, que le tribunal n'ait même pas eu à se prononcer sur le contenu de cette notion) des œuvres litigieuses. Le simple fait qu'elles aient été divulguées sous son nom et que le public l'ait associé aux œuvres suffit. L'état stable du monde à un instant donné se caractérisait – à côté de milliards d'autres états de fait – par « Maurizio Cattelan, auteur », établissant ainsi un lien juridique – mais aussi, plus largement, symbolique – entre l'artiste italien et certaines des œuvres qui lui sont (le présent trouve ici tout son sens) attribuées. Si cet état stable peut être redéfini – c'est bien la raison d'être de la possibilité d'une action en contrefaçon –, son bouleversement doit demeurer exceptionnel. Ainsi, c'est à la personne qui revendique le changement d'une situation établie de prouver que cette situation est *injuste* – pour mobiliser les notions romaines évoquées. Et elle ne pourra le faire que dans un cadre précis qui n'hésite du reste pas à recourir à des *fictions* – appelées ici *présomptions* – établissant une corrélation de principe entre un état factuel et un état juridique. S'il est souhaitable que la situation juridique corresponde à la situation factuelle, c'est précisément en vue de stabiliser celle-ci – en vue de la *conserver*.

Reste à intégrer ceci à un cadre théorique qui permette à la fois de rendre compte des effets de ces principes structurants sur le droit positif et de donner des pistes quant aux origines de ces principes. C'est à cela que sera principalement consacré le Titre 2 de la présente partie.

32. Le droit met en ordre. Le droit a donc bien pour fonction originelle d'ordonner : il met en ordre, il organise des rapports entre individus et entre choses et individus – et, dès lors, il hiérarchise. Le droit, dès ses premières heures, a eu pour vocation de mettre en ordre le monde dans lequel il déploie son action. Cette fonction originelle d'assignation des êtres à certaines places doit, selon nous, être pensée en rapport avec la nature nécessairement discursive du droit – nature à laquelle il ne se réduit néanmoins pas comme nous le verrons. Le droit romain place déjà au centre de son attention la notion de *catégorie juridique*, laquelle nécessite un exercice de *qualification*. Lorsqu'il est confronté à des données empiriques brutes, le droit, par le discours qu'il porte sur les êtres, imprime à ces derniers sa propre cohérence et, par là, façonne déjà le monde. C'est bien en tant que langage que le droit peut apporter de l'unité là où ne régnait que la diversité des situations particulières. En cela, il est un système de symboles.

33. Digression – Un premier détour par Cassirer. Afin de mieux cerner les rapports que le discours juridique entretient avec le monde des symboles, une brève esquisse des travaux d'Ernst Cassirer semble s'imposer d'emblée, même si nous y reviendrons plus amplement[75]. Si la mise en relation d'auteurs dont les travaux sont distants de plusieurs siècles paraîtra critiquable à certains, il nous semble au contraire que ces associations sont des plus fécondes. Le travail de la pensée n'est pas une mer calme et paisible – un voyage linéaire – mais, au contraire, une aventure où certains chocs produits par le remous libèrent leur puissance dialectique.

Lorsque le « chaos des impressions immédiates » est nommé, il est *ipso facto* élevé à un rang supérieur, il n'est plus simple sensation mais bien représentation[76] et acquiert ainsi une certaine permanence : « Le signe est pour la conscience le premier stade et le premier exemple d'objectivité, parce qu'il marque un arrêt dans le changement perpétuel des contenus de conscience, parce qu'il détermine et qu'il fait ressortir un état de permanence »[77]. Coulé dans la catégorie juridique du père,

[75] Voy. *infra*, n° 109 et s.
[76] Voy. E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 29.
[77] *Ibid.*, p. 31.

l'individu qui a conçu un enfant se voit investi d'un certain nombre de droits et d'obligations. La catégorie juridique de père, articulée à celle de fils, crée de l'homogénéité là où chaque situation est pourtant nécessairement différente. Auteur, au sens du droit d'auteur, Maurizio Cattelan se voit investi de prérogatives dont ne dispose pas Daniel Druet qui s'estime pourtant auteur, lui aussi. Ainsi, Cattelan peut par exemple interdire à Druet de s'attribuer la paternité des œuvres. Entre l'*auteur* comme catégorie juridique et l'*auteur* autoproclamé, il y a bien de réelles différences. Et s'il y a mille manières d'être auteur ou de se revendiquer tel, la catégorie d'auteur au sens du droit d'auteur apporte, elle, une homogénéité certaine qui contraste avec la diversité des modalités d'auctorialité. Ernst Cassirer note que, « dans la fonction symbolique de la conscience, telle qu'elle est à l'œuvre dans le langage, dans l'art, dans le mythe, certaines figures fondamentales qui restent identiques à elles-mêmes, et qui sont de nature soit conceptuelle, soit purement intuitive, se distinguent d'abord du flux de la conscience ; au contenu fuyant qui s'écoule se substitue l'unité de la forme, en elle-même close et permanente »[78].

Au langage, à l'art et au mythe, il convient à notre sens d'ajouter le droit, forme de langage d'un type particulier qui convoque en outre un ensemble de rituels précis nécessaire à l'efficacité de son discours. En effet, passée à travers le prisme de la catégorie juridique, la réalité nommée acquiert une dimension universelle, la relation purement privée accède au rang d'institution sociale. La « force magique »[79] par laquelle le simple mot nous révèle l'essence de l'objet qu'il désigne prend une dimension particulière dans le domaine juridique en ce qu'elle est force magique contraignante et, à ce titre, pousse le pouvoir du langage un cran plus loin : dans le domaine juridique, le pouvoir du mot devient le pouvoir du *dernier mot*. « C'est pourquoi les luttes de mots, les luttes sur les mots, sont si importantes : avoir le dernier mot, c'est avoir le pouvoir sur la représentation légitime de la réalité ; dans certains cas, imposer la représentation c'est imposer la réalité quand il s'agit de faire

[78] *Ibid.*
[79] « Le nom d'une chose et cette chose elle-même se confondent sans qu'on puisse les séparer ; le simple mot ou l'image recèlent en eux une force magique, par laquelle l'essence de l'objet se livre à nous ». (*Ibid.*)

la réalité »[80]. Ainsi, lorsqu'il donne un nom ou prive d'un nom, le droit agit sur l'être propre du sujet qui subit son action.

Cassirer explique que la pensée mythique connaît une véritable identité d'essence entre le mot et la chose qu'il désigne : « Pour la pensée mythique, le moi de l'homme, son soi et sa personnalité sont indissolublement mêlés à son nom. Le nom n'est jamais ici un simple symbole mais fait partie de la propriété directe de celui qui le porte ; propriété qu'il garde avec soin et sur l'utilisation exclusive de laquelle il veille avec jalousie »[81]. Si la « propriété » dont il est question peut désigner le monopole d'usage d'un nom[82], « le nom va même jusqu'à prendre le sens d'un véritable être substantiel, d'une partie intégrante de l'homme »[83], au même titre que son âme ou son corps. Ainsi, Cassirer note :

> « on rapporte au sujet des Esquimaux que, pour eux, l'homme est constitué de trois parties : son corps, son âme et son nom, et nous trouvons une conception tout à fait analogue en Égypte : à côté du corps physique de l'homme se trouve d'une part son Ka, d'autre part son nom, qui est en quelque sorte le "sosie" spirituel du corps. Et, de ces trois déterminations, c'est précisément la dernière qui devient de plus en plus l'expression véritable du "soi", de la personnalité de l'homme »[84].

Si la fonction mythique du nom peut sembler particulièrement archaïque ou exotique aux juristes contemporains, il suffira pour les détromper de souligner que cette fonction mythique imprègne la notion de personnalité juridique à laquelle ils recourent quotidiennement : « Lorsque le droit romain forge le concept de personnalité juridique et qu'il refuse cette légitimation à certains sujets physiques, il leur ôte aussi, en même temps que l'être propre, le nom propre au sens juridique. En droit, les esclaves ne peuvent avoir un nom dans le droit d'État romain, car ils ne

---

[80] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012, pp. 549-550.
[81] E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973, pp. 66-67.
[82] « Georg v. Gabelentz évoque dans son ouvrage sur la linguistique l'édit d'un empereur chinois qui, au III^e^ siècle av. J.-C., réserva pour son seul usage un pronom de la première personne que tout le monde pouvait utiliser jusque-là » G. v. d. Gabelentz, *Die Sprachwissenschaft* [La linguistique], p. 228 cité *in Ibid.*, p. 67.
[83] *Ibid.*
[84] *Ibid.*, p. 67.

peuvent valoir pour des personnalités autonomes »[85]. Ainsi, le nom n'est pas qu'un attribut de la personne, il en est un élément constitutif : « L'unité et l'unicité du nom ne sont pas seulement signe caractéristique de l'unité et de l'unicité de la personne, mais la constituent véritablement : elles font de l'homme un individu »[86].

Pour le dire autrement, le droit en tant que langage agit sur la désignation de ce que sont ou non les choses ou les personnes (ces dernières catégories étant *déjà* des constructions juridiques) en les qualifiant – façon de nommer –, c'est-à-dire en leur assignant un certain nom qui leur confère d'emblée une certaine place, une certaine position dans un ensemble plus vaste. Lorsqu'il s'agit de définir ce que sont les esclaves, le *Digeste* introduit d'ailleurs la question par le biais de leur *nom*, assurant ainsi une parfaite équivalence conceptuelle entre le nom et la condition : « Les esclaves [*servi*] tirent leur nom de ce que les empereurs ont coutume de vendre les prisonniers faits à la guerre : ils les conservent et ne les tuent point »[87] ; « On les a aussi appelés *Mancipia* (gens de *mains-prise*) parce qu'on les prend ainsi sur les ennemis »[88].

On perçoit déjà, à ce stade, qu'il y a une incompatibilité manifeste entre les philosophies antiques du langage et du droit, où la notion de nature tient une place prépondérante, et le droit comme langage détenteur du dernier mot. Droit et langage, dans la perspective aristotélicienne et platonicienne, sont transcendants ; leur signification et leur contenu sont déterminés par un principe extérieur : la nature pour

[85] *Ibid.*, pp. 67-68.
[86] *Ibid.*, p. 68. À cet égard, Ernst Cassirer explique que, « chez les Algonquins, celui qui porte le même nom qu'un autre homme passe pour son autre moi, son *alter ego*. La coutume très répandue qui consiste à donner au petit-fils le nom de son grand-père exprime la croyance que le grand-père a ressuscité dans le petit-fils, qu'il est réincarné en lui. Dès qu'un enfant est né, il s'agit avant tout de constater lequel de ses ancêtres décédés est réapparu en lui : c'est seulement lorsque cette constatation a été faite par le prêtre qu'on donne solennellement un nom à l'enfant, le nom de son aïeul. Ainsi, pour l'intuition mythique fondamentale, l'individualité de l'homme n'est rien de simplement stable et d'invariant, l'homme acquérant au contraire un autre être et un autre soi chaque fois qu'il entre dans une nouvelle phase décisive de sa vie, et cette transformation s'imprime avant tout dans la transformation de son nom. La jeune garçon prend un autre nom lors des cérémonies d'initiation à l'âge adulte parce que, grâce aux rites magiques qui accompagnent l'initiation, il a cessé d'exister en tant que garçon et qu'il connaît une nouvelle naissance, celle de l'homme dans lequel renaît un lointain aïeul » (*ibid.*, pp. 68-69).
[87] *Digeste*, 1, 5, 4, 2.
[88] *Digeste*, 1, 5, 4, 3.

Aristote, les Idées pour Platon. Or, le pouvoir du dernier mot comme attribut typiquement juridique est inconciliable avec cette conception. La conception du droit comme construction humaine susceptible de mettre en ordre le monde en elle-même et par elle-même – et non comme simple reflet d'une autre réalité – ne pourra émerger qu'une fois le réalisme antique dépassé, qu'une fois que les substances ou les Idées auront perdu leur toute-puissance ontologique.

34. La nécessité d'articuler la philosophie du langage et la philosophie du droit. Ce glissement de la philosophie du langage à la philosophie du droit peut, à première vue, sembler incongru. Il permet pourtant de souligner deux éléments essentiels :

1° toute conception du droit est sous-tendue par une ontologie plus globale. Ainsi, pour Aristote, le sens des mots comme le contenu des normes est donné par l'observation de la nature. Pour Platon, le sens des mots comme le contenu des normes est également donné par l'observation de la nature mais en ce que celle-ci permet d'accéder à la connaissance des Idées. Pour le premier, la nature est donc le fondement ; pour le second, ce n'est qu'un moyen d'accéder à une autre instance, plus haute. Il s'agit dès lors de deux conceptions du *droit naturel* très différentes ;

2° cette ontologie plus globale a des conséquences importantes pour notre propos. Selon les conceptions examinées en amont, le langage comme le droit sont tributaires de l'observation de la nature ou de l'interaction de l'homme avec celle-ci. L'origine du sens réside donc dans la nature. Le sens est donné, il n'est pas construit. La règle juridique – soit une construction typiquement humaine selon les conceptions les plus courantes aujourd'hui – trouve elle aussi son origine dans la nature. C'est donc bien la nature qui façonne la règle et non la règle qui façonne le monde. Néanmoins, il ne saurait être exclu que la règle, bien que mise au jour par l'observation de la nature, agisse en retour sur le monde dans lequel elle déploie son action. Du réalisme antique, il convient de passer au nominalisme médiéval et, ainsi, de continuer à préciser le cadre de pensée de notre recherche.

§ 2. Le Moyen Âge

35. Une querelle épistémologique. La querelle des universaux et la controverse à laquelle elle a donné lieu entre nominalistes et réalistes ont intensément occupé les érudits durant deux siècles. Si c'est au XIV^e^ siècle qu'une véritable école nominaliste, menée par Guillaume d'Ockham (1285-1347), a vu le jour[89], les prémices de ce courant de pensée plongent leurs racines dans le XII^e^ siècle, au cours duquel Pierre Abélard (1079-1142) se penche sur les textes de Porphyre (*circa* 235-305) commentant Aristote. À Paris, le XII^e^ siècle voit fleurir des écoles consacrées à l'enseignement et à la pratique de la dialectique. Chaque école, appelée « secte » (*secta*), est placée sous l'autorité d'un maître et défend ses propres thèses au fil de discussions publiques. Au rang de ces questions, Alain de Libera note que « la question des universaux tient une place essentielle, sinon exclusive »[90]. L'école la plus connue est celle de Pierre Abélard, établie sur la montagne Sainte-Geneviève. Au moment où il intervient dans la querelle, deux thèses s'affrontent : « d'un côté, le réalisme, de l'autre, le vocalisme de Roscelin de Compiègne ([décédé en 1120], qui identifie les universaux à de simples signes linguistiques, ou, plus radicalement, à de simples "bruits de voix", *flatus vocis*) »[91]. Contre les diverses variantes du réalisme – qui, dans sa conception la plus radicale, « ne pose aucune distinction entre les caractères du logique et ceux du réel »[92], – Abélard élabora la théorie du « statut », « doctrine non réaliste plutôt que nominaliste »[93].

36. L'intérêt de la querelle des universaux pour la recherche. Un bref retour sur cette controverse qui débouchera sur l'avènement du nominalisme paraît nécessaire pour continuer de poser les conditions de possibilité de la question qui nous anime. Dans un monde réaliste – que ce soit un réalisme des Idées, des substances ou d'autres choses encore –, les pratiques humaines sont dépourvues

[89] Voy. P. VIGNAUX, *Nominalisme au XIV^e^ siècle*, Paris, Vrin, 1948.
[90] A. DE LIBERA, *La Philosophie médiévale*, Paris, PUF, 2014, p. 322.
[91] *Ibid.*
[92] C. WENIN, « La signification des universaux chez Abélard », *Revue Philosophique de Louvain*, 1982, n° 47, p. 416.
[93] A. DE LIBERA, *La Philosophie médiévale*, *op. cit.*, pp. 322-323.

de tout pouvoir d'action sur ce que sont les choses ; il existe une Vérité qui doit être mise au jour, ce qui exclut logiquement la cohabitation pacifique d'opinions divergentes. Un monde nominaliste, en revanche, accepte la relativité des universaux – contradiction féconde – et, dès lors, la diversité. Un monde nominaliste – c'est là le cœur de notre réflexion – rend possible l'effet de l'action humaine sur le monde dans lequel elle s'inscrit.

L'ambition des passages qui suivent n'est pas tant d'épuiser la question de la querelle des universaux pour elle-même (ce serait là une autre thèse) que, à l'instar des développements de cadrage relatifs à la philosophie de l'Antiquité, de poser un cadre global pour notre réflexion. En effet, si l'on veut penser la manière dont le droit peut *agir* sur un objet, on ne peut faire l'économie d'une réflexion philosophique plus large. Toutefois, cette entreprise de cadrage ne suppose pas d'épuiser – ni même de questionner directement, de critiquer frontalement ou de mettre à l'épreuve – les éléments qui forment le cadre. Au fond, notre démarche se veut *concentrique* : il ne suffit pas d'avoir à l'esprit une question pour la traiter, encore faut-il prendre en considération les éléments qui convergent vers cette question et permettent de la poser. En d'autres termes, une question n'existe que parce qu'un faisceau d'éléments converge pour la rendre possible, voire nécessaire. Une telle approche permet d'éliminer les éléments de controverse ou d'approfondissement directement liés au cadre – la solidité de ce dernier reposant toutefois sur une littérature secondaire certes limitée mais faisant autorité[94]. Aucune recherche n'est figée mais, pour la question précise que nous traitons, il est suffisant de s'en tenir à une analyse générale du cadrage dans un premier temps qui, dans un second temps, permettra de préciser les contours d'une analyse juridique. La critique, les nuances et la prétention à l'exhaustivité peuvent, dans cette optique, se limiter au point de

[94] Ainsi, le choix des auteurs vise à assurer la stabilité du cadre. Pour ce faire, il est suffisant de s'appuyer sur une littérature reconnue qui permet de penser globalement les enjeux d'un contexte présenté lui aussi de façon générale. C'est pour cette raison, par exemple, que nous empruntons de nombreux éléments à Alain de Libera, spécialiste reconnu des questions abordées. Cette démarche se veut en outre pédagogique : pour traiter finement une question précise, il est nécessaire – au risque de se perdre – de l'amener globalement.

focalisation de la recherche, à savoir le moment où la question est traitée parce qu'il a été démontré qu'elle pouvait être valablement posée.

37. Réalisme et nominalisme. D'une manière générale, le réaliste admet l'existence des universaux, c'est-à-dire, selon Aristote, de « ce qui, de nature, se prédique de plusieurs » ou « de ce qui est naturellement prédiqué de plusieurs »[95]. Pour le dire autrement, les « termes universels [sont] des mots susceptibles d'être prédiqués de plusieurs sujets »[96]. Ainsi, « Socrate » n'est prédiqué que d'un sujet : le philosophe grec qui vécut au V^e^ siècle ACN et que Platon met en scène dans ses dialogues. « Homme », en revanche, est prédiqué de plusieurs sujets : de Socrate, de Platon, de l'auteur de ces lignes, de celles et ceux qui les lisent… Pour le réaliste, ces universels ne sont pas de simples catégories logiques ou de simples concepts. Comme pour les idées platoniciennes, les sujets entretiennent un rapport de *participation* avec un universel ontologiquement séparé : le noir, le grand, le beau, le bien… Cet universel est extramental et continuerait d'exister même s'il n'y avait plus d'esprit pour le penser ou le nommer et même s'il n'en existait plus d'actualisation réelle[97]. Le nominaliste, en revanche, réfute l'autonomie ontologique des universaux. Pour lui, il ne s'agit que de mots, de concepts ou de catégories logiques. Pour le *nominaliste*, l'universel n'est qu'un *nom*. Ainsi, s'il existe un *homme bon*, il n'existe pas d'Homme abstrait ni de Bien universel. Ceci n'implique toutefois pas que le langage soit creux ou ne dépende que de conventions. Les mots « expriment des ensembles de sensations qui s'imposent à la conscience percevante, et les *contenus* de ces ensembles ne sont pas arbitraires, même si leurs délimitations, dans ce qu'elles ont de rigoureux, dépendent de l'attention du sujet »[98]. Ainsi, le nominalisme n'est pas une doctrine où l'être n'a pas sa place. Les diverses variantes du nominalisme, à force de décomposition des sensations, remontent toujours à

[95] *De interpretatione*, 7, 17a39-40.
[96] A. DE LIBERA, *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Paris, Seuil, 1996, p. 33.
[97] Louis Valcke tente une synthèse des différentes définitions du réalisme et du nominalisme dans son introduction au *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre* de Guillaume d'Ockham. Voy. L. VALCKE, « Introduction : Occam et Porphyre », in *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre précédé du proême du commentaire sur les livres de l'art logique*, Sherbrooke, Centre d'Études de la Renaissance, 1978, pp. 7-48.
[98] *Ibid.*, p. 21.

« des existants irréductibles »[99]. Paul Vincent Spade illustre la problématique en des termes qui, s'ils s'appliquent sans doute difficilement aux préoccupations médiévales, s'avèrent très didactiques pour le lecteur contemporain et qui, en outre, mettent en évidence le caractère toujours actuel du problème[100]. Alain de Libera résume ainsi les propos de Spade :

> « J'ai devant moi deux stylos à bille noirs. Le point crucial est : combien de couleurs vois-je ? Deux réponses s'offrent. La première : je vois une seule couleur – la noirceur (*blackness*), qui est "simultanément partagée par les deux stylos ou commune aux deux" –, une seule et même couleur donc, bien qu'inhérente à deux choses distinctes et présente en même temps en deux endroits différents. Cette position, ce que Spade appelle "croire aux universaux", est le réalisme : admettre que des "entités universelles" comme la noirceur, sont partagées par toutes les choses qui présentent une même propriété (ici, être noires) et qu'à ce titre elles sont communes. À l'opposé évidemment, le nominaliste est caractérisé comme celui qui *voit deux noirceurs*, autant de noirceurs que de stylos. Deux noirceurs qui sont "semblables", certes, mais qu'"il suffit de regarder pour voir qu'elles ne sont et n'en restent pas moins *deux* noirceurs" »[101].

Ainsi, comme le note Alain de Libera, le problème des universaux tel que le présente Spade est simple : y a-t-il ou non deux couleurs dans les stylos ? Le réaliste répondra négativement, tandis que le nominaliste, lui, apportera une réponse positive. Louis Valke, quant à lui, considère que, puisque le nominalisme interprète le monde perçu et nommé comme un simple assemblage – une simple structuration – de formes plus simples et le réalisme comme un ensemble de formes existant par elles-mêmes, « on est nominaliste aussi longtemps que l'on suppose qu'un concept signifie une structure, on devient réaliste au moment où, dans la démarche réductive, on

[99] Par exemple, Empédocle pose quatre éléments immuables. Démocrite, quant à lui, affirme qu'il n'y a que le quelque chose (les atomes) et sa négation. Guillaume d'Ockham lui-même ne remet jamais en cause l'existence réelle des choses singulières.

[100] En effet, Spade pose le problème comme s'il s'agissait d'une philosophie empiriste de la ressemblance. Or, pour Guillaume d'Ockham, « *un seul acte de connaissance intellectuelle abstractive* d'un singulier [suffit] pour que l'esprit puisse former à son sujet un concept spécifique de soi applicable à tous les autres singuliers maximalement semblables » (A. DE LIBERA, *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 21).

[101] *Ibid.*, pp. 18-19.

suppose que les concepts signifient, non des structures, mais des natures structurantes, des principes de structuration »[102].

38. La querelle : Pierre Abélard. Quittons à présent l'œil du cyclone – zone pacifiée de la théorie formulée *a posteriori* – et penchons-nous sur la querelle. Dans sa *Logica « Ingredientibus » : Super Porphyrium* (*Logique « Pour les débutants », Sur Porphyre*), Pierre Abélard aborde la question des universaux. Il s'agit d'une glose sur l'*Isagoge grec* du néo-platonicien Porphyre, texte traduit en latin par Boèce (480-525), qui a servi de support à la discussion des Latins sur les universaux pendant un millénaire[103]. Dans l'*Isagoge*, Porphyre commente les *Catégories* d'Aristote et cherche à expliquer cinq universaux : le genre, l'espèce, la différence, le propre et l'accident. Afin de ne pas s'engouffrer dans une controverse que sa position néo-platonicienne – Porphyre a édité les textes de Plotin[104] – rendrait difficile, il décide de laisser plusieurs questions en suspens :

> « Tout d'abord en ce qui concerne les genres et les espèces, la question de savoir si ce sont des réalités subsistantes en elles-mêmes, ou seulement de simples conceptions de l'esprit, et, en admettant que ce soient des réalités substantielles, s'ils sont corporels ou incorporels, si enfin ils sont séparés ou s'ils ne subsistent que dans les choses sensibles et d'après elles, j'éviterai d'en parler : c'est là un problème très profond qui exige une recherche toute différente et plus étendue »[105].

Abélard reformule la question et se demande s'« il est nécessaire que les genres et les espèces, aussi longtemps qu'ils sont genres et espèces, aient une certaine réalité sujette par nomination ? Ou encore, même si les réalités nommées étaient détruites,

---

[102] L. VALCKE, « Introduction : Occam et Porphyre », *op. cit.*, p. 23.
[103] C. WENIN, « La signification des universaux chez Abélard », *op. cit.*, p. 419.
[104] A. DE LIBERA, *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 40.
[105] Traduction de J. Tricot, citée dans C. WENIN, « La signification des universaux chez Abélard », *op. cit.*, p. 420. Dans le texte d'Abélard, la question est traduite comme suit : « Or ces questions <Porphyre> les parcourt ainsi <en> disant : Pour le moment relativement aux genres et aux espèces, cela certes j'éviterai de <le> dire ou s'ils subsistent etc. ou eux-mêmes <admis comme> subsistants s'ils sont corporels ou incorporels et si eux-mêmes, puisqu'ils sont dits incorporels, sont séparés des sensibles etc. <c'est-à-dire ou posés dans les sensibles> et se maintenant autour de ces <choses> » (C. LAFLEUR et J. CARRIER, « Abélard et les universaux : édition et traduction du début de la Logica "Ingredientibus" : Super Porphyrium », *Laval théologique et philosophique*, février 2012, vol. 68, n° 1, p. 148).

est-ce qu'alors encore l'universel pourrait consister, <c'est-à-dire exister>, en vertu de la signification de l'intellection, comme ce nom "rose" quand il n'y a plus de roses auxquelles il soit commun ? »[106]. Abélard démontre qu'il n'existe pas de réalités universelles, qu'elles soient prises individuellement ou collectivement. L'universalité, c'est-à-dire le fait pour une entité quelconque[107] de pouvoir être prédiquée de plusieurs, n'est applicable qu'aux mots – la prédicabilité étant le fait de pouvoir être joint à un sujet par la copule *est*. Ainsi, Socrate n'est prédicable que d'un seul individu. C'est le nom d'un homme seulement et, dès lors, il n'existe pas d'universel de Socrate[108]. Reste dès lors un problème. Si on dit que Socrate est un homme et que Platon est un homme, au moins deux sujets sont prédiqués du mot homme. Il semble donc bien qu'il existe des noms universels – ici, le mot « homme » qui peut se prédiquer d'au moins deux individus – qui ne dépendent, en dernière instance, d'aucune réalité déterminable. Qu'est-ce, dès lors, que cet universel ? Le mot homme ne surgit pas des diverses réalités qu'il recouvre mais, au contraire, se rapporte à elles, une à une. Pour Abélard, les réalités singulières s'accordent en l'« être homme » (et non « en l'homme », puisqu'aucune réalité n'est, en elle-même, un homme[109]). Les réalités singulières peuvent s'accorder, c'est-à-dire être ou ne pas être identiques sous certains aspects – « comme être homme ou blanc ou ne pas être homme ou ne pas être blanc »[110] –, sans qu'intervienne aucune « essence » de l'homme. Le « statut d'homme » n'est pas une réalité mais est la cause commune de l'imposition du nom d'homme aux hommes pris un à un. En d'autres termes, c'est

[106] C. LAFLEUR et J. CARRIER, « Abélard et les universaux : édition et traduction du début de la *Logica "Ingredientibus" : Super Porphyrium* », *op. cit.*, p. 148.
[107] Abélard écrit : « Or maintenant une fois montrées les raisons pour lesquelles ni les réalités prises une à une ni les réalités prises collectivement ne peuvent être dites "universelles", c'est-à-dire prédiquées de plusieurs, il reste que nous attribuons une universalité de cette sorte aux seuls mots » (*ibid.*, p. 162). Nous avons préféré « entité quelconque » à « réalité », ce dernier mot renvoyant au réalisme qu'Abélard est précisément en train de réfuter. Dans le texte latin, il est question de *res sigillatim neque collectim*. Christian Wenin note que, dans la *Logica ingredientibus*, le terme *res* peut recouvrir trois types de significations : « 1° le mot vise d'une certaine manière les choses singulières, 2° il se rapporte aussi aux actes subjectifs par lesquels l'intelligence humaine comprend les choses, 3° il appréhende, dans une sphère d'être naturel, le terme intentionnel et idéal que l'activité intellective suppose » (C. WENIN, « La signification des universaux chez Abélard », *op. cit.*, p. 426). Il nous semble qu'ici, les *res sigillatim* et les *res collectim* se rapportent à la première signification et que le passage dans sa globalité annonce la troisième.
[108] C. LAFLEUR et J. CARRIER, « Abélard et les universaux : édition et traduction du début de la *Logica "Ingredientibus" : Super Porphyrium* », *op. cit.*, p. 163.
[109] *Ibid.*, p. 168.
[110] *Ibid.*

avant tout une question de définition qui permet aussi aux hommes de s'accorder les uns avec les autres en tant qu'ils sont – chacun – des hommes.

Le rejet d'un réalisme de type platonicien initié par Abélard est lourd de conséquences : si l'universel n'est qu'un nom, n'est qu'un mot, dont la signification est forgée par certaines similitudes des choses singulières entre elles, la signification de ces « mots universels » est susceptible de varier au gré de changements initiés par ou dans les choses elles-mêmes. Le terme « œuvre d'art », par exemple, ne se rapporte plus à une Idée séparée, immuable et incorruptible mais est forgé par des objets artistiques dont les traits communs sont susceptibles d'être redéfinis au gré de l'évolution des pratiques. Le fait d'être « auteur » ne doit pas être évalué à l'aune d'un concept transcendant mais peut être envisagé de plusieurs manières, y compris juridiquement. La théorie d'Abélard, élaborée il y a presque mille ans, semble étonnamment moderne. Mais ne faisons pas feu de tout bois et poursuivons notre cheminement.

39. La querelle (suite) : Guillaume d'Ockham. De Pierre Abélard à Guillaume d'Ockham, l'aventure nominaliste connut encore d'autres succès qu'il n'est toutefois pas nécessaire d'aborder en détail. Si Abélard ne constitue qu'un point de départ très relatif (il commente Porphyre qui, lui-même, commente Aristote par le biais de la traduction et du commentaire de Boèce et dans une perspective néo-platonicienne), il n'en demeure pas moins incontournable dans une révolution qui s'opère en deux temps essentiels[111].

Guillaume d'Ockham est sans doute la figure la plus emblématique du nominalisme et de la querelle des universaux. Sa doctrine est antiplatonicienne et empiriste. Pour lui, le réel est accessible et connaissable directement. Son œuvre de logique comporte une *Summa totius logicae*, ainsi que l'*Expositio aurea* qui est principalement constituée de commentaires sur l'*Isagoge*, les *Catégories*, le *De interpretatione* et les *Réfutations sophistiques*. Il a également laissé une œuvre de

[111] Voy. A. DE LIBERA, *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 393.

physique (*Exposition, Summulae* et *Quaestiones*), de théologie philosophique (commentaire des *Sentences*, traités *Sur la prédestination, la prescience divine et les futurs contingents* et *Sur le sacrement de l'autel*) et est l'auteur d'un certain nombre de *Quodlibeta* (pratique médiévale de dispute-discussion sur des sujets non préparés, à l'initiative de l'assistance)[112].

Preuve que la question était depuis longtemps ouverte, c'est à nouveau à l'occasion d'un commentaire de l'*Isagoge* de Porphyre que Guillaume d'Ockham est amené à développer sa position nominaliste. C'est pour lui davantage l'occasion de restaurer une interprétation exacte de l'aristotélisme et de lutter contre diverses interprétations de tendance néo-platonicienne que de rendre compte de la pensée de Porphyre lui-même. Selon Louis Valcke, c'est ce texte qui « donna naissance à la Querelle des Universaux, où s'affrontèrent *nominaux* et *réaux* »[113].

Comme Pierre Abélard, Guillaume d'Ockham est amené à commenter le passage de l'*Isagoge* où Porphyre affirme laisser en suspens la question de savoir si les genres et les espèces subsistent en eux-mêmes ou s'ils n'existent que dans de simples concepts, si ce sont des subsistants corporels ou incorporels, s'ils sont séparés des choses sensibles ou existent en ces dernières. La réponse, qu'il développera par la suite à l'aide d'arguments logiques et d'arguments d'autorité – citant Aristote et Averroès –, est rapidement et clairement énoncée :

> « Il faut tenir qu'aucun universel n'existe réellement, en dehors de l'âme, dans les substances individuelles, ni ne fait partie de la substance ou de l'essence de celles-ci ; mais l'universel ou existe seulement dans l'âme, ou est universel par l'effet d'une convention, à la façon dont ce mot que l'on prononce "animal" ou

[112] A. DE LIBERA, *La Philosophie médiévale*, *op. cit.*, pp. 429-430.
[113] GUILLAUME D'OCKHAM, *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre précédé du proême du commentaire sur les livres de l'art logique*, Sherbrooke, Centre d'Études de la Renaissance, 1978, p. 66.

> “homme” est universel, parce qu’il peut être le prédicat de plusieurs sujets, non pour lui-même, en tant que mot, mais pour les choses qu’il signifie »[114].

Plus loin, Ockham ajoute :

> « Il faut tenir pour certain que les genres et les espèces ne subsistent pas en eux-mêmes en dehors de l’âme, mais sont seulement dans l’intelligence, parce qu’ils ne sont que des intentions ou des concepts formés par l’intelligence, qui expriment les essences des choses et les signifient, sans être eux-mêmes ces essences, tout comme le signe n’est pas son signifié »[115].

Il faut logiquement en conclure que les genres et les espèces, de même que les autres universaux, n’existent que dans l’esprit et n’ont rien de corporel. À la question de savoir si les genres et les espèces existent dans les choses sensibles ou en sont séparés, Ockham répond que « les universaux n’existent pas dans les choses sensibles, ni ne sont de l’essence des choses sensibles, ni ne sont des parties de celles-ci »[116]. Les universaux manifestent seulement la substance des choses « tout comme les signes manifestent leurs signifiés, et, par conséquent, ne sont pas ces derniers, parce qu’entre le signe et le signifié, il doit y avoir une distinction »[117]. En ce qui concerne plus généralement les mots, Ockham récuse tout lien d’identification entre ceux-ci et leurs signifiés. Le rapport entre le signe et son signifié n’a rien de nécessaire.

40. Les conséquences de l’issue de la querelle. Si le rapport entre le signe et le signifié n’est pas nécessaire, il en découle qu’un signe n’est pas irrémédiablement attaché à un signifié[118]. Il en résulte également qu’un signe peut,

---

[114] *Ibid.*, p. 61.
[115] *Ibid.*, p. 65.
[116] *Ibid.*, p. 66.
[117] *Ibid.*
[118] Le statut des notions de signe et de signifié est ambigu chez Guillaume d’Ockham. Il est certain que celles-ci ne doivent pas être comprises dans un sens saussurien, ne prenant pas place dans une théorie linguistique. Pour Saussure, le signe est composé de deux éléments : le signifiant et le signifié. Lorsque Guillaume d’Ockham parle de *signe*, il semble qu’il se réfère à une forme d’image mentale, de représentation des choses extérieures. C’est ce qui ressort de ce passage : « Une fois constaté que les universaux n’existent pas dans la réalité, ni ne sont de l’essence des choses extérieures, mais sont seulement dans l’âme des sortes de signes qui manifestent les choses extérieures, il faut parler du nombre des universaux et de leur suffisance » (GUILLAUME D’OCKHAM, *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre précédé du proême du commentaire sur les livres de l’art logique*, *op. cit.*, p. 66). Toutefois, écrit Ockham, le *signe* comme le *mot* ont leurs signifiés. La possibilité d’une

au cours du temps, renvoyer à un signifié qui ne désignera plus exactement la même réalité. La querelle des universaux a rendu leur fluidité aux choses. Il est désormais possible de penser que la substance d'une chose n'est pas figée. S'il n'existe que des instanciations particulières qui peuvent avoir leur propre histoire, l'objet n'est plus enfermé dans un déterminisme idéel mais est susceptible de vivre une aventure singulière. Le mot qui est prédiqué de plusieurs sujets est, désormais, susceptible de renvoyer à des réalités très diverses. Ainsi, le mot « œuvre d'art » a connu, et continue de connaître, une quantité presque infinie de définitions. Certains soutiennent même qu'il n'est pas possible d'en donner une définition (ce qui, *in fine,* constitue un élément de sa définition). Ces questions seront toutefois abordées *infra*[119].

41. Une nouvelle relation entre les mots et les choses. Le XIV^e^ siècle a donc, concernant la langue, affranchi le signifiant d'un lien nécessaire avec son signifié. Ce lien n'étant plus tributaire de considérations métaphysiques sur la transcendance de l'objet, il est désormais possible de penser que celui-ci subit l'influence de ce qu'on en dit et de ce qu'on en fait. Parler, ce n'est plus seulement dire ce que sont les

équivalence entre ces deux notions (le mot serait alors un signe parmi d'autres) ressort de ce passage : « le mot contient ses signifiés ou a ses signifiés ; en effet, tout comme le mot a des signifiés multiples, sans cependant qu'aucun de ceux-ci ne soit de l'essence du mot ni que le mot ne soit de l'essence d'un signifié, quel qu'il soit, de la même façon le genre n'est pas de l'essence d'une espèce quelconque, ni l'espèce de l'essence du genre ; car le genre et l'espèce sont deux intentions dans l'âme, distinctes, de la même façon que ce mot "homme" et ce mot "animal" sont distincts » (*ibid.*, p. 72). Le statut du signifié est plus délicat. Au regard de ce que nous venons de citer, un passage semble suggérer une certaine équivalence entre signifié et référent – le rapprochement est sans doute trop téméraire – en ce que l'individu est, d'après Aristote, à la base de toute science qui, toutefois, s'intéresse aux universaux tenant lieu des individus : « il faut noter que toute discipline commence par les individus. Dès lors, le Philosophe – Seconds Analytiques II et Métaphysique I – veut que le sens, qui ne porte que sur les individus, donne lieu au souvenir, le souvenir à l'expérience, et qu'à partir de l'expérience soit conçu l'universel, qui est le principe de la discipline et de la science. Et dès lors, de même que toute notre connaissance tire origine du sens, de même toute discipline tire origine des individus. Cependant, il n'y a pas de science proprement dite au sujet des individus, mais seulement au sujet des universaux tenant lieu des individus ; et ce, à cause de l'infinité de ceux-ci et parce que ce sont des individus différents qui sont connus par différentes personnes. Et dès lors, au regard de la communauté des hommes, il serait inutile de traiter de singuliers déterminés, quels qu'ils soient » (*ibid.*, p. 102).

[119] N° 58 et s.

choses, décrire le monde, c'est aussi l'informer – c'est-à-dire le mettre en forme –, l'agir, le modifier. Parler, c'est aussi – et même toujours – performer.

§ 3. L'époque contemporaine

42. La puissance agissante du langage. Le grand philosophe du performatif est, comme chacun sait, John Langshaw Austin (1911-1960), dont l'ouvrage reprenant un cycle de conférences données à l'Université d'Oxford a pour titre évocateur : *How to do Things with Words* ou, dans sa traduction française, *Quand dire, c'est faire*[120]. S'il peut sembler, *a priori*, incongru d'accorder une place de choix à un auteur qui ne s'est pas directement intéressé au phénomène juridique, la fécondité des concepts dégagés par Austin apporte un éclairage particulièrement intéressant pour le juriste qui cherche à penser le droit en contexte (et non, comme Kelsen, de manière *pure* – nous y reviendrons). Du reste, on se souviendra qu'Austin entretenait des contacts réguliers avec son collègue d'Oxford, Herbert L. A. Hart, éminent philosophe du droit[121]. Bien qu'elle ne comprenne pas de texte directement consacré au phénomène juridique, l'œuvre d'Austin est en réalité à ce point importante pour la théorie du droit – et, du reste, pour toute épistémologie, pour tout discours à prétention *purement descriptive* ou, si l'on veut, *purement scientifique* – que Jean-Louis Halpérin et Olivier Cayla lui ont consacré une entrée dans leur *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*[122]. S'ils ont choisi de qualifier *Quand dire, c'est faire* de « grande œuvre juridique » – alors même qu'il s'agit d'un ouvrage de philosophie du langage –, c'est parce que

> « ce que la théorie austinienne des actes de langage entreprend principalement de débusquer, à la faveur d'une analyse concrète des échanges discursifs qu'effectuent des interlocuteurs situés dans un contexte déterminé – c'est-à-dire à la faveur d'une perspective résolument "pragmatique" –, c'est *l'existence*

[120] J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*

[121] Auteur, entre autres de *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961 (trad. fr. par M. van de Kerchove : *Le concept de droit*, 2e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005) ; *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963 ; *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983.

[122] O. CAYLA, « Austin John Langshaw », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 14.

> *d'un phénomène juridique au cœur même de la signification*, dont Austin réélabore ainsi entièrement la théorie »[123].

En dernière instance, tout discours, même à portée *a priori* uniquement *constative* ou *descriptive*, présenterait en réalité au moins deux faces : l'une, pouvant se réduire à la signification usuelle des mots et à l'ensemble des rapports qui font émerger un sens ; l'autre, moins facile à identifier, à l'action qu'exerce ce discours sur son environnement, que cet effet soit voulu (comme lorsqu'un juge rend une décision établissant la culpabilité d'une personne qui, jusqu'alors, était présumée innocente) ou non (comme lorsque je *constate* qu'il y a un chat sur le paillasson). Avant d'arriver à cette conclusion, Austin emprunte quelques détours à visée principalement didactique et élabore des notions auxquelles il sera amené à renoncer mais qui, toutefois, ont le mérite de rendre particulièrement clair un cheminement pourtant complexe. Ainsi, si *Quand dire, c'est faire* s'ouvre sur la distinction constatif – performatif et si, du reste, c'est à cette distinction que l'on s'arrête souvent, celle-ci sera par la suite laissée de côté au profit d'autres couples conceptuels. Il importe toutefois de suivre l'ordre de la pensée du philosophe pour bien la comprendre avant d'étudier l'intérêt qu'elle revêt pour notre question et l'éventuelle nécessité de poursuivre notre cheminement.

43. L'opposition du constatif et du performatif. Selon Austin, trop longtemps, la philosophie a estimé que le rôle d'un énoncé linguistique était de décrire un état de choses et que cette description pouvait elle-même être évaluée en termes de vérité (en tant que correspondance au réel) ou de fausseté (en tant que non-correspondance au réel). Un tel énoncé, en d'autres termes, peut être jugé au regard de l'adéquation avec l'objet du propos. Il est, dit-on, *constatif* en ce qu'il se borne à décrire un état de fait vérifiable en termes de vérité ou de fausseté. Ainsi, le discours scientifique, quel qu'en soit l'objet, est un discours à prétention essentiellement constative. Une telle conception du discours n'est, en dernière instance, pas très éloignée des théories réalistes qui voient le langage comme une

[123] *Ibid.*, p. 15.

imitation d'un objet séparé qui constituerait *le vrai* et dont il s'agirait de rendre compte le plus précisément et le plus fidèlement possible.

Pourtant, relève Austin, il existe d'autres formes grammaticales que les affirmations pour lesquelles le critère de vérité ou fausseté ne fonctionne pas. Il en va ainsi des questions, des commandements, etc. Toutefois, constate Austin, les difficultés qu'elles soulèvent n'ont que trop rarement été prises en compte. Il choisit dès lors de s'attarder sur un type particulier d'énoncé linguistique qui ne peut pas être évalué au regard d'un critère de vérité : le *performatif*. Le performatif, à première vue, présente toutes les caractéristiques de l'affirmation classique et, pourtant, ne peut être dit ni vrai ni faux et, de plus, constitue l'exécution d'une action qui ne se limite pas à l'acte de dire quelque chose :

> « Toutes les énonciations que nous allons voir présenteront, comme par hasard, des verbes bien ordinaires, à la première personne du singulier de l'indicatif présent, voix active. Car on peut trouver des énonciations qui satisfont ces conditions et qui, pourtant,
> A) ne « décrivent », ne « rapportent », ne constatent absolument rien, ne sont pas « vraies ou fausses » ; et sont telles que
> B) l'énonciation de la phrase est l'exécution d'une action (ou une partie de cette exécution) qu'on ne saurait, répétons-le, décrire *tout bonnement* comme étant l'acte de dire quelque chose »[124].

Austin donne ensuite quelques exemples à propos desquels il affirme qu' « on sera déçu », tant ils semblent communs : « "Oui [je le veux] (c'est-à-dire je prends cette femme comme épouse légitime)" – ce "oui" étant prononcé au cours de la cérémonie du mariage » ; « "Je baptise ce bateau le *Queen Elizabeth*" – comme on dit lorsqu'on brise une bouteille contre la coque » ; « "Je donne et lègue ma montre à mon frère" comme on peut lire dans un testament » ; « "Je vous parie six pence qu'il pleuvra demain" »[125] ; etc.

Ces phrases qui ne sont ni vraies, ni fausses, qui ne démontrent pas, qui ne décrivent pas ce qu'elles font, ni n'affirment qu'elles le font, mais qui *font* simplement, Austin

[124] J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, p. 40.
[125] *Ibid.*, pp. 40-41.

propose de les appeler des *phrases performatives* ou énonciations performatives, « ou – par souci de brièveté – un “performatif” »[126], par référence au verbe anglais *to perform*, « qui indique que produire l'énonciation est exécuter une action »[127]. La plupart du temps toutefois, il n'est pas suffisant de *prononcer* des mots pour *faire* quelque chose. Ainsi, deux comédiens qui se jurent fidélité sur une scène de théâtre ne seront pas valablement mariés. « Pour baptiser un bateau, il est essentiel que je sois la personne désignée pour le faire ; [...] pour me marier (chrétiennement), il est essentiel que je ne sois pas déjà marié avec une femme vivante, saine d'esprit et non divorcée, etc. Pour qu'un pari ait été engagé, il est nécessaire en général que la proposition du pari ait été acceptée par un partenaire (lequel a dû faire quelque chose, dire “D'accord !”, par exemple) »[128], etc. Ces quelques exemples montrent que l'énonciation n'est pas suffisante, « elle est loin de constituer d'ordinaire – si jamais elle le fait – l'*unique* élément nécessaire pour qu'on puisse considérer l'acte comme exécuté »[129]. Outre une énonciation adéquate, il faut se trouver dans des circonstances appropriées ; il faut que les mots soient prononcés d'une certaine façon, par certaines personnes, parfois en un certain lieu, voire en un certain temps, etc. Ainsi, le performatif ne peut être évalué en termes de vérité ou de fausseté mais en termes de réussite (ou encore de succès) ou d'échec – la réussite du performatif requérant la réunion des éléments que nous venons d'exposer.

44. Les limites de la distinction entre constatif et performatif. La distinction ainsi tracée entre constatif et performatif atteint toutefois rapidement ses limites. Elle s'avère floue, peu opératoire. En effet, « dire par exemple “le chat est sur le paillasson”, est-ce seulement se livrer à une description où l'unique problème serait celui, “scientifique”, de savoir si elle est vraie ou fausse, et donc s'il y a bien dans le monde un chat qui est effectivement sur un paillasson ? »[130]. En réalité, affirmer que le chat est sur le paillasson peut remplir plusieurs fonctions. Selon le contexte, cette affirmation qui semble, de prime abord, n'être qu'une simple

[126] *Ibid.*, p. 41.
[127] *Ibid.*, p. 42.
[128] *Ibid.*, p. 43.
[129] *Ibid.*
[130] O. CAYLA, « Austin John Langshaw », *op. cit.*, p. 17.

description d'un état de fait peut produire un effet semblable à celui d'un performatif. Ainsi, il est possible que la personne qui dit « le chat est sur le paillasson » n'entende pas seulement décrire une réalité mais ait plutôt pour objectif de « *consoler* [son interlocuteur] (car il se plaignait d'avoir perdu son chat), de le *renseigner* (il demandait par curiosité où était le chat), de lui adresser un *reproche* (étant sur le paillasson parce que laissé sans surveillance, le chat s'est crotté et risque de salir toute la maison), etc. »[131]. Selon le contexte de l'énonciation, selon la personne qui émet le discours, selon ses qualités, son autorité, etc., « le chat est sur le paillasson » pourra se vérifier en termes de vérité ou de fausseté (il s'agirait d'un énoncé *seulement* constatif) mais aussi en termes de réussite ou d'échec (le même discours revêtant alors une *dimension* performative). Il conviendra alors de vérifier que la personne à qui l'on s'adressait a été effectivement consolée en apprenant que le chat qu'elle croyait perdu était en réalité sur le paillasson, informée du fait que le chat qu'elle cherchait était sur le paillasson ou touchée par le reproche d'avoir laissé le chat s'étendre sur le paillasson.

Ainsi, la distinction entre constitutifs et performatifs qui ouvrait *Quand dire, c'est faire* doit être remise en question : « [p]our Austin, produire un énoncé constatif, c'est en même temps procéder à un acte performatif. Le constatif et le performatif ne s'opposent pas mais au contraire se conjuguent, mieux même : s'entremêlent »[132].

Si donc « la performativité est inhérente à tout acte de discours »[133], y compris aux discours qui se présentent comme simplement descriptifs, l'alternative constatif-performatif perd sa pertinence et il convient dès lors de chercher d'autres concepts qui assument cette double fonction du discours. Tout discours, même s'il semble simplement constatif et, même si son locuteur n'a qu'une ambition descriptive, recèle en lui une dimension performative, au moins potentiellement. La distinction opérée en début d'ouvrage entre constatif et performatif n'avait qu'un objectif didactique et visait à faire émerger d'autres distinctions qu'il nous faut maintenant

[131] *Ibid*.
[132] *Ibid*.
[133] *Ibid*.

aborder. Retenons déjà à ce stade que tout discours, même s'il prétend seulement décrire, a bien un effet performatif. Tout discours, en dernière instance, agit sur le monde, même s'il prétend seulement le décrire.

45. Les dimensions locutoire et illocutoire de tout acte de langage. Le couple de concepts qu'Austin substitue à sa première distinction ne se présente pas sous la forme d'une alternative mais de deux modalités d'*un même discours* : d'une modalité binaire du langage exprimée sous la forme d'une alternative relativement simple, on glisse vers une double nature inhérente à tout acte de langage. Il s'agit de déceler dans tout acte de langage une dimension *locutoire*, une dimension *illocutoire* ou même – l'expression parle d'elle-même – une *force illocutoire*. Le niveau locutoire est « le niveau *sémantique* du sens linguistique d'un *énoncé* »[134]. C'est, par exemple, « le sens de la locution "le chat est sur le paillasson", qu'on dégage par application des règles lexicales et grammaticales de la langue »[135]. L'acte illocutoire, lui, est l'« acte effectué *en* disant quelque chose, par opposition à l'acte *de* dire quelque chose »[136] et cet aspect du discours est central « car savoir, par exemple, si l'énonciation "le chat est sur le paillasson" doit être comprise comme ayant la force d'un renseignement, d'une consolation ou d'un reproche, est sans doute ce qui importe le plus à l'interlocuteur, qui cherche à établir "où veut en venir" celui qui lui adresse la parole dans ces termes, avant de décider d'accepter ou non de valider sa prétention à le renseigner, le consoler ou à lui faire un reproche »[137]. Par souci d'exhaustivité, bien que ce dernier concept serve moins directement notre propos, relevons encore qu'Austin dégage une troisième dimension, dite *perlocutoire*, des actes de langage. Il s'agit de l'effet *réellement* produit sur le destinataire de l'acte locutoire. Austin note à cet égard que « dire quelque chose provoquera souvent – le plus souvent – certains effets sur les sentiments, les pensées, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore. Et l'on peut parler dans le dessein, l'intention, ou le propos de susciter ces effets. Compte tenu de cela,

[134] *Ibid.*, p. 18.
[135] *Ibid.*
[136] *Ibid.*, p. 113.
[137] *Ibid.*, pp. 18-19.

nous pouvons dire que celui qui a parlé a produit un acte qui ou bien ne renvoie qu'indirectement à l'acte locutoire ou illocutoire (C.*a*) ou bien n'y renvoie pas du tout (C.*b*) »[138]. Il avance alors quelques exemples qui permettent de mieux appréhender les trois dimensions d'un seul acte de langage :

> « (E.1) Acte (A) – locutoire
> Il m'a dit « Tire sur elle ! », voulant dire par « tire » tire, et se référant par « elle » à *elle*.
> Acte (B) – illocutoire
> Il me pressa (ou me conseilla, ou m'ordonna, etc.) de tirer sur elle.
> Acte (C.*a*) – perlocutoire
> Il me persuada de tirer sur elle.
> Acte (C.*b*)
> Il parvint à me faire (ou me fit, etc.) tirer sur elle.
>
> (E.2) Acte (A) – locutoire
> Il me dit : « Tu ne peux faire cela ».
> Acte (B) – illocutoire
> Il protesta contre mon acte.
> Acte (C.*a*) – perlocutoire
> Il me dissuada, me retint.
> Acte (C.*b*)
> Il m'arrêta, me ramena au bon sens, etc.
> Il m'importuna »[139].

46. Conséquence : la remise en cause de la prétendue pureté de toute science. Avec Olivier Cayla, on relèvera que l'analyse d'Austin promeut « un foncier scepticisme devant la prétention à l'autonomie de la science »[140]. En effet,

> « une telle théorie véhicule [...] nécessairement l'idée que la signification d'un discours ne s'épuise pas dans le seul sens locutoire de son énoncé, même s'il est apparemment le plus descriptif et impersonnel possible, comme l'énoncé que produit la science, du type "si l'on chauffe l'eau à 100°, alors elle bout". Ce qui revient à dénier au discours scientifique sa capacité à se retrancher dans la sphère étanche du monde purement descriptif (ou constatif), c'est-à-dire dans l'émission de jugements de fait purs de tout jugement de valeur, validables en termes de pure vérité et nullement d'autorité »[141].

La prétention à la *pureté* qu'ont parfois émise les sciences se voit dès lors remise en cause. Toute science ou théorie *pure* – tout discours qui prétendrait être

[138] J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, *op. cit.*, p. 114.
[139] *Ibid.*
[140] O. CAYLA, « Austin John Langshaw », *op. cit.*, p. 19.
[141] *Ibid.*

parfaitement indépendant de contraintes externes – peut désormais faire face à un *scepticisme étayé*. Il en va notamment (et peut-être même particulièrement) ainsi d'une *théorie pure du droit*, comme nous allons le voir à présent.

Section 2. Le réel à l'épreuve du langage du droit : la qualification et la mise en catégories du monde

> « Hector : Tu vas donc, et sur-le-champ, me trouver une thèse qui permette à notre Sénat de dire qu'il n'y a pas eu manquement de la part de nos visiteurs, et à nous, hermines immaculées, de les recevoir en hôtes.
> Demokos : Quelle est cette plaisanterie ?
> Busiris : C'est contre les faits, Hector.
> Hector : Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.
> Busiris : Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne.
> Hector : Je te demande, moi, une interprétation. C'est plus juridique encore.
> Busiris : C'est contre ma conscience.
> Hector : Ta conscience a vu périr Ophéa, périr Magnésie, et elle envisage d'un cœur léger la perte de Troie ?
> Hécube : Oui. Il est de Syracuse.
> Hector : Je t'en supplie, Busiris. Il y va de la vie de deux peuples. Aide-nous.
> Busiris : Je ne peux vous donner qu'une aide, la vérité.
> Hector : Justement. Trouve une vérité qui nous sauve. Si le droit n'est pas l'armurier des innocents, à quoi sert-il ? Forge-nous une vérité. D'ailleurs, c'est très simple, si tu ne la trouves pas, nous te gardons ici tant que durera la guerre.
> Busiris : Que dites-vous ?
> Demokos : Tu abuses de ton rang, Hector !
> Hécube : On emprisonne le droit pendant la guerre. On peut bien emprisonner un juriste.
> Hector : Tiens-le-toi pour dit, Busiris. Je n'ai jamais manqué ni à mes menaces ni à mes promesses. Ou ces gardes te mènent en prison pour des années, ou tu pars ce soir même couvert d'or. Ainsi renseigné, soumets de nouveau la question à ton examen le plus impartial.
> Busiris : Évidemment, il y a des recours.
> Hector : J'en étais sûr.
> [...] »[142].

47. La force des mots du droit. Au rang des performatifs – ou, plus précisément, des actes de langage dotés d'une *force illocutoire efficace* –, il semble que le discours juridique tienne une place privilégiée. Le droit, dit-on parfois, est le royaume du performatif. Il est « la limite vers laquelle tend l'énoncé performatif »[143].

[142] J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, *op. cit.*, pp. 120-121.
[143] P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 21.

La norme juridique est un discours qui entend modeler le monde, le rendre adéquat à ses prescriptions, homogénéiser pour créer un monde commun (un monde normé, c'est-à-dire un monde normal[144]) : en un mot, la loi *ordonne*. Cela signifie qu'elle dit ce qui *doit être* mais aussi qu'elle *met en ordre*, qu'elle *classe*, qu'elle *ordonnance*. Le discours juridique contemporain « se caractérise avant tout comme un discours essentiellement prescriptif, énoncé sur le mode du commandement, et ressortissant de la sorte à la sphère des énoncés "pratiques", insusceptibles d'être validés, à l'instar de ceux de la science, en termes de vérité-fausseté »[145]. La norme, en effet, commande un certain comportement, impose de faire ou de ne pas faire. Toutefois, ces énoncés prescriptifs ne peuvent exister que si leur sens a été préalablement précisé ; que si les potentialités infinies du monde réel ont préalablement été neutralisées et réduites à des catégories juridiques limitées. Aussi, le discours prescriptif du droit implique nécessairement un discours descriptif qui, par le cloisonnement du réel qu'il opère, modèle déjà la réalité.

48. Hans Kelsen et le droit comme prescription. Pour le célèbre juriste allemand Hans Kelsen, auteur d'une *Théorie pure du droit*, la norme juridique relève du *Sollen*, c'est-à-dire du *Devoir-être*. Le mot *norme* « exprime l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire, en particulier qu'un homme *doit* se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui »[146]. La

[144] « Lorsqu'elle consacre sous la forme d'un ensemble formellement cohérent de règles officielles et, par définition, sociales, "universelles", les principes pratiques du style de vie symboliquement dominant, la norme juridique tend à *informer* réellement les pratiques de l'ensemble des agents, par-delà les différences de condition et de style de vie : l'effet d'universalisation, que l'on pourrait appeler aussi *effet de normalisation*, vient redoubler l'effet de l'autorité sociale qu'exercent déjà la culture légitime et ses détenteurs pour donner toute son efficacité pratique à la contrainte juridique. Par la promotion ontologique qu'elle opère en transmuant la régularité (ce qui se fait régulièrement) en règle (ce qu'il est de règle de faire), la normalité de fait en normalité de droit, la simple *fides* familiale, qui repose sur tout un travail d'entretien de la reconnaissance et du sentiment, en droit de la famille, armé de tout un arsenal d'institutions et de contraintes, sécurité sociale, allocations familiales, etc., l'institution juridique contribue sans doute *universellement* à imposer une représentation de la normalité par rapport à laquelle toutes les pratiques *différentes* tendent à apparaître comme *déviantes*, anomiques, voire anormales, pathologiques (spécialement lorsque la "médicalisation" vient justifier la "juridicisation") » (P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, vol. 64, p. 16).

[145] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1994, p. 3.

[146] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 63. Si notre travail se donne une ambition, c'est peut-être d'abord celle de penser globalement à partir de différentes

signification que Kelsen donne au *Sollen* est plus large que celle du langage ordinaire puisque, outre le devoir (*Sollen*), le terme englobe également le fait d'avoir le droit (*Dürfen*) et d'avoir le pouvoir (*Können*). En effet, « aussi bien que commander, une norme peut permettre et, en particulier, donner pouvoir »[147], si bien qu'« une "norme" est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »[148]. La norme est, écrit encore Kelsen, la signification objective d'un *acte de volonté*. En effet, rien n'indique que le destinataire de la norme se conformera effectivement à son contenu mais, en toute hypothèse, il saura que tel comportement est attendu[149]. « Celui qui ordonne, permet ou habilite, veut ; celui à qui le commandement s'adresse ou celui à qui est donnée la permission ou l'habilitation doivent (*sollen*) »[150].

Le *Sollen* – le *Devoir-être* – doit être pensé par opposition au *Sein* – à l'Être. La distinction entre ces deux modes n'appelle pas d'approfondissements importants pour Kelsen puisque, selon lui,

> « la différence entre *Sein* et *Sollen*, "être" et "devoir" ou "devoir être", ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate. Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela "est", – c'est l'assertion qui décrit un fait positif – est essentiellement différente de la

disciplines, sans dénaturer l'approche juridique qui reste prépondérante. Ainsi, l'intrication disciplinaire se fait aussi par les auteurs mobilisés : si Bourdieu commente Kelsen, c'est bien qu'un sociologue peut jeter un certain regard sur une théorie qui, pourtant, se veut *pure*. Cette intrication des disciplines passe par le travail souterrain des notes de bas de page : si celles-ci méritent une attention toute particulière dans le cadre de la recherche juridique en ce qu'elles recèlent la vie dont est nourrie toute théorie (voy. *infra*, n° 210 et s.), elles s'avèrent précieuses également en matière de décloisonnement disciplinaire. Si Bourdieu travaille déjà certains passages – presqu'insidieusement –, c'est pour mieux jaillir à la surface. Nous aurons alors montré que les disciplines ne peuvent jamais être « pures » – manière de penser l'impureté fondamentale de toute démarche scientifique à nos yeux convaincante. Dans le cas de Bourdieu, nous passerons d'une présence souterraine à l'exposé au grand jour d'une « théorie », avant de voir – précisément – que cette théorie doit être remise en cause ou, du moins, prolongée, à nouveau à cause de notes de bas de page – celles dont Bourdieu se réclamera chez Cassirer et qui, pourtant, n'existent pas.

[147] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962, p. 7.

[148] *Ibid.*, p. 7.

[149] C'est la menace de sanction qui permet au destinataire de la norme de comprendre l'intention de l'auteur de l'acte de volonté. Le mode d'administration de la sanction permet de distinguer la norme juridique de la norme morale ou religieuse. Dans le cas d'un commandement juridique, la sanction est immanente et organisée, alors que, dans le cas d'un commandement moral, elle est immanente mais inorganisée et, dans le cas d'un commandement religieux, elle est organisée mais transcendante. Voy. *Ibid.*, pp. 33 et s. et O. CAYLA, « Kelsen Hans », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 324-325.

[150] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 6.

> proposition que quelque chose “doit être”, – c’est l’assertion qui décrit une norme ; et personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu’inversement de ce quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est »[151].

Ce dualisme entre *indicatif* et *normatif* n’est toutefois pas absolu pour Kelsen. Quelque chose qui *est* peut être érigé en norme, faisant ainsi tendre le *Sollen* vers le *Sein*. En revanche, « la formule qu’un *Sein* correspond à un *Sollen* n’est pas tout à fait correcte ; en vérité, ce n’est pas le *Sein* qui correspond au *Sollen* ; c’est le “quelque chose” qui, une fois, “est”, qui correspond au “quelque chose” qui, l’autre fois, doit être, – ce “quelque chose” que l’on peut, d’un terme figuré, qualifier de contenu du *Sein* ou de contenu du *Sollen* »[152]. En d’autres termes, l’adéquation entre un état de fait et le contenu d’une norme est purement contingente, elle n’a rien de nécessaire. À cet égard, on relève la contradiction radicale qui oppose la position kelsénienne (positiviste) aux positions platonicienne et aristotélicienne (naturalistes) examinées *supra*[153].

La norme, pour Kelsen, est donc du côté du *Sollen*. Il convient encore de préciser que, pour être érigé en norme, le *Sollen* doit avoir une signification objective et, dès lors, ne peut se réduire à une signification seulement subjective. Ainsi, si un homme tente, sans qualité ni habilitation particulière, d’obtenir une conduite d’autrui, la signification de son acte de volonté est seulement subjective. Pour être qualifiée d’objective, la conduite que l’acte de volonté vise à obtenir doit être considérée comme devant avoir lieu non seulement du point de vue de l’individu qui pose l’acte mais également du point de vue de tiers désintéressés[154].

49. L’impureté nécessaire d’une science du droit à vocation *purement descriptive*. Toutefois, si, dans la théorie développée par Kelsen, la norme juridique est toujours un *Devoir-être* qui n’accorde qu’une place aléatoire à une éventuelle

[151] *Ibid.*, pp. 7-8.
[152] *Ibid.*, p. 8.
[153] N° 23 et s.
[154] *Ibid.*, pp. 10-11.

correspondance de celle-ci et de l'Être ; si, en d'autres termes, le droit est toujours seulement *prescriptif* et jamais descriptif, l'ordre de discours où lui, Kelsen, se tient, est avant tout d'ordre épistémologique et, donc, d'ordre descriptif. « Le purisme de son projet, écrit Olivier Cayla, consiste à tâcher de penser beaucoup moins le droit pur qu'une théorie du droit qui soit pure, c'est-à-dire une *science du droit* qui soit *purement scientifique* »[155]. Ainsi, pour Kelsen, si le droit est seulement prescriptif, le discours qu'il porte sur celui-ci se veut uniquement descriptif. En tant que juspositiviste, il tente de « fonder la connaissance scientifique du droit, de manière à ce que le discours tenu à son sujet apparaisse comme un discours authentiquement descriptif, à l'instar de celui des sciences de la nature, et ne soit donc plus ce discours éminemment prescriptif tenu par la doctrine qui, au lieu de se contenter de dire ce qu'est le droit en vigueur, prétend plutôt statuer sur ce qu'il devrait être »[156].

Or, nous avons vu les redoutables difficultés théoriques que pose une prétention à la description pure au regard de la philosophie contemporaine du langage et, en particulier, de la théorie des actes de langage d'Austin. Olivier Cayla ne manque pas à cet égard de relever que

> « l'ironie est que Kelsen, notamment dans la *Théorie générale des normes* [...], tout en identifiant, à l'instar d'Austin, l'existence d'un problème de liaison entre le descriptif et le prescriptif, tout en s'arrêtant devant plusieurs cas gênants de manifeste pollution d'une activité de connaissance qui se prétend pure par une activité normative de la volonté, n'en tire pourtant aucune conclusion théorique et, sans parvenir à rendre compte des raisons de son entêtement, demeure inébranlable dans la foi aveugle qu'il voue au principe logique de la "loi de Hume" [, c'est-à-dire l'idée fondamentale du positivisme juridique selon laquelle être et devoir être – description et prescription – sont radicalement incommensurables l'un à l'autre] »[157].

50. La *qualification* : nécessaire *description* en amont de toute *prescription*. Selon Kelsen, nous l'avons vu, la norme juridique ne peut que

[155] O. CAYLA, « Kelsen Hans », *op. cit.*, p. 322.
[156] *Ibid.*
[157] *Ibid.*, pp. 331-332.

prescrire : elle dit ce que le monde doit être et non ce qu'il est[158]. Pourtant, à côté de la prescription – ou, plus exactement, en amont de celle-ci –, une part importante, voire essentielle, du travail du juriste consiste à *décrire,* car « rien ne pourrait être prescrit si rien n'était ainsi préalablement décrit »[159]. Avant de dire ce qui *doit être*, le juriste doit dire ce qui *est* ; il doit *qualifier*, c'est-à-dire faire correspondre des faits (des actes, des objets, des mots…) à des catégories juridiques. Il doit déjà analyser la réalité pour dire *ce qu'elle est aux yeux du droit*.

Avant de *prescrire*, la pratique du droit impose donc de *décrire*. Confronté à un objet, il convient dans un premier temps de dire ce qu'il est en recourant aux catégories forgées par le droit lui-même : on ne pourra pratiquer une saisie-contrefaçon – aussi appelée très à propos « saisie-description » – qu'après avoir dit qu'une image reproduite *est*, du moins *prima facie*, une œuvre protégée par le droit d'auteur[160], quitte à contester cette première qualification dans un second temps. L'objectif d'une telle saisie n'est d'ailleurs pas de retirer les objets litigieux du marché mais de procéder à leur *description* afin d'établir, le cas échéant, leur caractère contrefaisant[161]. Avant de prescrire quoi que ce soit, le Code judiciaire met donc à disposition des parties les outils permettant de décrire. Ce n'est qu'après que le droit

[158] Contre la conception aujourd'hui dominante de la norme comme prescription, un courant aux accents jusnaturalistes envisage la norme comme un constat de l'état de la société. Ainsi, Jean Ray, dans son *Essai sur la structure logique du code civil français* paru en 1926 relève « qu'un droit tel que celui qui s'exprime dans le code ne se borne pas à des prescriptions impératives ; qu'il exprime des ensembles systématisés ; qu'il n'est pas toujours création mais parfois constatation. Mais ce qu'il faut bien voir, c'est que cette forme énonciative n'est pas un accident ou une fantaisie : c'est la manifestation naturelle d'un état du droit arrivé à un certain moment de son évolution » (J. RAY, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926, p. 45).

[159] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *op. cit.*, p. 3.

[160] Art. 1369 bis/1, §3, 1) C. jud. : « Le président, statuant sur une requête visant à obtenir des mesures de description, examine : 1) si le droit de propriété intellectuelle dont la protection est invoquée est, selon toutes apparences, valable […] ».

[161] Art. 1369 bis/1, §1er C. jud. : « Les personnes qui, aux termes d'une loi relative aux brevets d'invention, certificats complémentaires de protection, droit d'obtenteur, topographies de produits semi-conducteurs, dessins et modèles, marques, indications géographiques, appellations d'origine, droit d'auteur, droits voisins ou droit des producteurs de bases de données sont habilitées à agir en contrefaçon, peuvent, avec l'autorisation, obtenue sur requête, du président du tribunal de l'entreprise et du président du tribunal de première instance, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, faire procéder en tous lieux, par un ou plusieurs experts que désignera ce magistrat, à la description de tous les objets, éléments, documents ou procédés de nature à établir la contrefaçon prétendue ainsi que l'origine, la destination et l'ampleur de celle-ci […] ».

a établi ce qui est (s'agit-il bien d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ?) que l'auteur de l'œuvre contrefaite pourra se prévaloir de prérogatives particulières qui permettront de dire ce qui *doit être* (un tiers ne *doit pas* utiliser son œuvre sans son consentement, ce tiers *doit* rémunérer l'utilisation qu'il fait de l'œuvre…). Cette activité simplement descriptive en apparence mais en réalité déjà éminemment prescriptive, est un traitement préalable indispensable à l'appréhension de tout problème juridique.

La réalité soumise au juriste ne peut se dire au singulier. Celle-ci est toujours le fruit d'interactions complexes, de compromis, d'intérêts divergents, de points de vue variés ; elle est toujours enchâssée dans des réseaux, toujours composée de mailles – c'est-à-dire d'éléments qui ne tiennent et n'existent qu'en rapport avec d'autres éléments. Hors des murs de la théorie, un problème n'est jamais « pur ». Dès lors, « la réflexion des juristes ne saurait se limiter à une constatation brute et empirique des réalités de la vie qu'il leur appartient d'appréhender et de traiter, car celles-ci se présentent de manière spontanée, dispersée, désordonnée et sans cohérence »[162]. Il s'agit, ainsi que le note Pierre Bourdieu, de « réduire la réalité à sa définition juridique, cette fiction efficace »[163]. Cette lecture sélective du monde et l'acte de nomination qui en découle consiste dans l'exercice de *qualification*.

Qualifier, c'est donc traduire les faits en droit, subsumer des données factuelles sous des catégories juridiques ; qualifier c'est « confronter les faits établis à des cas de figure, à des concepts, régis par des règles de droit, pour connaître ceux auxquels ils s'identifient et donc la ou les règles juridiques correspondantes qui doivent leur être appliquées »[164].

51. La nécessité de *définir* avant de *qualifier*. L'exercice de qualification, mouvement du concret à l'abstrait, ne peut toutefois intervenir qu'après avoir déterminé le sens des concepts mobilisés. Avant de qualifier, il convient donc de

[162] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis droit, Paris, PUF, 2001, p. 111.
[163] P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 11.
[164] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 103.

définir. Les textes juridiques mobilisent de nombreux concepts qui ont un sens particulier, différent de celui que leur donnent le langage ordinaire ou d'autres discours spécifiques. Ainsi, avant de qualifier une image d'œuvre au sens du droit d'auteur, il convient de définir cette notion. Il existe un rapport d'antériorité logique et chronologique de la définition sur la qualification[165].

« La définition, note Gérard Cornu, est référence, la qualification rattachement : la définition modèle, la qualification action comparative ; la définition position, la qualification mouvement ; la définition est affirmation générale en attente, la qualification raisonnement d'interprète en un cas particulier ; l'une est la pierre, l'autre le lancement »[166]. Les pierres, si elles semblent éternelles, subissent l'action de leur environnement. L'érosion, le temps les façonnent. De même, les définitions, les catégories juridiques, ne sont pas figées dans le marbre des concepts. Elles sont façonnées, modelées, par ceux qui les mobilisent. Elles n'existent, en outre, généralement pas indépendamment de définitions concurrentes proposées par d'autres types de discours.

Ainsi, si le droit d'auteur mobilise la notion d'œuvre – sans, du reste, la définir explicitement[167] –, les discours philosophique, artistique, sociologique, etc., ont également proposé des définitions de la même notion. Si le droit prétend, dans un premier temps, dire ce que sont les choses en définissant ses propres concepts et, dans un second temps, assurer la traduction des faits dans « la grille conceptuelle des catégories juridiques, en recomposant le tableau de la "nature naturelle" pour peindre celui d'une "nature juridique" »[168], il n'est pas le seul à prétendre dire ce que sont les choses. Les discours moraux, religieux, politiques, philosophiques, esthétiques, scientifiques, etc., proposent chacun une vérité.

52. Concurrence des définitions juridiques avec d'autres discours à vocation descriptive. À la question de savoir comment, face à cette diversité de discours prétendant *dire le vrai*, accéder à la connaissance du « vrai », Olivier Cayla

[165] G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 271.
[166] *Ibid.*, p. 270.
[167] Voy. *infra*, n° 63.
[168] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *op. cit.*, p. 4.

affirme qu'« il n'est pas exclu [...] que le droit apparaisse comme nanti de moyens efficaces de faire prévaloir son point de vue au travers de ses qualifications juridiques, bien que pas forcément de la manière la plus "pure" qui soit »[169]. Entre plusieurs définitions concurrentes, le droit est susceptible de détenir le privilège du dernier mot[170].

Cette efficacité du juridique tient à ce qu'il ne construit pas ses définitions en pur colloque singulier. Les avis d'experts sont, bien sûr, fréquemment sollicités et pris en compte, conférant au juge ou au législateur une apparence de neutralité mais, plus fondamentalement, la qualification donnée par le droit à un fait, le nom attribué à une chose, n'est jamais exempte de déterminations « foncièrement politiques »[171]. Pas plus que la loi ne dresse une image du monde conforme à une vérité préexistante, le juge ne rend pas une décision dictée par la seule force logique du syllogisme. Le prétoire est un lieu de rencontre et de confrontation de points de vue opposés et, parfois, contradictoires.

La qualification retenue dans un tel contexte est déjà une prise de position partiale sur la réalité ; il s'agit de l'adoption d'un certain prisme, au détriment d'un autre. Dire qu'une image est une œuvre au sens du droit d'auteur, c'est déjà dire qu'elle mérite ce statut et, dès lors, un régime juridique favorable[172]. Confrontée à d'autres discours

---

[169] *Ibid.*, p. 4.

[170] Voy. *infra*, n° 205 et s.

[171] O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *op. cit.*, p. 10.

[172] « [...] toute qualification se ramène à un fondamental acte d'*évaluation*, c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui "*revient"* à la chose, mais que "*mérite*" la chose, ou encore qui "convient" non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on *veut* lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques, et que dès lors elle tienne son caractère juridique non pas de son contenu, malheureusement impur, mais seulement de l'autorité étatique de son auteur, est largement confirmé pas les diverses contributions [du numéro de *Droits* consacré à la qualification dont ce texte constitue l'introduction] : c'est en fonction du résultat pratique souhaité qu'il est *décidé* si un objet *mérite*, en matière de droit d'auteur, le nom d' "œuvre", ce qui ne saurait s'apprécier sans aucun jugement de valeur esthétique (A. Strowel), ou en droit du travail le nom de "grève", ce qui suppose une certaine conception politique en matière d'ordre social (G. Lyon-Caen), ou en droit international privé le nom de "situation internationale" (B. Audit), etc. C'est encore pour des raisons hautement stratégiques aisément identifiables que la Cour de cassation a modifié finalement en 1992 les critères, pourtant par elle-même initialement dégagés en 1985, du crime contre l'humanité, afin d'éviter prudemment d'avoir à qualifier, et donc apprécier, comme a pourtant dû le faire la chambre d'accusation de la cour d'appel, la nature du régime de Vichy, tant il est vrai qu'il est impossible, malgré qu'on en ait [*sic*], d'épargner à la qualification juridique l'impureté d'une qualification historique, seulement parce que, comme l'herméneutique gadamérienne l'a parfaitement dégagé en privilégiant d'ailleurs le paradigme du processus de l' "application" en droit pour l'illustrer, il n'est pas

portant sur le même objet, la vérité énoncée par le droit a pour elle un arsenal de rituels, un habillage tout particulier, un ensemble d'acteurs et de références qui lui confèrent le statut de vérité *officielle*. Le discours juridique comme vérité d'État bénéficie d'un avantage incontestable sur les autres discours dont, par ailleurs, il se sert pour asseoir sa légitimité. À cet égard, Michel Foucault, dans sa leçon inaugurale au Collège de France, relève que

> « [c]ette volonté de vérité ainsi appuyée sur un support et une distribution institutionnelle, tend à exercer sur les autres discours – je parle toujours de notre société – une sorte de pression et, comme un pouvoir de contrainte. Je pense à la manière dont la littérature occidentale a dû chercher appui depuis des siècles sur le naturel, le vraisemblable, sur la sincérité, sur la science aussi – bref sur le discours vrai. Je pense également à la manière dont les pratiques économiques, codifiées comme préceptes ou recettes, éventuellement comme morale, ont depuis le XVI^e^ siècle cherché à se fonder, à se rationaliser et à se justifier sur une théorie des richesses et de la production ; je pense encore à la manière dont un ensemble aussi prescriptif que le système pénal a cherché ses assises ou sa justification, d'abord, bien sûr, dans une théorie du droit, puis à partir du XIX^e^ siècle dans un savoir sociologique, psychologique, médical, psychiatrique : comme si la parole même de la loi ne pouvait plus être autorisée, dans notre société, que par un discours de vérité »[173].

53. La performativité du discours juridique et les actes d'État. Pourtant, le discours du droit est lui-même érigé en discours de vérité. C'est lui qui *met en forme* le monde précisément parce qu'il y *met les formes*. C'est parce qu'il respecte une procédure établie, qu'il agit dans certains lieux, qu'il possède certains diplômes, etc., que le juriste est en mesure d'agir sur le monde[174]. Ainsi, l'aspect *performatif* du discours juridique est indissociable de la *performance* qui l'accompagne.

---

de *narration* des faits envisageables, au sein d'un acte de témoignage, qui ne s'accompagne d'une immanquable *reconstruction*, dans la forme d'une *historia* (J.-M. Ferry) » (*ibid.*, pp. 10-11).

[173] M. FOUCAULT, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971, pp. 20-21.

[174] Du reste, le discours juridique a toujours tenu une place privilégiée au rang des *discours vrais*. Michel Foucault note à cet égard : « Car, chez les poètes grecs du VI^e^ siècle encore, le discours vrai – au sens fort et valorisé du mot – le discours vrai pour lequel on avait respect et terreur, celui auquel il fallait bien se soumettre, parce qu'il régnait, c'était le discours qui disait la justice *et attribuait à chacun sa part* [nous soulignons] ; c'était le discours qui, prophétisant l'avenir, non seulement annonçait ce qui allait se passer, mais contribuait à sa réalisation, emportait avec soi l'adhésion des hommes et se tramait ainsi avec le destin. Or voilà qu'un siècle plus tard la vérité la plus haute ne résidait plus déjà dans ce qu'*était* le discours ou dans ce qu'il *faisait*, elle résidait dans ce qu'il *disait* : un jour est venu où la vérité s'est déplacée de l'acte ritualisé, efficace, et juste, d'énonciation, vers l'énoncé lui-même : vers son sens, sa forme, son objet, son rapport à sa référence » (*ibid.*, p. 17).

Performance qui nécessite des acteurs, bien sûr, mais aussi un décor, une occupation particulière de l'espace public. Les acteurs, Kelsen l'écrivait déjà, doivent être habilités pour produire un discours normatif. Ils tiennent en outre leur capacité à parler efficacement d'un diplôme garant d'une culture d'État et, dès lors, d'une culture légitime[175]. En effet, « la culture légitime est la culture garantie par l'État, garantie par cette institution qui garantit les titres de culture, qui délivre les diplômes garantissant la possession d'une culture garantie »[176]. La culture d'État, matérialisée par des actes d'État (un diplôme, un jugement…), permet l'unification du savoir et, en même temps, son universalisation. Ainsi, c'est bien l'enseignement officiel qui, gommant les particularismes régionaux, érige une langue en langue officielle et, peu à peu, en langue unique. « Là où il y avait du divers, du local, écrit Bourdieu, il y a de l'unique »[177]. Si la langue et l'enseignement constituent des exemples éloquents, ils servent avant tout à souligner un aspect essentiel pour le juriste : la machine d'État est d'abord une machine à créer de l'homogène, à classer, à mettre en ordre et en normes. Certes, la détention d'une culture officielle n'habilite qu'à prononcer des vérités officielles. « Ce n'est pas exactement l'équivalent de vérité universelle »[178]. Entre l'officiel et « la réalité », il y a toujours (ou, du moins, le plus souvent) une différence, une discordance marquée, un décalage. Bourdieu fournit à cet égard un exemple frappant d'actualité : « Les frontons des mairies portent les mots "Liberté, Égalité, Fraternité" : c'est un programme, la réalité étant loin de la fiction juridique. Cela dit, cette fiction est opératoire et l'on peut toujours s'y référer, ne serait-ce que pour dire qu'il a un écart entre l'officiel et la réalité ; une des armes de la critique est de confronter un régime à sa vérité officielle pour montrer qu'il n'est pas conforme à ce qu'il dit »[179].

54. La performativité du discours juridique et les textes. En plus de ses acteurs, la performance juridique – du moins dans la tradition continentale –, comme

[175] La légitimité ne doit pas être comprise comme un attribut substantiel. Elle est produite et ne peut, à notre sens, subsister qu'au sein d'un système (par exemple, un ordre juridique) qui la reconnaît et la reproduit. Il ne s'agit nullement de poser ici un jugement de valeur.
[176] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 173.
[177] *Ibid.*, pp. 173-174. Voy aussi P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, *op. cit.*, pp. 25-28.
[178] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 68.
[179] *Ibid.*

les représentations théâtrales ordinaires, nécessite un *texte* qui sert de base à son déroulement, un texte organisé, codifié, c'est-à-dire – précisément – un texte *mis en forme*[180]. Cette mise en forme permet à la norme écrite – au discours juridique – de se distinguer du grand bourdonnement – superposition non organisée, bruissement assourdissant et partant, incompréhensible – des autres discours. La norme juridique neutralise le divers et permet un discours de vérité uniforme à vocation universelle :

> « Le droit exerce une efficacité spécifique, imputable notamment au travail de *codification*, de mise en forme et en formule, de neutralisation et de systématisation, que réalisent, selon les lois propres de leur univers, les professionnels du travail symbolique [...] »[181].

Chaque exercice de qualification, consistant à subsumer des faits – faits qui ne sont, dans ce contexte, rien de moins qu'un discours de vérité particulier, rien de moins qu'un point de vue situé – sous une règle renforce la prétention universelle de celle-ci. Qualifier, c'est déjà interpréter et, dès lors, lire le monde à travers un certain

---

[180] Cette exigence de mise en forme figure au rang des règles présidant à la réforme pénale du XVIII[e] siècle dégagées par Michel Foucault dans *Surveiller et punir*. Afin de rencontrer les exigences de la *Règle de la certitude parfaite*, il convient d'établir un catalogue exhaustif des crimes et des peines qui leurs sont nécessairement associées. Cette entreprise de codification implique d'envisager tous les comportements criminels possibles et de les ranger par famille, dans des codes structurés qui classent les comportements par espèces. Ainsi, à la *Règle de la certitude parfaite*, est jointe la *Règle de la spécification optimale* qui précise l'entreprise de codification : il faut prendre en compte tous les comportements possibles et dresser un vaste tableau par rapport auquel tout homme puisse orienter toute action. « Il faut qu'à l'idée de chaque crime et des avantages qu'on attend, soit associée l'idée d'un châtiment déterminé avec les inconvénients précis qui en résultent ; il faut que de l'un à l'autre, le lien soit considéré comme nécessaire et que rien ne puisse le rompre. Cet élément général de la certitude qui doit donner son efficacité au système punitif implique un certain nombre de mesures précises. Que les lois définissant les crimes et prescrivant les peines soient parfaitement claires, "afin que chaque membre de la société puisse distinguer les actions criminelles des actions vertueuses" [J.P. BRISSOT, *Théorie des lois criminelles*, 1781, t. I, p. 24]. Que ces lois soient publiées, que chacun puisse avoir accès à elles ; finies les traditions orales et les coutumes, mais une législation écrite, qui soit "le monument stable du pacte social", des textes imprimés, placés à la connaissance de tous : "L'imprimerie seule peut rendre tout le public et non quelques particuliers dépositaires du code sacré des lois" [BECCARIA, *Des délits et des peines*, p. 26] » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 113-114). Michel Foucault ajoute : « Pour que la sémiotique pénale recouvre bien tout le champ des illégalismes qu'on veut réduire, il faut que soient qualifiées toutes les infractions ; il faut qu'elles soient classées et réunies en espèces qui ne laissent échapper aucun d'eux. Un code est donc nécessaire et qui soit suffisamment précis pour que chaque type d'infraction puisse y être clairement présent. Dans le silence de la loi, il ne faut pas que se précipite l'espoir de l'impunité. Il faut un code exhaustif et explicite, définissant tous les crimes, fixant les peines » (*ibid.*, pp. 116-117).

[181] P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 14.

prisme, c'est réduire un nombre potentiellement infini de situations à un nombre nécessairement fini de normes. Normer le monde et en réduire la diversité.

55. Précisions quant à l'objet de la recherche dans ses rapports avec la force du discours juridique. Il serait toutefois simpliste et passablement absurde de prétendre que la réalité se limite à sa traduction juridique. On ne peut penser la coexistence des différents types de discours sur les êtres et les choses en affirmant sans nuance la *primauté* du juridique. C'est plutôt sa *spécificité* que nous tentons de cerner. Or, cette spécificité doit sans doute faire place au mouvement, à l'incertitude, à la plasticité des concepts. D'ailleurs, notre recherche n'a pas pour objet d'établir une adéquation artificielle entre deux ordres de discours distincts. Il ne s'agit pas de vérifier que la notion d'« art » en droit est conforme à la réalité de ce concept en dehors du monde du droit ou que, à l'inverse, ce concept est aveuglément calqué sur sa construction juridique. D'une part, le concept d'art est trop indéterminé pour être irrévocablement défini. D'autre part, le droit n'a pas vocation à définir et à qualifier de façon purement gratuite mais à procéder à ces opérations (définition, qualification) en vue d'apporter certaines garanties, d'organiser certaines procédures au profit d'objets qu'il juge particulièrement dignes d'intérêt. Ce qui nous occupe est bien l'impact que les définitions proposées par le droit peuvent avoir en dehors de la sphère juridique ; comment plusieurs discours concurrents portant sur un même objet peuvent cohabiter et, en dernière instance, comment et pourquoi le discours juridique mérite une attention particulière, même en dehors du monde juridique. Le passage du réel par le filtre du discours juridique contribue à « *durcir des statuts* et à donner l'impression que le statut socialement produit (produit d'une opération sociale de jugement) est *inscrit dans l'objet comme une propriété substantielle de l'objet* ("C'est un Poussin" ; "C'est un chef-d'œuvre") »[182]. Lorsqu'on se prononce sur l'*attribution* d'un tableau ou, pour utiliser un vocabulaire symboliquement chargé, lorsqu'on se prononce sur son *authenticité* – le défaut d'authenticité n'étant généralement que l'attribution d'une toile à un autre peintre, moins prestigieux, voire à un *faussaire* –, on affirme (« Ceci est un Poussin »).

[182] B. LAHIRE, *Ceci n'est pas qu'un tableau. Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, Collection Laboratoire des sciences sociales, Paris, La Découverte, 2015, p. 363.

L'affirmation vise à faire advenir une réalité nouvelle (« "Ce tableau que vous preniez pour une vulgaire copie est *en fait* un tableau de Nicolas Poussin" »). Ces énoncés, note Lahire, « sont des actes performatifs le plus souvent déguisés [fût-ce, du reste, sans malice] en énoncés constatifs[183] qui ont le pouvoir de faire exister un tableau autrement qu'il n'existait jusque-là, ou d'en confirmer implicitement le statut en contribuant à durcir ce dernier »[184].

Dans le cas *Maurizio Cattelan*, s'il y a certainement plusieurs manières d'être auteur – maîtrise intellectuelle ou maîtrise artisanale –, les catégories juridiques et les mécanismes décrits ont été amplement mobilisés alors que, *in fine*, le tribunal ne s'est pas penché sur le fond de l'affaire. Avant toute contestation sur le statut d'auteur, il était nécessaire d'admettre que les sculptures litigieuses constituent effectivement des *œuvres* au sens du droit d'auteur, sans quoi cette réglementation n'aurait simplement pas pu être mobilisée. Celui-ci ne s'applique en effet qu'à certains objets qu'il convient dès lors au préalable de qualifier. Cet exercice de qualification nécessite toutefois, comme on l'a vu, un travail de définition préalable. Qu'est-ce qu'une « œuvre » au sens précis du droit d'auteur ? Cette notion s'étend-elle à d'autres domaines juridiques en lien avec un objet artistique ? Cette question sera examinée *infra*[185] mais l'on peut d'ores et déjà souligner que cet exercice n'a rien d'évident et que l'issue d'un litige sera principalement déterminée par le sens que l'on donne à la notion, laquelle a évolué pour peu à peu écarter l'intervention manuelle nécessaire de l'artiste de son spectre. Notre inquiétude de départ trouverait-elle dès lors un apaisement dans l'examen des définitions de la notion d'œuvre d'art par le droit ? La décision de justice – décision performative – dépend-elle seulement de la définition de la notion qu'elle mobilise pour qualifier un objet ou une situation ? En d'autres termes, en ce qui concerne l'œuvre d'art, suffirait-il d'identifier la manière dont celle-ci est définie par le droit pour comprendre en quoi le droit peut modifier sa place dans le monde ? La réalité est évidemment plus

[183] Compte tenu des développements qui précèdent, il serait sans doute plus exacte d'écrire « des actes de langage dotés non seulement d'une dimension locutoire mais aussi d'une force illocutoire, voire d'une force perlocutoire ».
[184] B. LAHIRE, *Ceci n'est pas qu'un tableau. Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, *op. cit.*, p. 361.
[185] N° 63 et s.

nuancée. D'une part, on trouve de multiples définitions juridiques se rapportant à la notion d'œuvre d'art. Il serait dès lors réducteur de chercher à appréhender « l'œuvre d'art au sens du droit », sans plus de précision. D'autre part, il arrive, comme dans le cas *Maurizio Cattelan*, que le juge ne fasse pas reposer sa décision sur l'interprétation d'une notion précise (celle d'œuvre ou d'œuvre d'art, par exemple) mais la fonde sur d'autres éléments, bien qu'il ait néanmoins admis, *prima facie* du moins, que les objets litigieux peuvent bien bénéficier de la protection du droit d'auteur, le reste n'étant que présomptions. Mais, ici encore, ne brûlons aucune étape et voyons comment le droit, conçu ici comme discours spécifique d'appréhension du monde, définit la notion d'œuvre ou d'œuvre d'art, car des affirmations péremptoires ne devraient jamais convaincre personne.

Conclusion du chapitre 1

56. Synthèse des développements qui précèdent. Au terme de ce chapitre, il apparaît clairement que le langage – ordinaire mais aussi, *a fortiori*, juridique – entretient un lien actif avec le monde au sein duquel il se déploie. À une conception selon laquelle le langage ne peut avoir aucune incidence sur ce que sont les choses ou les concepts – dont la teneur serait alors fixée de toute éternité – a succédé une conception selon laquelle parler ne se limite pas à décrire une réalité séparée mais peut, au contraire, façonner cette réalité.

La performativité du langage en général ne pouvait être pensée que dans un cadre théorique particulier, raison pour laquelle il importait de s'attarder sur le passage d'un cadre de pensée réaliste à un cadre de pensée nominaliste. En effet, pour que *dire* puisse aussi être *faire*, il importait de s'affranchir de l'Idée (Platon) comme de la substance (Aristote) et, ainsi, de rendre aux choses et aux concepts une certaine plasticité.

Ces considérations n'avaient de sens pour notre propos que si nous les ramenions au langage juridique et à ses spécificités. Le langage et, plus largement, le raisonnement juridique présentent en effet des particularités qui nous intéressent

directement. Si le discours juridique semble *a priori* essentiellement *prescriptif* (Kelsen), une part importante du travail du juriste est en réalité de nature *descriptive*. Ainsi, pour Kelsen, *Être* et *Devoir-être* ne sont pas irréductibles l'un à l'autre. Avant de dire ce qui doit être, il convient en effet de traduire juridiquement la réalité, c'est-à-dire de *qualifier* juridiquement des situations factuelles : il s'agit de lire l'infinie diversité des cas singuliers au prisme de catégories juridiques par hypothèse limitées. Préalablement à toute qualification intervient en outre un exercice de *définition*. Des faits ne peuvent en effet être qualifiés juridiquement que si, au préalable, un sens précis a été donné aux termes mobilisés dans ce processus.

La théorie des actes de langage d'Austin nous a appris que, dans le domaine du droit, tant la qualification que la définition qui se présentent pourtant comme des énoncés constatifs – il s'agit en effet de donner le sens d'un mot ou d'un concept ou, dans le cas de la qualification, de dire ce que *sont* des faits en droit – sont, en réalité, déjà porteurs d'une certaine efficacité.

On ne pourra par exemple pas trancher la question de la paternité d'œuvres sans d'abord avoir précisé le sens du terme « œuvre » dans le cadre particulier du droit d'auteur. La signification de cette notion n'est, en outre, pas irrévocablement figée et a été forgée au gré de la jurisprudence. Ainsi, le sens des concepts en droit est toujours le résultat d'allers et retours entre le droit lui-même et les faits qui y sont confrontés, si bien que définir et qualifier ne sera pas sans impact sur le sens donné aux concepts et, par conséquent, sur le devenir concret des objets aux prises avec ces concepts.

Si le droit ne fait pas que dire ce qui *doit être* mais, à bien des égards, entend aussi dire ce qui *est* – ce discours ne pouvant donc être réduit à un simple constat objectif –, il importe en outre d'envisager la question de la concurrence du langage du droit avec d'autres types de langage prétendant, eux aussi, poser un simple constat.

Toutefois, avant de chercher à préciser ce qui fait l'efficacité singulière du langage juridique, il convient de se pencher sur la manière dont le droit définit l'œuvre d'art

afin de mettre en évidence les limites d'un raisonnement qui se limiterait au seul langage (Chapitre 2. L'œuvre d'art saisie par le langage du droit). Nous pourrons alors nous déporter au-delà du langage et tenter de comprendre ce qui fait la force particulière du droit (Titre 2. Au-delà du langage : la force du droit).

Chapitre 2. L'œuvre d'art saisie par le langage du droit

57. Présentation générale. Si le droit est le royaume du performatif – royaume du langage agissant en tout cas –, il est indispensable d'examiner la manière dont il inclut la notion d'œuvre d'art dans son discours. Suffit-il de définir et de qualifier pour faire exister ? Peut-on, à partir de la manière dont le droit définit l'œuvre d'art, dégager un régime général qui lui serait applicable, voire identifier une manière cohérente de se rapporter à de tels objets ? Suffit-il de nommer pour normer et, dès lors, transformer ou, du moins, changer le destin concret de personnes (en tant qu'elles seraient auteurs de telles œuvres, par exemple) ou d'objets (ces œuvres mêmes) ? L'examen de quelques définitions juridiques de l'œuvre et, plus largement, de l'objet d'art nous permettra d'esquisser une première réponse, mettant en avant la nécessité de poursuivre notre questionnement. Dans une première section, nous ferons un pas en dehors du monde du droit et nous pencherons sur la question de la définition de l'œuvre d'art, principalement en philosophie contemporaine (Section 1. Une définition impossible de l'œuvre d'art hors du monde du droit ?). Sans épuiser ici un sujet qui dépasse de loin le nôtre, cette incursion nous permettra simplement de dresser un contrepoint par rapport auquel mieux penser notre sujet : s'il n'existe pas de référent indiscutable dans une autre discipline offrant un concept clair et univoque de l'œuvre d'art et, partant, de l'auteur d'une telle œuvre, il est indispensable que le droit forge ses propres concepts en vue d'atteindre les objectifs que les auteurs des normes juridiques ont entendu lui assigner. Ce faisant, il arrête lui-même des définitions dont il conviendra d'examiner quelques illustrations dans une seconde section (Section 2. L'œuvre d'art définie [ou non] par le droit) : cela nous permettra d'acter leur diversité mais aussi les effets réels que le droit peut emporter *même quand il ne définit pas*. Cet enseignement justifiera la suite des

développements qui s'efforceront de saisir la force propre du droit, par-delà le langage même.

Section 1. Une définition impossible de l'œuvre d'art hors du langage du droit ?

58. Les deux types de tentatives définitionnelles. La question de la définition de l'œuvre d'art en dehors de la sphère juridique est ancienne[186] et a fait l'objet d'un récent regain d'intérêt, principalement sous l'impulsion de la pensée anglo-américaine et, en particulier, de la philosophie analytique qui, précisément, place la question du langage et de ses effets au cœur de ses préoccupations[187].

Sans entrer ici dans le détail d'une question qui, en tant que telle, dépasse le champ de notre recherche, on note qu'il existe essentiellement deux types de tentatives définitionnelles de l'œuvre d'art : certaines propositions dégagent des conditions nécessaires et suffisantes pour définir une œuvre d'art – conditions qui peuvent être intrinsèques ou extrinsèques aux objets considérés –, alors que d'autres insistent sur le caractère ouvert du concept d'art, et donc sur l'infinie variété de ses manifestations possibles. On retrouvera ces deux approches lors de l'examen des définitions proprement juridiques.

59. Les définitions fermées : théories « institutionnelle » et « historique » de l'art. Ainsi, George Dickie et Jerrold Levinson proposent respectivement une théorie « institutionnelle » et une théorie « historique » de l'art.

George Dickie définit l'œuvre d'art par deux conditions nécessaires : un artefact et l'inscription au sein du « monde de l'art ». En 1974, il proposait la définition suivante : « Une œuvre d'art au sens classificatoire est (1) un artefact (2) tel qu'un ensemble de ses

[186] Platon la définissait par exemple comme une modalité d'imitation de la nature (voy. *supra*, n° 25).
[187] Voy. D. LORIES, « Introduction », in *Philosophie analytique et esthétique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, pp. 11-21.

aspects fait que le statut de candidat à l'appréciation lui a été conféré par une personne ou un ensemble de personnes agissant au nom d'une certaine institution sociale (le monde de l'art) »[188]. En 1983, à la suite de plusieurs critiques, il modifie sa définition : « une œuvre d'art est un artefact dont la spécificité est d'avoir été créé pour être présenté à un public du monde de l'art »[189].

Jerrold Levinson propose, quant à lui, la définition suivante : « l'art est quelque chose qui a été conçu par quelqu'un pour être considéré ou traité d'une manière générale, de sorte qu'une ou plusieurs œuvres d'art antérieures ou préexistantes sont ou ont été correctement considérées ou traitées » (traduction libre)[190]. Dans le cadre de cette définition, « regard » ne se réduit pas à la seule vue : « le terme *regard* a un sens plus large que la simple *vue*, ou même la *considération*, et englobe des modes plus actifs, tels que la prise, le traitement, l'approche, l'engagement, etc. » (traduction libre)[191]. En réalité, cela recouvre « tout mode d'interaction avec un objet qui pourrait être propre à une œuvre d'art » (traduction libre)[192].

Ces définitions combinent des traits définitoires intrinsèques et extrinsèques aux objets mais ont en commun de mettre en évidence des conditions nécessaires et suffisantes, qui devraient donc permettre d'identifier n'importe quelle œuvre d'art, y compris des œuvres qui, au moment où ces définitions ont été proposées, n'existaient pas encore. « L'important, dans [ces] deux derniers cas, tient à l'affirmation – soit sous la forme d'un anti-essentialisme clairement affiché, soit sous la forme de l'attribution à l'art d'une "essence" purement relationnelle – qu'aucun

[188] G. DICKIE, « La nouvelle théorie institutionnelle de l'art », *Tracés. Revue de sciences humaines*, 2009, n° 17, p. 219.
[189] *Ibid.*, p. 225.
[190] « Art is something that has been intended by someone for regard or treatment in some overall way that some earlier or pre-existing artwork or artworks are or were correctly regarded or treated » (J. LEVINSON, « Artworks as Artifacts », *in* E. MARGOLIS et S. LAURENCE (éds.), *Creations of the Mind: Theories of Artifact and their Representation*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 74).
[191] « *Regard* has a sense larger than merely *view*, or even *consideration*, encompassing more active modes such as taking, treatment, approach, engagement with, etc. » (J. LEVINSON, « Refining Art Historically », *The Journal of Æsthetics and Art Criticism*, s.d., n° 47, p. 31).
[192] « Any mode of interaction with an object which could be proper to some work of art any mode of interaction with an object which could be proper to some work of art » (J. LEVINSON, « Refining Art Historically », *op. cit.*, p. 31).

objet, aucun artefact, aucune expérience n'est *en soi* une œuvre d'art »[193]. Selon Dickie et Levinson, s'il est possible d'identifier des critères nécessaires et suffisants permettant de définir une œuvre d'art, l'objet ne peut être qualifié d'œuvre d'art que parce qu'il est inscrit ou peut être inscrit dans un certain contexte. Toutefois, une fois ces définitions fixées, il est impossible de qualifier d'œuvre d'art des objets qui ne satisferaient pas aux critères identifiés. Ainsi, en philosophie, il existe des définitions « fermées » de l'œuvre d'art, c'est-à-dire des définitions qui limitent les candidats au statut d'œuvre d'art à certains objets répondant à des critères précis. Nous verrons qu'il en va de même concernant certains domaines du droit.

60. Les définitions « ouvertes » : Weitz et Wittgenstein. À ces définitions « fermées », certains auteurs ont préféré une approche « ouverte » qui, *a priori*, n'exclut aucun objet et qui prend en compte le caractère foncièrement mouvant et, à bien des égards, imprévisible de la création artistique. Il en va en particulier des approches néo-wittgensteiniennes et, singulièrement, de la thèse formulée par Morris Weitz dans son important article « Le rôle de la théorie en esthétique » (titre original : « The Role of Theory in Æsthetics »[194]). Admettant qu'il est impossible de définir l'art ou l'œuvre d'art par le biais de propriétés nécessaires et suffisantes – ce qui avait été jusque-là « le principal souci avoué [de l'esthétique] »[195] – Weitz entend déplacer la question sans renoncer à donner des éléments de compréhension des arts :

> « Je veux montrer que la théorie – dans le sens classique invoqué – *ne* verra *jamais* le jour en esthétique et que nous ferions bien mieux, en tant que philosophes, de substituer à la question : "Quelle est la nature de l'art ?" d'autres questions, auxquelles les réponses nous procureront toute la compréhension des arts à laquelle on puisse atteindre. J'entends montrer que les défauts des théories n'ont pas pour principal motif quelque difficulté légitime, comme par exemple la grande complexité de l'art, qui pourrait être palliée par le progrès de l'enquête et de la recherche. Leurs défauts de base

[193] F. CLEMENTZ, « Remarques sur l'irréalité de l'art et la réalité des propriétés esthétiques », in *Les Définitions de l'art*, Bruxelles, La lettre volée, 2004, pp. 46-47.
[194] M. WEITZ, « The Role of Theory in Æsthetics », *The Journal of Æsthetics and Art Criticism*, 1956, pp. 27-35.
[195] M. WEITZ, « Le rôle de la théorie en esthétique », in *Philosophie analytique et esthétique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, p. 27.

> résident, bien plutôt, dans une conception fondamentalement fausse de l'art. En pensant qu'une théorie correcte est possible, la théorie esthétique – toute entière – est erronée dans son principe parce qu'elle mésinterprète radicalement la logique du concept d'art. Sa thèse principale : que l'"art" est susceptible d'une définition réelle ou de quelque genre de définition vraie, est fausse. Sa tentative de découvrir les propriétés nécessaires et suffisantes de l'art est logiquement mal venue pour la très simple raison qu'un tel ensemble de propriétés et, par conséquent, une telle formule à son sujet, ne verront jamais le jour. L'art, comme le montre la logique du concept, ne possède pas d'ensemble de propriétés nécessaires et suffisantes ; c'est pourquoi une théorie de l'art est logiquement impossible et non pas simplement difficile en fait. La théorie esthétique essaie de définir ce qui ne peut pas être défini dans le sens qu'elle invoque. Mais si je recommande le rejet de la théorie esthétique, je ne prétends pas pour autant, comme trop l'ont fait, que ses confusions logiques la privent de signification et de valeur. Au contraire, je désire réaffirmer son rôle et son apport afin principalement de montrer qu'elle est de la plus grande importance pour notre compréhension des arts »[196].

Ainsi, le problème n'est pas tant « qu'est-ce que l'art ? » mais « de quelle sorte est le concept "art" ?». Pour traiter la question, Weitz se réfère aux réflexions de Wittgenstein sur le concept de jeu qui, comme l'art, a fait l'objet de tentatives de définitions – insatisfaisantes – en termes de conditions nécessaires et suffisantes. Quand nous observons une variété importante de jeux (et nous les observons parce que nous savons déjà qu'il s'agit de jeux), « ce que nous trouvons, ce ne sont pas des propriétés nécessaires et suffisantes, mais seulement un "réseau compliqué de similitudes qui se chevauchent et s'entrecroisent", de telle sorte que nous pouvons dire des jeux qu'ils constituent une famille, avec des ressemblances de famille et sans trait commun »[197]. Il en va de même concernant les manifestations du concept d'art : « si nous regardons effectivement pour voir ce qu'est ce que nous appelons "art", nous ne trouvons pas non plus de propriétés communes – seulement des plages de similitudes »[198]. Dès lors, « savoir ce qu'est l'art n'est pas saisir une essence manifeste ou latente, mais être capable de reconnaître, de décrire et d'expliquer ces choses que nous appelons "art" en vertu de ces similitudes »[199]. Reste donc à déterminer ce qui caractérise cet « air de famille ». Pour Weitz, « la

[196] *Ibid.*, p. 28.
[197] *Ibid.*, p. 32.
[198] *Ibid.*
[199] *Ibid.*

ressemblance fondamentale entre ces concepts [l'art et le jeu] est leur texture ouverte »[200]. Ainsi, il est possible d'énumérer de très nombreuses œuvres d'art mais jamais de les énumérer toutes, car de nouvelles apparitions sont toujours envisageables. Au fond, ce qui caractérise un tel concept ouvert est la possibilité de *décider* de l'étendre ou non à de nouveaux candidats. Nous n'appelons un ouvrage *roman* ou *opéra* que parce qu'il partage un certain nombre de traits communs avec d'autres ouvrages dont nous avons déjà admis qu'ils relevaient de ces catégories, bien que certains traits puissent, par ailleurs, ne pas être communs, voire plaider pour le rattachement à un autre genre. Si les exemples employés par Weitz concernent plus directement des sous-concepts du concept « art » (le roman, l'opéra, la tragédie…), ce dernier est bien, selon l'auteur, lui-même un concept ouvert :

> « De nouvelles conditions (des cas) sont constamment apparues et apparaîtront sans aucun doute constamment ; de nouvelles formes d'art, de nouveaux mouvements émergeront, qui exigeront des décisions de la part des intéressés, d'habitude des critiques professionnels, quant à la question de savoir si le concept devrait être étendu ou non. Les esthéticiens peuvent bien aligner des conditions de similitude, mais jamais des conditions nécessaires et suffisantes pour l'application correcte du concept. En ce qui concerne le concept "art", ses conditions d'application ne peuvent jamais être énumérées exhaustivement, puisque de nouveaux cas peuvent toujours être envisagés ou créés par des artistes, ou même par la nature, qui réclameraient une décision de la part de quelqu'un afin d'étendre ou de clore l'ancien concept, ou d'en inventer un nouveau (par exemple, "ce n'est pas une sculpture, c'est un mobile") »[201].

On remarque que la *texture ouverte* qui constitue la caractéristique commune à l'art et au jeu pourrait être étendue au droit. En effet, celui-ci se caractérise lui aussi, d'après Hart, par une telle *texture ouverte*. Toutefois, dans le cas du droit, la texture ouverte n'est pas tant envisagée comme un critère d'identification du phénomène juridique que comme une caractérisation de son fonctionnement, raison pour laquelle nous ne faisons que signaler l'analogie terminologique. En effet, lorsqu'une règle est élaborée, il est

[200] *Ibid.*, p. 33.
[201] *Ibid.*, p. 34.

impossible d'identifier précisément à l'avance toutes les hypothèses auxquelles elle sera amenée à s'appliquer. De plus, à cette incertitude au niveau des *faits* s'ajoute une incertitude au niveau des *fins* : l'objectif initial d'une règle peut se trouver contrarié par une circonstance imprévue, voire imprévisible, au moment de l'élaboration de la règle. Un choix s'impose alors, précisant nécessairement l'objectif initial[202].

61. L'absence de consensus quant à la définition de l'œuvre d'art et ses conséquences juridiques. Deux grandes tendances en matière de définition de l'œuvre d'art semblent donc s'affronter au sein de la théorie esthétique analytique du XX^e^ siècle. D'une part, des théories qui prétendent identifier des conditions suffisantes et nécessaires de définition d'une œuvre d'art (encore faut-il s'entendre sur le contenu de ces conditions) et, d'autre part, des théories qui font de l'impossibilité de dégager de telles conditions nécessaires et suffisantes un trait définitoire central de la notion d'œuvre d'art. Les quelques thèses présentées ici ne reflètent évidemment pas la richesse des propositions et discussions en la matière,[203] mais suffisent à montrer que, pas plus qu'en droit, il n'existe de définition univoque de l'œuvre d'art au sein d'une discipline qui pourtant place l'étude même de cette définition en son cœur. Ainsi, pour définir l'œuvre d'art, le droit ne peut – à moins de poser un choix arbitraire – se référer à une autre discipline qui, pourtant, semble *a priori* jouir d'une certaine autorité, sinon d'une certaine légitimité, en la matière.

Faute de pouvoir recourir à des concepts formés en dehors de lui qui seraient dotés d'une autorité peu discutable, les acteurs du monde du droit ont donc dû enrichir leur langage propre pour traiter de questions liées à la création artistique. C'est à cet enrichissement qu'il convient d'accorder maintenant toute l'attention nécessaire.

---

[202] Voy. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e^ éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p.143 et s.

[203] Pour un aperçu plus riche, voy. les différents ouvrages et articles cités au sein de la présente section.

Section 2. L'œuvre d'art définie (ou non) par le droit

62. Présentation générale. D'emblée, il faut préciser que le droit ne contient pas de définition unique et transversale de l'œuvre d'art. L'appréhension de l'œuvre d'art par le droit n'est que ponctuelle, limitée à des problématiques définies et appelle dès lors des définitions adaptées à des situations précises. En d'autres termes, il n'existe pas de régime uniforme de l'œuvre d'art en droit mais seulement des textes qui, plus ou moins directement, mobilisent la notion d'œuvre d'art (ou, la plupart du temps, des notions voisines) ; chacune de ces notions est dès lors définie pour les besoins de chaque corps de règle particulier.

La question du caractère artistique d'un objet est, en outre, rarement posée directement[204]. En matière de droit d'auteur, ainsi que nous le verrons, il n'est pas tant question d'*œuvre d'art* que d'*œuvre*, tout court (ou, sans que cela n'ait, aujourd'hui, plus de réelle portée, d'*œuvre littéraire et artistique*). En matière de TVA et d'importations d'œuvres d'art, on ne trouve pas de définition large ou de référence directe à *une œuvre d'art* en général mais plutôt des catégories qui renvoient à des occurrences précises du concept d'*œuvre d'art*. Les objets donnant lieu à un droit de suite et à la mise en œuvre de la législation anti-blanchiment font encore l'objet d'une définition différente. Il est alors question d'*œuvre d'art originale*. Dans les pages qui suivent, il ne sera question que de la *définition* de l'œuvre d'art ou de concepts apparentés dans ces différentes matières, sans aborder le régime juridique correspondant. Ces quelques exemples issus du droit belge n'ont pas vocation à l'exhaustivité mais tendent simplement à illustrer la variété des définitions

[204] La question du caractère artistique d'une œuvre était directement posée concernant la protection des photographies par le droit d'auteur en France. Une ancienne jurisprudence n'admettait en effet la protection de ces œuvres que dans la mesure où elles présentaient un caractère artistique ou documentaire. Les juridictions étaient alors amenées à se prononcer sur le caractère artistique d'une image – et, indirectement, sur son mérite (on souligne l'emploi du terme « qualité » dans l'extrait *infra*). Ainsi, la Cour de cassation de France confirma un arrêt de la Cour d'appel de Paris selon lequel des photographies « ont un caractère artistique par la vie qui se dégage des visages, la qualité des contrastes, des couleurs et des reliefs ainsi que par le jeu de la lumière et des volumes, reflétant la personnalité de leur auteur » (Cour de cassation française, 12 novembre 1985, *RIDA*, 1986, p. 128). Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne impose de n'avoir égard qu'au caractère original de l'œuvre, indépendamment de la question de son éventuel caractère artistique et de son mérite.

existantes. Nous serons alors en mesure de déterminer si le fait de *définir en droit* permet de rendre compte de manière satisfaisante de la manière dont le droit se rapporte à l'œuvre d'art : nommer des objets suffit-il à les transformer ?

Après avoir examiné le cas de la définition de l'œuvre au sens du droit d'auteur (§ 1. Un exemple de définition ouverte : l'œuvre en droit d'auteur), nous nous attarderons sur quelques cas où l'œuvre d'art est envisagée de manière plus circonscrite, singulièrement en matière de TVA et de droits de douane (§ 2. Un exemple de définition fermée : TVA et importation d'œuvres d'art). Avant d'envisager un cas où le droit ne définit pas, alors qu'il est confronté à un objet unanimement reconnu comme œuvre d'art et pour lequel un demandeur sollicite la mise en œuvre de concepts issus du droit d'auteur (§ 4. Un exemple de non-définition), nous aborderons la question de la notion d'œuvre dans le cas précis du droit de suite et de la législation anti-blanchiment qui y renvoie (§ 3. Le cas particulier du droit de suite et de la législation anti-blanchiment).

§ 1. Un exemple de définition ouverte : l'œuvre en droit d'auteur

63. L'*œuvre* en droit d'auteur. Bien que, dans le Code de droit économique, l'objet protégé soit qualifié d'« œuvre littéraire ou artistique », l'œuvre au sens du droit d'auteur revêt un sens autonome qui ne nécessite ni de s'interroger directement sur le caractère littéraire de l'objet ni sur son caractère artistique[205].

[205] L'expression « œuvre littéraire ou artistique » est issue de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886. Les directives européennes ne se réfèrent qu'à des « œuvres » pour désigner l'objet protégé. Cette précision permet toutefois d'exclure certaines créations de la protection du droit d'auteur. Il en va ainsi, selon Alain Berenboom, des recettes de cuisine, des parfums, des prestations de sportifs ou des personnes qui exploitent leur image hors du domaine artistique (voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 67 et la jurisprudence citée). On relève toutefois que, dans son arrêt *Levola* qui rejette la qualification d'une saveur comme œuvre protégée par le droit d'auteur, la Cour de justice de l'Union européenne se réfère à l'expression « œuvre littéraire ou artistique » de la Convention de Berne sans se fonder sur celle-ci pour exclure une saveur du spectre du droit d'auteur, ni sur la liste exemplative d'œuvres contenue dans ladite Convention. En effet, sur ce point, elle ne suit pas l'avocat général qui avait pourtant relevé que toutes les œuvres listées dans la Convention de Berne peuvent être perçues par des moyens visuels ou sonores, à l'exclusion du goût, de l'odorat ou du toucher. L'exclusion des parfums du spectre du droit d'auteur devrait dès lors à présent se fonder sur les exigences de l'arrêt *Levola*, qui assimile largement saveurs et odeurs, et non sur l'absence de caractère artistique ou

Deux conditions sont requises pour qu'une création jouisse de la protection du droit d'auteur et, dès lors, confère un certain monopole à son auteur : il faut, d'une part, que l'œuvre présente un degré suffisant de *mise en forme* et, d'autre part, qu'elle soit *originale*.

Sans entrer dans le détail de ces notions particulièrement complexes, nous nous bornerons ici à apporter quelques éléments permettant de circonscrire la notion d'œuvre au sens précis du droit d'auteur[206].

64. Le critère de la mise en forme. Le droit d'auteur ne confère d'exclusivité que sur les créations *mises en forme*. Sont donc exclues de la protection les seules *idées* qui, selon une expression ancienne mais toujours bien actuelle, sont « de libre parcours »[207], ainsi que les méthodes[208], règles[209] et autres concepts[210]. Les différents textes légaux restent volontairement flous afin de ne pas exclure *a priori* certaines mises en forme. Ainsi, la convention de Berne protège des productions, « quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »[211]. Une liste est fournie mais elle n'est pas

littéraire du parfum. Du reste, la notion d'« œuvre » étant une notion autonome de droit de l'Union européenne, les jurisprudences nationales ne devraient pas diverger sur ce point.

[206] Des développements plus substantiels sur cette notion peuvent être trouvés dans tous les précis de droit d'auteur. Voy. en particulier *Ibid.*, p. 65 et s.

[207] E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Paris, Marchal et Billard, 1908, p. 45.

[208] Civ. Bruxelles (réf.), 22 mai 1996, *RGDC*, 1997, p. 133. ; Bruxelles (9e ch.), 27 avril 2006, *A&M*, 2006, p. 333.

[209] Voy. A. BERENBOOM, *Le Nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 82.

[210] Trib. civ. Marseille, 11 avril 1957, *JCP*, 1957, p. 10334. ; Bruges (réf.), 27 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 292. ; Civ. Arlon (3e ch.), 3 octobre 1996, *A&M*, 1997, p. 185. ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 1995, *A&M*, 1997, p. 57.

[211] Article 2, 1.

limitative[212/213]. La directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, quant à elle, se réfère à la convention de Berne pour définir l'œuvre protégée[214]. Ultérieurement, la Cour de justice de l'Union européenne fera de l'œuvre une notion autonome de droit de l'Union, privant ainsi les États membres de toute marge de manœuvre en matière définitionnelle[215], bien qu'il revienne aux juges nationaux d'appliquer cette notion.

L'exigence de forme ne signifie pas que l'œuvre doive être *achevée* ou *suffisamment avancée*. Une ébauche, une esquisse, des notes préparatoires peuvent être protégées pour peu qu'elles soient suffisamment mises en forme pour rencontrer l'exigence d'originalité[216].

L'immatérialité ou le caractère éphémère de la manifestation de la forme n'entraîne pas l'absence de forme protégeable par droit d'auteur. Ainsi, il n'est pas discuté que les œuvres cinématographiques ou musicales – dont la forme ne se manifeste que lors de leur projection ou de leur exécution – constituent des mises en forme. Il en va de même de toute réalisation audiovisuelle comprenant un travail de réalisation

[212] « 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 ; les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences » (article 2,1).

[213] Sur cette liste et ses conséquences, voy. D. GERVAIS, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998.

[214] Article 1.1.

[215] Par exemple : «[La directive 2001/29] ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer le sens et la portée de la notion d'"œuvre". Partant, et eu égard aux exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité, cette notion doit normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme (voir, en ce sens, arrêts du 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-05/08 [...], points 27 et 28, ainsi que du 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13 [...] points 14 et 15) » (CJUE, *Levola Hengelo BV c/ Smilde Foods BV*, 13 novembre 2018, C-310/17 point 33).

[216] Ceci est clairement exprimé en droit français : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur » (article L. 111-2 CPI).

(montage, choix des plans, choix des lumières…) suffisamment élaboré pour lui imprimer un caractère original. Les créations lumineuses, que ce soit dans le domaine des arts plastiques[217], de l'architecture[218] ou des arts de la scène[219], sont également protégeables pour peu qu'elles soient originales.

À l'occasion d'un arrêt *Levola* du 13 décembre 2018[220], la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'œuvre doit être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité[221]. Interrogée par une juridiction néerlandaise, la Cour de justice de l'Union européenne a dû se prononcer sur la question de l'admissibilité d'une saveur (goût) au titre de la protection du droit d'auteur. En l'espèce, la saveur visée était celle du « Heksenkaas », fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes. Dans l'arrêt *Levola*, La Cour relève que

> « la possibilité d'une identification précise et objective fait défaut en ce qui concerne la saveur d'un produit alimentaire. En effet, à la différence, par exemple, d'une œuvre littéraire, picturale, cinématographique ou musicale, qui est une expression précise et objective, l'identification de la saveur d'un produit alimentaire repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables puisqu'elles dépendent, notamment, de facteurs liés à la personne qui goûte le produit concerné, tel que son âge, ses préférences alimentaires et ses habitudes de consommation, ainsi que de l'environnement ou du contexte dans lequel ce produit est goûté » (point 42).

[217] C'est du moins l'opinion d'une doctrine récente, les décisions jurisprudentielles faisant encore défaut à notre connaissance. À propos des œuvres de Dan Flavin, Nadia Walravens écrit : « Ce qui est protégé [par le droit d'auteur], ce n'est pas le tube fluorescent en tant que tel, mais son intégration dans un espace déterminé, la lumière colorée qu'il dégage, la manière dont elle se déploie dans l'espace, de même que la dynamique existant entre l'œuvre et le regardeur » (N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Paris, Economica, 2005, p. 387).

[218] La Cour de cassation de France a ainsi jugé, à propos d'un spectacle « son et lumière » à la Tour Eiffel, que « la composition de jeux de lumière destinés à révéler et à souligner les lignes et les formes d'un monument constitue une création visuelle originale et, partant, une œuvre de l'esprit » (Cass. fr., 3 mars 1992, *D.*, 1993, p. 358).

[219] À cet égard, toutefois, la jurisprudence semble peu fournie. Il n'empêche que rien ne s'oppose à la protection d'une création lumière pour peu que la condition d'originalité soit rencontrée.

[220] CJUE, *Levola Hengelo BV c/ Smilde Foods BV*, 13 novembre 2018, *op. cit.*

[221] Pour une analyse détaillée de cette décision, voy. J. CABAY et F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : "Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute" », *R.D.C.*, s.d., vol. 2019/6, pp. 793-811 ; B. MICHAUX, « Qu'est-ce qu'une œuvre en droit d'auteur ? L'arrêt Levola et au-delà », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 17-70.

Ces exigences ne sont pas limitées au cas très particulier des saveurs et des odeurs (lesquelles sont assimilées aux saveurs par la Cour). En effet, dans son arrêt *Cofemel* du 12 septembre 2019[222] – où étaient en cause des vêtements, soit des objets visuellement identifiables –, la Cour reprend cette exigence en citant l'arrêt *Levola* (point 32) et rejette le critère de l'impression esthétique qui était avancé pour caractériser l'originalité des modèles de vêtements :

> « À cet égard, il y a lieu de relever, d'une part, que, ainsi qu'il découle du sens usuel du terme "esthétique", l'effet esthétique susceptible d'être produit par un modèle est le résultat de la sensation intrinsèquement subjective de beauté ressentie par chaque personne appelée à regarder celui-ci. Par conséquent, cet effet de nature subjective ne permet pas, en lui-même, de caractériser l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité [...] » (point 53).

Cet arrêt nous semble semer beaucoup de confusion quant au statut des nouvelles exigences *Levola* : au point 32 de l'arrêt *Cofemel*, la Cour rattache explicitement la condition de précision et d'objectivité à la condition de mise en forme ; au point 54, cette condition semble être devenue un élément permettant de caractériser l'originalité – laquelle reste certes déduite de la forme donnée par l'auteur :

> « il est certes vrai que des considérations d'ordre esthétique participent de l'activité créative. Toutefois, il n'en reste pas moins que la circonstance qu'un modèle génère un effet esthétique ne permet pas, en soi, de déterminer si ce modèle constitue une création intellectuelle reflétant la liberté de choix et la personnalité de son auteur, et satisfaisant donc à l'exigence d'originalité [...] ».

Du reste, comme le relèvent Benoît et Clarisse Michaux, il est douteux que les objets traditionnellement admis au rang d'*œuvre* – par exemple, un tableau – et, dès lors, protégés par droit d'auteur, soient réellement identifiables avec objectivité et précision. Ces critères posent en tout cas de nombreuses questions au regard des esthétiques de la réception[223].

---

[222] CJUE, *Cofemel c/ G-Star Raw*, 12 septembre 2019, C-683/17.

[223] Sur cette question, on renvoie à C. MICHAUX et B. MICHAUX, « L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres : perspectives croisées de droit, de philosophie de l'art et d'esthétique », *R.I.E.J.*, 2023, vol. 90, pp. 81-107.

65. Le critère de l'originalité. Une forme ne jouit toutefois de la protection conférée par le droit d'auteur que si elle est *originale*. Cette notion a été dégagée et précisée par la jurisprudence, en particulier, à une époque récente, par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a fait de l'originalité une notion autonome de droit européen. Ainsi, c'est le juge européen qui est compétent pour préciser le contenu de cette notion, au détriment des juges nationaux.

Une œuvre est originale lorsqu'elle est une *création intellectuelle propre à son auteur*, c'est-à-dire lorsqu'elle « reflète la personnalité de celui-ci »[224]. Tel est le cas « si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs »[225]. Une réalisation obéissant à des impératifs purement techniques ou suivant des directives très précises ne serait, dès lors, pas originale[226]. En revanche, si des choix traduisant une créativité suffisante ont été posés, la réalisation pourra être qualifiée d'originale. La notion d'originalité devient alors essentielle pour déterminer si certaines fonctions au départ plus techniques (à l'instar de l'éclairage, de la création de décors ou de costumes ou, dans le domaine des arts plastiques, de la réalisation matérielle de la vision intellectuelle d'autrui – on se rappelle le cas *Maurizio Cattelan*) peuvent donner naissance à un droit d'auteur. En somme, l'originalité est le véritable *point de bascule* entre la prestation technique et l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Nous reviendrons plus amplement sur la notion d'originalité *infra*[227].

66. La notion d'œuvre au sens du droit d'auteur : synthèse. Quoi qu'il en soit, *l'œuvre* au sens du droit d'auteur est une notion circonscrite à un corps de règles particulier qui peut, certes, être mobilisée par d'autres normes (en particulier

[224] CJUE, *Infopaq International*, 16 juillet 2009, C-5/08, point 35.
[225] CJUE, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH et al.*, 1 décembre 2011, C-145/10.
[226] Par exemple : « [...] en vertu d'une jurisprudence constante, lorsque la réalisation d'un objet a été déterminée par des considérations techniques, par des règles ou par d'autres contraintes qui n'ont pas laissé de place à l'exercice d'une liberté créative, cet objet ne saurait être regardé comme présentant l'originalité nécessaire pour pouvoir constituer une œuvre et bénéficier en conséquence de la protection conférée par le droit d'auteur (voir, en sens, arrêt du 12 septembre 2019, *Cofemel*, C-683/17, [...], point 31 et jurisprudence citée) » (CJUE, *Brompton Bicycle Ltd c/ Chedech/Get2Get*, 11 juin 2020, C-833/18, point 24).
[227] N° 176.

fiscales) mais qui, en dernière instance, ne peut être considérée comme relevant d'un « régime de l'œuvre d'art » en droit. Un tel régime général n'existe pas. Du reste, le contenu de cette notion est *ouvert*. Pour peu que les conditions de forme et d'originalité soient rencontrées, toute création peut prétendre à la protection du droit d'auteur. S'il existe bien des critères vagues mais néanmoins incontournables – ce qui relève d'une définition fermée –, il n'en demeure pas moins que ce qui caractérise l'œuvre en droit d'auteur est bien, d'abord, la possibilité d'admettre de nouveaux objets dans le champ de la protection. Comme en esthétique, ce qui caractérise le concept d'œuvre est peut-être avant tout la possibilité de *décider* de l'étendre ou non à de nouveaux candidats. Par l'analogie dressée entre les définitions fermées et ouvertes en esthétique et en droit, on ne prétend pas tant établir un parallélisme strict (et d'ailleurs vain, puisque les deux disciplines poursuivent des objectifs différents) que montrer qu'en droit, pas plus qu'ailleurs, il n'existe de définition précise et non contestée de l'œuvre d'art qui permettrait au langage de se rapporter à un objet précis et identifié de manière prévisible.

§ 2. Un exemple de définition fermée : TVA et importations d'œuvres d'art

67. La taxation des œuvres d'art en cas d'importation : l'exemple de la taxe sur la valeur ajoutée. Si, en droit d'auteur, une définition ouverte est adoptée afin de ne pas exclure *a priori* de création du champ d'application de la réglementation, d'autres corps de règles présentent une approche différente et envisagent la question de l'œuvre d'art dans un cadre fermé. Ainsi, ne sont *œuvre* au sens de ces réglementations que les objets ou prestations qui peuvent correspondre à des catégories établies *a priori*.

Il en va notamment ainsi des règles relatives à la TVA et des règles en matière d'importations d'œuvres d'art (droits de douane). Dans les lignes qui suivent, nous n'envisagerons que la question de la définition des « œuvres » au sens de ces législations particulières, sans en étudier le régime.

La qualification d'un objet comme « objet d'art, d'antiquité ou de collection » peut avoir une incidence sur le taux de TVA applicable. En effet, l'article 1, al. 2, a), de l'arrêté royal n° 20 du 20 juillet 1970, fixant les taux de la taxe sur la valeur ajoutée et déterminant la répartition des biens et des services selon ces taux, prévoit un taux réduit de 6%[228] pour certains biens et services énumérés au tableau A de l'annexe à l'arrêté royal. Or, au rang de ces biens et services ouvrant droit à un taux plus avantageux, sont repris les « objets d'art », les « objets de collection » et les « objets d'antiquité » lorsqu'ils sont vendus par l'artiste ou ses ayants droit en Belgique. Le taux réduit est également applicable aux importations de ces biens[229].

Le régime particulier d'imposition de la marge bénéficiaire dont peuvent bénéficier les galeries et maisons de vente renvoie également à la liste du tableau A de l'annexe à l'arrêté royal n° 20[230].

68. Les objets concernés par le taux réduit. Les objets bénéficiant de ce taux réduit font cette fois l'objet de définitions précises qui rendent difficile la prise en compte d'objets qualifiés d'artistiques par leurs auteurs ou par le marché de l'art mais incompatibles avec le texte de l'arrêté royal.

La rubrique « XXI. Objets d'art, de collection et d'antiquité » du tableau A de l'annexe à l'arrêté royal n° 20 définit les notions d'objets d'art, d'objets de collection et d'objets d'antiquité comme suit :

> « §1er. Le taux réduit est applicable aux importations d'objets d'art, de collection et d'antiquité définis au §2 ci-après.
> [...]
> §2. Pour l'application de la présente rubrique, il faut entendre par :
> 1° "objets d'art" :
> a) les tableaux, collages et tableautins similaires, peintures et dessins, entièrement exécutés à la main par l'artiste, à l'exclusion :

[228] Le taux normal est de 21%.
[229] Rubrique XXI. « Objets d'art, de collection et d'antiquité » du tableau A de l'annexe à l'arrêté royal n° 20, §1er, al. 1.
[230] Art. 1er, b), de l'arrêté royal n° 53 du 23 décembre 1994, relatif au régime particulier d'imposition de la marge bénéficiaire applicable aux biens d'occasion, objets d'art, de collection ou d'antiquité.

- des dessins d'architectes, d'ingénieurs et autres dessins industriels, commerciaux, topographiques ou similaires ;
- des articles manufacturés décorés à la main ;
- des toiles peintes pour décors de théâtre, fonds d'ateliers et usages analogues ;

b) les gravures, estampes et lithographies, originales ;

c) les productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture en toutes matières, exécutées entièrement par l'artiste ; les fontes de sculptures à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants droit ;

d) les tapisseries et textiles muraux faits à la main sur la base de cartons orignaux fournis par les artistes, à condition qu'il n'existe pas plus de huit exemplaires de chacun d'eux ;

e) les exemplaires uniques de céramique, entièrement exécutés par l'artiste et signés par lui, à l'exclusion des articles ayant un caractère utilitaire ;

f) les émaux sur cuivre, entièrement exécutés à la main, dans la limite de huit exemplaires numérotés et comportant la signature de l'artiste ou de l'atelier d'art, à l'exclusion des articles de bijouterie, d'orfèvrerie et de joaillerie et des articles ayant un caractère utilitaire ;

g) les photographies prises par l'artiste, tirées par lui ou sous son contrôle, signées et numérotées dans la limite de trente exemplaires, tous formats et supports confondus ;

2° "Objets de collection" :

a) les timbres-poste, timbres fiscaux, marques postales, enveloppes premier jour, entiers postaux et analogues, oblitérés, ou bien non oblitérés, mais n'ayant pas cours et n'étant pas destinés à avoir cours ;

b) les collections et spécimens pour collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie, ou présentant un intérêt historique, archéologique, paléontologique, ethnographique ou numismatique ;

3° "objets d'antiquité" ; les biens, autres que les objets d'art et de collection visés sous 1° et 2° ci-avant, ayant plus de cent ans d'âge ».

69. Les objets « impurs » : le cas *Brancusi*. Ces définitions fermées et relativement rigides s'accommodent mal d'objets « impurs », d'objets défiant les catégories. En matière de droits de douane, on connaît bien sûr la célèbre affaire Brancusi qui, si elle ne nous intéresse pas directement dans le cadre de l'examen de la question des définitions en droits belge et européen, soulève de magnifiques questions qui justifient une incursion seulement ponctuelle en dehors du cadre que nous nous étions fixé[231]. Car toute règle appelle un moment de désobéissance.

[231] Voy. *supra*, n° 8.

En octobre 1926, Constantin Brancusi expédia une vingtaine de ses œuvres à New York pour son exposition personnelle à la galerie Brummer. Marcel Duchamp accompagnait les sculptures. Les objets ont été interceptés par la douane qui a réclamé 4000 $ de droits à l'importation, soit 40% de la valeur déclarée de l'ensemble. Grâce à l'intervention de plusieurs personnes influentes, un visa de transit leur a été accordé. Seules les œuvres vendues devaient alors être taxées sur la valeur de la matière brute. Ceci signifie que le statut d'œuvre d'art n'a pas été reconnu par l'administration douanière qui entendait taxer les sculptures comme des objets manufacturés. En effet, depuis 1913, la législation américaine exonérait de droits de douane tout objet qualifié d'œuvre d'art. Pour bénéficier de cette exonération, les sculptures devaient être « taillées ou modelées, à l'imitation de modèles naturels » et en avoir également « les proportions : longueur, largeur et épaisseur ». Selon une définition plus large de 1922, les « sculptures ou statues » devaient être « originales », ne pas avoir fait l'objet de « plus de deux répliques ou reproductions ; [...] avoir été produites uniquement par des « sculpteurs professionnels » [...], « taillées ou sculptées, et en tout cas travaillées à la main [...] ou coulées dans le bronze ou tout autre métal ou alliage [...] et réalisées au titre exclusif de productions professionnelles de sculpteurs » ; et les mots « peinture », « sculpture » et « statue » [...] ne devaient pas être interprétés comme incluant les objets utilitaires »[232]. Le litige se focalisa plus particulièrement sur *L'Oiseau dans l'espace*, pièce de métal jaune, de forme mince et fuselée, mesurant 1,35 m de haut et polie comme un miroir sur toute sa surface. S'agissait-il de la représentation fidèle d'un oiseau ? Sans doute pas. Fallait-il pour autant lui refuser le statut fiscal avantageux dont bénéficient les œuvres d'art ? Peut-être pas.

Le droit est sans doute aussi le royaume du discours herméneutique : le raisonnement juridique tend à juridiciser le monde, il tend à le mettre en forme en lui imposant *ses* formes. Tous les faits, toutes les données empiriques, doivent pouvoir être rattachés à des concepts juridiques : il faut qualifier ou, en d'autres termes, dire ce que sont les choses aux yeux du droit. Mais qualifier, c'est aussi faire bien plus

[232] Voy. *Brancusi contre États-Unis. Un procès historique, 1928*, Paris, Adam Biro, 1995, p. 5.

que cela : c'est faire advenir une qualité de l'objet qui, jusqu'à son contact avec le discours interprétatif du droit, n'existait que virtuellement. C'est, en d'autres termes, faire advenir une nouvelle réalité.

La lecture de la décision de la Cour des douanes révèle, en quelques pages seulement, cette mutation opérée par l'interprétation judiciaire :

À la première page de la décision, il est question d'un « objet importé [qui] se présente comme un bronze d'environ [135 cm] de haut, porté par un socle cylindrique d'environ [15 cm] de diamètre et [15 cm] de hauteur. Il est en cuivre ou bronze brillant parfaitement poli, de forme symétrique, et mesure à son extrémité supérieure [2,5 à 5 cm] de diamètre. Il culmine avec une pointe qui pourrait avoir été taillée à l'emporte-pièce selon une diagonale ascendante de manière à lui conférer une arête vive. Il s'élargit ensuite vers le bas pour former un léger renflement au centre ; à partir de là, il se rétrécit pour se terminer à environ [25 cm] du socle, lequel est cylindrique ; à ce point, il s'élargit à nouveau pour former un pied conique, lequel repose sur le socle »[233].

À la dernière page de la décision, cet objet est devenu « la production originale d'un sculpteur professionnel, [...] une sculpture et [...] une œuvre d'art »[234].

70. La nomenclature du droit de l'Union européenne. Au niveau de l'Union européenne, il existe également des règles particulières en matière de droits de douane concernant l'importation d'œuvres d'art. Ces dernières, pour peu qu'elles entrent dans les catégories visées au chapitre 97 de l'Annexe 1 du Règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil du 23 juillet 1987 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, sont en effet exemptées de tels droits de douane :

[233] Cour des douanes des États-Unis, *Brancusi c. Etats-Unis*, 26 novembre 1928. La décision est reproduite dans *Brancusi contre États-Unis. Un procès historique, 1928*, *op. cit.*, pp. 113-118.
[234] Cour des douanes des États-Unis, *Brancusi c. Etats-Unis*, 26 novembre 1928, *op. cit.*

▌ **M227**

SECTION XXI

OBJETS D'ART, DE COLLECTION OU D'ANTIQUITÉ

CHAPITRE 97

OBJETS D'ART, DE COLLECTION OU D'ANTIQUITÉ

Notes

1. Le présent chapitre ne comprend pas:

   a) les timbres-poste, timbres fiscaux, entiers postaux et analogues, non oblitérés, du n° 4907;

   b) les toiles peintes pour décors de théâtres, fonds d'ateliers ou usages analogues (n° 5907), sauf si elles peuvent être classées dans le n° 9706;

   c) les perles fines ou de culture et les pierres gemmes (n°s 7101 à 7103).

2. Ne relèvent pas du n°9701 les mosaïques ayant un caractère commercial (reproductions en séries, moulages et œuvres artisanales, par exemple), même lorsque ces ouvrages ont été conçus ou créés par des artistes.

3. On considère comme «gravures, estampes et lithographies originales», au sens du n° 9702, les épreuves tirées directement, en noir ou en couleurs, d'une ou plusieurs planches entièrement exécutées à la main par l'artiste, quelle que soit la technique ou la matière employée, à l'exception de tout procédé mécanique ou photomécanique.

4. Ne relèvent pas du n° 9703 les sculptures ayant un caractère commercial (reproductions en séries, moulages et œuvres artisanales, par exemple), même lorsque ces ouvrages ont été conçus ou créés par des artistes.

5. A) Sous réserve des notes 1 à 4, les articles susceptibles de relever à la fois du présent chapitre et d'autres chapitres de la nomenclature doivent être classés au présent chapitre

   B) Les articles susceptibles de relever à la fois du n° 9706 et des n°s 9701 à 9705 doivent être classés aux n°s 9701 à 9705.

6. Les cadres qui entourent les tableaux, peintures, dessins, collages ou tableautins similaires, gravures, estampes ou lithographies sont classés avec ces articles lorsque leur caractère et leur valeur sont en rapport avec ceux desdits articles.

   Les cadres dont le caractère ou la valeur ne sont pas en rapport avec les articles visés dans la présente note suivent leur régime propre.

Note complémentaire

1. La position 9705 inclut les véhicules automobiles et les aéronefs de collection présentant un intérêt historique ou ethnographique:

   a) qui se trouvent dans leur état d'origine, sans modification substantielle du châssis, de la carrosserie, du système de direction, de freinage, de transmission ou de suspension ni du moteur ou des ailes, etc. Les réparations et les restaurations sont autorisées; les pièces, accessoires et unités endommagés ou usés peuvent être remplacés pour autant que le véhicule soit conservé et maintenu dans un bon état sur le plan historique. Les véhicules automobiles et les aéronefs modernisés ou modifiés sont exclus;

   b) qui sont âgés d'au moins 30 ans pour les véhicules automobiles et d'au moins 50 ans pour les aéronefs;

   c) qui correspondent à un modèle ou type dont la production a cessé.

▌ **M227**

Les caractéristiques requises pour faire partie d'une collection, à savoir être relativement rares, ne pas être normalement utilisés conformément à leur destination initiale, faire l'objet de transactions spéciales en dehors du commerce habituel des objets similaires utilisables et présenter une grande valeur sont considérées comme respectées pour les véhicules automobiles et les aéronefs conformes aux trois critères ci-dessus.

Cette position inclut également en tant que pièces de collection:

— *les véhicules automobiles et les aéronefs dont, quelle que soit la date de leur fabrication, il peut être prouvé qu'ils ont participé à un événement historique,*

— *les véhicules automobiles et les aéronefs de compétition dont il peut être prouvé qu'ils ont été conçus, construits et utilisés exclusivement pour la compétition et qu'ils possèdent un palmarès sportif significatif acquis lors d'événements nationaux ou internationaux prestigieux.*

Les pièces et accessoires de véhicules automobiles et d'aéronefs sont classés dans cette position à condition qu'il s'agisse de pièces ou d'accessoires originaux, que ces objets soient âgés d'au moins trente ans (pour les véhicules automobiles) et d'au moins cinquante ans (pour les aéronefs), et que leur production ait cessé.

Les répliques et les reproductions sont exclues à moins de satisfaire aux trois critères ci-dessus.

Code NC	Désignation des marchandises	Taux du droit conventionnel (%)	Unité supplémentaire
1	2	3	4
9701	**Tableaux, peintures et dessins, faits entièrement à la main, à l'exclusion des dessins du n° 4906 et des articles manufacturés décorés à la main; collages, mosaïques et tableautins similaires:**		
	– **Ayant plus de 100 ans d'âge:**		
9701 21 00	– – **Tableaux, peintures et dessins**	exemption	—
9701 22 00	– – **Mosaïques**	exemption	—
9701 29 00	– – **autres**	exemption	—
	– **autres:**		
9701 91 00	– – **Tableaux, peintures et dessins**	exemption	—
9701 92 00	– – **Mosaïques**	exemption	—
9701 99 00	– – **autres**	exemption	—
9702	**Gravures, estampes et lithographies originales:**		
9702 10 00	– **Ayant plus de 100 ans d'âge**	exemption	—
9702 90 00	– **autres**	exemption	—
9703	**Productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture, en toutes matières:**		
9703 10 00	– **Ayant plus de 100 ans d'âge**	exemption	—

▌ M227

Code NC	Désignation des marchandises	Taux du droit conventionnel (%)	Unité supplémentaire
1	2	3	4
9703 90 00	– **autres**	exemption	—
9704 00 00	**Timbres-poste, timbres fiscaux, marques postales, enveloppes premier jour, entiers postaux et analogues, oblitérés, ou bien non oblitérés, autres que les articles du n° 4907**	exemption	—
9705	**Collections et pièces de collection présentant un intérêt archéologique, ethnographique, historique, zoologique, botanique, minéralogique, anatomique, paléontologique ou numismatique:**		
9705 10 00	– **Collections et pièces de collection présentant un intérêt archéologique, ethnographique, historique**	exemption	—
	– **Collections et pièces de collection présentant un intérêt zoologique, botanique, minéralogique, anatomique ou paléontologique:**		
9705 21 00	– – **Spécimens humains et leurs parties**	exemption	—
9705 22 00	– – **Espèces éteintes ou menacés d'extinction, et leurs parties**	exemption	—
9705 29 00	– – **autres**	exemption	—
	– **Collections et pièces de collection présentant un intérêt numismatique:**		
9705 31 00	– – **Ayant plus de 100 ans d'âge**	exemption	—
9705 39 00	– – **autres**	exemption	—
9706	**Objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge:**		
9706 10 00	– **Ayant plus de 250 ans d'âge**	exemption	—
9706 90 00	– **autres**	exemption	—

La liste est précise et, comme en matière de TVA, laisse peu de place aux objets ambivalents. Si l'affaire Brancusi est particulièrement célèbre et constitue un exemple éloquent des tensions qui peuvent résulter de la confrontation du droit et de l'art, le tarif douanier commun a, lui aussi, donné lieu à certaines questions intéressantes portant sur la qualification d'œuvre d'art.

71. Plan du paragraphe. Nous examinerons successivement les questions liées aux matériaux qui composent l'œuvre (A. L'œuvre et les matériaux qui la composent), le cas nécessairement hybride du design artistique (B. Le design artistique), la question des photographies artistiques (C. Les photographies d'art) et un cas singulier où des œuvres se sont arbitrairement vues réduites au dispositif technique qui permet de les faire exister (D. L'œuvre réduite à un dispositif technique [Dan Flavin, Bill Viola]).

A. L'œuvre et les matériaux qui la composent

72. Le cas *Oldenburg* (CJCE, *Reinhard Onnasch et Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 15 mai 1985, C-155/84). Lorsqu'une œuvre est composée de matériaux généralement réservés à des usages non artistiques – des matériaux « triviaux » – et alors que personne ne conteste qu'il s'agit effectivement d'une œuvre d'art, peut-on la qualifier de « production originale de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières » (code 9703) ou faut-il ne tenir compte que de sa composition ? En d'autres termes, le droit doit-il inclure sous ses propres catégories réservées aux œuvres d'art des innovations artistiques que les auteurs du texte légal n'avaient pas envisagées ?

Cette question fut posée par le *Finanzgericht* de Berlin à la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) à propos d'une œuvre de l'artiste américain Claes Oldenburg (1929-2022) intitulée « Modl. Motor Section – Giant Soft Fan » importée des États-Unis à Berlin par le marchand d'art Reinhard Onnasch. L'œuvre, composée de carton, de polystyrène, de peinture noire, d'huile, de fil de fer et de résine, était montée sur un panneau de bois. Lorsqu'elle a été importée à Berlin, elle a été déclarée par Onnasch pour une

valeur en douane de 7500 DM, sous un numéro de code correspondant à la position tarifaire « productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toute matière », exemptée de droits de douane. Toutefois, le *Hauptzollamt Berlin-Packhof* a contesté ce classement et a repris l'œuvre litigieuse sous la catégorie « ouvrages en matières des n^{os} 39.01 à 39.06 inclus » – ce renvoi englobant un ensemble de matières plastiques artificielles et donnant lieu à un taux de douane de 14,2% sur la valeur en douane déclarée. L'importateur a contesté ce classement en faisant valoir « que les positions douanières du chapitre 99 [aujourd'hui 97] du tarif douanier devaient être interprétées largement, de manière à comprendre également des productions artistiques réalisées au moyen de techniques modernes, qui n'auraient pas encore été pratiquées au moment où les catégories du tarif ont été définies »[235]. L'administration douanière, au contraire, soutenait que « peuvent seules être considérées comme des productions originales de la sculpture les plastiques sculptées, et donc les sculptures fabriquées selon les techniques traditionnelles, c'est-à-dire travaillées à partir de matériaux durs ou modelées à partir de matériaux tendres ultérieurement durcis »[236]. Dès lors, selon l'administration, « d'autres objets d'art, et surtout des œuvres d'art contemporaines, tels que panneaux textiles, collages, assemblages, etc., ne pourraient pas, en raison des techniques appliquées et des moyens d'expression employés, être rangés sous le chapitre 99 [aujourd'hui 97], mais sous le chapitre correspondant aux matériaux considérés »[237]. On note que l'administration douanière ne conteste pas le caractère artistique de l'objet litigieux – ce qui était le cas dans l'affaire *Brancusi* – mais plaide pour une interprétation historique, donnant aux catégories du tarif douanier commun le sens qu'elles avaient au moment où elles ont été établies. L'importateur, quant à lui, adopte une interprétation davantage évolutive, mettant la plasticité relative des catégories juridiques au service des évolutions des pratiques artistiques.

[235] CJCE, *Reinhard Onnasch et Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 15 mai 1985, C-155/84, point 4.
[236] *Ibid.*, point 5.
[237] *Ibid.*, point 5.

Face à ces deux positions, le *Finanzgericht* posa la question préjudicielle suivante :

> « Une création dont l'administration des douanes reconnaît qu'elle constitue une œuvre d'art, constituant en un relief mural de carton et de polystyrène expansé, aspergé de peinture noire et d'huile et fixé avec du fil de fer et de la résine synthétique sur un panneau de bois, doit-elle être rangée, en tant que "production originale de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières", sous la position 99.03 ou, en raison de sa composition, sous la position 39.07 du tarif douanier commun ? »[238].

Se ralliant à l'avis de la Commission, la Cour estime que, puisqu'il n'est pas contesté que l'objet litigieux est bien une œuvre d'art, « seule est litigieuse la question de savoir si les caractéristiques de l'ouvrage permettent de le qualifier comme production "de l'art statuaire et de la sculpture" »[239]. Elle note que « cette expression apparaît avec des nuances sémantiques légèrement différentes dans les diverses versions linguistiques du tarif, la version allemande (*Bildhauerei*) étant, parmi ces variantes, la plus étroite »[240]. En outre, la Cour et la Commission attirent l'attention sur la note 4 du chapitre, destinée à faciliter la délimitation du champ d'application de ce chapitre : « 4 a) Sous réserve des notes 1, 2 et 3, les articles susceptibles de relever à la fois du présent chapitre et d'autres chapitres du tarif doivent être classés au présent chapitre »[241], ainsi que sur la précision « en toutes matières » de la position 9903 du tarif (aujourd'hui 9703). Du reste, si l'objet dont la valeur en douane est déterminée en fonction de son caractère artistique était soumis au taux de douane prévu pour les matériaux utilisés, cela aboutirait à une imposition sans commune mesure avec le coût de ces matériaux. Pour ces raisons, la Cour juge qu'« il y a lieu de répondre à la question posée qu'une création dont l'administration des douanes reconnaît qu'elle constitue une œuvre d'art, consistant en un relief mural de carton et de polystyrène expansé, aspergé de peinture noire et d'huile et fixé avec du fil de fer et de la résine synthétique sur un panneau de bois, doit être rangé en tant que "production originale de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières", sous la position 99.03 [aujourd'hui 9703] du tarif douanier commun »[242].

---

[238] *Ibid.*, point 6.
[239] *Ibid.*, point 9.
[240] *Ibid.*, point 9.
[241] *Ibid.*, point 7.
[242] *Ibid.*, point 12.

73. Le cas *Moholy-Nagy* (CJCE, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, 8 novembre 1990, C-231/89). Une autre affaire illustre remarquablement le travail de définition et de classification opéré par la juridiction européenne, mettant en œuvre un raisonnement « par élimination »[243]. Là encore, l'objet concerné manquait de « pureté » et, dès lors, bousculait les catégories du droit : en 1988 aux Pays-Bas, la galeriste Krystyna Gmurzynska-Bscher a acheté une œuvre de Laszlo Moholy-Nagy (1895-1946), intitulée « Konstruktion in Emaille I (Telefonbild) », pour la somme de 400 000 USD. Cette œuvre consiste en une plaque d'acier revêtue de glaçures colorées d'émail cuites. Avant de ramener l'œuvre en Allemagne, Krystyna Gmurzynska a sollicité des autorités douanières allemandes la délivrance d'un avis officiel de classement tarifaire, lequel devait être utilisé dans le cadre du droit fiscal allemand en matière de taxes sur le chiffre d'affaires à l'importation. Or, dans le cadre de l'octroi d'exemptions ou de réductions, le droit allemand renvoyait au tarif douanier commun et, notamment, aux objets d'art repris sous les codes 9701 et 9703. L'avis de l'administration douanière allemande classait l'œuvre sous la rubrique 83.06 « autres objets d'ornement, en métaux communs », ce qui impliquait un assujettissement de l'œuvre au taux plein de la taxe allemande sur le chiffre d'affaires à l'importation. Selon Krystyna Gmurzynska, l'œuvre relevait cependant de la position 9701 « Tableautin similaire » du tarif douanier commun, raison pour laquelle le *Bundesfinanzhof Köln* fut saisi. Face à un problème d'interprétation de la réglementation communautaire, la juridiction nationale a posé les questions préjudicielles suivantes :

> « 1) Le tarif douanier commun – nomenclature combinée – doit-il être interprété en ce sens qu'un objet d'art tel que celui intitulé "Konstruktion in Emaille I (Telefonbilde)", créé par L. Moholy-Nagy en 1922 et consistant en une plaque d'acier d'environ 955 x 610 mm, recouverte de glaçures d'émail cuites, est à classer parmi les :
> a) "productions originales de l'art statuaire" – position 97.01 – ou
> b) "tableautins similaires" ou "tableaux faits entièrement à la main" – position 97.01 ?

[243] CJCE, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, 8 novembre 1990, C-231/89.

> 2) En cas de réponse négative, le tarif douanier commun – nomenclature combinée – doit-il être interprété en ce sens qu'un objet d'art tel que celui décrit dans la première question est à classer d'après ses matières constitutives et, en l'espèce, à classer parmi les "autres objets d'ornement en métaux communs" (position 83.06) ? »[244].

Comme dans l'affaire précédente, concernant l'œuvre de Claes Oldenburg, le caractère artistique de l'objet litigieux n'était, en l'espèce, pas contesté. Reprenant des arguments mobilisés dans le cadre de cette dernière affaire, la Cour estima donc qu'un « objet de ce type ne peut pas être considéré comme un objet de décoration [...], mais doit, au contraire, être classé dans le chapitre 97 du TDC, qui vise les "objets d'art, de collection ou d'antiquité" »[245]. Le caractère artistique d'un objet semble dès lors prévaloir *a priori*, quel que soit par ailleurs le classement particulier au sein du chapitre 97.

Il restait donc à déterminer si une œuvre du type de celle visée par la question préjudicielle devait être classée sous la position 9701 ou 9703 du tarif douanier commun : « pour répondre à cette question, il convient de rappeler, d'abord, que la position tarifaire 97.01 comprend les tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main, ainsi que les collages et les tableautins similaires, tandis que la position 97.03 du TDC vise les productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières »[246]. Ces deux catégories désignent chacune une catégorie déterminée d'œuvre d'art qu'il convient donc de distinguer. À cet égard, la Cour jugea :

> « Dès lors, le critère de délimitation des deux positions tarifaires en cause réside dans le fait que, pour les productions de l'art statuaire et de la sculpture, le caractère artistique essentiel consiste dans le façonnement de la forme tridimensionnelle de l'œuvre, alors que, pour les tableaux, collages et tableautins similaires, il consiste dans la composition de l'œuvre »[247].

[244] *Ibid.*, point 13.
[245] *Ibid.*, point 28.
[246] *Ibid.*, point 32.
[247] *Ibid.*, point 34.

Concernant plus particulièrement les « Telefonbilder », leur caractère artistique « réside non pas dans [leur] forme tridimensionnelle, mais dans le fait que des couleurs ont été appliquées à la main par l'artiste sur un support en acier qui n'a en lui-même aucune valeur artistique »[248].

L'œuvre litigieuse devait dès lors être classée sous la position 9701 du tarif douanier commun. Restait encore à déterminer s'il s'agissait d'un « tableau fait entièrement à la main » ou d'un « tableautin similaire ». Il ressortait des notes explicatives du tarif douanier commun qu'un tableautin similaire doit être constitué de diverses matières assemblées de manière à composer un motif pictural ou décoratif et collées ou autrement fixées sur un support. Or, la Cour releva que, concernant l'œuvre litigieuse, « seule une matière, à savoir de l'émail coloré, à l'exclusion d'autres matériaux, a été portée sur le support utilisé, de sorte qu'une œuvre de ce type ne peut pas être considérée comme un tableautin similaire au sens de la position 97.01 du TDC »[249].

Ainsi, à la suite d'un raisonnement qui se focalise principalement sur ce que les « Telefonbilder » *ne sont pas*, il ressort que « le TDC doit être interprété en ce sens qu'un objet d'art consistant en une plaque d'acier, recouverte de glaçures colorées d'émail cuites, constitue un tableau fait entièrement à la main au sens de la position 97.01 du TDC »[250]. La solution peut étonner quand on sait comment étaient réalisées ces œuvres : « Ces œuvres ont été produites par une émaillerie de Weimar, en Allemagne, d'après les instructions données par l'artiste. László Moholy-Nagy écrivit plus tard qu'il avait passé sa commande par téléphone, expliquant du même coup le titre informel des tableaux »[251]. Ainsi, il est douteux que ces œuvres aient effectivement été faites « entièrement à la main ». La démarche de l'artiste traduit d'ailleurs une conception toute différente de l'œuvre d'art : « En rejetant, dans ses "tableaux conçus par téléphone", l'œuvre d'art comme pièce unique fabriquée à la

[248] *Ibid.*, point 35.
[249] *Ibid.*, point 41.
[250] *Ibid.*, point 43.
[251] *MoMA Highlights. 375 œuvres du Museum of Modern Art, New York*, New York, MoMA et El Viso, 2019, p. 88.

main, au profit d'une production mécanique en série, Moholy-Nagy soulignait le rôle de l'artiste moderne : d'artisan impliqué concrètement dans la fabrication de l'œuvre, il devenait un producteur de concepts »[252].

Où l'on voit que le droit, par une nécessité absolue de réduire le monde à ses propres catégories, oblitère une part pourtant centrale du réel…

B. Le design artistique

74. Le cas des *paperweights* (CJCE, *Farfalla Flemming und Partner c. Hauptzollamt München-West*, 18 septembre 1990, C-228/89). Autre cas controversé : celui du design artisanal commercialisé. Dans l'arrêt *Farfalla* ayant donné lieu à un arrêt du 18 septembre 1990[253], étaient en cause des « paperweights » déclarés par l'importateur comme « productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières » (actuelle position 9703 du tarif douanier commun), et donc exemptés de droits de douane, mais qualifiés par l'administration d'«objets en verre [...] pour l'ornementation des appartements ou usages similaires [...] » (position 7013 du tarif douanier commun), et donc soumis à la perception d'un droit de douane.

Les objets litigieux « constituent des boules de verre qui présentent des motifs en couleur et qui possèdent une surface d'appui dans leur partie inférieure. Les motifs colorés peuvent consister soit en une représentation appliquée sur le verre à chaud au moyen d'une spatule et recouverte d'une mince couche de verre, soit en un sujet à trois dimensions fabriqué préalablement et incrusté à l'intérieur de la boule de verre. Tant les boules de verre que les motifs ont été fabriqués entièrement à la main par des artistes verriers américains. En raison de ce procédé de fabrication manuel, chaque pièce est différente ; toutefois, dans chaque cas, l'artiste produit des séries de "paperweights" analogues entre eux par la taille, le motif et le mode d'exécution.

[252] *Ibid*.
[253] CJCE, *Farfalla Flemming und Partner c. Hauptzollamt München-West*, 18 septembre 1990, C-228/89.

Chaque pièce est signée par l'artiste et son prix de vente se situe entre 35 et 300 USD, sur lequel des rabais sont accordés selon la quantité achetée »[254]. Les objets concernés ont dès lors une vocation directement commerciale. On remarque toutefois que, dans les affaires précédentes, les œuvres d'art litigieuses étaient également destinées à être, *in fine*, vendues, puisqu'importées par des galeries ou marchands d'art. Ces objets sont exécutés à la main, par des artistes reconnus et en nombre limité.

Le *Hauptzollamt* soutenait que les « productions originales de l'art statuaire » au sens du tarif douanier commun sont caractérisées par « leur manque de fonction et leur inutilité », à la différence des « paperweights » qui, comme leur nom l'indique, sont vendus comme presse-papiers (on se gardera de formuler un avis sur l'utilité avérée de tels objets). En somme, la question centrale dans cette affaire était de savoir qui, du commercial ou de l'artistique, devait l'emporter, concernant des objets manifestement hybrides :

> « Par ses questions, la juridiction nationale demande, en substance, à savoir si des boules de verre pourvues d'une base et ornées de motif à deux ou trois dimensions, qualifiées de "paperweights", qui sont entièrement fabriquées à la main, en nombre limité d'exemplaires, et signées par des artistes verriers connus, doivent être considérées, pour les besoins du classement tarifaire, comme des objets ayant un caractère commercial et, par conséquent, classées en fonction de leur matière constitutive, ou si elles relèvent, en tant qu'objet d'art, du chapitre 99 [aujourd'hui 97] du TDC. Dans ce dernier cas, la juridiction nationale voudrait encore savoir si les objets en question doivent être considérés comme des "tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main", au sens de la position 99.01 [aujourd'hui 9701] du TDC, ou comme des "productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières", au sens de la position 99.03 [aujourd'hui 9701] du TDC »[255].

Après avoir rappelé que le choix d'une position dans le tarif douanier commun doit reposer sur des critères objectifs, la Cour relégua le caractère artistique d'un objet au rang des « critères subjectifs et variables »[256]. Cette prise de position n'a rien d'évident lorsqu'on se rappelle qu'une frange importante de la philosophie

[254] *Ibid.*, point 3.
[255] *Ibid.*, point 11.
[256] *Ibid.*, point 16.

contemporaine tente d'apporter des critères nécessaires et suffisants pour identifier une œuvre d'art, soit des critères qui se veulent objectifs. Implicitement, la Cour semblait ainsi pencher pour une définition ouverte, à la manière de Weitz ou, du moins, prendre acte de l'absence d'unanimité en la matière. Du reste, la Cour ajouta que la franchise accordée aux objets artistiques n'est pas justifiée pour des objets qui se trouvent dans une situation de concurrence économique avec d'autres articles semblables, fussent-ils de fabrication industrielle. Or, en l'espèce, puisqu'il existe un marché concurrentiel pour ce type d'objets, il convient de leur reconnaître un caractère commercial. De l'inutilité prétendue de l'œuvre d'art, on passe de la sorte à son caractère unique : ce n'est pas l'absence de fonction qui la caractérise mais le fait qu'elle ne subisse aucune concurrence. Le fait que certains « paperweights » ne soient jamais utilisés comme presse-papiers, soient collectionnés, voire exposés dans des musées, n'y change rien, pas plus que le fait qu'ils soient fabriqués à la main par des artistes reconnus. La Cour jugea en effet que,

> « de même que la valeur artistique éventuelle d'un objet échappe à l'appréciation des autorités douanières, de même, la méthode de fabrication et la destination réelle de cet objet ne sauraient être retenues par ces autorités comme critères de classement tarifaire, dans la mesure où il s'agit de facteurs qui ne découlent pas des caractéristiques extérieures [à notre sens, lire caractéristiques visibles[257]] de la marchandise et qui ne peuvent, dès lors, être aisément appréciés par les services des douanes »[258].

Dès lors, les « paperweights » doivent être considérés comme des objets ayant un caractère commercial et doivent, par conséquent, être classés en fonction de leur matière constitutive, ce qui, concrètement, donne lieu à la perception d'un droit de douane.

75. L'intégration de questions juridiques dans une démarche artistique : *Taxing Art*. Cette affaire a eu un certain retentissement dans le monde du design et

[257] Tel nous semble être le sens de « caractéristiques extérieures » à la lecture de la version anglaise de l'arrêt : « [...] since they are factors which are not *apparent* from the external characteristics of the goods [...] ».
[258] CJCE, *Farfalla Flemming und Partner c. Hauptzollamt München-West*, 18 septembre 1990, *op. cit.*, point 22.

a poussé certains artistes à « tester » la classification européenne en créant volontairement des objets ambigus. Le collectif Beta Tank, à Berlin, a ainsi initié un projet intitulé « Taxing Art » pour Design Miami/Basel 2010 : « En avril 2010, Beta Tank a reçu le prix W Hotels' Designers of the Future Award et une commande pour créer un projet pour Design Miami/Basel en juin 2010. Pour cette commande, j'ai décidé de créer des objets qui traitent de l'effet de la fiscalité sur ma pratique et j'ai commencé à examiner attentivement les règles et les lois qui m'ont toujours semblé si étouffantes pour ma pratique » (traduction libre)[259]. Un des premiers objets créés pour ce projet était une table. La moitié était fabriquée à la main, alors que l'autre moitié était réalisée à l'aide de techniques de fabrication standards. Les deux parties devaient être fabriquées séparément et être envoyées au lieu d'exposition pour être montées sur place. En référence à l'affaire *Farfalla* (arrêt n° C-228/89), la table T228/89 a été créée. Il s'agit d'une table qui peut tantôt être utilisée comme une table ordinaire, tantôt être transformée en sculpture : de petites pyramides empêchent alors d'utiliser la table. L'importation en question se faisait de l'Union européenne vers la Suisse, qui permettait également la franchise des objets d'art, selon des catégories similaires aux catégories européennes :

> « Une camionnette louée avec des plaques d'immatriculation allemandes était sûre d'être arrêtée à la frontière. Comment pourrait-il être plus évident que quelque chose est transporté dans le pays ? Après dix heures de route, alors que mon partenaire et moi approchions de la frontière suisse, j'avais une certaine appréhension et je devais me rappeler que je voulais me faire arrêter. Malgré les heures passées sur la route, j'étais toujours prêt à débattre de la question de l'art ou du design, mais lorsque mon tour est arrivé, le fonctionnaire nous a fait signe de passer. Tous ces efforts pour rien, c'était très décevant - jusqu'à ce que je me rende compte qu'Art Basel a un bureau des impôts à l'intérieur de la foire. Nous avions involontairement créé un problème encore plus grave, car nous étions officiellement en train de faire entrer des marchandises en contrebande dans le pays - et pendant la foire d'art et de design la plus importante au monde, le gouvernement suisse envoie des fonctionnaires des douanes inspecter les documents de déclaration fiscale d'un stand à l'autre.
> Le vernissage a eu lieu, le premier et le deuxième jour aussi. J'ai oublié l'équipe d'intervention des douanes et je suis passé en mode salon du design, ce qui me permet d'expliquer la même chose encore et encore pendant dix heures

[259] « In April 2010 Beta Tank received the W Hotels' Designers of the Future Award and a commission to create a project for Design Miami/Basel in June 2010. For the commission I decided to make objects that dealt with the effect of taxation on my practice and started to properly look at the rules and laws that had always felt so stifling to my practice » (BETA TANK, *Taxing Art. When Objects Travel*, Berlin, Gestalten, 2011, p. 24).

d'affilée. Les salons du design attirent une foule éclectique allant des supers geeks aux personnes intéressées par le bricolage, en passant par les collectionneurs d'art et de design. Il n'y a aucun moyen d'identifier les personnes avec lesquelles il serait bon de discuter, alors je me contente de parler à autant de personnes que possible. Ainsi, lorsque trois personnes d'apparence ordinaire sont entrées dans mon stand, je me suis approché d'elles et j'ai commencé à discuter. Les étiquettes gouvernementales qu'ils portaient autour du cou m'ont complètement échappé, puis ils m'ont répondu en suisse allemand, me demandant s'ils pouvaient voir mes papiers. Mon cœur s'est effondré. J'ai paniqué. J'avais l'impression d'être un fugitif recherché. J'ai répondu que je n'avais pas de papiers, ce à quoi l'un des fonctionnaires a répondu : “C'est très mauvais”.

Je ne parle pas allemand et j'essayais d'attirer l'attention de Michele pour obtenir une aide linguistique, mais elle était en train d'être interviewée par Julian Ellerby du Future Laboratory. J'étais convaincu que j'allais être arrêté - une perspective très embarrassante au milieu d'un prestigieux salon du design - mais je me suis rappelé que c'était exactement ce que j'avais voulu et que le pire qui pouvait arriver était de payer une amende. J'ai attrapé Michele au milieu de l'entretien et j'ai demandé à Julian d'être notre photographe si Michele et moi devions effectivement être emmenés en prison.

Au lieu d'aller en prison, j'ai eu la conversation que je voulais avec les douaniers. Ils ont demandé à voir la liste des prix de l'exposition (que j'avais établie la veille avec des prix gonflés) et j'ai réalisé que j'étais sur le point de payer 7,6 % de TVA sur le montant total ainsi qu'une lourde amende. Mais au lieu de nous infliger une amende, ils ont voulu savoir qui était l'artiste et, lorsque je leur ai dit qu'il s'agissait de nous deux, ils ont déclaré qu'il n'y aurait pas de droits à payer ; ils avaient décidé que l'œuvre était de l'art.

Un peu abasourdi et soulagé de ne pas avoir à payer le taux de TVA le plus élevé, j'ai demandé comment ils étaient parvenus à leur décision. La réponse ? Ils étaient entrés dans la foire par la porte portant l'écriteau “Art Basel” et les artistes voyageant avec leurs propres œuvres ne devaient pas payer de droits de douane » (traduction libre)[260].

[260] « A rented van with German license plates was sure to get stopped at the border. How much more obvious could it be that something was being transported into the country ? After ten hours of driving, as my partner and I approached the Swiss border, I had a measure of trepidation and had to remind myself that I wanted to get stopped. Despite our hours on the road, I was still up for a debate on the art or design question, but when my turn came the official waved us through. All that effort for nothing, which was very disappointing – until I realized that Art Basel has a tax office inside the fair. We had unintentionally created an even bigger issue because we were now officially smuggling goods into the country – and during the world’s most important art and design fair the Swiss government has customs officials to go from booth to booth inspecting the tax declaration papers.

The vernissage came and went so did the first and second days. I forgot about the customs swat team and entered design fair mode, which enables me to explain the same thing over and over for ten hours straight. Design fairs attract an eclectic crowd ranging from super geeks to people interested in DIY to art and design collectors. There is no way to identify who would be good to chat with, so I just speak to as many people as possible. So when three ordinary-looking people entered my booth, I approached them and started to chat. The government tags they wore around their necks completely escaped me and then they responded in Swiss German, asking me if they could see my papers. My heart sank. I

Sans aller jusqu'au procès, l'expérience révèle que la théorie institutionnelle de l'art de Dickie mentionnée *supra*[261] a sans doute beaucoup à nous dire de la manière dont les règles sont d'abord mises en œuvre : si un artefact est inscrit dans le monde de l'art, il doit s'agir d'une œuvre d'art. De même, s'il est qualifié d'œuvre d'art par les institutions, c'est qu'il est inscrit dans le monde de l'art[262].

C. Les photographies d'art

76. Le cas *Mapplethorpe* (CJCE, *Ingrid Raab c. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 13 décembre 1989, C-1/9). Il est en revanche des cas dans lesquels, bien que des œuvres soient artistiques, que leurs auteurs soient des artistes – cela n'est jamais directement remis en cause –, et qu'il n'y ait d'exploitation commerciale qu'au niveau très limité du marché des galeries d'art, la Cour refuse d'admettre des œuvres dans une des catégories du chapitre 97. C'est en particulier le cas des photographies d'art.

La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi été saisie dans le cadre d'un recours préjudiciel à propos d'un lot de trente-six photographies de Robert Mapplethorpe. À l'occasion d'un litige opposant Ingrid Raab, propriétaire d'une

---

panicked. I felt like a wanted fugitive. I replied that I had no papers to which one of the officials replied, "That is very bad".
I don't speak German and was trying to flag Michele down for some linguistic assistance but she was in the middle of being interviewed by Julian Ellerby from the Future Laboratory. I was convinced that I would be arrested – a very embarrassing prospect in the midst of a prestigious design fair – but reminded myself that this is exactly what I had wanted and the worst that could happen was that I would pay a fine. I grabbed Michele mid-interview and asked Julian to be our photographer if Michele and I were indeed be taken to jail.
Instead of going to jail, I got to the conversation I wanted with the customs officers. They asked to see the exhibition price list (which I had made up the day before with inflated prices) and I realized that I was about to pay 7.6% VAT on the entire amount as well as a hefty fine. But instead giving us a fine, they wanted to know who the artist was and upon telling them it was both of us, they declared that there would be no duties to pay ; they had decided that the work was art.
A bit stunned and relieved that I wouldn't have to pay the higher rate of VAT, I asked how they had come to their decisions. The answer ? They had entered the fair through the door with the sign that read "Art Basel" and that artists travelling with their own work do not need to pay duties » (BETA TANK, *Taxing Art. When Objects Travel*, *op. cit.*, p. 84).

[261] N° 59.

[262] Sur le problème de circularité posé par cette définition, voy. D. LORIES, *Expérience esthétique et ontologie de l'œuvre d'art*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1989, p. 76 et s.

galerie d'art berlinoise, à l'administration douanière allemande, s'est posée la question de savoir si des photographes d'art pouvaient bénéficier d'un classement comme « gravures, estampes et lithographies originales » ou comme « sérigraphie d'art », alors même qu'il existe pourtant une catégorie « photographies » dans le tarif douanier commun. Les deux premières catégories sont reprises dans le chapitre réservé aux œuvres d'art – et font l'objet d'une exemption de droits de douane –, alors que la dernière est reprise au code 4911, sous le chapitre « Produits de l'édition, de la presse ou des autres industries graphiques ; textes manuscrits ou dactylographiés et plans », et donne lieu à une taxe à l'importation. La Cour rappelle que, « si les biens visés par le chapitre 99 [actuel 97] du TDC ont été exemptés de droits de douane dans le but de promouvoir la production artistique (voir arrêt du 14 décembre 1988, *Huber*, point 16, 291/87, Rec. p. 6449), il n'en résulte pas pour autant que tous les objets auxquels on peut attacher un caractère artistique doivent être classés sous ce chapitre »[263]. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les gravures, estampes et lithographies originales au sens de l'actuelle position 9702 sont caractérisées par une intervention personnelle et manuelle de l'artiste dans la confection de l'original, dont seule la reproduction peut être effectuée à l'aide d'un procédé mécanique. Or, s'agissant de photographies, la Cour estime que, même si elles sont artistiques, elles ne remplissent pas cette condition : « en effet, même si le photographe peut, par le choix du sujet et par les techniques utilisées, conférer une valeur artistique à son œuvre, l'original est toujours le résultat d'un procédé technique consistant à fixer, par l'action de la lumière, l'image des objets sur une surface sensible »[264]. De même, s'agissant des sérigraphies, il est requis que le dessin original à reproduire soit exécuté à la main par l'artiste. L'importance conférée ici au critère de l'intervention manuelle de l'artiste sur l'original à reproduire – que ce soit comme lithographie ou sérigraphie – peut étonner quand on se souvient que la Cour a classé comme « tableau fait entièrement à la main » une œuvre née des seules instructions verbales de l'artiste[265]. Les deux positions reprises sous le chapitre réservé aux œuvres d'art

[263] CJCE, *Ingrid Raab c. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 13 décembre 1989, C-1/98, point 12.
[264] *Ibid*., point 16.
[265] Cfr. *supra*, CJCE, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, 8 novembre 1990, *op. cit.*

étant éliminées, la Cour note que la position 4911 ne pose pas de distinction selon le caractère artistique ou non des photographies, et que c'est donc sous ce code que doivent être reprises les photographies litigieuses, fussent-elles artistiques.

D. L'œuvre réduite à un dispositif technique (cas *Dan Flavin* et *Bill Viola*)

77. Le règlement (UE) n° 731/2010 de la Commission du 11 août 2010 relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée. Il convient enfin de consacrer quelques lignes au Règlement (UE) n° 731/2010 de la Commission du 11 août 2010 relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée qui vise, notamment, des œuvres de Dan Flavin (1933-1996) et Bill Viola (1951-2024). Le premier est connu pour ses installations composées de tubes ou néons lumineux, le second est l'un des plus grands représentants de l'art vidéo.

Le Règlement n° 731/2010 a été adopté à la suite d'un litige qui opposa la galerie *Haunch of Venison* à l'administration douanière anglaise, à propos notamment de deux œuvres de Dan Flavin, « Hall of Whispers » et « Six Alternating Cool White/Warm White Fluorescent Lights Vertical and Centred ». Dans une décision du 11 décembre 2008, soit avant l'adoption du Règlement, le *London Tax Tribunal* avait tranché en faveur du classement des œuvres comme « productions originales de l'art statuaire et de la sculpture », exemptées de droits de douane. L'affaire n'en resta pourtant pas là. En effet, la Commission se saisit du problème et élabora l'étrange classification reprise en annexe du Règlement n° 731/2010. Les œuvres y sont réduites à leurs composantes, sans égard aucun à leur fonctionnement artistique. Concernant l'œuvre de Dan Flavin, la Commission estime par exemple que « le classement dans la position 9703 00 00 en tant que sculpture est exclu, étant donné que l'"œuvre d'art" n'est pas l'installation même mais le résultat des opérations (les effets de lumière) exécutées par celle-ci. Le classement dans la position 9705 00 00 est exclu, étant donné que l'installation n'est pas une pièce de collection présentant un intérêt historique. Elle présente les caractéristiques des appareils d'éclairage classés dans

la position 9405. Par conséquent, le produit doit être classé sous le code NC 9405 10 28 comme appareil d'éclairage à fixer au mur ». Étrange démarche que celle de nier la réalité et de réduire une des œuvres les plus importantes du XX^{e} siècle au statut d' « appareil d'éclairage à fixer au mur ». Reste à savoir quelle valeur sera prise en compte par les autorités confrontées à ces œuvres. Une taxation fondée sur la valeur des œuvres méconnaîtrait manifestement de la jurisprudence précitée.

ANNEXE

Désignation des marchandises	Classement (code NC)	Motivation
(1)	(2)	(3)
1. Installation sons et images composée essentiellement des éléments suivants: — 10 appareils de reproduction vidéophonique de type DVD (disque numérique polyvalent), — 10 projecteurs utilisant la technologie d'affichage à cristaux liquides (LCD) à matrice, permettant également l'affichage d'informations numériques générées par une machine automatique de traitement de l'information, — 10 haut-parleurs uniques autoalimentés, montés dans leurs enceintes, et — 20 DVD (disques numériques polyvalents) contenant des enregistrements d'œuvres d'«art moderne» sous la forme d'images accompagnées de son. L'apparence de l'appareil de reproduction vidéophonique, des projecteurs et des haut-parleurs a été modifiée par un artiste pour leur donner l'aspect d'une œuvre d'«art moderne» sans toutefois altérer la fonction de chaque composant. L'installation est présentée démontée.	8521 90 00 8528 69 10 8518 21 00 8523 40 51	Le classement est déterminé par les règles générales 1 et 6 pour l'interprétation de la nomenclature combinée et par le libellé des codes NC 8521 et 8521 90 00, 8528, 8528 69 et 8528 69 10, 8518 et 8518 21 00 et 8523, 8523 40 et 8523 40 51. Le classement dans la position 9703 00 00 en tant que sculpture est exclu, étant donné qu'aucun des composants individuels ni l'installation complète montée ne peuvent être considérés comme une sculpture. Les composants ont été légèrement modifiés par l'artiste, sans que ces modifications n'altèrent leur fonction première en tant que produits de la section XVI. C'est le contenu enregistré sur le DVD qui, avec les composants de l'installation, constitue l'«art moderne». L'installation sons et images ne constitue ni un ouvrage composite du fait qu'il se compose d'éléments individuels, ni un assortiment conditionné pour la vente au détail au sens de la règle générale 3 b). C'est pourquoi les composants de l'installation doivent être classés séparément. Par conséquent, les appareils de reproduction vidéophoniques doivent être classés sous le code NC 8521 90 00, les projecteurs sous le code NC 8528 69 10, les haut-parleurs sous le code NC 8518 21 00 et les DVD sous le code NC 8523 40 51.
2. Produit appelé «installation lumineuse» composé de 6 tubes d'éclairage fluorescents circulaires et de 6 supports en plastique. Le produit a été conçu par un artiste et fonctionne conformément aux instructions fournies par l'artiste. Il est destiné à être exposé dans une galerie, fixé au mur. Les supports sont séparés les uns des autres et destinés à être montés verticalement. Les tubes doivent être insérés dans les supports et diffusent, de manière alternée, deux lumières blanches de teintes différentes. Le produit est présenté démonté.	9405 10 28	Le classement est déterminé par les règles générales 1, 2 a) et 6 pour l'interprétation de la nomenclature combinée, ainsi que par le libellé des codes NC 9405, 9405 10 et 9405 10 28. Le classement dans la position 9703 00 00 en tant que sculpture est exclu, étant donné que l'«œuvre d'art» n'est pas l'installation même, mais le résultat des opérations (les effets de lumière) exécutées par celle-ci. Le classement dans la position 9705 00 00 est exclu, étant donné que l'installation n'est pas une pièce de collection présentant un intérêt historique. Elle présente les caractéristiques des appareils d'éclairage classés dans la position 9405. Par conséquent, le produit doit être classé sous le code NC 9405 10 28 comme appareil d'éclairage à fixer au mur.

§ 3. Le cas particulier du droit de suite et de la législation anti-blanchiment

78. La notion d'« œuvre d'art originale », au sens de l'article XI. 175 CDE. Bien que constituant une prérogative découlant du droit d'auteur[266], la mise en œuvre du droit de suite implique une définition particulière de l'*œuvre*. Ce droit, qui permet aux artistes de percevoir un pourcentage du prix lors des reventes de leurs œuvres dans lesquelles interviennent des professionnels du marché de l'art, ne concerne en effet pas toutes les œuvres au sens du droit d'auteur. Il est dès lors nécessaire d'en circonscrire précisément l'objet.

L'article XI.175 du Code de droit économique dispose :

> « § 1er. Pour tout acte de revente d'une œuvre d'art originale dans lequel interviennent en tant que vendeurs, acheteurs ou intermédiaires, des professionnels du marché de l'art, après la première cession par l'auteur, il est dû à l'auteur par le vendeur un droit de suite inaliénable, auquel il ne peut être renoncé, même de façon anticipée, calculé sur le prix de revente.
>
> Aux fins de la présente section, on entend par "œuvre d'art originale", les œuvres d'art graphique ou plastique, telles que les tableaux, les collages, les peintures, les dessins, les gravures, les estampes, les lithographies, les sculptures, les tapisseries, les céramiques, les verreries et les photographies, pour autant qu'il s'agisse de créations exécutées par l'artiste lui-même ou d'exemplaires considérés comme œuvres d'art originales.
>
> Les exemplaires d'œuvres d'art visées par la présente section, qui ont été exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité, sont considérés comme des œuvres d'art originales aux fins de la présente section. De tels exemplaires sont en principe numérotés ou signés, ou dûment autorisés d'une autre manière par l'artiste.
>
> § 2. Le droit de suite ne s'applique toutefois pas à un acte de revente lorsque le vendeur a acquis l'œuvre directement de l'artiste moins de trois ans avant cette revente et que le prix de revente ne dépasse pas 10.000 euros. La charge de la preuve du respect de ces conditions incombe au vendeur.
>
> § 3. Le droit de suite appartient aux héritiers et autres ayants droit des auteurs conformément aux articles XI.166 et XI.171.

[266] Ceci n'est désormais plus discuté. Cfr. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, 5e éd., *op. cit.*, p. 277.

§ 4. Sans préjudice des dispositions des conventions internationales, la réciprocité s'applique au droit de suite ».

Dans le cadre du droit de suite, il n'est dès lors plus question d'*œuvre* ou d'*œuvre littéraire et artistique* mais d'*œuvre d'art originale*.

S'agissant d'une prérogative du droit d'auteur, il convient de préciser d'emblée que l'*œuvre d'art originale* doit nécessairement pouvoir être qualifiée d'*œuvre* au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire satisfaire aux conditions de mise en forme et d'originalité développées *supra*[267].

Le droit de suite bénéficie aux auteurs des originaux d'œuvres d'art plastique ou graphique. Les tirages limités, exécutés par l'artiste ou sous sa direction, pour peu qu'ils portent la marque de l'autorisation de l'artiste, par la signature, un numéro ou un autre moyen, ouvrent également ce droit. Ainsi, les lithographies ou gravures – résultat nécessaire d'un procédé reprographique – pourront donner lieu à un droit de suite si elles sont numérotées et signées[268].

La jurisprudence française, dont les enseignements peuvent être transposés en Belgique[269], précise que les épreuves en bronze à tirage limité, coulées à partir d'un modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par un sculpteur, font, chacune, naître un droit de suite au profit de ce sculpteur ou de ses ayants droit. Peu importe, du reste, que le tirage limité des épreuves en bronze soit postérieur au décès du sculpteur[270].

79. La loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces. La notion d'*œuvre d'art originale* au sens du droit de suite est également mobilisée dans le cadre de la réglementation relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

[267] N° 63 et s.
[268] Le statut des photographies reste, quant à lui, controversé.
[269] A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, 5e éd., *op. cit.*, p. 277.
[270] Cass. fr., 18 mai 1986, *RIDA*, 129/1986, p. 138.

L'article 5, § 1er, 31°/1 et 31°/2, de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, désigne comme entités assujetties :

> « 31° /1 les personnes physiques ou morales, qui achètent, vendent ou agissent en qualité d'intermédiaires dans le commerce d'œuvres d'art ou de biens meubles de plus de cinquante ans, lorsque le prix de mise en vente d'un ou d'un ensemble de ces œuvres ou biens, est d'un montant égal ou supérieur à 10 000 euros, et inscrites auprès du Service Public Fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie conformément à l'alinéa 7 du présent paragraphe ;
>
> Les intermédiaires incluent les galeries d'art, les maisons de vente aux enchères et les organisateurs de foires et salons ;
>
> Lorsque l'intermédiaire est une maison de vente aux enchères, le prix de mise en vente visé à l'alinéa 1er correspond à l'estimation maximale par celle-ci ;
>
> 31° /2 les personnes physiques ou morales qui possèdent ou gèrent des entrepôts, y compris des entrepôts douaniers ou situés dans des ports francs, qui offrent spécifiquement un service d'entreposage d'œuvres d'art ou de biens meubles de plus de cinquante ans et à l'égard de ces biens et œuvres uniquement et inscrites auprès du Service Public Fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie conformément à l'alinéa 7 du présent paragraphe ».

Or, pour l'application de cette réglementation, il faut entendre par « œuvre d'art » « l'œuvre d'art originale telle que définie à l'article XI.175, § 1er, alinéas 2 et 3, du Code de droit économique »[271].

Les développements relatifs à la notion d'*œuvre d'art originale* dans le cadre du droit de suite sont donc *ipso facto* transposables à la notion d'*œuvre d'art* mobilisée dans le cadre de la réglementation relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

[271] Art. 4, 24°/1, de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces.

§ 4. Un exemple de non-définition

80. Quand le droit « refuse » de définir. À côté des cas où le droit définit pour ensuite qualifier, se prononçant ainsi clairement quant à l'adéquation d'un objet et d'une catégorie juridique, il est aussi des cas où le droit ne qualifie pas et, dès lors, n'a pas à définir ; des cas où, bien que le droit ne se prononce pas quant à la « nature juridique » d'une chose, des effets très concrets sont produits. En d'autres termes, le droit produit quelque chose qui échappe au seul phénomène langagier. Si la performativité du discours juridique et des définitions qu'il applique aux objets soumis à son examen ne fait plus de doute, il semble bien qu'il y ait toutefois quelque chose de plus : quelque chose d'irréductible au seul langage.

Dans le cas *Maurizio Cattelan* – où une « absence d'examen » se révèle décidément très riche d'enseignements –, le Tribunal judiciaire de Paris n'a pas été amené à se prononcer sur la qualification des objets litigieux (œuvres au sens du droit d'auteur ?), ni sur celle des parties (auteurs ?). Il s'est, dans un premier temps, contenté d'une *apparence* de droit : de prime abord les sculptures litigieuses étaient bien des « œuvres » au sens du droit d'auteur, permettant ainsi de mobiliser les textes pertinents en cette matière et, en particulier, la présomption d'auctorialité de l'article L. 113-1 du Code français de la propriété intellectuelle. Au fond, tout s'était toujours passé *comme si* ces œuvres étaient bien des œuvres protégées par le droit d'auteur – donnant lieu à des contrats mobilisant ce corps de règles, des autorisations de reproduction… –, et le tribunal accorde une réelle valeur à ce *comme si*, le prenant au sérieux pour fonder une décision qui, *in fine*, ne reviendra pas sur cette qualification par ailleurs *non contestée*. En effet, Druet ne conteste jamais la qualification des objets : ce sont bien des *œuvres* au sens du droit d'auteur mais l'auteur, pour lui, c'est lui-même. Ainsi, c'est un état de la réalité non contesté qui fonde la possibilité de remettre en cause un autre état de la réalité qui y est pourtant intimement lié. Ceci admis, l'issue du litige est déterminée par des *présomptions juridiques*, manière de supposer que la réalité est conforme au droit. Manière de rendre exceptionnelle toute remise en cause de ce qui est établi.

Une décision fondée sur un état non contesté du réel et sur des présomptions qui, *grosso modo*, tendent à assurer la stabilisation de ce réel pourrait paraître fade au juriste. Son appareil conceptuel ne s'est pas directement trouvé mobilisé, remis en cause, précisé. Pourtant, une telle décision apparaît par ailleurs chargée ontologiquement, comme nous l'avons déjà souligné : « c'est bien la question de la paternité, voire de la validité de l'art qui est au cœur de cette dispute, et de ce qui fait œuvre aujourd'hui »[272]. Et si les signataires de la tribune donnent peut-être à la décision du tribunal une portée à laquelle elle ne prétend pas, il n'empêche que c'est vers le droit que l'on se tourne pour trancher des questions qui, pourtant, semblent bien lui échapper. Au fond, si l'on donne au droit une telle portée, c'est en raison de l'efficacité singulière de son discours ; efficacité, d'une certaine manière, *garantie* et que nous tentons ici de préciser.

Les quelques définitions de l'œuvre d'art – ou de concepts apparentés – examinées, de même que la possibilité pour une décision de justice de sortir des effets sans même définir, mettent en évidence l'impossibilité d'arrêter notre questionnement à ce stade. D'une part, il n'existe aucun régime uniforme de l'œuvre d'art qui permettrait de rendre compte de l'action du droit *en général* sur ces objets. Les approches sont différentes, une *œuvre* au sens du droit d'auteur n'entrant, par exemple, pas nécessairement dans le chapitre réservé aux *objets d'art, de collection ou d'antiquité* du tarif douanier commun. D'autre part, un état non contesté du réel, couplé à des présomptions, peut suffire à porter un discours ontologiquement chargé sur des œuvres d'art. Quitte à se satisfaire d'une réalité proprement juridique – d'une *fiction* juridique – et à l'importer – ou l'imposer – dans d'autres sphères du réel.

[272] « Tribune. Affaire Daniel Druet - Maurizio Cattelan : "C'est bien la question de la paternité de l'art qui est au cœur de cette dispute et de ce qui fait œuvre" », *op. cit.*

Conclusion du chapitre 2

81. Synthèse des développements qui précèdent. L'efficacité propre au langage, y compris au langage définitionnel, mise en lumière au sein du chapitre premier du présent titre impliquait d'examiner la manière dont le droit définit l'œuvre d'art – manière de se demander si définir en droit, c'est déjà agir. Suffit-il, à cet égard, de qualifier un objet d'œuvre au sens du droit d'auteur pour le faire exister artistiquement ? Suffit-il même de qualifier tout court pour agir ? Si l'on tente de généraliser et que l'on ramène ces questions à notre inquiétude de départ, il faut se demander si qualifier un objet d'*œuvre d'art* – ou d'*œuvre*, ou encore, par exemple, de *peintures et dessins faits entièrement à la main* – suffit à produire des effets qui dépassent le champ du droit.

En examinant quelques-unes de ces définitions, nécessairement mobilisées dans le cadre d'exercices de qualification, les limites d'un raisonnement qui s'arrêterait à l'étape définitionnelle apparaissent rapidement : loin de se rapporter à des définitions forgées par ailleurs, par exemple par la philosophie de l'art – et même si quelques analogies peuvent être établies –, le droit semble généralement forger ses concepts en vase clos. Ainsi, les cas où la qualification d'œuvre d'art détermine l'applicabilité d'un régime juridique particulier restent marginaux – on se souvient à cet égard du cas *Brancusi*.

Si les concepts mobilisés en droit s'apparentent plus ou moins au concept d'art, il reste qu'ils demeurent nettement circonscrits à des problématiques précises et, en outre, qu'ils ne se recoupent pas nécessairement. Ainsi, il se peut qu'un objet soit une œuvre au sens du droit d'auteur sans pour autant, par exemple, entrer dans une catégorie visée à l'Annexe 1 du Règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil du 23 juillet 1987 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun (par exemple, celle de « Tableaux, peintures et dessins ayant plus de 100 ans d'âge », de « Collections et pièces de collection présentant un intérêt archéologique, ethnographique, historique, zoologique, botanique, minéralogique, anatomique,

paléontologique ou numismatique » ou encore de « Spécimens humains et leurs parties »).

Si l'on examine la manière dont les juges utilisent ces notions, on se rend également compte que le fait qu'une personne soit reconnue artiste ou objet artistique hors du monde du droit ne détermine généralement pas directement la qualification en droit mais oriente néanmoins clairement certains raisonnements – ce que le texte du tarif douanier commun induit d'ailleurs en établissant une prééminence du chapitre « Objets d'art, de collection ou d'antiquité » lorsque des articles sont susceptibles de relever à la fois de ce chapitre et d'autres chapitres de la nomenclature[273]. Du reste, la qualification en droit ne se limite jamais à la question artistique. Dans les différentes affaires examinées en matière de droits de douane, par exemple, ce n'était pas tant la question du caractère artistique qui était en cause (caractère généralement non contesté) que la question du choix entre plusieurs catégories juridiques possibles.

Concernant certains objets « impurs », singulièrement les objets de design artistique, le droit peine à rester cohérent. S'il n'est pas contesté qu'ils sont exécutés par des artistes et même exposés dans des musées, c'est un classement en fonction de leur matière, au titre d'objets commerciaux, qui sera retenu dans un cadre contentieux alors que, dans un cadre administratif (celui de l'expérience *Beta Tank*), le caractère artistique semble s'imposer par la seule force du contexte. Dans le cas des photographies, même qualifiées d'artistiques, c'est en outre une catégorie distincte, fiscalement moins intéressante, qui est appliquée.

Enfin, il peut arriver que des objets constitutifs d'une œuvre d'art ou, du moins, la rendant possible soient « disqualifiés » préventivement par décision des autorités compétentes, ainsi qu'on l'a vu concernant certaines œuvres de Dan Flavin et Bill Viola.

[273] « Sous réserve des notes 1 à 4, les articles susceptibles de relever à la fois du présent chapitre et d'autres chapitres de la nomenclature doivent être classés au présent chapitre » (note 5, A), du chapitre 97 du tarif douanier commun).

Outre ces cas où le droit définit et qualifie – sans que l'on puisse dégager de cadre général –, il est des cas où le droit ne définit pas et où, pourtant, il produit certains effets. Dans le cas *Maurizio Cattelan*, la question de l'« auctorialité » des sculptures est bien réglée mais sans avoir directement égard à ces objets, sans même les examiner, sans même, au fond, *en parler*.

Pour cerner la manière dont le droit se rapporte à des objets artistiques, il ne suffit dès lors pas d'examiner comment le droit *parle* de ces objets. Il convient à présent de se déporter au-delà du langage.

Conclusion du Titre 1

82. Rappel des principaux enseignements. Lorsqu'on se demande comment le droit peut agir sur le réel, la question du langage apparaît d'emblée centrale. En effet, si faire du droit c'est raconter des histoires, alors celui-ci est nécessairement un type particulier de mise en récit du réel.

Daniel Druet a présenté au Tribunal judiciaire de Paris une histoire : depuis plus d'une vingtaine d'années, il sculpte des œuvres pour le compte d'un autre artiste et de son galeriste. Puisqu'il façonne ces sculptures, il en est l'auteur. Maurizio Cattelan et les autres défendeurs ont raconté une autre histoire : les sculptures sont des commandes qui s'intègrent à des œuvres plus globales dont Cattelan est l'auteur, et, quoi qu'il en soit, l'histoire de Druet est irrecevable – elle ne pouvait pas même être racontée. Aussi, le tribunal raconte ses propres histoires, il distribue également la parole : seules certaines histoires peuvent être dites ou, du moins, trouver un écho concret.

Pour comprendre comment le récit du tribunal qui, *in fine*, s'imposera et, le cas échéant, redistribuera les places et les rôles, peut exister, un certain nombre d'antécédents théoriques devaient être précisés.

Dans un premier temps, pour que le sens d'un concept puisse se voir transformé, il était nécessaire de revenir sur l'opposition entre réalisme et nominalisme et sur la querelle des universaux qui consacra la seconde conception.

Afin de saisir les enjeux de cette querelle, nous avons d'abord présenté les thèses réalistes de Platon et d'Aristote et établi les liens qu'une telle philosophie du langage entretient avec la philosophie du droit. Ainsi, les enjeux juridiques d'une question qui semble *a priori* étrangère au domaine du droit sont apparus d'emblée.

Une fois le contexte nominaliste établi et, dès lors, admise la possibilité théorique de voir des concepts varier, nous avons pu plus directement interroger l'emprise du langage sur le réel et avons, à cet égard, examiné la question de la performativité des actes de langage telle que thématisée en particulier par Austin.

Ces éléments de cadrage théorique posés, il importait alors de se pencher sur les mécanismes propres au langage juridique. En effet, le droit, lorsqu'il met le réel en récit, opère de manière particulière. Nous avons ainsi examiné la question de la qualification mais aussi de la définition préalable à toute qualification.

Sur la base de ces éléments, il restait à vérifier si *dire* le droit suffit effectivement à *faire* ou, pour le dire autrement, si *faire* peut effectivement se réduire à *dire*. Pour cela, nous avons examiné un certain nombre de cas où le droit définit. Il s'est avéré que, concernant en particulier les objets artistiques, les définitions étaient multiples et pouvaient, en outre, entrer en concurrence alors même qu'elles se rapportaient à un même objet. À cette impossibilité de dégager un régime général et cohérent concernant les œuvres d'art qui aurait permis de comprendre comment le langage du droit agit sur de tels objets, s'ajoute la question de la non-définition. En effet, il est des cas où le droit *ne définit ni ne qualifie* et où ce *silence* produit tout de même des effets.

Aussi, il importe à présent de se déporter au-delà du langage – non pour identifier des éléments clairement distincts de celui-ci, mais pour préciser l'articulation du langage et d'éléments extralangagiers qui permettraient, le cas échéant, de mieux appréhender la manière dont le droit informe le réel.

Tentons dès lors de préciser cet au-delà du langage porté par le droit.

Titre 2. Au-delà du langage : la force du droit

83. Le droit n'est pas que langage. Si le droit produit des effets qu'on ne peut uniquement rattacher au langage et à la performance qui l'accompagne, si, en d'autres termes, la performativité spécifique du langage juridique ne suffit pas à elle seule à expliquer comment le droit peut emporter des objets dans un processus qui redéfinira la place qu'ils occupent dans le monde – dans un processus qui redéfinira les liens que ces objets entretiennent avec des notions pourtant *a priori* non juridiques, telles celles d'auteur et d'authenticité –, alors il est nécessaire de tenter de penser un *au-delà du langage* et, singulièrement, un au-delà du langage juridique : quelque chose d'irréductible à l'acte de *dire le droit*. Le phénomène juridique n'est pas réductible aux définitions qu'il produit, ni à l'exercice de qualification qu'il impulse. Pour penser cet au-delà du langage juridique, nous nous pencherons sur trois approches qui ne sont pas trois manières alternatives et autonomes d'expliquer le phénomène juridique mais qui entretiennent des liens et s'impliquent l'une l'autre. Nous accorderons une attention particulière à la dernière approche à laquelle on s'est déjà brièvement référé dans les pages qui précèdent[274]. Dans un premier temps, nous adopterons une perspective anthropologique et tâcherons de préciser les liens intimes, bien qu'encore très généraux, qui unissent droit et magie. Pour ce faire, nous nous pencherons en particulier sur les travaux de Marcel Mauss (Chapitre 1. Perspective anthropologique. Le droit comme rituel magique : Marcel Mauss). Partant du constat que la magie chez Mauss est essentiellement un phénomène social, Pierre Bourdieu intégrera certaines conclusions de l'anthropologue dans son

[274] Voy. *supra*, n° 33.

propre système théorique, nous permettant ainsi d'envisager le droit dans une perspective davantage sociologique (Chapitre 2. Perspective sociologique. Le droit comme champ : Pierre Bourdieu). Bien qu'ils présentent un intérêt indéniable, les travaux de Mauss et Bourdieu ne nous intéressent pas tant directement pour leur contenu – qu'il conviendra néanmoins d'esquisser – que pour la transition qu'ils permettent vers la troisième approche. Ainsi, nous nous déplacerons sur un terrain épistémologique et tâcherons de thématiser le droit comme forme symbolique. Cette dernière approche, nourrie des travaux d'Ernst Cassirer, fournira des outils particulièrement originaux et, à notre sens, convaincants pour cerner la spécificité du droit, alors même que l'auteur de la *Philosophie des formes symboliques* ne s'est intéressé qu'incidemment au phénomène juridique. Cela suffit peut-être à justifier l'attention particulière que l'on accordera à Cassirer : tout travail de recherche stimulant explore d'abord des brèches – manière de penser une *connaissance par les gouffres* (Chapitre 3. Perspective épistémologique. Le droit comme forme symbolique : Ernst Cassirer).

Chapitre 1. Perspective anthropologique. Le droit comme rituel magique : Marcel Mauss

84. Présentation du problème : les analogies entre l'acte magique et l'acte juridique. On ne serait pas très éloigné de la réalité en affirmant d'emblée que c'est le caractère *magique* de l'acte juridique qui, au-delà de ses opérations langagières, lui confère son efficacité singulière et sa place privilégiée au sein des discours concurrents. La question de la magie est néanmoins trop vaste et trop complexe pour faire l'économie des développements nécessaires. Attelons-nous dès lors à mettre en évidence les liens qui unissent deux notions qui, intuitivement, paraissent pourtant bien éloignées.

Dans son *Essai sur la magie*, Marcel Mauss tente de définir la magie et relève d'emblée que « ne doivent être dites magiques que les choses qui ont vraiment été telles pour toute une société et non pas celles qui ont été ainsi qualifiées seulement

par une fraction de société »[275]. La magie comprend, d'après Mauss, des *agents* (le magicien, soit l'individu qui accomplit des actes magiques, indépendamment de son statut de professionnel), des *actes* (les « rites magiques »[276]) et des *représentations* (« les idées et les croyances qui correspondent aux actes magiques »[277]). Si ces éléments sont consubstantiels au phénomène magique, il reste que celui-ci ne peut s'y réduire. La magie est en effet avant tout définie par la place qu'elle occupe dans le *continuum* des habitudes sociales. La question des actes, qui ne peut toutefois se penser indépendamment des agents et des représentations, retiendra en particulier notre attention.

Les parallèles entre l'acte d'État, l'acte juridique et l'acte magique sont nombreux, à tel point que Mauss lui-même épingle les actes juridiques au rang des pratiques traditionnelles avec lesquelles l'acte magique peut aisément être confondu[278]. Si Mauss met en garde contre une confusion entre actes magiques et actes juridiques, c'est pour, indirectement, souligner la parenté qui unit ces deux types d'actes :

> « Les pratiques traditionnelles avec lesquelles les actes magiques peuvent être confondus sont : les actes juridiques, les techniques, les rites religieux. On a rattaché à la magie le système de l'obligation juridique, pour la raison que, de part et d'autre, il y a des mots et des gestes qui obligent et qui lient, des formes solennelles. Mais si, souvent, les actes juridiques ont un caractère rituel, si le contrat, les serments, l'ordalie sont par certains côtés sacramentaires, c'est qu'ils sont mélangés à des rites, sans être tels par eux-mêmes. Dans la mesure où ils ont une efficacité particulière, où ils font plus que d'établir des relations contractuelles entre des êtres, ils ne sont pas juridiques, mais magiques ou religieux »[279].

Or, c'est bien cette « efficacité particulière » qui nous intéresse ; c'est bien la mesure dans laquelle les actes juridiques font « plus que d'établir des relations contractuelles entre des êtres » qui est au cœur de notre questionnement. Si l'acte juridique n'avait pour uniques effets que de conférer des droits et des obligations,

---

[275] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », in *Sociologie et anthropologie*, Quadrige, Paris, PUF, 1950, p. 10.
[276] Le rite magique est « *tout rite qui ne fait pas partie d'un culte organisé*, rite privé, secret, mystérieux et tendant comme limite vers le rite prohibé » (*ibid.*, p. 16).
[277] *Ibid.*, p. 10.
[278] *Ibid.*, p. 11.
[279] *Ibid.*

d'opérer un transfert de propriété et, en contrepartie, de rendre exigible le paiement d'une somme d'argent, notre recherche ne nécessiterait sans doute pas les investigations que nous menons. Le droit, pour le dire autrement, se suffirait à lui-même. Pourtant, il y a bien quelque chose de plus, quelque chose que le droit produit mais qu'il ne permet pas – à lui seul – de penser. Il y a, écrit Mauss dans l'extrait reproduit ci-dessus, des effets qui ne sont pas « juridiques, mais magiques ou religieux ».

85. Les rapports entre droit, magie et religion. Du reste, l'étude globale des théories de la magie et des rapports de celle-ci à la religion s'avère extrêmement instructive pour le juriste et fut, d'ailleurs, largement entreprise. En effet, de nombreux auteurs font dériver la naissance du droit et de l'État de la magie, de la religion, d'une combinaison de ces institutions, de la magie fondée sur la religion ou de la religion fondée sur la magie, etc. À cet égard, les conceptions sont nombreuses et loin d'être unanimes. Certains auteurs font dériver la magie et la religion d'une même souche, d'autres établissent un rapport d'antériorité entre ces deux notions. Le rapport de la magie au droit ne fait pas davantage consensus. Les divergences d'approches à cet égard ont été synthétisées par Georges Gurvitch :

> « Si les uns font dériver la Magie de la Religion, soit comme son pervertissement moral (conception théologique traditionnelle reprise par MM. Loisy et Allier), soit comme un effet de l'individualisme naissant (Durkheim et Huvelin), les autres font dériver la Religion de la Magie (Frazer), d'autres encore (Mauss et Hubert, et d'une façon radicale M. L. Lévy-Bruhl qui considère comme infructueuse l'opposition même entre Magie et Religion en les unissant sous le terme de "préreligion") leur trouvent une souche commune, dont elles sont nées.
>
> Le désaccord est non moins grand quant à certaines fonctions sociales de la Magie : pour les uns la Magie a des effets moralisateurs (Frazer), pour les autres, démoralisateurs (Loisy, Allier, partiellement Bergson), pour les troisième, neutres au point de vue moral (Durkheim) ; pour les uns, la Magie est à l'origine des sciences (Frazer) ; pour les autres, elle donne naissance de préférence à la technique (Mauss et Malinowski) ; pour les troisièmes, au contraire, elle sert d'empêchement au développement aussi bien de la science que de la technique (Bergson). Pour les uns, dans le Droit, les influences de la Magie et de la Religion se succèdent insensiblement (Frazer) ; pour les autres ces influences s'opposent, la Magie sanctionnant exclusivement le droit interindividuel et intergroupal (Huvelin) ; pour les troisièmes, la Magie tout en engendrant les institutions les plus fondamentales du Droit interindividuel (obligation, contrat,

> propriété mobilière) agit aussi sur certaines espèces du droit social en collaboration avec la Religion (Mauss) ou en concurrence avec elle »[280].

Il n'importe pas d'entrer ici dans le détail de ces théories, mais, à travers les écrits de Mauss qui opèrent une synthèse particulièrement riche, d'en extraire les éléments pertinents pour notre réflexion. La mise en évidence de deux forces fondamentales dans la magie, le *mana* relatif tantôt à l'*objet* magique, tantôt au *milieu* magique, s'avérera particulièrement instructive en ce qu'elle révèle l'existence d'une force immanente et d'une force transcendante qui n'ont d'efficacité qu'en collaborant et, en dernière instance, ne peuvent exister l'une sans l'autre. Du reste, nous verrons que ces deux forces ne s'opposent pas mais se fondent l'une dans l'autre ; elles ont besoin l'une de l'autre mais sont, quoi qu'il en soit, déjà toutes les deux *mana*. L'objet et son milieu sont irréductibles. L'objet n'existe pas sans son milieu et le milieu n'existe pas sans l'objet.

86. L'efficacité de l'acte magique et de l'acte juridique : conditions. Avant de nous attarder sur les notions de *mana* et de milieu magique qui intéressent particulièrement notre propos, il convient de souligner d'autres traits de parenté unissant plus généralement l'acte magique et l'acte juridique.

Comme pour la magie, l'acte juridique, pour porter l'efficacité qui le caractérise, doit être posé par un professionnel, un spécialiste détenteur d'un diplôme garantissant qu'il a derrière lui la légitimité de tout l'appareil étatique. L'acte juridique, en effet, ne devient pleinement efficace que si on lui appose un sceau (une signature, un cachet…) qui le différenciera d'autres actes. « Le sceau ou le sigle "RF", par exemple, sont cette sorte d'empreinte magique qui condense toute la réalité étatique, et qui transforme un ordre privé, qui [pourrait sinon] être la lubie d'un roi fou […]. L'acte juridique d'ordonnancement ne devient légal, officiel, étatique, que si on lui appose un sceau. D'où ce sceau tient-il son pouvoir magique ? Il est vrai que c'est la même chose pour un diplôme, s'il n'y a pas de signature, le diplôme n'est pas valable et il est possible de faire un recours, etc. »[281]. Le sceau n'est en fait que la marque, la

[280] G. GURVITCH, *La Magie et le droit*, Paris, Dalloz, 2004, p. 2.
[281] *Ibid*.

manifestation tangible, d'un réseau extrêmement complexe qui est l'État. De la même manière que « la valeur magique des choses résulte, selon Mauss, de la position relative qu'elles occupent dans la société ou par rapport à celle-ci »[282], de la même manière que « l'efficacité magique du magicien est l'ensemble de l'univers à l'intérieur duquel se trouve le magicien, les autres magiciens, les instruments magiques et les croyants qui accordent au magicien le pouvoir et qui, de ce fait, contribuent à le faire exister »[283], l'acte d'État tient son efficacité de l'ensemble dans lequel il s'inscrit, de son opposition aux autres discours, de la place relative des agents… Contrairement à ce qu'écrit Mauss, il nous semble que l'efficacité des rites magiques n'est pas un critère permettant de différencier ces derniers des actes juridiques. « Les actes rituels […], écrit Mauss, sont, par essence, capables de produire autre chose que des conventions ; ils sont éminemment efficaces ; ils sont créateurs ; ils font »[284]. Or, quoi de plus efficace que l'acte juridique ? Un juge ou un officier public n'est-il pas capable de modifier l'état des personnes, de faire passer l'homme du statut de célibataire à celui d'époux, de dissoudre un mariage, de faire en sorte qu'un enfant sans parents en ait de nouveaux par l'adoption… ? Dans le domaine qui nous occupe, un juge n'a-t-il pas le pouvoir de se prononcer sur l'authenticité d'une œuvre, voire sur son caractère artistique ? Lorsqu'un juge annule un contrat de vente d'œuvre d'art pour défaut d'authenticité, il fait plus qu'agir sur des liens obligationnels, il prétend porter un véritable jugement ontologique : « En matière d'œuvre d'art, l'authenticité constitue une qualité substantielle de la chose vendue. Dès l'instant où une œuvre n'est plus reconnue comme authentique, elle cesse d'exister comme œuvre d'art, pour devenir un simple objet décoratif et lorsque son authenticité, sans être formellement écartée, est devenue incertaine, cette œuvre se trouve atteinte dans son essence artistique, indépendamment de toute incidence financière »[285]. Mauss n'esquive d'ailleurs pas la comparaison qui s'impose : le magicien est comme un magistrat. Le magicien est une sorte de « fonctionnaire investi, par la société, d'une autorité à laquelle il est engagé à croire

[282] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, p. 113.
[283] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 496.
[284] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, p. 11.
[285] Versailles, 13 avril 1983, *Gaz. Pal., somm.*, 1984, pp. 60-61.

lui-même »[286]. Le magicien est désigné par la société ou par un groupe restreint qui tient son pouvoir de la société. « Il a tout naturellement l'esprit de sa fonction, la gravité d'un magistrat ; il est sérieux, parce qu'il est pris au sérieux et il est pris au sérieux, parce qu'on a besoin de lui »[287].

87. Le caractère discursif, premier point commun de la magie et du droit. Un autre parallèle qu'il convient de mettre en lumière entre la magie et le droit est leur caractère essentiellement *discursif*. Le droit comme la magie sont des formes de discours. Ils sont essentiellement mis en œuvre par des paroles ritualisées ; ils trouvent à leur fondement des actes de nomination. De la même manière que le juriste s'attache avant toute chose à *définir* et à *qualifier* en droit un objet ou une situation, le magicien, par le simple fait de nommer un acte, le produit, il produit son effet[288]. Ces rites oraux sont généralement désignés par le terme *incantation*. Mauss note qu'« il est douteux qu'il y ait eu de véritables rites muets, tandis qu'il est certain qu'un très grand nombre de rites ont été exclusivement oraux »[289]. Au rang des incantations, il existe un groupe spécifique de rites : les *rites sympathiques*. « Il s'agit de nommer les actes ou les choses et de les susciter ainsi par sympathie »[290]. La description d'un acte suffit, dans ces rites, à le faire advenir et, partant, à en produire les effets :

> « dans un charme médical ou dans un exorcisme, on jouera sur les mots qui signifient écarter, rejeter, ou bien sur ceux qui désignent la maladie ou le démon, cause du mal. Les calembours et les onomatopées comptent parmi les moyens employés pour combattre verbalement, par sympathie, la maladie. Un autre procédé, qui donne lieu à une sorte de classe d'incantation sympathique, est la description même du rite manuel correspondant [...]. Il semble qu'on ait supposé souvent que la description, ou la mention de l'acte suffisent et à le produire et à produire son effet »[291].

Outre le fait de nommer pour susciter, une variante de la sympathie consiste à utiliser une image pour agir sur ce qu'elle représente ou une partie pour agir sur un tout sans

[286] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, p. 89.
[287] *Ibid.*
[288] *Ibid.*, p. 48.
[289] *Ibid.*, p. 47.
[290] *Ibid.*
[291] *Ibid.*, pp. 47-48.

qu'un rapport mimétique ne soit requis. « La similitude mise en jeu est, en effet, toute conventionnelle ; elle n'a rien de la ressemblance d'un portrait. L'image et son objet n'ont de commun que la convention qui les associe. Cette image, poupée ou dessin, est un schème très réduit, un idéogramme déformé ; elle n'est ressemblante que théoriquement et abstraitement »[292]. Du reste, la notion d'image devient vite celle de symbole et nécessite, dès lors, un travail d'interprétation poussé[293].

Il existe des gestes rituels mais ceux-ci sont toujours accompagnés d'une forme de langage :

> « On dit à quoi sert le rite manuel, et pour qui il est fait ; on inscrit ou on prononce sur les poupées d'envoûtement le nom de l'enchanté ; en cueillant certaines plantes médicinales, il faut dire à quoi et à qui on les destine. Ainsi, le charme oral précise, complète, le rite manuel qu'il peut supplanter. Tout geste rituel, d'ailleurs, comporte une phrase ; car il y a toujours un minimum de représentation, dans lequel la nature et la fin du rite sont exprimées, tout au moins dans un langage intérieur. C'est pourquoi nous disons qu'il n'y a pas de véritable rite muet, parce que le silence apparent n'empêche pas cette incantation sous-entendue qu'est la conscience du désir. De ce point de vue, le rite manuel n'est pas autre chose que la traduction de cette incantation muette ; le geste est un signe et un langage. Paroles et actes s'équivalent absolument et c'est pourquoi nous voyons que des énoncés de rites manuels nous sont présentés comme des incantations. Sans acte physique formel, par sa voix, son souffle, ou même par son désir, un magicien crée, annihile, dirige, chasse, fait toutes choses »[294].

88. Le formalisme, second point commun de la magie et du droit. De la même manière que le droit *met les formes*, la magie « contraint à chaque instant les gestes et les locutions. Tout y est fixé et très exactement déterminé »[295].

Écrire que le formalisme occupe une place centrale dans la pratique juridique relève du lieu commun. À simple titre d'exemple, rappelons que, en Belgique, l'acte ou le règlement d'une autorité administrative peut être annulé par le Conseil d'État – et donc, en principe, se voir privé de tout effet – pour des raisons tenant tant à la légalité

[292] *Ibid.*, p. 61.
[293] *Ibid.*, pp. 61 et s.
[294] *Ibid.*, p. 50.
[295] *Ibid.*, p. 51.

interne de l'acte qu'à sa légalité externe. Ainsi, les *formes*, le *formalisme*, sont des conditions centrales de la validité d'un tel acte. L'article 14, § 1er, al. 1er des Lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose à cet égard : « [...] la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des *formes* [c'est nous qui soulignons, *NdA*] soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements [...] ».

Concernant les formes magiques, la précision de l'intonation et du rythme du mot est souvent essentielle. La précision n'est pas moins centrale lorsqu'il s'agit d'un geste magique : « Le magicien le rythme comme une danse : le rituel lui dit de quelle main, de quel doigt il doit agir, quel pied il doit avancer ; quand il doit s'asseoir, se lever, se coucher, sauter, crier, dans quel sens il doit marcher. Fût-il seul avec lui-même, il n'est pas plus libre que le prêtre à l'autel »[296]. Mauss relève encore que certains canons sont communs aux rites manuels et aux rites oraux. Les gestes comme les paroles doivent être répétés une quantité déterminée de fois. Cette répétition rituelle correspond aux « nombres magiques » ou nombres sacrés (3, 4, 5, 7, 9, 11, 13, 20...). Par ailleurs, gestes et paroles doivent être exécutés ou prononcés dans une direction déterminée – par exemple, un certain point cardinal, ou, à tout le moins, vers l'objet enchanté. « En somme, écrit Mauss, les rites magiques sont extraordinairement formels et tendent non pas à la simplicité du geste laïque, mais au raffinement le plus extrême de la préciosité mystique »[297].

La magie, écrit encore Mauss, est « l'art des changements »[298]. Les actes magiques ont tous pour propriété commune de modifier un état. Il ne s'agit pas de faire passer une qualité ou un élément d'un agent à un autre sans aucune altération. La magie tend toujours à atteindre un certain résultat et, pour ce faire, garde la maîtrise des flux qu'elle génère à cet effet. Par exemple, la maladie peut passer du patient au sorcier sans que ce dernier en soit affecté, la douleur peut passer de la poupée à la

[296] *Ibid.*
[297] *Ibid.*
[298] *Ibid.*, p. 54.

personne qu'elle représente sans pour autant perforer complètement cette dernière… Si les rites sympathiques agissent sur la réalité par la simple nomination de celle-ci ou par la simple description des effets escomptés, « [on] limite toujours les effets de la sympathie à un effet voulu. D'une part, on interrompt, à un moment précis, le courant sympathique ; d'autre part, on ne transmet qu'une, ou un petit nombre des qualités transmissibles. Ainsi, quand le magicien absorbe la maladie de son client, il n'en souffre point. De même, il ne communique que la durée de la poudre de momie, employée pour prolonger la vie, la valeur de l'or et du diamant, l'insensibilité de la dent d'un mort ; c'est à cette propriété, détachée par abstraction, que se borne la contagion »[299].

Pour que le rite soit pleinement efficace, les mots et les gestes correctement effectués ne suffisent pas. Encore faut-il « qu'à l'idée de sympathie se superposent clairement, d'une part, l'idée d'un dégagement de force et, d'autre part, celle d'un milieu magique »[300].

89. La notion de *mana*. Dans un premier temps, attardons-nous très brièvement sur l'idée de dégagement de force. Celle-ci a pour corollaire une facette de l'idée riche et à la fois infiniment complexe de *mana* qui est, en même temps, indissociable de la notion de milieu magique que nous développerons dans un deuxième temps.

La notion de *mana* est très largement étudiée par Mauss dans son *Esquisse d'une théorie générale de la magie* mais aussi dans l'*Essai sur le don*. Il s'agit d'une notion très répandue sur le plan géographique[301] qui, du reste, avait déjà été traitée lorsque Mauss rédigea ses conclusions[302]. Il relève que :

> « le mot de *mana* est commun à toutes les langues mélanésiennes proprement dites et même à la plupart des langues polynésiennes. Le *mana* n'est pas

[299] *Ibid.*, p. 60.
[300] *Ibid.*, p. 92.
[301] Mauss défend même l'universalité de l'idée de *mana* : « La rareté des exemplaires connus de cette notion de force-milieu magique ne doit pas nous faire douter qu'elle ait été universelle. Nous sommes en effet bien mal informés sur ce genre de faits ; depuis trois siècles qu'on connaît les Iroquois, voilà seulement un an que notre attention a été appelée sur l'*orenda* [notion que Mauss identifie à celle de *mana*, *NdA*]. D'ailleurs, cette notion peut avoir existé sans avoir été exprimée : un peuple n'a pas plus besoin de formuler une pareille idée que d'exprimer les règles de sa grammaire. En magie, comme en religion, comme en linguistique, ce sont les idées inconscientes qui agissent » (*ibid.*, p. 109).
[302] Voy. R.H. CODRINGTON, *The Melanesians*, Oxford, Clarendon Press, 1891.

> simplement une force, un être, c'est encore une action, une qualité et un état. En d'autres termes, le mot est à la fois un substantif, un adjectif, un verbe. On dit d'un objet qu'il est *mana*, pour dire qu'il a cette qualité ; et dans ce cas, le mot est une sorte d'adjectif (on ne peut pas le dire d'un homme). On dit d'un être, esprit, homme, pierre ou rite, qu'il a du *mana*, le "*mana* de faire ceci ou cela". On emploie le mot *mana* aux diverses formes des diverses conjugaisons, il signifie alors avoir du *mana*, donner du *mana*, etc. En somme, ce mot subsume une foule d'idées que nous désignerions par les mots de : pouvoir de sorcier, qualité magique d'une chose, chose magique, être magique, avoir du pouvoir magique, être incanté, agir magiquement ; il nous présente, réunies sous un vocable unique, une série de notions dont nous avons entrevu la parenté, mais qui nous étaient, ailleurs, données à part. Il réalise cette confusion de l'agent, du rite et des choses qui nous ont paru être fondamentales en magie »[303].

Le *mana* opère comme un lien entre ce qui semble relever d'une force immanente, interne, aux choses et un milieu qui apparaît comme extérieur, c'est-à-dire transcendant. En effet, « le *mana* est en outre un milieu ou, plus exactement, fonctionne dans un milieu qui est *mana*. C'est une espèce de monde interne et spécial, où tout se passe comme si le *mana* seul y était en jeu »[304]. Ainsi, les agents, les rites et les objets qui sont eux-mêmes *mana* déploient leurs forces, leur *mana*, dans un certain milieu où tous ces *manas* cohabitent et qui, en même temps, est lui-même *mana*. « Dans ces actions et réactions, écrit Mauss, il n'entre pas d'autres forces que du *mana*. Elles se produisent comme dans un cercle fermé où tout est *mana* et qui, lui-même, doit être le *mana*, si nous pouvons nous exprimer ainsi »[305]. Mauss précise d'ailleurs que, « s'il y a donc une infinité de *manas*, nous sommes cependant amenés à penser que les divers *manas* ne sont qu'une même force, non fixée, simplement répartie entre les êtres, hommes ou esprits, des choses, des événements, etc. »[306]. Ainsi, si les objets sont *manas* ou ont du *mana*, cette force qui leur est immanente se répand dans le monde et, en retour, pénètre les objets, se répand et établit une cohérence globale rendant possible l'action sympathique ou encore la participation totémique. En somme, le *mana* et la communauté de force qu'il implique rend possible l'action directe d'un rite, d'une parole ou encore d'un

[303] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, pp. 101-102.
[304] *Ibid.*, p. 105.
[305] *Ibid.*
[306] *Ibid.*, p. 104.

objet sur un autre objet par les qualités propres des divers objets, rites ou agents en présence mais également par le milieu dans lequel ils évoluent, milieu qu'ils forgent et qui, à la fois, les forge.

90. *Mana* et milieu. Pour les besoins de notre démonstration, il n'est pas nécessaire de nous attarder plus avant sur cette notion extrêmement confuse pour le lecteur contemporain (mais aussi extrêmement riche pour le juriste curieux[307]). Concentrons-nous dès lors sur l'idée de milieu qui constitue, du reste, la seconde face du *mana*. En même temps qu'une force, le *mana* est « un milieu, un monde séparé et cependant ajouté à l'autre »[308] qui « légitime [...] la vertu créatrice des mots »[309].

En tant que milieu, le *mana* se superpose donc à la force immanente des objets magiques pour créer un ensemble transcendant. Ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, l'opposition immanent/transcendant ou, pour l'exprimer autrement, objet/milieu ou encore objet/contexte, doit être dépassée. En effet, ces deux pôles sont *manas*, ils sont forgés l'un par l'autre et il est, en dernière instance, vain de chercher à établir un ordre de priorité logique ou chronologique.

Le *mana* comme milieu permet l'expérience magique et, partant, la vérité de la magie. À cet égard, elle est donnée comme une catégorie *a priori* de l'entendement : « elle rend possible les idées magiques comme les catégories rendent possibles les idées humaines »[310]. Toutefois, à la différence des catégories de l'entendement traditionnelles (celles du temps et de l'espace, par exemple), « cette catégorie n'est

[307] Il est en effet probable que le *mana* ait joué un rôle important dans la formation de plusieurs institutions juridiques. Ainsi, Georges Gurvitch relève que « M. Mauss s'est appliqué à démontrer quel rôle important ce Mana joue dans le développement des échanges, dans les dons en particulier, le potlatch, le droit contractuel, et plus largement le droit d'obligation qui en est sorti. Il a mis en lumière le fait que la possibilité de l'aliénation même a été liée à l'élasticité du Mana magique et a fait en même temps pressentir que l'appropriation des choses aliénables (la propriété mobilière) n'était que la pénétration de ces choses par le Mana des individus et des groupes. Ses recherches ont ainsi ouvert de très larges perspectives en posant le problème de l'origine différente de la propriété mobilière (aliénable) et immobilière (inaliénable), dont la rigidité n'est qu'un effet de la rigidité du Sacré, du Religieux, du Divin, auxquels elle est vouée » (G. GURVITCH, *La Magie et le droit*, *op. cit.*, p. 41).
[308] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, p. 111.
[309] *Ibid*.
[310] *Ibid*.

pas donnée dans l'entendement individuel »[311]. Elle est éminemment sociale. Mauss voit une confirmation de ce caractère social dans l'intensité variable du *mana* comme catégorie : « elle a pu être fortement réduite par les progrès de la civilisation et [...] elle varie dans sa teneur avec les sociétés et avec les diverses phases d'une même société ». Et Mauss de conclure : « Elle n'existe dans la conscience des individus qu'en raison même de l'existence de la société, à la façon des idées de justice ou de valeur ; nous dirions volontiers que c'est une catégorie de la pensée collective »[312]. Ainsi, cette catégorie qui rend possible l'idée de la magie chez les individus et qui, en même temps, constitue la force, le milieu, permettant à la magie de déployer son efficacité, est avant tout un phénomène *social*.

91. *Mana* et rites sympathiques. Si l'on revient au cas des rites sympathiques – ces rites où l'action sur une chose (ou sur un mot, une personne, une image, un symbole...) va produire des effets sur une autre chose –, on arrive à la conclusion qu'ils ne peuvent être pensés isolément. Ils s'inscrivent nécessairement dans un ensemble magique plus vaste :

> « en plus de la fabrication d'une image, où, d'ailleurs l'âme ne vient pas résider définitivement, le rite comporte tout un attirail d'autres images préalablement enchantées, de pierres à esprits, d'aiguilles rendues magiques bien avant la cérémonie ; enfin, [...] il se pratique dans un lieu secret et qualifié par un mythe. De cette observation que nous pouvons hardiment généraliser, nous devons conclure que la cérémonie sympathique ne se passe pas comme un acte ordinaire. Elle se fait dans un milieu spécial, constitué par tout ce qu'il y a en elle de conditions et de formes. Ce milieu est très souvent défini par des cercles d'interdictions, par des rites d'entrée et de sortie. Tout ce qui y entre est de même nature que lui et devient de même nature. La teneur générale des gestes et des mots s'y trouve affectée »[313].

Si les choses ont des propriétés magiques, ce n'est pas en raison de leurs qualités intrinsèques mais en raison du milieu dans lequel elles s'inscrivent, de la place qu'elles occupent parmi d'autres choses, d'autres personnes et d'autres actes. Alors que les analyses relatives au *mana* semblaient distinguer deux pôles (la chose

[311] *Ibid.*, p. 112.
[312] *Ibid.*
[313] *Ibid.*, p. 93.

et le milieu), il semble bien que le milieu prenne une place prépondérante dans la suite de l'*Essai*. Il convient toutefois de garder à l'esprit que ce milieu forge et est forgé, bien que le fait qu'il soit lui-même forgé par les objets qu'il abrite semble passer au second plan en fin de démonstration. Le milieu magique n'existe pas indépendamment des choses sur lesquelles il permet une action : il les fabrique et, en retour, trouve sa teneur sans cesse redéfinie par ces choses.

92. La magie comme phénomène social. Dès les premières pages de l'*Essai sur la magie*, alors qu'il tente de définir la magie, Mauss note qu'il « ne [définit] pas la magie par la forme de ses rites, mais par les conditions dans lesquelles ils se produisent et qui marquent la place qu'ils occupent dans l'ensemble des habitudes sociales »[314]. Dès l'ouverture de l'ouvrage, le ton est donc donné : la magie est avant tout un phénomène social. Cette hypothèse se trouve confirmée en fin de démonstration. Mauss revient lui-même sur son hypothèse de départ : « Ou la magie est un phénomène social et la notion de sacré est bien un phénomène social, ou la magie n'est pas un phénomène social et alors la notion de sacré ne l'est pas davantage »[315]. Au terme de l'analyse, le caractère social de la magie semble bien acquis – l'exigence d'un *milieu propice* étant, à cet égard, déterminante. Ce qui fait le caractère magique des personnes ou des choses tient à la place relative que ces personnes ou ces choses occupent parmi les autres personnes et les autres choses ou encore parmi d'autres institutions, telle la religion. « Les deux notions de vertu magique et de position sociale coïncident dans la mesure où c'est l'une qui fait l'autre. Il s'agit toujours au fond, en magie, de valeurs respectives reconnues par la société »[316]. Ces valeurs, explique Mauss, ne tiennent pas tant aux qualités intrinsèques des choses mais à la place et au rang qui leur est accordé au sein d'une société.

93. Action magique et action juridique. En amorce de conclusion, Mauss note que « les rapports [que la magie] a avec le droit et les mœurs, avec l'économie et l'esthétique, avec le langage, pour curieux qu'ils soient, ne [l'] intéressent pas

[314] *Ibid.*, p. 16.
[315] *Ibid.*, p. 112.
[316] *Ibid.*, pp. 113-114.

maintenant. Entre ces séries de faits et la magie, il n'y a que des échanges d'influences. La magie n'a de parenté visible qu'avec la religion, d'une part, les techniques et la science, de l'autre »[317]. Si la parenté avec le droit n'est pas directement visible, elle n'en demeure pas moins particulièrement étroite. Notre propos n'est pas ici d'établir un rapport d'antériorité logique ou chronologique de la magie sur le droit, mais, simplement, de mettre en lumière les similitudes étonnantes qu'entretiennent ces phénomènes pour, ensuite, mieux penser le second. Car, quand on continue de lire la conclusion proposée par Mauss, on est frappé par une formule qui, pour lui, résume tout ce qu'il a écrit de la magie jusqu'alors et, pour nous, résume une certaine idée du droit que nous défendons : « [la magie (mais nous pourrions écrire le droit, *NdA*)] est le domaine de la production pure, *ex nihilo* ; elle [ou, dans le détournement que nous proposons, il] fait avec des mots et des gestes ce que les techniques font avec du travail »[318]. La pure création *ex nihilo* est sans doute un fantasme. Nous avons déjà souligné ce que le milieu magique doit au *mana* des objets. Il n'empêche que ce *mana* propre aux objets ne peut se déployer que dans un milieu lui-même *mana*, milieu forgeant et forgé. L'action magique comme l'action juridique impliquent une dialectique – va-et-vient, mouvement jamais apaisé – du tout et de la partie, de l'objet et du milieu, de l'individu et de la société. Au Mauss ethnographe du début de l'*Essai*, semble avoir succédé un Mauss sociologue. Comment en douter lorsqu'on lit : « Derrière Moïse qui tâte le rocher, il y a tout Israël et, si Moïse doute, Israël ne doute pas ; derrière le sourcier du village qui suit son bâton, il y a l'anxiété du village en quête de sources. L'état de l'individu est, pour nous, toujours conditionné par l'état de la société »[319] ? L'analyse de Mauss ne pouvait laisser les sociologues indifférents – ce qui, immanquablement, allait permettre d'affiner encore la compréhension du phénomène que nous étudions. Poursuivons donc et restons curieux.

94. Retour au cas *Maurizio Cattelan*. Si l'on ne peut évidemment pas transposer directement les analyses de Mauss au droit positif ni, en particulier, au cas *Maurizio*

[317] *Ibid.*, p. 134.
[318] *Ibid.*
[319] *Ibid.*, p. 124.

Cattelan qui nous sert de fil rouge, il importe toutefois de relever que ce que Mauss écrit du pouvoir du sorcier, du milieu qui crée l'efficacité et des objets dont les propriétés sont forgées par un milieu efficace mais qui, en retour, renforcent et, le cas échéant, redéfinissent le pouvoir de ce milieu, y trouve des résonances étonnantes. Les analogies – certes très générales – entre figure du magistrat ou du sorcier et efficacité de l'acte magique ou de l'acte juridique ont déjà été soulignées. Pourquoi Cattelan est-il resté auteur, sinon par la puissance d'un environnement – d'un milieu – légal particulier, fait de textes établissant des présomptions dont il importe en dernière instance peu qu'elles correspondent à « la » réalité, fait de règles procédurales garantissant le succès d'un rite particulier, celui du procès, permettant de remettre en question un état du réel ? En ce qu'elles cristallisent une certaine conception de la notion d'auteur, les œuvres litigieuses ne sont-elles pas à la fois l'émanation d'un milieu propice à la conception qu'elles véhiculent et, en même temps, de potentiels perturbateurs de la stabilité de ce milieu ? En effet, les théories juridiques ne sont pas immuables et, à cet égard, le lien entre l'intervention manuelle d'une personne sur une œuvre et la qualité d'auteur de cette œuvre n'est pas rompu depuis toujours : alors qu'un tel lien était encore établi, il s'est trouvé des objets qui, cristallisant des conflits, ont permis de redéfinir l'environnement légal, de faire bouger les lignes, modifiant ainsi la teneur théorique du milieu légal où se meuvent notamment artistes et œuvres d'art et permettant aujourd'hui à Maurizio Cattelan de faire réaliser sereinement des œuvres qui sont juridiquement bien les siennes, bien qu'il ne les ait pas lui-même forgées. Alors que la « théorie de la main de l'artiste » – établissant un lien nécessaire entre originalité d'une œuvre, paternité de celle-ci et intervention manuelle de l'auteur[320] – prévalait encore, il s'est trouvé des objets dont le traitement judiciaire a mené à l'obsolescence de ladite théorie. Des objets qui, partant, ont modifié un environnement légal, façonnant indirectement l'ensemble des œuvres qui s'y déploient ou s'y déploieront.

95. Les cas *Renoir* et *Dali* (Cass. fr., 13 novembre 1973, *D.*, 1974, p. 533 et Cass. 22 mai 1980, *Ing.-cons.*, 1981, p. 534). À l'occasion d'une affaire désormais classique, la Cour de cassation de France a eu à se prononcer sur le statut de

[320] Voy. *infra*, n° 119.

sculptures réalisées par le sculpteur Guino sous les instructions d'Auguste Renoir. Ce dernier étant, à la fin de sa vie, atteint de rhumatismes déformants, il n'a pas pu matériellement intervenir dans l'exécution des œuvres. Jusqu'en août 1965, époque à laquelle Guino a assigné les héritiers de Renoir en vue d'être reconnu coauteur et, dès lors, de prétendre à une part des droits, c'est exclusivement Renoir, puis ses héritiers qui ont perçu les droits d'édition relatifs aux tirages des sculptures. L'hypothèse n'est certes pas identique au cas *Maurizio Cattelan* puisque, en l'espèce, Guino ne revendiquait pas la titularité exclusive des droits d'auteur. La décision apporte toutefois d'importantes précisions concernant le cas de sculptures matériellement réalisées par une personne sous les instructions d'une autre.

La Cour de cassation de France relève :

> « Que la cour d'appel a énoncé, tant par ses motifs propres que par ceux des premiers juges qu'elle a adoptés, que Guino n'avait pas été un simple modeleur qui n'aurait pas fait un geste sans une indication de Renoir, qu'il travaillait seul pendant des heures, parfois même loin de Renoir, qu'ainsi que l'avait indiqué l'expert, la comparaison des tableaux de Renoir et des sculptures litigieuses révélait que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir et marquaient "l'empreinte du talent créateur personnel de Guino" et enfin que les sculptures "auraient été autres si elles avaient été l'œuvre du seul Renoir" »[321].

La Cour de cassation confirme ainsi l'analyse de la cour d'appel et, dès lors, le statut de coauteur de Guino.

Dans cette affaire, la Cour de cassation ne fait jamais de l'intervention manuelle du sculpteur le critère déterminant de la cotitularité des droits d'auteur. Du reste, la titularité des droits d'auteur de Renoir n'est jamais contestée, alors même qu'il n'a pas pu modeler les œuvres. Le critère retenu est bien celui de la trace de « l'empreinte du talent créateur personnel » qui, en l'espèce, est partagée entre le peintre et le sculpteur et se manifeste indépendamment de son mode d'inscription dans la matière. La théorie qui lie l'originalité – et, partant, établit un lien entre un

[321] Cass. fr., 13 novembre 1973, *D.*, 1974, p. 533 obs. C. Colombet.

titulaire de droits et une œuvre protégée – à l'intervention manuelle est dès lors *ipso facto* rejetée[322].

Pour le formuler autrement, les conditions classiques du droit d'auteur sont requises concernant chaque coauteur : l'œuvre doit être mise en forme, ce qui ne pose aucun problème en l'espèce (peu importe que la mise en forme ne soit pas le fait du coauteur lui-même), et être originale, c'est-à-dire porter l'empreinte de la personnalité du coauteur. Cette dernière condition n'étant, en dernière instance, pas liée à la mise en forme de l'œuvre par le coauteur[323].

On note cependant que des décisions liant intervention manuelle et originalité furent rendues ultérieurement[324] sans toutefois exclure la possibilité qu'un caractère original soit insufflé autrement que *via* la main du titulaire de droits. Ces décisions ne sont dès lors pas incompatibles avec l'affaire *Guino c. Renoir* : l'intervention

[322] Voy. aussi une décision du 21 janvier 1983 où le Tribunal de grande instance de Paris juge notamment que Vasarely n'a fait que fournir un thème non appropriable à Valluet pour l'exécution du tableau *For Pok*. C'est dès lors Valluet qui en est l'auteur exclusif. Le tribunal souligne notamment l'absence de contrôle et de retouches par Vasarely et, ainsi, l'absence d'empreinte personnelle. Bien que, en l'espèce, la titularité des droits d'auteur soit revenue à l'exécutant, ce n'est pas en raison de son intervention manuelle. Dans la même affaire, il est jugé que le tableau *Stri Pauk* est une œuvre de collaboration. En effet, en plus d'avoir fourni le thème de l'œuvre (ce qui, en soi, ne suffit pas à conférer un monopole), Vasarley a apporté des corrections et a approuvé le résultat final avant de le signer. Si Valluet demeure coauteur, ce n'est pas en raison de l'exécution matérielle de l'œuvre mais « d'un concours d'activités créatrices », soit de la présence d'éléments traduisant une certaine liberté créative (TGI Paris, 21 janvier 1983, *D.*, 1984, p. 286).

[323] Notons que certaines décisions proposent une perspective plus originale en admettant que la qualité de coauteur s'étende à des œuvres postérieures à l'intervention de ce coauteur. Ainsi, dans un arrêt du 2 octobre 1997, la Cour d'appel de Mons juge que l'intervention limitée d'une personne au tout début d'une série de bandes dessinées a contribué de manière certaine à l'émergence du héros principal et à l'ébauche de sa personnalité, de sorte que cette personne doit être considérée comme coauteur de tous les albums ultérieurs auxquels elle n'a pourtant plus directement participé. Il est notamment jugé : « Attendu que l'intervention de Troisfontaines dans la genèse de la série ne consiste pas, comme le soutiennent les consorts Charlier, en une simple idée de départ, un simple conseil, non susceptible de recevoir comme tel une quelconque protection ; qu'en effet, les premières planches de la série, née de la collaboration de Troisfontaines et Hubinon, constituent une véritable création originale coulée dans une forme spécifique, savoir des planches de bande dessinée, et méritent dès lors de recevoir la qualification d'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur, quoique cette œuvre fut inachevée ; que sans cet apport initial qui permit l'émergence du personnage de Buck Danny ainsi que l'ébauche de sa personnalité et du cadre de ses exploits, la série "Buck Danny" n'aurait certainement pas vu le jour ; attendu que c'est dès lors à juste titre que pour cette contribution qui, quoique limitée dans le temps et quant à l'importance du travail fourni, n'en présente pas moins un caractère fondamental, M. Troisfontaines revendique la reconnaissance de sa qualité de coauteur de la série » (Mons, 2 octobre 1997, *J.T.*, 1998/8, p. 169).

[324] Voy. par exemple en France : Cass. fr., 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 138, p. 221. ; Cass. fr., 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 162, p. 108. ; Cass. fr., 25 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 568.

manuelle est bien une manière de marquer une œuvre du sceau d'une personnalité, sans préjudice néanmoins d'autres méthodes, telles que la réalisation sous les instructions de l'auteur ou le contrôle de l'exécution par celui-ci. Comme le note adéquatement Judith Ickowicz, « si l'exécution de la main de l'artiste représente un élément caractéristique de l'originalité, elle n'est pas une condition générale de la protection du droit de la propriété littéraire et artistique »[325].

En Belgique, la Cour de cassation a également rejeté la théorie de la « main de l'artiste » au terme d'une affaire opposant Salvador Dali à la sculptrice Madeleine Forani[326]. En vue du septième centenaire de la naissance de Dante Alighieri, un éditeur d'art américain avait commandé un buste du poète à Dali. Il s'agissait de traduire le buste classique du poète en une version dalinienne, propre au sculpteur surréaliste. Pour réaliser ce buste, Dali eut recours aux talents de Madeleine Forani, artiste belge, qui travailla sous les instructions de l'artiste catalan. Cette collaboration aboutit à un moule de plâtre et six bustes coulés en bronze. Les bustes furent exposés sous le seul nom de Dali et ne portaient que sa signature. En l'espèce, le litige a principalement soulevé deux questions. D'une part, un auteur peut-il se prévaloir d'un droit de paternité sur une œuvre qui matérialise son idée sans qu'il en soit lui-même l'exécutant ? D'autre part, le simple exécutant d'une vision intellectuelle peut-il bénéficier d'un droit quelconque sur l'œuvre ? D'emblée, la réponse à la première question fut positive. En effet, si, pour être protégée par droit d'auteur, une œuvre doit constituer la mise en forme d'une idée originale, la loi n'exige pas que cette mise en forme soit le fruit de l'expertise artisanale de son concepteur. C'est la seconde question qui fut principalement discutée en l'espèce. Pour être considéré coauteur, l'artiste doit remplir les conditions classiques d'octroi de la protection. Il faut donc qu'outre une mise en forme – indubitable en l'espèce –, l'œuvre porte l'empreinte de sa personnalité. Après avoir énoncé toutes les raisons qui pourraient justifier la cotitularité du droit d'auteur, la cour d'appel explique que la collaboration de Forani demeure insuffisante pour prétendre à ce titre. Elle invente

[325] J. ICKOWICZ, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Paris, Les presses du réel, 2013, p. 169.
[326] Cass., 22 mai 1980, *Ing.-Cons.*, 1981, p. 354.

un statut de collaborateur qui conférerait un droit à être mentionné lors de l'exposition des œuvres. La Cour de cassation de Belgique cassa l'arrêt sur ce point, non sans consacrer implicitement le rejet de la théorie de la main de l'artiste et, dès lors, l'absence de lien nécessaire entre intervention manuelle et qualité d'auteur dans le cadre de la protection par droit d'auteur.

Indépendamment des présomptions légales réfragables relatives à la titularité des droits d'auteur, l'auteur ou le coauteur d'une œuvre dans le cadre du droit d'auteur est dès lors la ou les personne(s) qui a ou qui ont imprimé à l'œuvre son caractère original. Désormais, le sceau de l'originalité peut être « dicté » ; la vision intellectuelle de l'auteur peut être imprimée dans la matière par une autre personne, simple intermédiaire entre le monde de l'esprit (dont la manifestation est nécessaire à la protection d'une œuvre) et le monde des sens.

Objets forgés par un milieu légal préexistant (ce sont bien des « œuvres », au sens du droit d'auteur), les œuvres de Renoir – et, désormais, Guino – et Dali contenaient un potentiel théorique *quasi* révolutionnaire. Après leur appréhension par les juges, l'environnement légal s'est trouvé durablement transformé, le destin d'autres objets pouvait désormais être chamboulé.

Conclusion du chapitre 1

96. Synthèse des développements qui précèdent. À partir des travaux de Marcel Mauss sur la magie, et précisément parce que, selon lui, l'acte magique ne doit pas être confondu avec l'acte juridique, nous avons mis en lumière un certain nombre de points de convergence entre droit et magie. Si une mise en garde s'imposait quant à une confusion possible entre ces deux types d'actes, c'est en effet parce qu'ils partagent un certain nombre de caractéristiques communes qui peuvent nous aider à mieux penser le droit et ses effets en contexte, ici selon une perspective anthropologique.

L'acte juridique, tout comme l'acte magique, doit son efficacité à un rituel et à un cadre institutionnel qui lui confèrent une certaine « puissance ». Comme pour la magie, l'acte juridique ne devient pleinement opérant – en d'autres termes, ne

produit des effets et, le cas échéant, des effets contraignants – que lorsqu'il est accompli selon des formes précises et par des individus reconnus comme détenteurs d'une autorité qui permet l'efficacité. Dans le cas de l'acte juridique, cette efficacité particulière contamine bien d'autres sphères que le juridique (l'acte juridique ne fait pas que créer des droits et des obligations), touchant en particulier des dimensions sociales et symboliques.

Le concept de « mana », central dans les études de Mauss, explique la force qui émane des actes magiques et peut avantageusement éclairer la portée singulièrement efficace des actes juridiques. Le mana est une énergie immanente et, à la fois, transcendante qui se manifeste dans les objets, les rites, et les institutions, et dans laquelle, à la fois, ces éléments baignent. Dans le cas des actes juridiques, cette force peut être rapprochée de celle du *milieu* (État, société mais aussi précédents judiciaires) qui confère aux actes leur efficacité ou, dans un registre contentieux, qui détermine l'issue de certains problèmes. Ce milieu particulier est forgé par les objets qui y baignent, mais, à la fois, les forge sans cesse. Aussi, nous situons-nous ici bien *au-delà* du langage, puisque, si tant le droit que la magie peuvent être caractérisés par leur discursivité et par la performativité directement liée au langage, ainsi que par leur formalisme, ces éléments ne peuvent, à eux seuls, suffire à expliquer l'efficacité singulière des actes magiques et juridiques.

Le droit, comme la magie, transforme, structure et, parfois, crée *ex nihilo*. Le droit, comme la magie, réclame que l'on se déporte au-delà du seul langage. Toutefois, le droit ne peut être *réduit* à un phénomène magique – raison pour laquelle il importe à présent de poursuivre notre raisonnement.

Chapitre 2. Perspective sociologique. Le droit comme champ : Pierre Bourdieu

97. Transition : de la magie à la sociologie. L'étude du phénomène juridique sous l'angle de l'anthropologie de la magie, si elle met principalement en lumière des points de rencontre qui interpellent, débouche immanquablement sur d'autres développements. Puisque Mauss établit lui-même le caractère toujours social du phénomène magique, il semble à présent opportun de s'attarder sur les apports de la sociologie, en particulier ceux des analyses de Pierre Bourdieu qui prolongent directement les implications de la théorie maussienne pour le phénomène juridique et nous permettront d'amorcer l'étude de la *Philosophie des formes symboliques*, telle que thématisée par Cassirer et qui servira de cadre à la suite de notre analyse. Aussi, les développements consacrés à Bourdieu – comme ceux que nous avons consacrés à Mauss, du reste – visent avant tout à situer notre propos.

Le glissement de l'anthropologie de la magie à la sociologie critique bourdieusienne se fait sans difficulté dès lors que Bourdieu lui-même établit le parallélisme entre acte magique et acte d'État – ce dernier constituant une forme particulièrement aboutie d'acte juridique. Les deux actes sont la cristallisation du pouvoir de certaines personnes agissant dans un certain milieu qu'ils contribuent à forger et qui, en retour, les forge à leur tour : les magiciens agissent dans un milieu magique dont ils contribuent à définir la substance et qui, en même temps, affecte la teneur des gestes et des mots qu'ils y posent ; les juristes ont contribué à former un milieu très complexe et très particulier, celui de l'État moderne, qui permet l'inscription de leur discours dans un univers permettant l'efficacité des mots. Sans revenir ici sur le processus du passage décrit par Bourdieu d'un État fondé sur une logique dynastique – logique familiale ou du sang – à un État fondé sur une logique plus impersonnelle – logique de compétence culturelle ou scolaire[327] –, épinglons toutefois que le rôle des juristes dans cette transition fut déterminant. La spécificité du discours juridique, tenant à ce que, à partir de cas toujours singuliers, il vise l'universel (ne serait-ce que

[327] Cet « État impersonnel » ne doit toutefois pas tromper. S'il s'est, originairement, opposé au modèle dynastique, il a lui-même engendré ses propres principes de reproduction, permettant ainsi l'émergence d'une véritable *noblesse d'État* et reproduisant, de ce fait, la tension entre héritiers et nouveaux venus. P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 443.

par la qualification qu'il donne aux faits[328]), a permis de donner une ampleur inédite à des revendications avant tout liées à des intérêts privés. Cette période de transition examinée par Bourdieu « est extrêmement longue ; on peut la faire remonter à l'origine puisque, dès le début du Moyen Âge, les détenteurs d'un pouvoir viager, les nouveaux venus, qui sont souvent des doctes, des clercs, puis ensuite des juristes laïques, etc., s'affrontent aux héritiers dynastiques. [Cette période de transition] va depuis le XII[e] siècle jusqu'à la Révolution française »[329]. Du côté des héritiers, la noblesse – le sang – bien entendu ; du côté des nouveaux venus, « le mérite et surtout le droit »[330]. Dans ce contexte, la force du discours juridique a pu déployer la plénitude de son caractère performatif et, dès lors, de ses effets magiques (dans la mesure où la magie est « le domaine de la production pure, *ex nihilo* »[331]) : « le discours fait partie de la réalité et, dans ce cas particulier, les maîtres du discours, c'est-à-dire les juristes, ont cet atout formidable qu'ils peuvent faire croire ce qu'ils disent ; ils ont une autorité, ils ont la capacité d'abord de dire, et de dire avec autorité ; et ayant cette capacité, ils peuvent faire croire que ce qui est conforme à leurs intérêts est vrai »[332]. Les juristes, relève encore Bourdieu, sont « les moteurs de l'universel, de l'universalisation »[333]. À nouveau, c'est la spécificité d'un certain discours – le discours juridique en l'occurrence – qui permet de donner à la réalité son relief particulier. La *vérité du droit*, par sa tendance à l'universalisation, tendrait dès lors à s'imposer comme *la vérité*, tout court. Nous y reviendrons amplement. La vocation universelle du discours juridique permet de passer de l'ordre du fait à celui de la raison. Ce passage s'opère, écrit Bourdieu, grâce à l'invocation de principes juridiques universels, d'une part, et par le recours à l'histoire, d'autre part[334].

98. La vocation universalisante du discours juridique et le temps long. Si, en subsumant des faits sous une règle – c'est-à-dire en qualifiant –, et, préalablement, en donnant un sens particulier aux notions qu'il mobilise – c'est-à-

[328] Voy. *supra*, n° 50 et s.
[329] *Ibid.*, p. 444.
[330] *Ibid.*, p. 446.
[331] M. MAUSS, « Esquisse d'une théorie générale de la magie », *op. cit.*, p. 134.
[332] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 449.
[333] *Ibid.*, p. 451.
[334] *Ibid.*

dire en définissant –, le juriste inscrit l'objet de son discours dans un cadre à vocation universelle, il l'inscrit aussi dans un cadre temporellement large. Le recours à l'argument historique mérite qu'on s'y attarde. Ce procédé prend, à notre sens, deux formes dont la seconde n'est, en dernière instance, qu'une variante de la première : le recours à l'histoire au sens large comme exemple à suivre, d'une part[335], et d'autre part, le développement d'une casuistique jurisprudentielle fondée sur l'autorité du précédent[336]. « Les juristes ont été les premiers historiens du droit constitutionnel, les premiers à essayer de trouver des précédents, à dépouiller les archives »[337]. Ainsi, dans la construction de l'« État impersonnel » moderne dont traite Bourdieu, l'inscription de revendications liées à des intérêts personnels dans le long cours historique a permis de leur conférer une légitimité à nulle autre pareille : « ces gens, par leurs caractéristiques, par leur position, pour faire avancer leurs intérêts, étaient obligés de faire avancer l'universel »[338]. Le mouvement du travail juridique est donc

[335] À cet égard, Bourdieu relève : « Il est intéressant de noter que les gens les plus engagés dans les batailles pour savoir si les membres du Parlement pouvaient être en rouge, les plus engagés dans ces micro-combats, ont fait des travaux inouïs d'historiens : ils sont allés dépouiller les archives pour savoir si, dans le premier lit de justice au XIII[e] siècle, le roi était entré précédé de quelqu'un ou non, s'il avait mis au premier rang les pairs, etc. Ce travail d'historien fait partie de la construction de l'État » (*Ibid.*, p. 452).
Il convient de souligner la persistance de la place centrale de l'argument historique dans les débats judiciaires. Ainsi, au XIX[e] siècle, lorsque fut soulevée la question – alors polémique – de savoir si les femmes pouvaient accéder au barreau et exercer le métier d'avocat, les partisans de tous bords ont largement étayé leurs argumentations par des références historiques. Dans la célèbre affaire *Popelin*, la Cour d'appel de Bruxelles est amenée à se prononcer sur la question de l'accès des femmes au barreau en Belgique (Bruxelles, 12 décembre 1888, *Pas.*, 1889, II, p. 48). Une très large part des arguments alors avancés visaient à démontrer que la fonction d'avocat avait *toujours été* ou, au contraire, n'avait *pas toujours été* réservée aux seuls hommes. Louis Frank, partisan de l'accès des femmes au barreau, écrivit même un ouvrage dans lequel il met en évidence l'importance de la place des femmes dans l'administration de la justice *via* un minutieux travail historique et de droit comparé (L. FRANK, *La femme avocat*, Paris, Giard et Brière, 1898.). À l'inverse, le procureur général van Schoor et la Cour d'appel de Bruxelles exposent que la plaidoirie constituait à Rome un *office viril*, que le droit coutumier demeura sur ce point conforme au droit romain, et dès lors que la requête de Marie Popelin doit être rejetée. Un débat aux enjeux, aux arguments et à l'issue similaires eut lieu devant la Cour d'appel de Paris (Paris (1[ère] ch.), 30 novembre 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, II, pp. 600-602). Le cas de l'accès des femmes au barreau, rapidement esquissé, illustre la manière dont une revendication particulière, impliquant une personne déterminée à une époque située, doit être parée des atours de l'universel, par le biais de l'histoire du droit et du droit comparé, afin de pouvoir espérer être entendue et, à son tour, servir de *précédent* pour d'autres cas singuliers. Pour de plus amples développements, voy. M. DE BROGNIEZ, « Le Fabuleux destin de Marie Popelin et Jeanne Chauvin ou l'histoire de l'accès des femmes au barreau en droit belge », *Rev. Dr. Ulg*, 2016, n° 1, pp. 189-207.
[336] Voy. R. ROYAL, « La règle du précédent, méthode d'identification de normes jurisprudentielles : concepts, applications et limites », *Jurisdoctoria*, 2016, n° 13, pp. 109-139.
[337] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, pp. 451-452.
[338] *Ibid.*, p. 452.

loin d'être linéaire. Il entraîne les événements dans une valse – mouvement certes circulaire mais jamais figé – de concepts. Au premier pas de la danse se trouvent les faits. Tout part alors d'un problème ou d'une question singulière, d'intérêts purement privés. Par la qualification, les faits accèdent à l'ordre de la raison. Ils prennent une dimension universelle en ce qu'un problème particulier est pensé en termes juridiques et doit, dès lors, être subsumé sous une catégorie déjà existante. C'est le second pas. Au troisième pas, la catégorie est susceptible de subir l'influence des deux opérations précédentes, de voir ses contours précisés, voire redéfinis, par le cas en question et, ainsi, de servir de précédent pour l'avenir. De même, comme en miroir, l'objet du litige peut, lui aussi, se trouver durablement et substantiellement (c'est-à-dire dans sa substance même) affecté par sa rencontre avec ce triple mouvement du droit. La qualification, en donnant une identité juridique à quelque chose qui était initialement étranger au droit, peut durablement transformer cette chose et le monde dans lequel elle s'inscrit ; elle peut agir sur d'autres plans également. C'est là que le travail d'universalisation joue à plein. Pour ramener ces considérations générales à l'inquiétude qui fonde notre recherche, notons que des faits ou un objet – disons, une œuvre d'art – peuvent être, pour une raison quelconque, soumis à l'appréciation du droit. Cette rencontre peut affecter tant la catégorie juridique confrontée à l'objet que l'objet lui-même qui, par la prétention nécessairement universalisante du discours juridique, peut exporter les catégories ainsi forgées hors de la sphère du droit, dans la sphère du discours artistique, par exemple : de l'affaire *Guino c. Renoir* à l'affaire *Druet c. Cattelan*, il y a une continuité théorique évidente ; une conception de l'auctorialité qui doit largement à l'interprétation qu'en fait le droit dans le cadre d'un problème circonstancié, celui du droit d'auteur. Concluons avec Bourdieu avant d'entrer plus avant dans le détail de ses analyses : le droit « est la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets. Il n'est pas trop de dire qu'il *fait* le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui »[339] ; « nous produisons les catégories selon lesquelles nous construisons le monde social et [...] ces catégories produisent ce monde »[340].

[339] P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 13.
[340] *Ibid.*

99. Le sens et la forme. S'il ne nous appartient pas de faire une analyse sociologique des interactions entre droit et art – nous n'en avons ni les compétences méthodologiques, ni, à vrai dire, l'ambition –, la mobilisation de la pensée bourdieusienne peut aider à préciser le cadre dans lequel notre recherche s'inscrit et à nous mener vers une réflexion plus directement épistémologique. Ainsi, si nous n'entendons pas ici mener une analyse strictement sociologique (il ne s'agira, par exemple, nullement de décrire les rapports qu'entretiennent les agents au sein du champ du droit et du champ artistique ni, *a fortiori*, les rapports que ces deux champs entretiennent entre eux), un bref examen des outils fournis par Pierre Bourdieu permettra néanmoins de préciser le cadre conceptuel de notre recherche et de mieux appréhender la plasticité et l'influence réciproque de concepts artistiques et juridiques, de mieux comprendre la porosité du droit.

La notion de champ, en particulier, mise en rapport avec la notion de *forme symbolique* et de *milieu magique*, permettra de penser à nouveaux frais l'opposition entre nominalisme et réalisme, faisant ainsi émerger la possibilité d'un *nominalisme réaliste*, où l'objet forge et est tout à la fois forgé, où il agit et est agi et où, dès lors, la distinction entre signifiant et signifié, qui pouvait sembler nette et figée, est remise en question. Lorsque Bourdieu esquisse la notion de nominalisme réaliste[341], il s'agit pour lui de mettre en évidence l'efficacité du pouvoir de nomination du juridique parce qu'il est fondé en réalité. Le mouvement est double et ne trouve pas de synthèse : de l'extérieur du droit au droit et du droit à l'extérieur du droit. Le droit, en mettant en forme la réalité dont il se saisit et qu'il façonne en même temps, brouille les pistes. Le discours juridique, par sa force performative, elle-même rendue possible par un environnement adéquat qu'il constitue et qui le constitue en retour (champ ou forme symbolique selon qu'on adopte un point de vue sociologique ou épistémologique), opère une mise en forme du monde qui est « inséparablement transformation et transsubstantiation : la substance signifiée *est* la forme signifiante

[341] *Ibid*.

dans laquelle elle s'est réalisée »[342]. En d'autres termes, le sens n'est possible que par la forme et, à l'inverse, la forme est toujours œuvrée par le sens.

Mais annoncer ces conclusions n'a de sens que si nous déployons notre raisonnement. Or, tout raisonnement commence par l'exposition de ses concepts et outils. Il nous reste à préciser la notion de champ et à mettre en exergue les liens qu'elle entretient avec la *forme symbolique* et le *milieu magique* pour, *in fine*, penser à nouveaux frais l'opposition entre signifiant et signifié, voir les frontières se brouiller, pénétrer les brèches. C'est là que nous pourrons commencer notre aventure qui, comme toute aventure, cherche son lieu singulier : hors des sentiers battus.

100. La notion de champ dans la sociologie de Bourdieu. Un champ est, dans la sociologie bourdieusienne, un espace d'activités soumis à des contraintes internes mais relativement indépendant au regard de contraintes externes[343]. On parle ainsi de champ économique, de champ médiatique, de champ politique, etc. Il s'agit d'une portion définie de l'espace social, d'un microcosme dans un macrocosme. Chaque champ repose sur la croyance fondamentale, l'*illusio*, que ce qui s'y joue mérite d'être considéré comme important[344]. Les champs sont structurés, tant dans leurs rapports internes que dans leurs rapports externes, par des rapports de domination[345]. Les individus subissent des forces qui s'exercent sur

[342] P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, *op. cit.*, p. 176.
[343] Voy. P. DIRKX, « Champ », in *Le Lexique socius*, s.d., disponible sur http://ressources-socius.info/index.php/lexique/21-lexique/37-champ (Consulté le 12 juin 2020).
[344] P. BOURDIEU, *Manet. Une révolution symbolique*, Paris, Seuil, 2013, p. 168.
[345] « Le champ est un réseau de relations objectives (de domination ou de subordination, de complémentarité ou d'antagonisme, etc.) entre des positions – par exemple, celle qui correspond à un genre comme le roman ou à une sous-catégorie telle que le roman mondain, ou, d'un autre point de vue, celle que repère une revue, un salon ou un cénacle comme lieux de ralliement d'un groupe de producteurs. Chaque position est objectivement définie par sa relation objective aux autres positions, ou, en d'autres termes, par le système de propriétés pertinentes, c'est-à-dire efficientes, qui permettent de la situer par rapport à toutes les autres dans la structure de la distribution globale des propriétés. Toutes les positions dépendent, dans leur existence même, et dans les déterminations qu'elles imposent à leurs occupants, de leur situation actuelle et potentielle dans la structure du champ, c'est-à-dire dans la structure de la distribution des espèces de capital (ou de pouvoir) dont la possession commande l'obtention des profits spécifiques (comme le prestige littéraire) mis en jeu dans le champ. Aux différentes *positions* (qui, dans un univers aussi peu institutionnalisé que le champ littéraire ou artistique, ne se laissent appréhender qu'à travers les propriétés de leurs occupants) correspondent des *prises de position* homologues, œuvres littéraires ou artistiques évidemment, mais aussi actes et discours politiques, manifestes ou polémiques, etc. – ce qui impose de récuser l'alternative entre la lecture interne de l'œuvre et l'explication par les conditions sociales

eux lors de leurs interactions et, en retour, contribuent toujours à redéfinir ce qui est *à faire* ou *à ne pas faire* dans le champ, c'est-à-dire à modifier l'espace de *potentialités objectives* – Bourdieu emprunte l'expression à Max Weber – dans lequel ils évoluent[346]. En outre, la structure interne d'un champ peut être forgée, du moins partiellement, par un autre champ. Les champs ne sont en effet pas des vases clos, ils sont en constante interaction, ce qui signifie que « les luttes internes sont en quelque sorte arbitrées par les sanctions externes »[347].

101. Le champ juridique. Pour Bourdieu, « le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (*nomos*) ou le bon ordre, dans lequel s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la capacité socialement reconnue d'*interpréter* (de manière plus ou moins libre ou autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social »[348]. Les principales caractéristiques du champ juridique ont déjà été évoquées dans d'autres développements. Bourdieu les synthétise comme ceci :

> « L'*effet d'apriorisation* qui est inscrit dans la logique du fonctionnement du champ juridique se révèle en toute clarté dans la langue juridique qui, combinant des éléments directement pris à la langue commune et des éléments étrangers à son système, porte toutes les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité. La plupart des procédés linguistiques caractéristiques du langage juridique concourent en effet à produire deux effets majeurs. L'*effet de neutralisation* est obtenu par un ensemble de traits syntaxiques tels que la prédominance des constructions passives et des tours impersonnels, propres à marquer l'impersonnalité de l'énonciation normative et à constituer l'énonciateur en sujet universel, à la fois impartial et objectif. L'*effet d'universalisation* est obtenu par différents procédés convergents : le recours systématique à l'indicatif pour énoncer des normes ; l'emploi, propre à la rhétorique du constat officiel et du procès-verbal, de verbes constatifs à la troisième personne du singulier du présent ou du passé composé exprimant l'aspect accompli ("accepte", avoue", "s'engage", "a déclaré", etc.) ; l'usage d'indéfinis ("tout condamné"…) et du présent intemporel (ou du futur juridique) propres à exprimer la généralité et l'omnitemporalité de la règle de droit ; la

de sa production ou de sa consommation » (P. BOURDIEU, *Les Règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, 1992, pp. 321-322).

[346] P. BOURDIEU, *Manet. Une révolution symbolique*, *op. cit.*, p. 91.

[347] P. BOURDIEU, *Les Règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, *op. cit.*, p. 351.

[348] P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 4.

> référence à des valeurs trans-subjectives présupposant l'existence d'un consensus éthique (par exemple, "en bon père de famille") ; le recours à des formules lapidaires et à des formes fixes, laissant peu de prise aux variations individuelles.
>
> Loin d'être un simple masque idéologique, cette rhétorique de l'autonomie, de la neutralité et de l'universalité, qui peut être le principe d'une autonomie réelle des pensées et des pratiques, est l'expression même de tout le fonctionnement du champ juridique et, en particulier, du travail de rationalisation, au double sens de Freud et de Weber, auquel le système des normes juridiques est continûment soumis, et cela depuis des siècles : en effet, ce que l'on appelle "l'esprit juridique" ou "le sens juridique", et qui constitue le véritable droit d'entrée dans le champ (avec, évidemment, une maîtrise minimale des ressources juridiques accumulées par les générations successives, c'est-à-dire du corpus de textes canoniques et du mode de pensée, d'expression et d'action, dans lequel il se reproduit et qui le reproduit) consiste précisément dans cette *posture universalisante*. Cette prétention statutaire à une forme spécifique de jugement, irréductible aux intuitions souvent inconstantes du sens de l'équité, parce que fondée sur la déduction conséquente à partir d'un corps de règles soutenu par sa cohérence interne, est un des fondements de la complicité, génératrice de convergence et de cumulativité, qui unit, dans et par la concurrence pour les mêmes enjeux, l'ensemble pourtant fortement différencié, des agents vivant de la production et de la vente de biens et services juridiques »[349].

L'effet d'universalisation, mis en évidence par Bourdieu, est donc bien au cœur du fonctionnement du champ juridique. Le champ du droit, dès lors, bien que circonscrit à une problématique relativement restreinte (celle des questions et actions qui font intervenir *le droit*), a une tendance intrinsèque à s'étendre. Le discours produit au sein du champ du droit tend à imposer ses vues, à transformer le monde hors des frontières du champ. Du reste, le champ du droit peut être amené à se saisir d'outils d'évaluation étrangers à sa logique propre. Il mobilise alors des concepts forgés dans d'autres domaines et, par son action à visée universelle, peut les transformer. Bourdieu parle d'*autonomie du champ* pour caractériser un champ dont les principes de classement pourront être mobilisés par un autre champ. Plus le champ est autonome, plus ses principes de classement seront mobilisés à l'extérieur du champ. Ainsi, nous verrons que la catégorie du *faux* en droit n'est pas que la transposition fidèle de la catégorie du faux dans les milieux artistiques[350]. Le

[349] *Ibid.*, p. 5.
[350] Voy. *infra*, n° 196 et s.

droit ne façonne certes pas la réalité du champ artistique en toute autonomie mais il fait plus que sanctionner des principes extérieurs à son champ. Il les forme et les transforme.

L'autonomie et la neutralité sont les deux autres traits saillants de la logique du champ juridique. Lorsque des questions sont abordées dans un cadre juridique, elles le sont *du point de vue du droit*. Ainsi, concernant l'autonomie, un auteur réclamant le respect de son œuvre devant un juge le fera en invoquant les réglementations pertinentes et non en se fondant sur un sentiment plus ou moins précis de justice ou d'équité, bien que ces sentiments précèdent sans doute la plupart du temps la formalisation juridique du problème[351]. La neutralité ne peut, à notre sens, être pensée indépendamment de l'autonomie. Celle-ci implique que le juge amené à trancher un litige examine ce dernier du point de vue du droit et du droit uniquement. La neutralité peut donc être rapportée à l'autonomie, puisque la référence à un corps de règles défini, porteur de sa propre logique, est censée empêcher l'arbitraire. Le cas *Maurizio Cattelan* – décidément riche d'enseignements pour un cas qui, pourtant, n'aborde pas le fond du dossier – est emblématique de cette logique de l'autonomie et de la neutralité : les défendeurs ont mobilisé des ressources – arguments – internes au droit (autonomie), et c'est effectivement sur cette base là que le tribunal leur a donné raison (neutralité). Les arguments avancés par le demandeur, arguments purement factuels et non traduits – ou, du moins, mal traduits – en droit, n'étaient, quant à eux, simplement pas recevables, au sens le plus juridique du terme.

[351] Du reste, cette antériorité du sentiment de justice sur la traduction juridique d'un problème particulier n'est pas propre aux parties directement concernées par les faits : « Certains magistrats, eux-mêmes, dénoncent ceux d'entre eux "qui ne cherchent dans les livres de droit, et de façon généralement rapide, que la formule de leurs décisions. Il leur suffit que la solution qu'ils adoptent satisfasse leur sens de l'équité et leur tact de praticien" [P. SOULEAU, « La Logique du juge », in *La Logique judiciaire*, Paris, PUF, 1969, p. 65]. Ces juges-là sont particulièrement redoutables. Ils ne se contentent pas de dénaturer et d'outrepasser leur fonction. Ils sécrètent l'arbitraire qu'ils devraient combattre. Ils n'appliquent pas le droit, mais répandent leur subjectivité qu'ils devraient réfréner. Ils volent aux justiciables les garanties qu'ils sont en droit d'exiger » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 407).

102. Le champ juridique : entre autonomie et porosité. Toutefois, l'autonomie n'est jamais absolue et la neutralité parfaite est un leurre. En effet, « le contenu pratique de la loi qui se révèle dans le verdict est l'aboutissement d'une lutte symbolique entre des professionnels dotés de compétences techniques et sociales inégales, donc inégalement capables de mobiliser les ressources juridiques disponibles, par l'exploration et l'exploitation des "règles possibles", et de les utiliser efficacement, c'est-à-dire comme des armes symboliques, pour faire triompher leur cause ; l'effet juridique de la règle, c'est-à-dire sa *signification* réelle, se détermine dans le rapport de forces spécifique entre les professionnels, dont on peut penser qu'il tend à correspondre (toutes choses égales par ailleurs du point de vue de la valeur en pure équité des causes concernées) au rapport de force entre les justiciables correspondants »[352]. En d'autres termes, pour la sociologie bourdieusienne de la domination, le travail herméneutique des textes juridiques n'est jamais figé, il est pris dans le perpétuel mouvement des causes qui s'opposent au prétoire et qui sont autant de luttes symboliques dont l'issue redéfinit toujours le contenu légal[353].

Comment, à nouveau, ne pas mettre ces analyses en lien avec le cas *Maurizio Cattelan* ? D'une part, Druet s'est engouffré dans une défense à certains égards simpliste, traduisant une émanation du « bon sens » non juridique : il a réalisé des œuvres, il en est donc l'auteur. D'autre part, les défendeurs ont opté pour des moyens techniques, des moyens procéduraux. En d'autres termes, pour des moyens internes au champ juridique. Sans émettre d'hypothèses hasardeuses, il semble dès lors raisonnable de supposer que Cattelan et les autres défendeurs étaient mieux conseillés ou, du moins, qu'ils l'étaient par des agents disposant de compétences techniques plus abouties ou ayant mieux intégré l'autonomie du champ juridique et le parti à tirer de cette autonomie. Comment alors ne pas suivre Bourdieu jusqu'au bout en supposant – mais nous ne pourrons ici pas sortir de la sphère de la pure spéculation – qu'il existe bien une corrélation entre le rapport de force existant entre

[352] P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 13.
[353] Pour une critique du prisme des rapports de domination appliqués au droit, voy. R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, C.M. HERRERA et O. LECLERC, « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explication », *Droit et Société*, 2019, n° 103, pp. 619-621.

Druet et Cattelan (Cattelan étant un artiste internationalement célébré, Druet presque un anonyme) et le rapport de force existant entre les conseils respectifs des parties ?

103. Le champ (juridique) comme schème interprétatif. Le champ bourdieusien, par le développement de concepts autonomes et d'une lecture propre du monde social, opère comme schème interprétatif. La réalité tout entière se laisse traduire dans les termes du droit, lequel applique sa logique et ses classifications à n'importe quel objet. Ainsi, le droit est un outil d'intelligibilité du monde. Certaines catégories qui structurent la pensée ne peuvent être appréhendées que dans leur rapport au droit. Il en va ainsi de la notion de faux sur laquelle la suite de ce travail s'attardera amplement. Si l'on pense aujourd'hui le faux comme une catégorie *a priori* artistique, on s'aperçoit rapidement qu'elle convoque tout un univers juridique : la propriété privée, le droit d'un auteur sur une création, une certaine conception de la paternité… soit une série de relations – manière de dire quelle part revient à chacun – élevées au rang d'institutions juridiques.

Si le droit est un schème interprétatif de la réalité, il est nécessairement une médiation par laquelle nous parvenons à une certaine connaissance de celle-ci. Le droit est outil de connaissance par l'*interprétation* qu'il suppose nécessairement, c'est-à-dire la lecture du monde et des textes d'une manière qui lui est propre. Arrivée à ce point, l'analyse sociologique s'abouche à une réflexion épistémologique, c'est-à-dire une réflexion sur la connaissance et les conditions de possibilité de celle-ci. Il ne nous appartient pas de déterminer si l'analyse sociologique rend possible l'analyse épistémologique ou si la seconde précède la première. En tout état de cause, le caractère *situé* de toute sociologie (formulée à un certain moment et en un certain lieu sur la base de l'état de « la société » en un temps et un endroit déterminés) permet de mettre en garde contre une lecture totalisante et universalisante des outils d'intelligibilité du monde fournis par le droit. Si celui-ci a

une visée universelle, il n'en demeure pas moins fondé en réalité, c'est-à-dire contingent, et, en dernière instance, toujours contestable[354].

104. Vers un nominalisme réaliste ? Bourdieu plaide pour un *nominalisme réaliste*, un nominalisme où les noms ne sont des noms que par leur dialogue avec les choses. Le travail des catégories dans le domaine juridique pourrait, en effet, faire penser à une forme de réalisme : les catégories coulées dans la loi seraient intangibles et le monde entier en découlerait ; chaque élément du monde ne serait que l'actualisation particulière d'une catégorie juridique plus ou moins figée, à la manière d'une Idée. Ce serait toutefois négliger le travail de la réalité sur la pensée. Si Bourdieu envisage le nominalisme réaliste comme condition d'efficacité de la transformation de la réalité par les mots[355], il importe de ne pas perdre de vue que le rapport peut s'inverser. Ainsi, si l'on gage que les catégories peuvent être transformées par les choses, c'est face à un réalisme nominaliste que l'on se tiendrait. Cette conception fait pleinement droit à la plasticité des concepts – à leur sensibilité extrême au monde dans lequel ils se déploient et qu'ils déploient –

[354] La transition avec le paragraphe qui suit peut étonner. En effet, la sociologie établit ses concepts d'après l'observation empirique et historique d'une société donnée. Or, Cassirer entend mener son investigation sur les formes symboliques d'un point de vue transcendantal, ce qui semble parfaitement incompatible avec une démarche sociologique qui fonde ses conclusions sur la statistique et la description. Maud Hagelstein souligne le caractère problématique d'une approche transcendantale dans les études culturelles : « Les études culturelles portent sur des formes qui résultent de l'activité humaine et non des lois naturelles. Peut-on alors parler de légalité dans les sciences de la culture ? Quelle pertinence garde le concept dans le champ qui nous occupe ? Doit-on considérer qu'il n'est pas applicable puisque les productions culturelles sont intrinsèquement historiques ? [...] Cassirer ne fait aucune concession sur ce point. Il y a bien, selon lui, une légalité transcendantale qui conditionne les productions culturelles, qu'elles soient mythiques, linguistiques, artistiques ou scientifiques. Les sciences de la culture se basent sur la capacité humaine à structurer le monde et à lui donner du sens. Bien sûr, l'*histoire* seule permet de dégager véritablement l'activité symbolique à l'origine de ces significations. Pour rendre compte de ce qu'est l'histoire de l'homme, il n'y a pas de statistiques possibles : on ne peut ni la quantifier, ni la mesurer (contrairement à n'importe quelle loi naturelle). La difficulté tient au fait qu'il faut pouvoir saisir les individualités pour ce qu'elles sont. Aussi, la statistique ne permet-elle pas de comprendre la signification d'un acte symbolique » (M. HAGELSTEIN, *Origine et survivances des symboles. Warburg, Cassirer, Panofsky*, Hildesheim, OLMS, 2014, p. 110).

[355] « [...] la volonté de transformer le monde en transformant les mots pour le nommer, en produisant de nouvelles catégories de perception et d'appréciation et en imposant une nouvelle vision des divisions et des distributions, n'a de chance de réussir que si les prophéties, évocations créatrices, sont aussi, au moins pour une part, des prévisions bien fondées, des descriptions anticipées : elles ne font advenir ce qu'elles annoncent, nouvelles pratiques, nouvelles mœurs et surtout nouveaux groupes, que parce qu'elles annoncent ce qui est en voie d'advenir, ce qui s'annonce ; elles sont moins les accoucheuses que les officiers d'état civil de l'histoire » (P. BOURDIEU, « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 13).

défendue par l'auteur. Entre nominalisme réaliste et réalisme nominaliste, il n'y a pas à choisir. Les pistes sont brouillées, les voies qui semblaient tracées depuis longtemps demandent à être réinterrogées. Entre une conception réaliste platonisante et une conception nominaliste par trop relativiste, il y a une voie dialectique. Le nom et la chose n'appartiennent pas à des sphères irrévocablement distinctes, elles évoluent dans le même milieu, milieu « magique » qui permet une action réciproque où le fait de nommer permet de transformer et d'agir.

105. La forme de l'expression. Dans *Ce que parler veut dire*, Bourdieu explique que « les langues spéciales que les corps de spécialistes produisent et reproduisent par une altération systématique de la langue commune, sont, comme tout discours, le produit d'un *compromis* entre un *intérêt expressif* et une *censure* constituée par la structure même du champ dans lequel se produit et circule le discours »[356]. La censure n'est pas ici le fait d'un corps administratif ou judiciaire vérifiant la conformité des productions discursives à un ensemble de règles définies, « c'est la structure même du champ qui régit l'expression en régissant à la fois l'accès à l'expression et la forme de l'expression »[357]. La structure du champ implique donc certaines formes. Cette mise en forme opère une distribution de la parole et de la manière de parler. Les agents évoluent au sein d'un champ. Leurs positions relatives, perçues par eux et par les autres comme *allant de soi*, sont déjà, en elles-mêmes, l'expression d'une certaine censure : « La censure n'est jamais aussi parfaite et aussi invisible que lorsque chaque agent n'a rien à dire que ce qu'il est objectivement autorisé à dire : il n'a même pas à être, en ce cas, son propre censeur, puisqu'il est en quelque sorte une fois pour toutes censuré, à travers les formes de perception et d'expression qu'il a intériorisées et qui imposent leur forme à toutes ses expressions »[358]. Entre ce que l'agent a à dire – ce que Bourdieu appelle son *intérêt expressif* – et la censure s'établit donc une subtile dialectique. Le discours des agents est déjà défini par la position qu'ils occupent au sein d'un champ, lequel impose, en sus, ses propres règles. En même temps, le discours non censuré prend

[356] P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, *op. cit.*, pp. 167-168.
[357] *Ibid.*, p. 168.
[358] *Ibid.*, p. 169.

place au sein du champ et, par son action, redéfinit ce qui peut ou non se dire, ce qui produit ou non des effets : « La relation *dialectique* qui s'établit entre l'intérêt expressif et la censure interdit de distinguer dans l'*opus operatum* la forme et le contenu, ce qui est dit et la manière de le dire ou même la manière de l'entendre. En imposant la mise en forme, la censure exercée par la structure du champ détermine la forme – que tous les formalistes entendent arracher aux déterminismes sociaux – et, inséparablement, le contenu, indissociable de son expression conforme, donc impensable (au sens vrai) en dehors des formes connues et des normes reconnues »[359]. Ainsi, la mise en forme du discours commandée par la structure du champ permet à certains discours seulement d'advenir et leur confère un certain sens. Le sens des mots est déterminé par ces relations de forme jusque dans la graphie elle-même, rendant ainsi irrévocablement caduque la distinction entre signifiant et signifié. Ainsi, selon Bourdieu, le langage philosophique renforce l'illusion de son autonomie en se saisissant des mots du langage ordinaire et en soulignant leurs parentés formelles, les intégrant ainsi dans un réseau créant un sens nouveau. À titre d'exemple, Bourdieu convoque Heidegger[360] :

> « On ne compte pas les mots heideggériens qui sont empruntés au langage ordinaire ; mais ils sont transfigurés par le travail de mise en forme qui produit l'apparence de l'autonomie de la langue philosophique en les insérant, par l'accentuation systématique de parentés formelles, dans un *réseau de relations* manifestées dans la forme sensible du langage et en faisant croire ainsi que chaque élément du discours dépend des autres *à la fois* en tant que signifiant et en tant que signifié. C'est ainsi qu'un mot aussi ordinaire que *Fürsorge*, assistance, se trouve rattaché de façon *sensible*, par sa forme même, à tout un ensemble de mots de même famille, *Sorge*, souci, *Sorgfalt*, soin, sollicitude, *Sorglosigkeit*, incurie, insouciance, *sorgenvoll*, soucieux, *besorgt*, préoccupé, *Lebenssorge*, souci de vie, *Selbstsorge*, souci de soi. Le jeu avec les mots de même racine, très fréquent dans les dictons et proverbes de toutes les sagesses, n'est qu'un des moyens formels, et sans doute le plus sûr, de produire le sentiment de la relation nécessaire entre deux signifiés. L'association par allitération ou par assonance qui instaure des relations quasi matérielles de

[359] *Ibid.*, p. 170.

[360] Du reste, Heidegger ne constitue pas le seul exemple d'une philosophie où les concepts sont forgés à partir de la matérialité des mots. Georges Didi-Huberman use, lui aussi, très largement de la paronymie. Cette méthode est parfaitement cohérente avec une démarche qui laisse une large place au *montage* : il s'agit, pour Didi-Huberman, de mettre en relation des éléments hétérogènes en vue de faire survenir un autre savoir. Voy. l'analyse de Muriel Pic à propos du couple « hommage-dommage » mobilisé par Didi-Huberman dans un article consacré à Picasso : M. Pic, « Qu'est-ce que s'orienter dans les images ? », *Europe*, mai 2018, n° 1069, pp. 9 et s.

> ressemblance de forme et de son peut aussi produire des associations formellement nécessaires propres à porter au jour une relation cachée entre les signifiés ou, plus souvent, à la faire exister par le seul jeu des formes : ce sont par exemple les jeux de mots philosophiques du second Heidegger, *Denken* = *Danken*, penser = remercier, ou les enchaînements de calembours sur *Sorge als besorgende Fürsorge*, le "souci en tant que pro-curation se souciant de", qui feraient crier au verbalisme si l'entrelacs des allusions morphologiques et des renvois étymologiques ne produisait l'illusion d'une cohérence globale de la forme, donc du sens et, par là, l'illusion de la nécessité du discours : *Die Entschlossenheit aber ist nur die in der Sorge gesorgte und als Sorge mögliche Eigentlichkeit dieser selbst* (La résolution n'est rien que l'authenticité du souci lui-même souciée dans le souci et possible en tant que souci) »[361].

106. Formes et discours juridique. Le discours et la pratique juridiques ne recourent pas à la paronymie en vue de faire émerger de nouveaux savoirs ou de créer un système de sens cohérent (il s'agit sans doute là d'un cas limite et, dès lors, particulièrement *éloquent*). Toutefois, la mise en forme – souvent tatillonne – dont ils sont le lieu et, en même temps, dans laquelle ils s'inscrivent, travaillent en leur cœur même les concepts mobilisés[362]. Si Cattelan a gagné son procès, c'est bien parce qu'il a pu s'appuyer sur un formalisme procédural. Le droit met en forme le monde, précisément parce qu'il met les formes.

De plus, pour poursuivre la présentation de la pensée bourdieusienne, le langage juridique est un langage de spécialistes – comme l'est, par exemple, le langage philosophique –, or « ce n'est qu'avec les langues spéciales, produites par des spécialistes avec une intention explicite de systématicité, que l'effet d'occultation [du sens "primitif"] par la mise en forme s'exerce à plein »[363]. Intégré dans un certain champ, soumis à un certain ordre, le sens *brut* des mots (si tant est qu'il existe) « se dissout, si l'on peut dire, dans la forme ; en se mettant en forme, en mettant des formes, elle se fait forme et il serait vain de chercher en un lieu déterminé, dans un ensemble de mots clés ou d'images, le centre de ce cercle qui est partout et nulle

[361] P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, *op. cit.*, pp. 173-174.
[362] Sur le formalisme juridique, « technique selon laquelle la validité et l'efficacité des actes sont subordonnées à l'observation de certaines formes, à des formalités », voy. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 57 et s.
[363] P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, *op. cit.*, pp. 175-176.

part. Cette mise en forme est inséparablement transformation et transsubstantiation : la substance signifiée *est* la forme signifiante dans laquelle elle s'est réalisée »[364]. Nous l'avons vu, dans le champ comme dans la forme symbolique, les parties agissent sur le tout qui, en retour, agit sur les parties. Ce mouvement est nécessairement continu. Cassirer explique à cet égard que « le tout n'est pas acquis à partir des parties, et que la position d'une partie implique la position du tout ; non certes dans son contenu, mais dans sa structure et sa forme générales »[365]. Ainsi, si le système d'intelligibilité propre au droit est composé de *mots*, ceux-ci ne reçoivent leur sens spécifique que par la place relative qu'ils occupent entre eux et par la forme symbolique – laquelle dépasse le seul phénomène langagier, comme nous le verrons – dont ils relèvent : « le tout ne s'élabore pas à partir des parties, mais il les *constitue* et leur donne leur signification essentielle »[366].

107. Le phénomène juridique : entre sociologie et philosophie. L'articulation d'une réflexion sociologique et d'une réflexion plus strictement philosophique est particulièrement pertinente quand on cherche à cerner d'un peu plus près le phénomène juridique. Le droit – nous ne nous attarderons pas sur ce présupposé – est généralement décrit comme un phénomène social : il est écrit par des corps élus, représentants d'une société donnée. Le droit, entend-on souvent, serait le reflet d'une certaine société. Dans la tradition positiviste, il est d'ailleurs contingent et peut s'adapter aux changements sociaux, fût-ce de manière radicale, par une révolution juridique[367]. Dans ce cadre, si l'on souhaite conserver la possibilité d'un naturalisme juridique, les normes données par l'observation de la *nature* le sont, en dernière instance, par l'observation d'une *société*. Si l'on arrêtait là notre raisonnement, il conviendrait de conclure à la réductibilité sociale du phénomène juridique. Bourdieu serait alors vainqueur.

[364] *Ibid.*, p. 176.
[365] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 45.
[366] *Ibid.*, pp. 46-47.
[367] voy. L. FRANÇOIS, « La Révolution selon le droit », in *Le Droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des Tempêtes de Lucien François*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004, pp. 112-130.

Dans ses leçons au Collège de France *Sur l'État*, Bourdieu assimile d'ailleurs très amplement la forme symbolique à un phénomène avant tout social. Toutefois, cette interprétation procède, à notre sens, d'une lecture erronée, voire orientée, des textes de Cassirer. Pour inclure la notion de forme symbolique dans le spectre sociologique, Bourdieu tire argument du fait que Cassirer cite l'article de Durkheim et Mauss, « De quelques formes primitives de classification » et en déduit que

> « ces formes symboliques sont des principes de constructions de la réalité sociale : les agents sociaux ne sont pas simplement des particules mues par des forces physiques, ce sont aussi des agents connaissant qui sont porteurs de structures cognitives. Ce que Durkheim apporte par rapport à Cassirer, c'est l'idée que ces formes de classification ne sont pas des formes transcendantales, universelles, comme le veut la tradition kantienne, mais des formes historiquement constituées associées à des conditions historiques de production, et donc arbitraires, au sens saussurien du terme, c'est-à-dire conventionnelles, non nécessaires, acquises en relation avec un contexte historique donné. Pour dire les choses de manière plus rigoureuse, ces formes de classification sont des formes sociales socialement constituées et arbitraires ou conventionnelles, c'est-à-dire relatives aux structures d'un groupe considéré »[368].

L'apport souligné par Bourdieu est toutefois excessif. En effet, la *Philosophie des formes symboliques* se démarque précisément du transcendantalisme kantien par la place qu'elle accorde au devenir historique et à la variation. Ainsi, Cassirer ne renonce pas à la démarche transcendantale mais fait droit à la notion de « conditions historiques de production » pour caractériser chacune des formes symboliques étudiées[369]. Selon Bourdieu, Cassirer établit lui-même explicitement un strict parallélisme entre *forme symbolique* et *formes primitives de classification* :

> « Pour ceux qui sont encore enfermés dans des dichotomies pathétiques perpétuées par le système scolaire, je rappellerai que Cassirer, dans une petite note d'un de ses derniers livres publiés aux États-Unis, *The Mythe of the State*, écrit en toutes lettres : "Quand je dis 'forme symbolique', je ne dis pas autre chose que ce que dit Durkheim lorsqu'il parle de 'formes primitives de classification'". Je pense que cela va faire

[368] P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, pp. 280-281.
[369] Voy. *infra*, n° 118.

sursauter les philosophes “purs”, mais, pour tout esprit bien constitué, c’est évident. Le fait qu’il l’ait dit a une petite valeur probatoire »[370].

Le passage évoqué semble toutefois ne pas exister. Nous n’en trouvons en effet trace ni dans la traduction citée par Bourdieu, ni dans l’édition originale en anglais. Si Cassirer cite effectivement Durkheim et établit un lien de parenté évident entre forme symbolique et « instinct de classification », il ne réduit pas la première à la seconde[371]. L’équivalence est peut-être exagérée par Bourdieu afin de renforcer sa propre théorie. Les deux notions restent différentes, bien qu’elles entretiennent des liens étroits.

Ainsi, peut-on soutenir que tout phénomène juridique trouve un ancrage dans la seule société ? N’y a-t-il pas place pour un système d’intelligibilité qui produirait sa propre signification et engendrerait ses propres concepts ? Loin d’être une simple accumulation de règles, ce qu’on appelle *le droit* produit un véritable système d’interprétation du monde que la société seule ne peut plus suffire à dépasser ou à librement modifier puisqu’elle est, elle-même, façonnée par ce système. Aussi convient-il à présent de nous pencher plus avant sur la philosophie des formes symboliques et sa pertinence pour l’étude du phénomène juridique et, en particulier, pour le problème qui nous occupe – à savoir celui de l’impact du droit sur des œuvres d’art et sur des concepts qui, *a priori*, n’ont rien de juridique. De l’anthropologie maussienne de la magie, de la sociologie bourdieusienne ou de l’épistémologie cassirérienne, c’est à la dernière que nous consacrerons les développements les plus substantiels, notamment parce que Cassirer lui-même ne consacre pas de développements directement liés à la question précise du droit. Du reste, si le versant épistémologique de la réflexion occupe une place singulière dans notre réflexion, outre le fait que notre formation nous autorise à aborder en profondeur cette question, c’est aussi parce que notre question de départ porte en elle une inquiétude d’ordre épistémologique : comment le droit contamine-t-il, ou est-il

[370] P. BOURDIEU, *Sur l’État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 280.
[371] Voy. E. CASSIRER, *Le Mythe de l’État*, Paris, Gallimard, 1993, pp. 32-33. ; E. CASSIRER, *The Myth of the State*, Londres, Oxford University Press, 1946, pp. 14-15.

contaminé par, d'autres disciplines ou d'autres discours ? Pourquoi le droit occupe-t-il une place singulière au sein d'autres disciplines ou d'autres discours prétendant dire *ce qui est* ? Du reste, anthropologie et sociologie nourrissent la réflexion épistémologique – épistémologie particulière qui, dans le cas de Cassirer, ne renonce pas au transcendantalisme mais l'inscrit dans un cours historique permettant la variation –, ces trois approches entretenant des liens étroits, comme nous l'avons montré. Reste dès lors à préciser les raisons qui permettent d'affirmer avec Cassirer que le droit est bien une forme symbolique et d'en préciser les contours.

Conclusion du chapitre 2

108. Synthèse des développements qui précèdent. Dès lors que Marcel Mauss avait mis en évidence le caractère avant tout social de la magie, notre réflexion sur l'efficacité particulière du phénomène juridique – efficacité, on l'a vu, non réductible au seul langage – ne pouvait faire l'impasse sur l'examen d'une perspective sociologique. À cet égard, les travaux de Pierre Bourdieu s'avèrent riches d'enseignements.

À travers la notion de champ, Bourdieu permet de penser la coexistence de plusieurs sphères sociales et les rapports qu'elles entretiennent – manière de déjà poser la question de la concurrence entre plusieurs *vérités* concurrentes. Le champ juridique, en particulier, par son autonomie, parvient à imposer ses logiques internes à d'autres sphères de la société, tout en restant relativement perméable aux influences extérieures. Cette interaction dynamique fait du droit un acteur central dans la construction et la transformation des réalités sociales. Cette autonomie, toutefois, n'est jamais totale, et le contenu du droit est constamment redéfini par les luttes symboliques au sein de ce champ.

Ainsi, le champ juridique se caractérise par sa relative *autonomie*. Cette autonomie doit être pensée en lien avec la vocation toujours universalisante du discours juridique. Aussi, si le langage juridique a bien une efficacité singulière, c'est précisément parce qu'il émane d'une sphère sociale qui permet cette efficacité et

qui, selon Bourdieu, a été forgée pour servir certains intérêts dans le cadre de la formation de l'État moderne. Nous nous situons dès lors ici bien *au-delà* du seul langage.

Si le champ juridique est relativement indépendant au regard des contraintes externes issues d'autres champs – s'il est, dès lors, relativement autonome –, il n'empêche que, selon Bourdieu, les catégories juridiques sont elles-mêmes fondées en réalité. Ainsi, s'il existe des concepts relativement perméables aux influences extérieures – manière de parler de *réalisme* –, ces concepts sont toujours fondés en réalité. Bourdieu développe ainsi la notion de *nominalisme réaliste* qui permet de repenser à nouveaux frais l'opposition séculaire du nominalisme et du réalisme. À cet égard, le cas du droit semble exemplaire puisque, si les catégories juridiques préexistent conceptuellement aux faits – si, en d'autres termes, lorsqu'on doit qualifier juridiquement des faits, il faut recourir à des catégories déjà forgées –, le contenu de ces catégories est toujours susceptible d'évoluer précisément parce qu'elles sont confrontées au réel.

Ces éléments théoriques ne peuvent toutefois rencontrer les exigences d'un travail qui ne se donne pas d'ambitions sociologiques. Aussi s'agit-il plutôt d'utiliser la sociologie et l'ancrage qu'elle suppose nécessairement comme un tremplin vers une réflexion d'ordre philosophique, notamment parce que Bourdieu assimile – certainement abusivement – lui-même phénomène social et forme symbolique. Aussi, c'est aux travaux d'Ernst Cassirer, auteur d'une *Philosophie des formes symboliques*, qu'il convient à présent de s'intéresser afin de cerner la manière dont le droit permet une compréhension singulière du monde – compréhension qui, du reste, façonne la réalité. Et s'il est vrai que philosopher c'est vivre dangereusement, alors il semble indispensable de s'intéresser au phénomène juridique chez un auteur (Cassirer) pour qui la question se caractérise d'abord par une absence de développements, et ce à partir d'un autre auteur (Bourdieu) qui, lui, commet un amalgame.

Chapitre 3. Perspective épistémologique. Le droit comme forme symbolique : Ernst Cassirer

109. Présentation générale. De *Substance et fonction* (1910) au *Mythe de l'État* (1946, posthume), l'œuvre de Cassirer est animée par l'ambition de montrer comment l'homme peut comprendre le monde dans lequel il vit. Le cœur du projet est, dès lors, avant tout un projet de théorie de la connaissance, c'est-à-dire un projet philosophique. Or, lorsqu'on leur parle de philosophie, les juristes y voient généralement l'évocation d'une matière stimulante pour l'esprit, au mieux, ou une discipline aride et inutile, au pire. Dans tous les cas, les rapports de la philosophie avec le droit tel qu'il est effectivement pratiqué paraissent dérisoires : il y aurait la théorie, cantonnée au monde universitaire, d'une part, et, d'autre part, la pratique juridique qui, bien qu'elle consiste comme la philosophie à lire des textes et à les interpréter, ne s'appuie explicitement sur aucun système philosophique. Face à une pensée binaire (philosophie *vs*. droit), il est néanmoins toujours stimulant de chercher à rendre l'alternative bancale et, dès lors, de chercher à complexifier. Car complexifier c'est, en dernière instance, rendre le réel un peu plus intéressant.

À vrai dire, plutôt que d'opposer et, ensuite, de montrer les limites de l'opposition, nous aimerions d'emblée faire dialoguer : faire de la philosophie à partir des matériaux de la vie juridique et montrer ce que cette approche apporte au droit lui-même. Ainsi, la possibilité de la prééminence d'une discipline sur l'autre sera d'emblée évacuée et l'orgueil des uns et des autres (sauf mauvaise foi) devrait sortir indemne de la démonstration. Si tel n'est pas le cas, tant pis.

On se souvient que le cas *Maurizio Cattelan* avait mis en lumière plusieurs apories : si la question posée était effectivement ontologique et, dès lors, intellectuellement très stimulante, la réponse apportée par le Tribunal judiciaire de Paris pouvait sembler très prosaïque. En effet, comme nous l'avons vu, si Cattelan est auteur de ses œuvres, c'est en raison d'une présomption légale et, s'il le reste, c'est en raison de règles de procédure. Face à des questions importantes du point de vue de l'esthétique, la réponse apportée, de type juridique, pouvait alors sembler très décevante. Au fond, l'affaire paraissait classée et on ne voit pas directement de

raison de continuer de s'y intéresser : des questions de première importance auraient pu être débattues, le droit y a coupé court en raison de sa procédure. Intellectuellement minable, diront certains. Gage d'égalité, diront d'autres. Pourtant, là où tout semble dit, il est généralement intéressant de chercher à *creuser encore*. Et si, précisément, l'aporie apparente du côté de la philosophie permettait de dresser l'esquisse d'une rationalité répondant à une logique établie ? Et s'il y avait quelque chose à dire du fait même que le fond de l'affaire n'a pas pu être examiné ? Quelque chose qui dessine les contours du rapport spécifique du droit à l'œuvre d'art que nous cherchons à comprendre ?

110. Une précision méthodologique. Sur le plan de la méthode, il n'est pas incongru de se servir des effets (les décisions de justice) pour remonter aux causes (le droit et son fonctionnement). C'est, du moins, l'approche qui est la nôtre et que nous avons déjà thématisée en introduction. Sans prétendre entrer ici dans une recherche essentialiste (quelle serait l'*essence* du droit ? – question trop vaste pour notre sujet), on peut néanmoins esquisser la manière dont le droit *met en forme* le monde brut qui se présente à lui (les innombrables faits qui donnent lieu à une *mise en ordre* juridique). Dans un tout autre domaine – celui des sciences de la nature et, en particulier, des rapports entre lumière et couleurs –, Gœthe note que « c'est en vain que nous entreprenons d'exprimer l'essence d'une chose. Nous percevons des effets, et tout au plus une histoire complète de ces effets engloberait sans doute l'essence de cette chose. Nous nous efforçons sans succès de peindre le caractère d'un homme ; rassemblons par contre ses actions, ses actes, et nous verrons apparaître une image de son caractère »[372]. Dans une étude sur la spécificité de la culture allemande, Cassirer fait siens les mots de Goethe et relève que :

> « ce qui est ici exprimé à propos d'un problème précis de la philosophie de la nature vaut, dans un sens encore plus affiné et précis, pour toute présentation d'un ensemble structuré relevant de l'histoire universelle de l'esprit. De même que, selon les mots de Goethe, nous ne pouvons décrire l'essence de la lumière autrement qu'en la manifestant dans la couleur en tant que formes "actives et passives de la lumière", cette nécessité a encore plus nettement sa raison d'être

[372] J.W. GŒTHE, *Traité des couleurs*, Paris, Triades, 2000, p. 79.

> quand il s'agit de déterminer l'être et la spécificité d'entités historiques. Ce qu'"est" une telle entité ne peut être exprimé comme un absolu indépendamment des effectuations dans lesquelles elle se manifeste et s'extériorise ; c'est au contraire uniquement en elles et à travers elles qu'on peut la rendre connaissable »[373].

111. Intérêt de l'œuvre de Cassirer pour l'étude du droit. Si le projet de théorie de la connaissance de Cassirer s'adresse prioritairement aux philosophes, il devrait également intéresser les juristes car, comme nous le verrons, le politique est partout et le juridique – s'il n'est abordé explicitement que de manière isolée – est bien une thématique sous-jacente récurrente. C'est à cette démonstration que le présent chapitre sera principalement consacré. Dans sa grande œuvre, la *Philosophie des formes symboliques* (trois tomes publiés entre 1923 et 1929) [*Philosophie der symbolischen Formen*], Cassirer identifie plusieurs *formes*, chacune susceptible d'éclairer un objet d'une lumière qui lui est propre. Selon qu'on se rapporte à un objet sur le mode du langage, du mythe, de la religion ou de la science – qui sont les principales formes symboliques théorisées par Cassirer –, la manière de comprendre cet objet différera. Une dent placée dans un reliquaire richement orné ne sera-t-elle pas un objet absolument différent selon qu'on l'envisage sous un angle religieux ou mythique (cet objet serait alors, par exemple, une médiation directe et efficace entre les hommes et une transcendance), artistique (cet objet serait alors, par exemple, le témoignage du savoir-faire d'une personne ou la trace d'une époque précises) ou scientifique (cet objet serait alors, par exemple, le support de l'ADN d'un personnage historique, nous permettant d'affiner notre connaissance hagiographique) ? Le droit pourrait-il encore apporter une réponse différente ?

112. Une mise en situation. Imaginons : un antiquaire véreux retrouve un vieux coffre, peut-être un ancien reliquaire, mais en très mauvais état, dépouillé de tous ses ornements et, surtout, vide. Si ce coffre a peut-être connu un passé glorieux, il n'en reste presque rien. Prêt à tout pour s'enrichir un peu plus (car notre antiquaire est rompu à l'escroquerie), l'homme véreux replace quelques pierres qui feront bien

[373] E. CASSIRER, *Liberté et forme. L'idée de la culture allemande*, Paris, Les éditions du Cerf, 2001, p. 8.

illusion, fabrique un petit support faussement usé à placer dans le coffre et y attache une dent qu'il arrache à un crâne ancien qu'il a récupéré dans une vitrine/cabinet de curiosités provenant d'un vide-grenier (si on avait voulu dresser un portrait encore plus sombre de notre escroc, on l'aurait envoyé déterrer le crâne). Deux jeunes retraités fascinés par l'art religieux, mais plutôt peu experts, tombent sous le charme de l'objet. Tout véreux qu'il est, l'antiquaire a néanmoins un goût exquis et il parvient généralement à rendre les objets les plus ordinaires éminemment désirables. Affaire conclue donc. Ce qui est, selon l'antiquaire, un authentique reliquaire du XIII^{e} siècle est vendu pour quelques milliers d'euros. Quelques semaines plus tard, le couple de jeunes retraités invite des amis à dîner, dont un spécialiste d'art médiéval. Secrètement, ils espèrent l'épater en lui montrant leur acquisition. Bienveillant et diplomate, cet ami leur conseille de faire dater la dent par un laboratoire et leur affirme catégoriquement que le coffre et ses pierreries ne sont en rien emblématiques du XIII^{e} siècle. Peut-être s'agit-il, au mieux, d'une composition plus ou moins heureuse du XIX^{e} siècle. Dépités mais encore confiants, les deux retraités envoient la dent pour analyse. Une semaine plus tard, le verdict tombe : il s'agit d'une dent de femme décédée dans les années 1960. Peu enclins à y voir un signe divin (ce qui, s'agissant d'un reliquaire, n'aurait peut-être pas été absurde), les acheteurs floués contactent un avocat en vue de réclamer à l'antiquaire la restitution du prix de leur achat. Et la manière d'appréhender l'objet est alors encore toute différente. Certes, le fait de pouvoir démontrer que la dent ne date pas de l'époque annoncée pourra être utile mais il faudra encore identifier une catégorie juridique permettant d'obtenir la restitution du prix de vente : escroquerie, dol, erreur sur la substance, etc. ; encore faudra-t-il que l'action du couple soit recevable, introduite dans un certain délai ; encore faudra-t-il qu'ils apportent la preuve de ce qu'ils allèguent, etc. En d'autres termes, pour soumettre leur objet au droit, il leur faudra respecter un ensemble de règles qui détermineront l'appréciation du juge ; il faudra se plier à certaines *formes* pour aboutir à une appréciation portée sur un objet.

En jetant sa lumière sur un objet, le droit pourra parfaitement le *comprendre* selon une logique propre, éventuellement en contradiction avec d'autres modes de compréhension. Ainsi, on se rappelle que, dans l'affaire Cattelan, « le monde de

l'art » – ou, du moins, un nombre significatif d'artistes et personnalités du milieu artistique (soixante-cinq signataires d'une carte blanche publiée dans *Le Monde,* dont Sophie Calle, Annette Messager et Chris Dercon) – estimait que le tribunal était en charge d'une question ontologique : « au-delà du combat d'un homme contre un autre, d'une technique contre une autre, d'une école contre une autre, c'est bien la question de la paternité, voire de la validité de l'art qui est au cœur de cette dispute, et de ce qui fait œuvre aujourd'hui »[374]. Sans doute conscient des enjeux extrajuridiques des questions qui lui furent soumises, le tribunal s'est pourtant cantonné à les envisager dans le strict cadre du droit en vigueur. En dernière instance, si Cattelan est bien *père de ses œuvres* et si, par conséquent, les conclusions du Tribunal judiciaire de Paris rencontrent celles des soixante-cinq signataires mentionnés, c'est pour des raisons qui n'ont pourtant aucun rapport avec la pratique artistique et les éléments d'histoire de l'art mentionnés dans la carte blanche. L'analyse portée sur un même objet, si elle aboutit aux mêmes conclusions, diffère totalement. Alors qu'il peut sembler peu légitime au regard des questions artistiques, c'est pourtant le regard porté par le droit qui déterminera le lien existant entre une personne-artiste et une chose-œuvre d'art et, dès lors, les conditions de définition de ce que sont une œuvre et un artiste aujourd'hui.

113. Plan. Afin d'appréhender ces questions sous l'angle de la *Philosophie des formes* symboliques, après avoir fourni quelques repères biographiques visant à présenter Ernst Cassirer et les conditions de production de son œuvre, nous nous attacherons à expliquer ce qu'est une forme symbolique dans la pensée de l'auteur (Section 1ère. Qu'est-ce qu'une forme symbolique ? – Qu'est-ce que la *Philosophie des formes symboliques* ?), avant d'en venir au droit comme forme symbolique – sujet que Cassirer n'a pas traité comme tel (Section 2. Le droit comme forme symbolique). Pour ce faire, nous proposons de cheminer à travers différents éléments de réponse thématiques qui, mis bout à bout, fournissent une vue d'ensemble aussi claire et concise que possible de la notion et de son actualisation dans la forme juridique.

[374] « Tribune. Affaire Daniel Druet - Maurizio Cattelan : "C'est bien la question de la paternité de l'art qui est au cœur de cette dispute et de ce qui fait œuvre" », *op. cit.*

114. Quelques repères biographiques. Avant de nous pencher plus avant sur la notion de forme symbolique et d'aborder la question du droit comme forme symbolique, quelques éléments biographiques relatifs à l'auteur de la *Philosophie des formes symboliques* donc. Outre les repères historiques qu'ils apportent, ceux-ci peuvent s'avérer précieux pour comprendre certains aspects de la démarche du philosophe. La famille Cassirer est originaire de Breslau (aujourd'hui, Wroklaw), où Ernst Cassirer naît le 28 juillet 1874, puis s'installe à Berlin. Elle compte de riches industriels. La génération d'Ernst Cassirer s'orientera davantage vers les arts et les sciences. La famille Cassirer est donc une famille juive aisée et cultivée, installée en Allemagne. Comme le note Carole Maigné,

> « La famille Cassirer est un exemple typique de l'émancipation que connurent les Juifs au cours des XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, améliorant progressivement leur sort et s'intégrant pleinement à la culture allemande autour de ce concept phare qu'est la "*Bildung*", issu de l'*Aufklärung* et de ce moment crucial que fut la *Haskala*. Quand Mendelssohn traduisit le *Pentateuque* en allemand en 1783, arrimant les cultures yiddish et allemande l'une à l'autre, se crée un échange qui n'est pas une simple importation de la culture allemande dans la culture juive, mais un débat réciproque entre les Lumières et la tradition philosophique juive. Né en 1874, Ernst Cassirer hérite de tout cela, tout en s'inscrivant dans cette tranche de l'histoire européenne qui englobe deux guerres mondiales, la république de Weimar, le nazisme et la destruction des Juifs d'Europe (pour reprendre le titre éponyme de Raul Hilberg), l'exil et les États-Unis »[375].

En 1892, Ernst Cassirer se rend à Berlin pour étudier le droit. Il s'oriente finalement vers la philosophie et la littérature allemande et suit quelques cours d'histoire et d'histoire de l'art. Cet esprit curieux, au-delà du cloisonnement disciplinaire, caractérisera ses travaux par la suite et nous verrons que son intérêt pour le droit ne se démentira pas. En 1899, il soutient une thèse de doctorat intitulée *Descartes' Kritik der mathematischen und naturwissenschaftlichen Erkenntnis* [*La critique de la connaissance physique et mathématique chez Descartes*]. Dès la publication de sa première œuvre importante, *Substance et fonction*, en 1910, il est reconnu comme théoricien de la connaissance mais, déjà en 1916 – alors qu'il n'a pas encore amorcé

[375] C. MAIGNE, *Ernst Cassirer*, Paris, Belin, 2013, pp. 11-12.

son projet de philosophie de la culture –, contre les nationalismes ambiants, il affirme le lien fort entre l'abstraction philosophique et les « intérêts directs et vivants de notre présent »[376]. Il reprendra ce *credo* de manière plus directement engagée dans *Le Mythe de l'État*, son dernier ouvrage écrit pendant son exil en pleine Seconde Guerre mondiale[377].

Après plus d'une quinzaine d'années passées à Berlin comme *Privatdozent* (1903-1919), il est nommé professeur à la toute jeune Université de Hambourg, en 1919. Il y restera jusqu'à son exil en 1933. En 1929, il est nommé recteur de la même université et devient ainsi le premier recteur philosophe d'origine juive d'Allemagne. C'est au cours de la période hambourgeoise qu'il développe sa philosophie des formes symboliques. Il est alors au sommet de sa notoriété et est notamment invité à Oxford et Paris. Avec l'arrivée au pouvoir de Hitler en janvier 1933, Cassirer quitte ses fonctions à l'université. Carole Maigné note à cet égard que Cassirer estimait que « la contradiction entre sa conception de l'université et du métier de professeur et la situation politique du pays était devenue intolérable, jugeant que le contexte, l'arrivée de Hitler au pouvoir, mais aussi la publication de la loi de boycott des Juifs dès avril 1933, enlevait toute pertinence à son travail et à sa présence à l'université »[378]. À cinquante-neuf ans, il est contraint à l'exil. Il serait abusif de parler d'un tournant politique de son œuvre à ce moment. Il tire plutôt les conclusions politiques de ce que son œuvre contenait déjà – comme nous le verrons – mais aborde ces questions plus frontalement dans des textes comme *Axel Hägerström* (1939), *Logique des sciences de la culture* (1942) et, bien sûr, *Le Mythe de l'État*

[376] Il affirme, dans l'avant-propos de *Liberté et forme* une vision déjà cosmopolitique de la culture : « Au beau milieu des luttes qu'elles devraient livrer pour l'indépendance de la culture nationale, les natures vraiment créatrices de l'histoire de l'esprit en Allemagne ont toujours été exemptes de l'arrogance qui aurait fait croire que cette culture pouvait totalement se suffire à elle-même. Plus elles étaient pénétrées de la grandeur de la tâche qu'elles assignaient au peuple allemand dans le domaine intellectuel et moral, et plus elles cultivaient simultanément en profondeur le don de percevoir et d'interpréter la spécificité des "voix des peuples". Ceci n'est pas simplement vrai de Lessing, Herder ou Goethe, c'est aussi le cas d'un penseur comme Fichte qui constamment insiste, dans l'exposition de son idéal politique et national, sur le fait que celui-ci "n'avait pas à faire valoir une quelconque spécificité nationale en particulier mais devait réaliser le citoyen de la liberté" » (E. CASSIRER, *Liberté et forme. L'idée de la culture allemande*, *op. cit.*, pp. 11-12).

[377] Voy. *infra*, n° 126 et s.

[378] C. MAIGNE, *Ernst Cassirer*, *op. cit.*, p. 23.

(1946, posthume) que nous avons déjà mentionné. Nous reviendrons sur ces ouvrages.

Philosophe alors reconnu, il est d'abord invité à Oxford dès septembre 1933. Il y reste jusqu'en juillet 1935. Il résidera ensuite à Göteborg, en Suède, entre 1934 et 1941. C'est à cette occasion qu'il aborde les travaux d'Axel Hagerström qui nous intéresseront pour la question du droit. En juillet 1939, il reçoit la nationalité suédoise et renonce à la nationalité allemande. L'avancée de la guerre en Europe pousse les Cassirer à rejoindre leur fille aux États-Unis. De 1941 à 1943, Cassirer enseigne à Yale, où sont aujourd'hui conservées ses archives, et donne des conférences à Cornell, Princeton et Harvard. Il fréquente d'autres intellectuels exilés, comme Einstein, Panofsky, Wind ou Thomas Mann. En 1944, il accepte un poste à Columbia. Il meurt d'une crise cardiaque à New York, devant Columbia, le 13 avril 1945, sans avoir pu assister à la chute du régime nazi.

Ces quelques éléments tracent les contours d'un premier portait, celui d'un humaniste convaincu, proche du cosmopolitisme kantien et attaché à l'usage de la raison comme condition de la liberté, ainsi que la voyait Kant. Nous y reviendrons. La raison, pour Cassirer, ne se réduit pas à une somme d'idées innées. C'est une énergie, « le pouvoir original et primitif qui nous conduit à découvrir la vérité, à l'établir et à s'en assurer »[379]. L'usage de la raison tiendra une place centrale dans ses travaux et permettra de dégager les enjeux politiques de sa philosophie des formes symboliques. Sur le plan biographique, en refusant tout dogmatisme et tout nationalisme, Cassirer a fait usage de la raison des Lumières, celle qui – nous le verrons – libère l'esprit des croyances fondées sur l'autorité et des « vérités toutes faites » mais aussi celle qui, ayant *déconstruit*, peut à nouveau *construire*. La raison n'est, pour l'auteur de la *Philosophie des formes symboliques*, pas seulement un *être* ; c'est, avant tout, un *faire*.

[379] E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1966, p. 48.

Toute sa vie, Cassirer n'aura cessé de construire cet édifice de la raison. Nous verrons que sa *Philosophie des formes symboliques* est bien capable de rendre compte de tous les aspects du réel sans toutefois créer de système dogmatique et que, si l'entreprise est avant tout du côté d'une théorie de la connaissance, elle prend des élans concrets, voire militants dans les derniers écrits du philosophe. En cela, nous pouvons nous associer à Pierre Quillet qui, dans la présentation de sa traduction de *La Philosophie des Lumières*, affirme que « Cassirer *est* un *Aufklärer*. Plus que la perspicacité de l'analyste, c'est une vraie communauté de pensée qui l'attache au XVIII[e] siècle »[380]. Son entreprise tout entière tend à saisir cette énergie de la raison, sa vie y aura été pleinement conforme.

Section 1. Qu'est-ce qu'une forme symbolique ? – Qu'est-ce que la Philosophie des formes symboliques ?

115. Présentation générale. Afin de caractériser la notion de forme symbolique en général, nous présenterons la *Philosophie des formes symboliques* de Cassirer en plusieurs temps : il conviendra dans un premier temps de mettre en évidence la filiation qui l'unit à la philosophie kantienne mais aussi les différences fondamentales qu'elle présente par rapport à cette dernière (§ 1. Un certain prolongement de la philosophie kantienne). Dans un second temps, nous nous attarderons sur le contenu foncièrement politique du projet de la *Philosophie des formes symboliques*, contenu qui peut certes étonner dans une entreprise de théorie de la connaissance (§ 2. Un outil d'analyse politique). Dans un troisième temps, nous nous interrogerons sur la place – centrale – du signe et des symboles dans le travail de Cassirer (§ 3. Une philosophie du signe). Enfin, nous nous pencherons sur les interactions qu'entretiennent les différentes formes symboliques entre elles et, en particulier, sur la téléologie qui structure le système de Cassirer. Cette téléologie idéale vise à conjurer un danger d'ordre politique, celui du retour du mythe (§ 4. Un système téléologique et politique).

[380] *Ibid.*, p. 22.

La démarche adoptée n'est pas généalogique mais plutôt rétrospective. Les écrits tardifs du philosophe permettent en effet d'éclairer ou de souligner la pertinence d'éléments déjà abordés dans ses écrits antérieurs et, ainsi, de dresser les contours d'un véritable système philosophique cohérent malgré la diversité des objets traités. Cela nous permettra en outre de montrer dans la suite, d'une part, que la question du droit s'inscrit dans un système philosophique global et, d'autre part, que ce système philosophique global inclut la possibilité, voire la nécessité, de penser le droit alors même que celui-ci n'y avait encore fait l'objet d'aucun développement particulier.

§ 1. Un certain prolongement de la philosophie kantienne

116. Philosophie de la culture et transcendantalisme. Tout en s'ancrant dans le projet kantien, Cassirer le prolonge et développe une véritable *philosophie de la culture*, ce qui implique en particulier de prendre en compte le *devenir* propre à la culture, c'est-à-dire le caractère historique des réalisations humaines. Comme le rappelle Cassirer, l'idéalisme transcendantal kantien ne vise pas à connaître la nature ou l'essence des objets eux-mêmes, « il commence par une étude critique des divers modes de connaissance par lesquels les différentes classes d'objets - objets de l'expérience, objets de la science, objets de la pensée religieuse ou métaphysique - nous sont rendues accessibles » (traduction libre)[381]. L'idéalisme kantien n'a donc pas pour visée immédiate la connaissance d'objets physiques ou métaphysiques mais bien les conditions de possibilité d'une telle connaissance – conditions de possibilité qui ne peuvent excéder les capacités de l'esprit humain, lequel n'a accès qu'aux phénomènes et jamais à la chose en soi. Selon Cassirer, Kant avait préparé le chemin à une philosophie de la culture, bien qu'il n'y fasse nulle part allusion et reste cantonné à une critique de la connaissance scientifique comme, du reste, à sa suite, les néo-kantiens de l'école de Marbourg et, en particulier, Hermann Cohen. En effet,

[381] « It begins with a critical investigation of the various modes of cognition by which the different classes of objects – the objects of experience, the objects of science, the objects of religious or metaphysical thought – are made accessible to us » (E. CASSIRER, « Critical Idealism as a Philosophy of Culture (1936) », *in* D.P. VERENE (éd.), *Symbol, Myth, and Culture. Essays and Lectures of Ernst Cassirer 1935-1945*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1979, p. 69).

bien que Kant semble accepter la division classique de la philosophie introduite dans la pensée grecque entre physique, logique et éthique (il y ajoutera l'esthétique), son système invite à élargir le cadre. Le problème à l'origine de la démarche kantienne n'est pas limité à ces disciplines : « sans en changer la nature, nous pouvons l'appliquer à toutes les autres formes de pensée, de jugement, de connaissance, de compréhension et même de sentiment par lesquelles l'esprit humain tente de concevoir l'univers dans son ensemble » (traduction libre)[382]. Et Cassirer d'assumer clairement le lien avec sa philosophie des formes symboliques : « les mythes, la religion, le langage, l'art et la science visent à obtenir une telle synthèse de l'univers » (traduction libre)[383]. Le problème qui anime Kant et Cassirer a donc une racine commune : il ne s'agit pas de *connaître* le monde où l'on vit mais de *comprendre comment on peut le connaître*[384]. D'emblée, on se questionne davantage sur l'homme que sur le monde :

> « Une des premières et essentielles idées de la philosophie critique est que les objets ne sont pas "donnés" à la conscience, achevés et pétrifiés, dans la nudité

[382] « Without varying its nature we may apply it to all the other forms of thinking, judging, knowing, understanding, and even feeling by which the human mind attempts to conceive the universe as a whole » (E. CASSIRER, « Critical Idealism as a Philosophy of Culture (1936) », *op. cit.*, pp. 70-71).

[383] « Such a synopsis of the universe, such a synthetic view, is aimed at in myth, in religion, in language, in art, and in science » (E. CASSIRER, « Critical Idealism as a Philosophy of Culture (1936) », *op. cit.*, p. 71).

[384] Sur le rapport de Cassirer à Kant, notons encore que si Cassirer est traditionnellement qualifié de néokantien, cette affirmation reste certainement trop imprécise et a donné lieu à certaines controverses. À propos du néokantisme, Carole Maigné relève que « ce terme recouvre des écoles et des penseurs si différents, qu'il est déjà moins faux de dire que Cassirer appartient au néokantisme de l'école de Marbourg, par différence avec l'école de Bade » (C. MAIGNE, *Ernst Cassirer*, *op. cit.*, p. 27). Elle note encore que Cassirer arrive à Marbourg pour étudier avec Hermann Cohen et Paul Natorp en 1896, soit environ trente-cinq ans après les débuts du néokantisme. Cassirer définit lui-même le néokantisme par le prisme de la méthode : « Mais, nonobstant certaines différences de détail, il y a un certain principe méthodologique commun à tous. Ils voient tous dans la philosophie non pas une conviction personnelle, une vue individuelle du monde, mais ils cherchent la possibilité de la philosophie comme science dans l'intention d'en formuler les conditions. Ils trouvent leur modèle dans l'énoncé le plus général du problème kantien dans la Préface de la *Critique de la raison pure* et dans les *Prolégomènes* » (« Néo-kantism », *Encyclopaedia Britanica*, 14e éd., 1928, cité dans F. CAPEILLERES, « Sur le néo-kantisme de E. Cassirer », 1992, n° 4, p. 519]. Il y a donc un idéal de scientificité de la philosophie qui unit les néokantiens et que l'on retrouve bien chez Cassirer, notamment à travers sa volonté de créer un véritable système. Cassirer lui-même, en 1945, dans l'*Essai sur l'homme* accorde d'ailleurs à la science un statut privilégié : « Alors le triomphe de la science paraît total et incontesté. Aucune force dans le monde moderne ne peut être comparée à la force de la pensée scientifique. Elle représente le sommet et l'aboutissement de toutes les activités humaines, le dernier chapitre de l'histoire de l'humanité et la matière la plus importante d'une philosophie de l'homme. [...] C'est la science qui nous assure de la stabilité du monde » (E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975, p. 289).

> de leur en-soi, et que la relation de la représentation à l'objet suppose un acte spontané et autonome de la conscience. L'objet ne subsiste pas avant l'unité synthétique et en dehors d'elle : elle seule au contraire le constitue ; ce n'est pas une forme toute faite qui ne ferait que s'imposer et s'imprimer dans la conscience, mais le produit d'une mise en forme qui s'effectue par la médiation essentielle de la conscience et en vertu des conditions de l'intuition et de la pensée pure »[385].

117. Une ambition d'élargissement de la philosophie kantienne. Si Kant ouvre la voie à une philosophie de la culture, l'avènement d'une telle philosophie nécessite néanmoins de prolonger sa pensée. Cassirer note à cet égard que « la "philosophie des formes symboliques" accepte cette idée, ce principe sur lequel repose la révolution copernicienne de Kant, pour ensuite l'élargir »[386]. En effet, les catégories de la conscience de l'objet ne sont pas uniquement à rechercher dans la sphère intellectuelle du théorique, elles peuvent différer selon la forme symbolique à l'œuvre et ne se laissent connaître que dans l'expression symbolique. Nous verrons à cet égard qu'une œuvre d'art peut être appréhendée différemment et mener à une compréhension très différente de sa genèse et de sa place dans le monde selon qu'elle est envisagée sous le prisme du droit ou de la science. Ainsi, « des catégories de ce genre doivent être à l'œuvre partout où, à partir du chaos des impressions, se forme un cosmos, une image caractéristique du monde »[387]. L'« objet » de la philosophie des formes symboliques n'est dès lors pas réductible à celui de la science et, plus précisément, celui de la physique mathématique. Le point de vue transcendantal peut en effet porter sur tout objet culturel. Maud Hagelstein souligne à cet égard que, selon Cassirer « Kant lui-même était conscient de l'étroitesse de son concept d'objet dans la *Critique de la raison pure* et a voulu progressivement donner de l'ampleur à sa critique, en y intégrant les notions de "liberté" (*Critique de la raison pratique*), de "nature" et d'"art" (*Critique de la faculté de juger*) »[388]. Ainsi, « Cassirer justifie l'élan nouveau qu'il entend donner à la pensée de Kant en élargissant ses

[385] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 2. La pensée mythique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972, p. 49.
[386] *Ibid*.
[387] *Ibid*.
[388] M. HAGELSTEIN, *Origine et survivances des symboles. Warburg, Cassirer, Panofsky*, *op. cit.*, p. 108.

horizons, comme si la critique de la raison pure menait inévitablement et dès son origine kantienne à une critique de la culture »[389].

118. La place de l'Histoire. Une autre divergence fondamentale entre Kant et Cassirer tient à leur conception même de la philosophie. Alors que le premier récuse toute historicité de la philosophie, Cassirer accorde une place centrale à l'histoire. Bien que la philosophie des formes symboliques reste attachée à une méthode transcendantale, c'est-à-dire une méthode qui cherche à dégager les « conditions pures » de l'expérience – conditions non empiriques et universelles –, il existe une véritable historicité de la philosophie. Les formes symboliques sont bien soumises au devenir historique et entretiennent entre elles des rapports d'ordre chronologique, la pensée rationnelle s'arrachant peu à peu de la conscience mythique dans laquelle s'enracinent toutes les formes symboliques. Du point de vue de la méthode, l'histoire joue par ailleurs un rôle premier dans la détermination des caractéristiques de chaque forme symbolique. En tant que *critique de la culture*, la philosophie des formes symboliques cherche à rendre compte d'un processus dynamique :

> « En effet, la culture n'est pas une chose purement spéculative et ne peut être fondée sur des bases purement spéculatives. Elle ne consiste pas seulement en un système de suppositions théoriques ; elle exige un système d'actions. La culture signifie un ensemble d'activités verbales et morales – des activités qui ne sont pas seulement conçues de manière abstraite, mais qui ont la tendance constante et l'énergie de la réalisation. C'est cette réalisation, cette construction et reconstruction du monde empirique, qui est impliquée dans le concept même de culture et qui en constitue l'un des traits essentiels et les plus caractéristiques » (traduction libre)[390].

La culture est donc d'abord une activité, quelque chose de vivant dont on ne peut certes rendre compte et qu'on ne peut comprendre que par une méthode

[389] *Ibid*.

[390] « For culture is not a merely speculative thing and cannot be based on merely speculative grounds. It does not only consist of a system of theoretical suppositions; it demands a system of actions. Culture means a whole of verbal and moral activities – of such activities as are not only conceived in an abstract way, but have the constant tendency and the energy of realization. It is this realization, this construction and reconstruction of the empirical world, that is involved in the very concept of culture

transcendantale, mais qui implique de toujours se rapporter à des données sensibles, à des faits empiriques.

Au fond, la divergence la plus aiguë entre l'approche kantienne et l'approche cassirérienne tient à la possibilité de la variation. Une forme symbolique permet de comprendre le réel d'une certaine manière à un moment donné, sans qu'il soit exclu qu'à un autre moment, la même forme symbolique apporte un éclairage différent. Cassirer aborde frontalement cette question délicate dans le dernier tome de la *Philosophie des formes symboliques*, consacré à la science. L'histoire des sciences nous apprend qu'il a existé plusieurs géométries – plusieurs conceptions de l'espace – que l'expérience ne peut vérifier et qui sont incompatibles entre elles. À partir de ce constat, comment expliquer la variation au sein d'une même forme symbolique ? Si l'on transpose la question au problème qui nous occupe, comment justifier l'hypothèse d'une forme symbolique du droit alors que son contenu – le droit positif – change sans cesse ? Comment, en dernière instance, résoudre la tension entre continuité et variation ? La question de la spatialité et de la géométrie n'est qu'un exemple – certes paradigmatique – envisagé par Cassirer pour traiter cette question. À vrai dire, elle dépasse la seule forme symbolique de la science puisque, dans les volumes antérieurs, le philosophe a précisément mis en évidence un mode de spatialité propre aux domaines de la pensée mythique et linguistique[391]. Ce qui intéresse avant tout Cassirer est le processus intellectuel d'interprétation qui permet de donner à des concepts abstraits une signification qui n'est pas immédiatement donnée par l'expérience sensible. Ainsi, la question du contenu des théories physiques n'est que secondaire, la connaissance du caractère symbolique de ces concepts faisant « au contraire partie de cette validité même et de son fondement théorique »[392]. La validité d'une forme symbolique ne réside dès lors pas en l'immuabilité de son contenu. Au contraire, elle réside en un processus d'interprétation entre des données sensibles et des concepts. Ce qui donne à une

---

and that makes up one of its essential and most characteristic features » E. CASSIRER, « Critical Idealism as a Philosophy of Culture (1936) », *op. cit.*, p. 65. *Ibid.*

[391] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 3. La phénoménologie de la connaissance*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972, p. 467.

[392] *Ibid.*, p. 35.

forme symbolique son unité est un processus qui tend à affiner la dissociation du « moi » et du « monde », en son sein, mais aussi dans ses interactions avec d'autres formes symboliques :

> « Si on considère encore une fois l'ensemble du développement qu'a connu le thème de l'espace, on aperçoit enfin toute l'envergure des oppositions à traverser au cours de celui-ci. Il existe à peine une seule tendance ou énergie première de l'esprit qui ne contribue de façon ou d'autre à ce prodigieux processus de formation et qui n'en régisse certaines phases. Sensation et intuition, sentiment et pouvoir visionnaire, imagination productrice et pensée constructive des concepts y sont également concernés, et le mode de leur interpénétration et de leur conditionnement mutuel engendre à la fois une forme nouvelle d'espace. Mais il apparaît en même temps que tout ce processus, avec toute la richesse interne de ses formes, n'en garde pas moins une certaine direction immuable – qu'en lui s'affirme peu à peu, avec une conscience toujours plus nette et plus ferme, la "confrontation" entre le moi et le monde. La conscience mythique de l'espace demeure encore complètement enfermée dans la sphère du sentiment subjectif comme dans un cocon. Et pourtant, un tableau d'oppositions déterminées de l'être, un contraste et une répartition de forces cosmiques s'y déploient déjà, nés des oppositions élémentaires du sentiment primaire de la vie. Le langage va plus loin et approfondit cette séparation ; l' "espace expressif" du mythe se transforme par son entremise en un "espace représentatif". Mais seule la pensée conceptuelle, la pensée géométrique et physique, accomplit le pas ultime et décisif. Elle refoule avec toujours plus d'énergie tous les éléments purement "anthropomorphiques" et les remplace par des déterminations strictement "objectives", résultat de la méthodologie universelle du dénombrement et de la mesure. Or ce refoulement ne signifie pas seulement l'exclusion de tous les éléments issus de la sphère du sentiment et de la volonté, mais aussi la suppression progressive des images, des schèmes purs de l'intuition. De l' "espace d'intuition" et de l' "espace de représentation", on passe à un pur "espace de signification" »[393].

À partir du nécessaire renoncement de la physique moderne aux sensations pour son développement ultérieur, mis en évidence par Max Planck, Cassirer généralise cette renonciation nécessaire à toute forme symbolique en mobilisant la notion de *logos*, soit la rationalité inhérente à une forme symbolique[394]. La découverte d'une

[393] *Ibid.*, pp. 468-469.

[394] *Logos* est déjà envisagé en ce sens dans l'introduction de la *Philosophie des formes symboliques* : « Mais si la science utilise le langage comme matière première et comme fondement, elle ne le dépasse pas moins nécessairement. C'est un nouveau "logos", régi par un autre principe que la pensée linguistique, qui apparaît maintenant et qui se constitue de manière toujours plus tranchée et autonome. Référées à ce nouveau logos, les formations linguistiques n'apparaissent plus que comme des obstacles et des barrières dont la force spécifique du nouveau principe devra progressivement triompher. La critique du langage et de la pensée linguistique devient ainsi partie intégrante de la

rationalité supérieure ne peut se faire qu'au prix d'une forme de dépassement de formes moins développées : « pour se trouver soi-même, le logos doit toujours passer par un tel renoncement apparent à soi »[395]. Toute forme symbolique contiendrait donc en elle-même son propre principe de variabilité, la possibilité du dépassement de son contenu à un moment donné. Ce dépassement n'est, pour Cassirer, pas contingent, mais nécessaire et orienté vers une forme de rationalité plus élevée, c'est-à-dire vers une meilleure dissociation du sujet et du monde. Ce processus vers plus de rationalité est, nous le verrons, à l'œuvre dans une certaine téléologie qui traverse le système des formes symboliques entre elles, mais doit également se trouver au sein de chaque forme symbolique. La distinction entre ces deux processus n'est certes pas toujours aisée à établir. Ainsi, nous verrons que le mythe, s'il est la forme symbolique la moins rationnelle, habite aussi d'autres formes symboliques – en particulier, celle du droit – à son stade de développement le moins avancé.

119. Variation et droit. Cette variabilité constitutive de toute forme symbolique est particulièrement évidente dans le cas du droit. Lorsqu'on parle de droit, en effet, la variation est partout et, pourtant, il n'y a pas de rupture fondamentale. Si l'affaire Cattelan était survenue au milieu du siècle dernier, dans un contexte artistique certes très différent, son issue n'aurait pas été la même – en admettant que le fond de l'affaire ait été examiné. Pourtant, c'est bien au droit que Daniel Druet s'en serait remis et c'est bien par le prisme du droit d'auteur que la question aurait été examinée. Pour qu'une œuvre soit protégée par droit d'auteur, il est requis, d'une part, qu'elle soit mise en forme et, d'autre part, qu'elle soit originale. Indépendamment des éventuelles cessions ou présomptions de titularité, c'est principalement le critère de l'originalité qui permet de déterminer la titularité des droits d'auteur sur une œuvre. Selon l'interprétation qui en est donnée, ce critère s'articule différemment à la condition de mise en forme.

---

pensée scientifique et philosophique montante » (E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, pp. 22-23).

[395] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 3. La phénoménologie de la connaissance*, *op. cit.*, p. 477.

Dans un traité paru pour la première fois en 1950, Henri Desbois fait une importante distinction concernant l'originalité des œuvres littéraires et des œuvres plastiques. À propos des premières, il admet que la manière dont le texte est fixé est non pertinente (dictée, magnétophone, manuscrit…) pour la question de la protection par le droit d'auteur. Pour lui, les œuvres littéraires relèvent exclusivement de l'intellect, elles sont certes mises en forme, mais la manière importe peu. En revanche, concernant les œuvres plastiques, il serait requis qu'elles émanent de la main de l'artiste : « La "main" de l'artiste opère comme un référant venant garantir que l'œuvre d'art est revêtue du sceau de l'esprit »[396]. Ainsi, Desbois écrit : « le maître qui décrit à ses élèves le sujet d'une toile future […] ne pourra revendiquer la propriété artistique, s'il n'a pas manié lui-même le pinceau, et, selon l'expression vulgaire, "mis la main à la pâte" »[397]. Or cette conception de l'originalité est depuis obsolète, sans que le critère de l'originalité n'ait lui-même été abandonné[398].

Ainsi, le contenu du concept a évolué, a varié, rendant possible la protection au titre du droit d'auteur d'un certain mode de création qui ne place plus l'intervention manuelle de l'artiste en son cœur. Du reste, le fait que, en l'occurrence, la question n'ait pas été examinée *sur le fond* et qu'elle soit restée non résolue pour des raisons strictement procédurales semble plaider en faveur d'un degré élevé de rationalité de la forme symbolique du droit. En effet, le droit a développé sa propre logique, ses propres critères de compréhension du réel, affirmant ainsi une indépendance forte par rapport à d'autres discours rationnels : c'est en effet le droit qui, selon ses

[396] J. ICKOWICZ, *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, *op. cit.*, p. 164.
[397] H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978, p. 73. Dans la première édition, il écrivait déjà : « C'est à ce stade que se conçoit la protection des œuvres d'art, et qu'apparaît toute la différence entre le critère de l'originalité des œuvres littéraires et celui de la leur [ce qu'il appelle les « arts figuratifs »] : l'*exécution personnelle* est une condition nécessaire et suffisante de l'acquisition des droits d'auteur en matière artistique. Dans le domaine littéraire, l'expression n'implique pas l'exécution matérielle de la main même de l'écrivain. Pour l'artiste, les difficultés commencent au moment où il recourt à sa palette ou à son burin, puisqu'entre la composition et l'œuvre achevée, s'étend tout l'intervalle qui sépare le projet du succès. […] En définitive, l'examen de la genèse des œuvres artistiques conduit à mettre en première ligne, dans la formule du critère, l'expression, c'est-à-dire l'*exécution*. L'idée ne peut entrer en ligne de compte. La composition, comme telle, ne peut pas être non plus prise en considération : elle n'est que la "représentation intellectuelle", la préfiguration subjective de l'œuvre future : elle n'interviendra pour qualifier l'œuvre qu'après l'achèvement de celle-ci, dont elle fait partie intégrante » (H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1950, pp. 95-97).
[398] Voy. *infra*, n° 176 et s.

propres critères, refuse d'examiner un cas qu'il aurait, le cas échéant, résolu selon ses propres critères également. Si l'on peut mesurer le caractère abouti d'une forme symbolique à l'autonomie plus ou moins importante qu'elle a conquise par rapport aux autres formes symboliques[399], alors le droit a tout d'une forme symbolique particulièrement achevée, faisant advenir de nouvelles entités – œuvre, auteur… – qui n'existent que par lui et qui, dès lors, participent à la construction d'un sujet délivré d'un rapport immédiat (dans la philosophie des formes symboliques, ce rapport immédiat est le rapport qui caractérise le mythe) au monde. Entre le sujet et le monde s'intercalent le droit et ses significations.

120. Variation et rationalisation. La nécessaire variation interne à chaque forme symbolique doit permettre de vivre dans un monde de plus en plus rationnel, dans un monde de plus en plus *stabilisé*. À vrai dire, toute forme symbolique tend à stabiliser le monde en mettant en forme le chaos des impressions sensibles et en leur conférant une signification, en créant un monde commun. Ainsi, au cœur de la philosophie des formes symboliques, il y a bien la création d'un espace de dialogue possible entre les hommes. Nous verrons qu'il y a même plus : il y a un processus de création d'un sujet qui est, en dernière instance, un sujet politique. Cela nous amène à présent à examiner le caractère politique – fût-ce en filigrane – de la philosophie des formes symboliques.

§ 2. Un outil d'analyse politique

121. Au-delà de l'épistémologie. La philosophie des formes symboliques n'a pas une visée uniquement épistémologique ; elle est, en réalité, fondamentalement politique.

Chaque forme symbolique fait en effet apparaître une tension, un dilemme : « la plus haute, en réalité la seule tâche de toutes ces formes, est d'unir les hommes. Mais

[399] C'est bien ce que suggère Cassirer dans l'Introduction de la *Philosophie des formes symboliques* : « Loin que les diverses orientations de l'esprit coexistent pacifiquement et se complètent les unes les autres, chacune ne devient ce qu'elle est qu'en manifestant sa force dans une lutte contre les autres » (E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 23).

aucune d'entre elles ne peut accomplir cette unité sans en même temps diviser et séparer les hommes »[400]. Prenons l'exemple du langage. Sans langage, il n'y a pas de communication possible et, dès lors, pas de monde commun – pas de monde où vivre la communauté. Ainsi, la forme symbolique du langage est bien nécessaire pour unir les hommes. Dit comme cela, le raisonnement peut paraître simpliste. Il demande à être complexifié : en effet, la diversité des formes de langage apparaît comme un obstacle à cette communauté. Ce n'est pas parce qu'on peut se comprendre que l'on s'accorde nécessairement. C'est là qu'apparaît la tension mentionnée par Cassirer. Voyons comment la résoudre.

Alors que la philosophie des formes symboliques prend acte de la diversité des expressions, car « une analyse de la culture doit accepter les faits dans leur forme concrète, dans toute leur diversité et leur divergence »[401], les formes analysées rejettent parfois cette diversité constitutive. Il en va ainsi en particulier de la religion et du mythe qui, d'après le philosophe, « refusent de considérer cette diversité comme un fait nécessaire et inéluctable »[402] en l'attribuant à une faute des hommes, alors même qu'on gagnerait à prendre acte du caractère constitutif de cette divergence pour la religion ou le mythe eux-mêmes. Nous verrons dans la suite que, pour Cassirer, même s'il proclame ne pas hiérarchiser les différentes formes symboliques, le mythe renvoie à un stade moins développé de la pensée dans lequel toutes les autres formes symboliques – en ce compris le droit – trouvent leur origine. Il y a cependant d'autres formes symboliques qui, elles, prennent acte de cette diversité. Voyons ce qu'il en est, en particulier, du langage.

Tout en étant foncièrement différentes, deux langues poursuivent exactement la même fin, à savoir progresser vers la compréhension de concepts de plus en plus universels. S'il n'y a pas d'unité « substantielle » entre les différentes langues (pas de vocabulaire ou de grammaire partagés), il y a bien une unité « fonctionnelle »[403]. Lorsqu'on apprend une langue étrangère, il n'est pas suffisant de mémoriser un

[400] E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, *op. cit.*, p. 186.
[401] *Ibid*.
[402] *Ibid*.
[403] Sur le couple conceptuel substance-fonction, voy. E. CASSIRER, *Substance et fonction*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977.

nouveau vocabulaire et un nouveau système grammatical. Il est, plus fondamentalement, nécessaire d'apprendre à *penser* dans cette langue : « en pénétrant "l'esprit" d'une langue étrangère, nous avons chaque fois l'impression d'aborder un nouveau monde, un monde possédant une structure intellectuelle propre. C'est comme un voyage d'exploration sur une terre étrangère, dont l'intérêt majeur est de nous avoir appris à considérer notre langue maternelle d'une manière nouvelle »[404]. Le pas que l'on pense d'abord faire vers l'autre lorsqu'on apprend une nouvelle langue, on le fait en réalité aussi bien vers soi-même. En cherchant à connaître l'autre, on se connaît finalement soi-même de manière plus fine puisque, ce qu'on apprend de nouveau, on l'applique à ce que l'on connaissait déjà et, dès lors, ce que l'on connaissait est désormais éclairé d'un jour nouveau, plus riche, plus nuancé.

Ainsi, « la comparaison de langues différentes montre qu'il n'existe pas de synonymes parfaits. Des termes correspondant dans deux langues différentes se rapportent rarement aux mêmes objets ou aux mêmes actions. Ils couvrent des champs différents qui s'interpénètrent et nous donnent de notre expérience des vues diversifiées et des perspectives variées »[405]. Cet exemple éclairant, qui pourrait trouver un équivalent dans chaque forme symbolique, montre bien que la philosophie des formes symboliques porte un projet foncièrement humaniste[406]. De la même manière, une fois que nous aurons caractérisé le droit comme forme symbolique, nous verrons comment il permet l'avènement d'un monde commun dans lequel les hommes peuvent se comprendre et interagir, mais qui, en même temps, fonctionne par catégories relativement rigides qui isolent les hommes dans une hiérarchie figée. Le droit, comme toute forme symbolique, unit autant qu'il divise.

La philosophie des formes symboliques est orientée selon une certaine *téléologie* (idéale du moins car le mythe peut ressurgir[407]) et cette téléologie doit directement

[404] E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, *op. cit.*, p. 191.
[405] *Ibid.*, p. 192.
[406] Sur la portée à donner à ce terme dans le cas de Cassirer, voy. la présentation de Pierre Quillet dans E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, *op. cit.*, pp. 11-29.
[407] C'est le propos de *Le Mythe de l'État*, que nous aborderons *infra*, n° 126 et s.

être mise en lien avec l'humanisme qui sous-tend le projet des formes symboliques. La vie de l'esprit [*spiritual life*] tend en effet vers la différenciation du « je » [*I*] et du « toi » [*you*] et, plus largement, du « je » et du monde. Dans le mythe, ces différents pôles sont encore confondus. Il n'y a pas de distinction nette entre une personne, son nom et son image, ni entre les hommes, les animaux et les plantes, pas plus qu'entre les vivants et les morts[408]. Les différentes formes de la culture opèrent cette différenciation, chacune selon des modalités propres, permettant ainsi au sujet de mieux se connaître. Projet humaniste donc, mais aussi véritable projet de subjectivation qui nécessite les différentes formes de la culture pour se réaliser : « En effet, la consolidation que la vie subit dans les différentes formes de culture – dans le langage, la religion et l'art – ne constitue pas le simple contraire de ce que le Moi exige par nature, mais plutôt une condition préalable pour qu'il puisse se trouver et se comprendre dans son essence propre » (traduction libre)[409]. La culture ne nie pas

[408] La logique inhérente à la pensée scientifique est absente de la pensée mythique : « Le substrat réel du mythe n'est pas un substrat de pensée mais de sentiment. Il n'est pas vrai que le mythe et la religion soient tout à fait incohérents ; ils ne sont dénués ni de sens ni de raison. Mais leur cohérence repose bien plus sur une unité affective que sur des règles logiques. Cette unité constitue l'une des impulsions les plus fortes et les plus profondes de la pensée primitive. Pour décrire et expliquer le réel, la pensée scientifique est dans la nécessité d'employer la méthode générale qui est la sienne de classification et de systématisation. La vie se morcelle en provinces distinctes, nettement indépendantes les unes des autres. Les frontières qui séparent les règnes des plantes, des animaux, de l'homme, les différences entre espèces, familles et genres, sont fondamentales et indestructibles. Mais l'âme primitive les ignore et les refuse toutes. Sa conception de la vie n'est pas analytique mais synthétique. La vie ne s'y divise pas en sous-classes ; elle est ressentie comme un tout continu, sans rupture, ne tolérant aucune de ces distinctions trop tranchées. Les limites qui séparent les différentes sphères ne sont pas d'insurmontables barrières ; elles restent indécises, fluctuantes. Entre les diverses provinces de la vie n'existe aucune différence spécifique. Il n'est rien qui ait une forme déterminée, invariable, statique. Par une soudaine métamorphose, toute chose peut devenir autre chose. S'il est quelque chose de caractéristique dominant du monde mythique, une loi qui le gouverne, cette loi est celle de la métamorphose [...] [La conception mythique] de la nature n'est ni purement théorique, ni purement pratique ; elle est *sympathique*. Ignorer ce point, c'est se fermer tout accès au monde mythique. Le caractère fondamental du mythe n'est pas dans une orientation particulière de la pensée ou dans une orientation particulière de l'imagination. Le mythe naît de l'émotion, et son fond émotionnel teinte de sa couleur unique toutes ses productions. Le primitif n'est en aucun cas dépourvu de l'habileté à saisir les différences empiriques des choses. Mais, dans sa conception de la nature et de la vie, un sentiment plus fort vient effacer toutes ces différences : la profonde conviction qu'il existe une *solidarité de la vie* fondamentale et indestructible, surmontant la multiplicité et la diversité de ses formes singulières » (E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, *op. cit.*, pp. 122-123).

[409] « For the consolidation that life undergoes in the various forms of culture – in language, religion, and art – constitutes not the simple *opposite* to that which the I requires by its very nature but rather a *prerequisite* for it to find and understand itself in its own essence » (E. CASSIRER, « The "Tragedy of Culture" », in *The Logic of the Cultural Sciences. Five Studies*, New Haven et Londres, Yale University Press, 2000, p. 108).

l'homme dans sa spécificité, elle l'aide à se connaître. Pour le dire un peu différemment, on peut citer Maud Hagelstein pour qui « la fonction symbolique, où se joue et opère la représentation, est le vecteur du partage sujet/objet »[410]. Les différents degrés de différenciation entre le sujet et l'objet correspondent à autant de degrés de connaissance. Il ne s'agit pas seulement de connaître l'objet car, à chaque création de forme, la conscience se saisit elle-même. La forme symbolique permet donc toujours de redéfinir l'objectif et le subjectif, mais aussi le processus même de la connaissance : « Dans chaque signe qu'il projette librement, l'esprit saisit l'objet en saisissant en même temps et lui-même et la légalité propre de son activité imaginaire. Et seule cette interprétation spécifique permet de fonder la détermination plus profonde de la subjectivité et de l'objectivité »[411].

122. Retour au cas *Maurizio Cattelan*. Dans le cas *Maurizio Cattelan*, il est évident que ce qui se joue par-delà la technique juridique est précisément une redéfinition des pôles sujet-objet et de la manière dont une personne est projetée dans le monde : « au-delà du combat d'un homme contre un autre, d'une technique contre une autre, d'une école contre une autre, c'est bien la question de la paternité, voire de la validité de l'art qui est au cœur de cette dispute, et de ce qui fait œuvre aujourd'hui »[412]. Les deux principaux protagonistes – Druet et Cattelan – sont tous deux *sujets de droit* – si tel n'était pas le cas, ils n'auraient pas pu ester en justice. Ils sont tous deux artistes – personne ne le conteste. Mais sont-ils *auteurs* ? Quel est leur rapport avec des *objets* auxquels ils prétendent chacun s'identifier d'une certaine façon ? De quelle manière habitent-ils le monde à travers leurs productions ? Quel mode de visibilité ce statut leur donne-t-il ? Comment parviennent-ils à occuper les espaces légitimes où sont produits les discours sur l'art ? Le partage sujet-objet ou, pour le dire un peu différemment, la manière dont une personne s'identifie à un objet ou se projette dans un objet du monde, l'affinement de la définition du sujet est bien tributaire du prisme légal. C'est le droit qui établit ces rapports et qui, en dernière instance, fait et défait les liens entre un

[410] M. HAGELSTEIN, *Origine et survivances des symboles. Warburg, Cassirer, Panofsky*, *op. cit.*, p. 118.
[411] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 34.
[412] « Tribune. Affaire Daniel Druet - Maurizio Cattelan : "C'est bien la question de la paternité de l'art qui est au cœur de cette dispute et de ce qui fait œuvre" », *op. cit.*

sujet et la manière dont il s'extériorise dans le monde. C'est le droit qui valide ou non l'aspiration d'un sujet à être défini comme *artiste*.

§ 3. Une philosophie du signe

123. Forme symbolique et signe. La philosophie des formes symboliques, en tant que processus, est indissociable du *signe*. En se fondant sur les travaux de Heinrich Herz, Cassirer souligne ce point : « La logique des choses, c'est-à-dire des contenus conceptuels fondamentaux et des relations fondamentales [la forme] sur lesquels repose l'élaboration d'une science ne peut être séparée [...] de la logique des signes »[413]. C'est grâce au signe que le contenu de la pensée peut prendre forme. Le signe marque en effet un premier arrêt dans le flux indifférencié des impressions sensibles. Il fait ressortir un certain état de permanence. Dans la pensée mythique, le signe et la chose sont encore largement indistincts (par exemple, prononcer le nom d'une chose, c'est la faire exister ; agir sur la représentation d'une personne, c'est agir sur cette personne). Dans le langage ou l'art, en revanche, ou même dans les mathématiques, le signe confère une certaine unité et une certaine permanence à un contenu de conscience pourtant toujours différent, et permet ainsi la communication. Dans un texte synthétique où Cassirer réexpose les grandes lignes de sa philosophie des formes symboliques à l'occasion d'une réflexion sur l'articulation entre mythe et langage et sur le nom des dieux[414], il souligne ainsi que, pour nous qui ne percevons pas le monde à travers la forme symbolique du mythe, « il nous semble naturel, il semble aller de soi que le monde se sépare de lui-même pour la perception et pour l'intuition en figures singulières aux contours précis, dont chacune possède ses limites spatiales rigoureuses et l'individualité que celles-ci déterminent »[415]. Ainsi, si le monde a bien une signification globale, s'il a bien « la signification d'un tout », « ce tout s'élabore à partir d'unités clairement déterminées qui ne se fondent pas les unes dans les autres, et dont chacune possède sa singularité, qui se distingue nettement de la singularité des autres »[416]. En d'autres

[413] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 27.
[414] E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, *op. cit.*
[415] *Ibid.*, p. 21.
[416] *Ibid.*

termes, bien que nous percevions le monde comme un tout organisé, comme un univers cohérent, nous savons que ce tout est composé d'unités sensibles (les *signes*), elles-mêmes déjà plus ou moins complexes, que nous pouvons isoler : phonème, son, couleur, trait, mot, etc.

124. Signe et signification. Mais cela ne suffit pas à expliquer comment la signification advient. Les signes présents dans le langage, l'art ou le mythe sont réductibles à « un ensemble de sensations particulières, à des qualités simples de la vue, de l'ouïe ou du toucher, qui sont alors autant d'éléments ultimes et fondamentaux »[417]. Ce qui fait advenir la signification, c'est l'activité des relations qu'entretiennent ces signes – activité qui peut se déployer différemment en fonction du domaine depuis lequel on cherche à les comprendre. Cassirer donne à cet égard un exemple éclairant :

> « Lorsque le son physique qui, en tant que tel, ne se distingue que par sa hauteur, son intensité et sa qualité prend la forme d'un phonème, il se destine à l'expression des plus subtiles nuances de la pensée et du sentiment. Ce qu'il est immédiatement cède alors entièrement la place à sa fécondité médiate, à ce qu'il "énonce". Les éléments singuliers et concrets à partir desquels s'élabore l'œuvre d'art sont soumis au même processus. Aucune figure artistique ne peut se comprendre simplement comme la somme de ses éléments, car dans chacune est à l'œuvre une loi déterminée, et un certain sens de la mise en forme esthétique. La synthèse par laquelle la conscience associe une suite de notes dans l'unité d'une mélodie est, manifestement, radicalement différente de celle par laquelle une pluralité de phonèmes se dispose pour nous dans l'unité d'une "phrase". Mais elles ont une chose en commun, le fait que, dans les deux cas, les éléments sensibles ne subsistent pas par eux-mêmes et qu'ils se disposent pour la conscience en un ensemble qui seul leur donne leur sens qualitatif »[418].

Perçu et mis en forme, le signe gagne en abstraction et devient symbole. Cela ne signifie pas qu'il est un décalque d'une réalité préexistante, mais qu'il porte en lui tout un univers de sens qui n'est possible que dans l'activité symbolique. Le symbole permet de connaître les lois qui le gouvernent, lesquelles ne peuvent être connues que par l'actualisation du symbole. Il n'y a pas de loi purement abstraite ou, du

[417] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, p. 36.
[418] *Ibid.*

moins, pas de loi connaissable qui soit purement abstraite. Cassirer le souligne en une formule percutante : « L'universel ne se laisse intuitionner que dans le particulier, et [...] le particulier ne se laisse jamais penser que dans la perspective de l'universel »[419]. Le symbole unit ainsi le sensible et l'intelligible, l'idée pure et le monde sensible. C'est dans la forme symbolique que peut être connu le transcendantal qui ne s'atteint qu'*a posteriori* : « On connaît les lois qui rendent possible l'expérience grâce aux symboles qui les rendent sensibles. Seule l'expression symbolique nous permet de décrire la légalité transcendantale »[420]. La forme symbolique n'annihile pas la singularité de l'objet perçu. L'événement concret, le singulier, demeure mais ne se laisse penser que comme « un cas particulier d'une loi universelle ou, plus exactement, d'un système de lois universelles »[421]. Chaque terme singulier nous permet de penser la forme du tout dont il est un « représentant »[422]. Il ne faudrait pas en conclure que la forme symbolique se manifeste différemment ou se transforme en fonction de l'objet appréhendé. De la même manière que Descartes disait de la connaissance théorique qu'elle était comme le soleil – sa lumière reste la même bien que les objets qu'il éclaire soient nombreux et différents –, les formes symboliques éclairent des objets différents d'une même lumière : chaque forme symbolique « est une manière particulière de voir et recèle une source de lumière particulière, propre à elle seule. La fonction du voir, la mise en lumière par l'esprit ne peuvent jamais être expliquées de façon réaliste à partir des choses ni de ce qui est vu. Car il ne s'agit pas ici de ce qui est aperçu en elles, mais de la direction originelle du regard »[423]. Cassirer emploie encore une figure intéressante : les formes symboliques ne sont pas une imitation de la réalité, « elles en sont au contraire les organes, dans la mesure où ce n'est qu'à travers elles que la réalité devient un objet pour le regard de l'esprit et qu'elle devient visible en tant que telle »[424].

[419] *Ibid.*, p. 27.
[420] M. HAGELSTEIN, *Origine et survivances des symboles. Warburg, Cassirer, Panofsky*, *op. cit.*, p. 120.
[421] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 2. La pensée mythique*, *op. cit.*, p. 52.
[422] *Ibid.*
[423] E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, *op. cit.*, p. 20.
[424] *Ibid.*, p. 17.

125. Retour au cas *Maurizio Cattelan*. Quoi de plus parlant que le phénomène juridique pour saisir cette dialectique du particulier et du général, du singulier et de la loi qui confère une signification propre mais, en même temps, partagée et communicable ? En d'autres termes, quoi de plus parlant que le phénomène juridique pour illustrer un processus qui confère à une toute petite parcelle du réel (les *faits*) une signification plus large et, en dernière instance, transposable à d'autres cas singuliers ? Lorsque Daniel Druet décide de s'adresser à un tribunal pour résoudre le différend qui l'oppose à Maurizio Cattelan, il mobilise des données brutes, purement factuelles, des données qui n'ont alors rien de juridique : il a sculpté des œuvres de cire à la demande de Cattelan. Ces œuvres ont été exposées sans aucune mention du nom de Druet. Il en résulte un sentiment d'injustice et, très certainement, un manque à gagner important. Ce sont les *faits* qui, comme les *signes* pour Cassirer, marquent un arrêt dans le grand *continuum* du réel. Une tranche du réel (les actions des hommes, au sens le plus large) est isolée, de la même manière que le langage permet d'isoler des unités distinctes dans un *continuum* sonore qui, sans l'arrêt marqué par le signe, demeurerait rétif à toute signification. Comment ces faits qui, par eux-mêmes, ne signifient rien de particulier accèdent-ils à un degré de signification supérieur ? Nous nous sommes déjà attardés sur le mécanisme de qualification nécessaire à tout traitement juridique du réel : pour traiter juridiquement un problème (puisque le droit s'articule principalement autour de problèmes qui, traduits en *problèmes philosophiques*, prennent certes un visage plus avenant), il est nécessaire de le qualifier en droit, c'est-à-dire d'identifier les catégories juridiques à travers lesquelles il sera traité. Pas d'arbitraire ni de « cas par cas » en principe, puisque le monde infiniment particulier des faits a désormais été traduit juridiquement et peut dès lors être traité par le prisme de catégories communes. Les faits singuliers accèdent désormais à une signification différente, transposable et partagée. Si bien que, quand le lecteur détenteur des clés de compréhension du monde du droit lit une décision de justice (celle du Tribunal judiciaire de Paris qui nous guide dans la philosophie cassirérienne, par exemple), il ne découvre en principe pas un monde de sens nouveau, alors que les faits qui ont donné lieu au litige sont, eux, toujours inédits. Le sens propre du droit advient dans

la confrontation avec la catégorie juridique. Il advient quand le réel est interprété juridiquement.

Le problème peut encore être posé autrement. S'il est vrai que les faits n'accèdent à leur signification juridique que dans leur confrontation avec les catégories du droit, il importe de souligner que ces catégories déterminent en même temps les actes des humains vivant dans une certaine société. Dès lors, les faits qui semblaient toujours être premiers dans le processus que nous avons décrit apparaissent comme déjà façonnés par le droit, du simple fait de leur existence. Il n'est alors pas nécessaire de les isoler dans le cadre d'une action judiciaire pour leur conférer un sens proprement juridique. *Par leur existence même*, les actions humaines sont déjà modelées par le droit. En effet, le droit en tant que forme symbolique a permis la formation d'un monde commun, d'un monde de sens partagé où les actions de chacun sont globalement prévisibles, car les contraintes du droit ont été préalablement intégrées. Ainsi, les faits soumis au droit ne sont advenus que parce qu'ils étaient déjà pris dans un système de sens juridique. On connaît la célèbre analogie avec les règles d'un jeu : les règles du baseball ne contraignent pas seulement les joueurs à adopter tels comportements au cours d'un match, elles rendent aussi – plus fondamentalement – le jeu possible[425]. Si Cattelan a pu commander des sculptures à Daniel Druet, avant que toute contestation ne survienne, n'était-ce pas parce qu'il existe un environnement juridique qui permet de conclure des contrats, de s'engager de manière contraignante, de prévoir des paiements… ?[426] Toute interaction avec des

[425] Voy. M.W. McCONNELL, « Textualism and Democratic Legitimacy: Textualism and the Dead Hand of the Past », 1998, vol. 66, pp. 1127 et s.
Les règles d'un jeu forment un système de connaissances préexistantes qui permet de s'accorder sur la définition même du jeu auquel on joue, « permettant de distinguer le bridge du whist ou le football du rugby ». Sans entrer ici dans l'arsenal conceptuel développé par Lucien François dans son *Cap des tempêtes*, on note que, pour l'auteur liégeois, les règles d'un jeu ne sont pas, en tant que telles, des dispositifs dont le non-respect entraîne une sanction : « elles font partie, en tant que connaissances préexistantes, du système de notification dont chaque joueur dispose (même s'il triche) dans ses rapports avec chacun des autres » (L. FRANÇOIS, *Le Cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, pp. 85-86).

[426] Hart mobilise également la figure du jeu pour distinguer les règles qui exigent des gens qu'ils se comportent de certaines façons (typiques du droit pénal), des règles qui indiquent ce que les gens doivent accomplir pour donner effet à leurs propre volonté (règles relatives à la validité des contrats, par exemple) : « un contraste identique à celui qui existe entre ces deux types de règles doit également être relevé entre les règles de jeu qui interdisent certains types de comportement à peine de sanction (jeu déloyal ou injure adressée à l'arbitre) et celles qui déterminent ce qu'on doit faire pour marquer un point ou pour gagner » (H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 27).

objets ou toute interaction entre personnes est, en dernière instance, toujours susceptible d'être appréhendée sur un mode juridique[427].

§ 4. Un système téléologique et politique

126. La vocation englobante de la philosophie des formes symboliques. Lorsqu'on étudie une forme symbolique, c'est-à-dire une forme qui met en ordre la diversité des signes et leur confère une certaine signification, il importe de prendre en compte son principe d'organisation propre, mais également les interactions qu'elle peut entretenir avec d'autres formes symboliques. Puisqu'il n'est pas de connaissance possible au-delà de ce que nous percevons à travers une forme symbolique, la question philosophique ne peut plus être la recherche de l'être pur et abstrait ou de la chose en soi – à ce propos, nous ne pourrons que spéculer[428] – mais la véritable question est déplacée vers *ce qui nous permet de connaître*, c'est-à-dire vers le contenu de chaque forme symbolique et vers les liens que ces dernières entretiennent entre elles. Le vrai problème philosophique peut désormais être formulé de la sorte : comment les différentes formes symboliques se conditionnent-elles et se complètent-elles mutuellement ? « Sans doute coopèrent-[elles] en tant qu'organes dans l'élaboration de la réalité de l'esprit – chacun de ces organes a néanmoins sa fonction et ses performances propres. Et la tâche ainsi posée ne

---

[427] « The proverbial classroom chair that we grasp philosophically now can be the object of legal inquiry, just as everything else in the world. Is it legal to have that chair in front of the emergency exit, who is the legal beneficiary of it, who has the intellectual property in respect of its design; are all questions we may ask and that immediately present themselves to us whenever we adopt a legal perspective. Our actions therefore are always accompanied by legal significance or meaning, whether we relate to other humans or scarce objects » (D. COSKUN, *Law as Symbolic Form. Ernst Cassirer and the Anthropocentric View of Law*, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 261-262).
Traduction libre : « La chaise de la salle de classe que nous appréhendons philosophiquement peut faire l'objet d'une approche juridique, comme tout ce qui existe. Est-il légal d'avoir placé cette chaise devant la sortie de secours ? qui en a la jouissance légale ? qui détient des droits de propriété intellectuelle relatifs à cette chaise ? Autant de questions que nous pouvons poser et qui se présentent immédiatement à nous dès que nous adoptons une perspective juridique. Nos actions sont donc toujours accompagnées d'une signification ou d'un sens juridique, que nous soyons en relation avec d'autres humains ou avec des objets ».

[428] Cassirer rejoint Kant sur ce point : « Il faut prendre au sérieux le renversement que Kant désigne du terme de "révolution copernicienne". Au lieu de mesurer le contenu, le sens, la vérité des formes de l'esprit à autre chose qui se reflète indirectement en elles, nous devons découvrir dans ces formes elles-mêmes l'échelle et le critère de leur vérité, de leur signification interne » (E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, *op. cit.*, p. 16).

consiste pas seulement à décrire ces performances dans leur simple juxtaposition, mais à les comprendre dans leur interpénétration et à les concevoir dans leur relative dépendance comme dans leur relative autonomie »[429].

Ainsi qu'on l'a déjà souligné, on remarque une forme de téléologie dans le système des formes symboliques. Si le langage, l'art, la science et la religion coexistent certainement en tant que mode de compréhension du réel, ils trouvent tous, d'après Cassirer, leur origine dans le mythe où tout est encore largement indistinct. En catégorisant le monde (par une grammaire, un système de classification scientifique des genres et des espèces, un langage plastique, une distinction entre choses sacrées et choses profanes…), la pensée gagne en objectivité et le sujet se constitue[430]. Plus le monde s'objective, plus le sujet se connaît – en d'autres termes, plus la culture se développe –, plus le mythe semble lointain. Il importe de souligner d'emblée que Cassirer ne cloisonne pas son analyse aux seules formes symboliques qu'il a étudiées en profondeur. Pour lui, il en existe certainement d'autres qui demandent une analyse plus approfondie et qui, tout comme la connaissance, le langage et l'art, s'extraient peu à peu de la pensée mythique.

127. Une précision quant à la téléologie. Téléologie ne veut pas ici dire succession ou dépassement d'une forme symbolique par une autre, à la manière du cheminement hégélien. Les formes symboliques, bien qu'elles aient une origine mythique, coexistent. On peut appréhender un objet selon différents prismes *en même temps*. Il n'y a pas de classe d'objets appréhendables selon une forme symbolique déterminée à l'exclusion d'une autre : toute forme symbolique peut potentiellement s'appliquer à n'importe quel objet et Cassirer note d'ailleurs que « le caractère particulier d'un objet ne modifie rien à la chose. Une philosophie du langage, de l'art ou de la science qui commence par énumérer tous les objets susceptibles de discours, de représentations artistiques ou d'enquêtes scientifiques laisse dans ces conditions songeur, car qui pourra jamais en trouver la limite ? »[431].

[429] *Ibid.*, p. 17.
[430] Voy. *supra*, n° 121 et s.
[431] E. CASSIRER, *Le Mythe de l'État*, *op. cit.*, pp. 56-57.

Ainsi, un tableau ou une image sera compris très différemment selon qu'il se trouve éclairé par l'art, le mythe, la science ou encore le droit.

128. Quelques précisions quant au mythe. À propos du mythe, il est important de comprendre qu'il ne s'agit pas uniquement d'une représentation archaïque, désormais absolument dépassée, mais d'une vision du monde qui peut, à tout moment, ressurgir et qui pose des questions d'ordre politique importantes. La pensée mythique est tout entière façonnée par un profond désir d'identification. Contrairement à la science qui connaît des rapports de causalité, le mythe fonctionne selon des rapports de *sympathie* :

> « Tous les rites ont pour objet de satisfaire un tel désir [d'identification]. Ceux-ci fondent les individus dans une même forme – un Tout indistinct. Quand, dans une tribu sauvage, les hommes prennent part à la guerre ou à une quelconque aventure périlleuse et quand les femmes qui restent à la maison prétendent les aider en pratiquant des danses rituelles, notre jugement fondé sur des critères empiriques et des "lois causales" trouve cela absurde et incompréhensible. Une telle chose devient toutefois parfaitement évidente dès que l'on déchiffre et que l'on interprète ces actes socialement et non naturellement. Dans leurs danses, les femmes s'identifient avec leurs maris. Elles partagent leurs espoirs et leurs craintes, les risques et les dangers qu'ils courent. Ce lien – qui est de "sympathie" et non de "causalité" – n'est pas affaibli par la distance qui les sépare ; il en est au contraire renforcé. Les deux sexes forment un organisme indivisible ; ce qui arrive à l'un affecte nécessairement l'autre. Une grande partie de ces contraintes positives ou négatives, comme des prescriptions et des tabous n'est que l'application de ce principe général »[432].

Qu'est-ce qui fait du mythe une forme symbolique ? Quel processus d'objectivation opère-t-il ? On se rappelle que la fonction des formes symboliques est de faire accéder toute perception au statut d'objet signifiant. Le fait de nommer est un acte nécessaire pour faire exister l'objet, pour accéder à une signification empirique objective. Or, note Cassirer, « le mythe n'est pas seulement éloigné de ce type de réalité, il est en totale contradiction avec elle »[433]. Le symbolisme mythique – car il

[432] *Ibid.*, pp. 61-62.
[433] *Ibid.*, p. 70.

s'agit tout de même d'un symbolisme – ne conduit pas à l'objectivation de perceptions sensibles – comme le fait le symbolisme à l'œuvre dans le langage –, mais à l'objectivation des *émotions*[434]. Dès lors que les hommes arrêtent le cours de leur vie psychique pour se demander ce que les actes fondés sur leurs émotions peuvent *signifier*, le mythe est à l'œuvre en tant que forme symbolique. Il importe toutefois de souligner la dimension nécessairement collective du mythe. En effet, toute symbolisation d'une émotion ne s'inscrit pas dans la forme du mythe. Le langage – et, tout particulièrement, la poésie – et l'art sont aussi des vecteurs d'objectivation des émotions. Dans ces cas, toutefois, art et langage sont l'occasion de la traduction sensible d'une émotion individuelle, d'une *confession intime*. Il en va tout autrement dans le cas du mythe : « le mythe est l'objectivation de l'expérience sociale de l'humanité et non celle de son expérience individuelle »[435]. Ce n'est qu'*a posteriori* que l'on peut étudier le mythe comme forme symbolique et identifier les images mythiques comme – précisément – des images. Les images et, plus largement, les symboles mythiques sont bien vécus comme des réalités. Pour Cassirer, les « mythes » à visée pédagogique ou philosophique (tels les grands mythes de Platon qui sont en fait l'occasion de faire avancer la réflexion philosophique) ne sont pas, à proprement parler, des mythes : ils ne sont pas vécus comme des réalités. L'absence totale de distance entre le symbole et le réel dans le mythe peut s'avérer destructrice, car absolument aveuglante pour la raison humaine.

Pour comprendre la résurgence du mythe au XX^{e} siècle, dans les figures du fascisme et du nazisme, il est important de comprendre que le mythe est en lien direct avec les passions et les peurs les plus violentes des hommes : « Si le mythe est apparenté aux émotions les plus violentes ainsi qu'aux visions les plus terrifiantes, il est aussi ce avec quoi l'humanité se met à apprendre un art étrange et nouveau : l'art d'exprimer et d'organiser ses instincts les plus profondément enracinés ainsi que ses espoirs et ses craintes »[436]. Alors que l'art ou la philosophie permettront à leur manière de

[434] *Ibid*.
[435] *Ibid.*, p. 72.
[436] *Ibid.*, p. 73.

canaliser ces craintes, par la raison ou par une forme de sublimation, le mythe n'y est pas parvenu. Et c'est face à l'angoisse de la mort qu'il déploie sa pleine particularité : il donne de la mort une image réconfortante en réfutant toute frontière entre la vie et la mort. La mort n'est pas la fin de la vie, c'est un simple changement de forme, un simple passage à une autre forme de vie. L'homme du mythe, en dernière instance, est celui qui ne conçoit pas la finitude, là où le philosophe est – selon Platon – « celui qui a appris l'art le plus difficile qui soit : celui d'apprendre à mourir »[437]. Il y a, au cœur du mythe, un profond désir d'immortalité.

129. La résurgence contemporaine du mythe : téléologie idéale et non logique des formes symboliques. Comment le mythe refait-il surface dans les doctrines politiques au moment où Cassirer écrit son dernier ouvrage, *Le Mythe de l'État*, édité en avril 1945, soit peu de temps avant sa mort ? Cet ouvrage constitue une remarquable synthèse des travaux du philosophe, mais également – comme la plupart des travaux du philosophe des formes symboliques – une remarquable synthèse d'histoire de la philosophie. Il prouve, en dernière instance, que le travail sur les formes symboliques constitue un réel outil de compréhension du réel, mais aussi – et peut-être surtout – d'action sur celui-ci. Contre Hegel, pour qui la philosophie ne peut que décrire passivement l'histoire après coup[438], Cassirer prend personnellement position :

> « Je pense, pour ma part, que cela est en contradiction avec le caractère ainsi que l'histoire de la philosophie. Le seul exemple de Platon suffit à réfuter une telle vue. Les grands penseurs du passé n'ont pas été que "leur époque appréhendée par la pensée". Ils ont bien souvent pensé au-delà de leur époque

[437] *Ibid.*, p. 74.

[438] Cassirer résume la position hégélienne en ces termes : « Nos philosophes modernes semblent avoir renoncé depuis longtemps à l'espoir de pouvoir influencer le cours des événements politiques et sociaux. Hegel avait la plus haute opinion de la valeur ainsi que de la dignité de la philosophie. C'est lui pourtant qui déclara que la philosophie arrive toujours trop tard pour réformer le monde. Il était, selon lui, tout aussi vain de penser qu'un philosophe puisse transcender son époque que d'imaginer qu'un individu quelconque puisse lui échapper. "Lorsque la philosophie peint gris sur gris, une manifestation de la vie s'achève. On ne peut pas la rajeunir avec du gris sur du gris, mais seulement la connaître. Ce n'est qu'avec le crépuscule que la chouette de Minerve prend son vol." [G.W. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. fr. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1989, p. 45] Si la parole de Hegel est vraie, force est de conclure que la philosophie est condamnée à un quiétisme absolu et à une attitude entièrement passive face à la vie de l'histoire de l'humanité. Il ne lui reste plus qu'à accepter et à expliquer la situation historique donnée et à s'incliner devant elle. La philosophie n'est plus alors dans ces conditions qu'une sorte de futilité spéculative » (*ibid.*, p. 399).

> et parfois même contre elle. Sans ce courage intellectuel et moral, la philosophie n'aurait jamais pu accomplir son œuvre dans la vie culturelle et sociale de l'humanité »[439].

Il y a une véritable urgence à entendre les mythes politiques contemporains et à les prendre au sérieux car, tout mythiques qu'ils sont, ils peuvent s'avérer destructeurs. Pour Cassirer, la philosophie peut – et doit – donc faire beaucoup plus qu'expliquer le monde. Elle doit certes le comprendre, mais ce n'est pas suffisant. La philosophie peut aider à combattre ces mythes politiques qui sont, au moment où Cassirer écrit, clairement du côté du fascisme et du nazisme. Elle ne pourra certes pas les éliminer, car les mythes peuvent toujours ressurgir, mais elle pourra contribuer à les canaliser. Cassirer termine *Le Mythe de l'État* sur des termes qui ne laissent planer aucun doute quant au caractère éminemment politique – et humaniste – de la philosophie telle qu'il la conçoit et la pratique :

> « Détruire les mythes politiques dépasse le seul pouvoir de la philosophie. Un mythe est d'une certaine façon invulnérable. Il est impénétrable aux arguments rationnels et ne peut être réfuté par des syllogismes. Toutefois, la philosophie est capable de rendre de grands services. Elle peut en effet aider à faire comprendre qui est l'adversaire que l'on combat. Il s'agit là d'un principe élémentaire de stratégie. Le connaître ne signifie pas uniquement connaître ses défauts et ses faiblesses ; cela signifie aussi connaître ses forces. En ce qui nous concerne, nous avons tous eu tendance à sous-estimer celles-ci. Quand nous avons pour la première fois entendu parler des mythes politiques, nous les avons trouvés si incongrus, si ridicules, si délirants et si absurdes, que nous avons eu du mal à les prendre au sérieux. Nous savons désormais qu'il s'est agi là d'une grave erreur. Il ne faut pas que nous la commettions une seconde fois. Et pour cela, il faut que l'on se mette à étudier soigneusement l'origine, la structure et la technique des mythes politiques. Il faut que nous apprenions à regarder l'adversaire en face afin de savoir comment le combattre »[440].

La résurgence du mythe à l'œuvre dans le nazisme et le fascisme aura pour conséquence de défaire le travail d'auto-subjectivation opéré par les formes symboliques en replongeant la culture dans son origine mythique. Le retour du mythe

[439] *Ibid*.
[440] *Ibid.*, pp. 399-400.

permet donc d'affirmer que la téléologie à l'œuvre dans les formes symboliques est avant tout un idéal pour Cassirer, et non une nécessité logique.

130. La résurgence contemporaine du mythe (suite) : éléments préparatoires – Thomas Carlyle et le culte du héros. Si l'on veut penser le droit comme forme symbolique de manière incarnée – c'est-à-dire pas seulement de façon théorique mais, au contraire, directement aux prises avec le réel –, il importe au préalable de montrer que la philosophie des formes symboliques n'est pas, en général, une construction étanche à la vie humaine. La philosophie des formes symboliques se déploie dans le monde réel et la rationalité propre à une forme symbolique peut, en dernière instance, agir concrètement sur le monde. Avant d'en venir au droit proprement dit, voyons comment le mythe a concrètement permis l'émergence du fascisme et du nazisme. Ces éléments nous permettront en outre de mettre en lumière la dynamique humaniste et l'idéal de liberté que porte la philosophie cassirérienne.

Au rang des éléments qui ont préparé le retour du mythe au XX^e^ siècle, il convient de citer les travaux de Thomas Carlyle (1795-1881) sur le culte du héros. Si ces idées ne visaient certainement pas à préparer le terrain du nazisme, elles « contenaient un explosif dangereux »[441]. Il est d'ailleurs probable que Carlyle lui-même, conservateur et non révolutionnaire, n'avait aucune conscience des conséquences que pouvait avoir ce qu'il proférait. Il commence à donner des conférences le 22 mai 1840 devant la bonne société londonienne et « personne ne put deviner durant l'ère victorienne le rôle que la théorie de Carlyle jouerait au XX^e^ siècle »[442]. Sans entrer dans le détail de sa doctrine, on note que Carlyle voyait dans la figure du héros un facteur de stabilité politique : « pour lui, le culte du héros était avant tout l'élément à la fois le plus ancien et le plus solide de la vie sociale et culturelle de l'humanité »[443]. Selon Carlyle, il n'y a d'histoire que parce qu'il y a de « grands hommes ». Il ira jusqu'à comparer le héros au Christ et à établir un lien direct entre héros et choix divin :

[441] *Ibid.*, p. 257.
[442] *Ibid.*, p. 258.
[443] *Ibid.*

> « “Le culte du héros, dira Carlyle, prosterné sous l’empire d’une admiration émanant du fond du cœur, plein de soumission, brûlant sans bornes pour la plus noble forme d’humanité mettant l’homme au rang d’un dieu – n’est-il pas le germe du christianisme lui-même ?” Cette idée a été d’une certaine façon l’alpha et l’oméga, commencement et la fin, de toute sa philosophie de la vie et de l’histoire. Dès ses premières œuvres en effet, il tenait déjà de tels propos. “Les théologiens ont eu raison d’écrire, dira-t-il dans *Sartor Resartus*, que c’est par la grâce de Dieu que le roi gouverne. Ou bien il porte en lui une autorité divine, ou l’homme ne lui en donnera jamais une [...]. Celui qui doit être mon souverain et dont la volonté doit être supérieure à la mienne a été choisi par moi dans le Ciel. La liberté ne devient jamais aussi réelle que dans l’obéissance au choix du Ciel”»[444].

Ainsi, dans la figure du héros, c’est celle des saints qui est convoquée, voire celle de Dieu lui-même, seul facteur possible de stabilité selon Carlyle. L’auteur ne donne toutefois pas de critères pour reconnaître les héros et refuse tout traitement systématique. Dans une société du héros, le peuple est entièrement soumis au héros, seul capable d’apporter la stabilité. La déification des dirigeants politiques implique, pour Carlyle, une identification de la force et du droit. Force qui est avant tout morale, ce qui empêche, selon Cassirer, d’accuser Carlyle d’avoir été l’avocat des idéaux nationaux-socialistes.

131. La résurgence contemporaine du mythe (suite) : éléments préparatoires – Arthur de Gobineau et le culte de la race. Il n’empêche que, pour l’historien de la culture qu’est Cassirer, ce ne sont pas les grands hommes qui font l’histoire. Celle-ci se construit à travers les productions culturelles. Ainsi, l’avènement du nazisme n’est-il pas réductible à la figure d’un « héros ». Elle doit être pensée dans son contexte théorique. À cet égard, Cassirer identifie un deuxième élément qui, combiné au culte du héros, a donné lieu aux mythes politiques

[444] *Ibid.*, p. 261. Cassirer cite T. CARLYLE, *Le Culte du héros*, trad. fr. J. Izoulet, Paris, Armand Collin, 1898, p. 19 et T. CARLYLE, *Sartor Resartus*, trad. fr. E. Barthélemy, Paris, Mercure de France, 1904, p. 265.

contemporains. Il s'agit du culte de la race, tel que théorisé[445], en particulier, par Arthur de Gobineau (1816-1882) :

> « Le culte du héros et le culte de la race ont entretenu une telle alliance dans les combats politiques des décennies passées, qu'ils se confondent presque par leurs tendances comme par les intérêts qu'ils poursuivent. Tous les mythes contemporains ont tiré leur forme et leur force de cette alliance »[446].

On ne s'attardera pas ici sur le contenu des thèses de Gobineau (on peut les réduire à un axiome très simple qui oriente toute la démonstration : la supériorité absolue de la race blanche et son intervention nécessaire pour qu'il y ait culture et histoire). Ce qui nous importe est de comprendre en quoi, avec la théorie du héros, elles ont conduit à une résurgence du mythe. Ce que nous voulons démontrer ici est qu'il existe bien une forme de téléologie dans le système des formes symboliques, mais que celle-ci est un idéal avant tout politique.

132. La résurgence contemporaine du mythe (fin) : éléments d'activation. La conjonction des thèses sur le culte du héros et sur celui de la race n'a toutefois pas suffi, à elle seule, à faire ressurgir la pensée mythique au XX^e^ siècle. Les discussions seraient restées purement théoriques si un terreau réel n'avait permis leur activation dans le monde réel :

> « Les conditions qui ont favorisé ce développement et contribué à sa victoire finale sont apparues durant la période faisant suite à la Première Guerre mondiale. À cette époque, toutes les nations engagées dans le conflit étaient aux prises avec les mêmes difficultés. Toutes commençaient à réaliser que la

[445] Le verbe « théoriser » est toutefois trop généreux à l'égard des écrits de Gobineau. Cassirer dénonce en effet l'absence de tout fondement empirique ou rationnel des thèses de l'auteur : « Si on a un jour besoin dans un manuel de logique d'un exemple de falsification, on ne pourra pas mieux faire que de recourir à l'œuvre de Gobineau. Les faits ont toujours été chez lui en accord avec les principes, pour la bonne raison qu'il se forgeait des faits historiques sur mesure afin de prouver la vérité de ses théories, dès lors que ceux-ci venaient à manquer. Il n'a peut-être pas songé à tromper son lecteur, mais il n'en reste pas moins qu'il s'est constamment trompé lui-même. Il a été à la fois sincère et naïf, sans jamais être conscient du cercle vicieux dans lequel se déployait toute sa théorie. Tout en prétendant s'exprimer comme un professeur et un philosophe, il n'a jamais soutenu avoir trouvé ses principes d'après une méthode rationnelle » (*Ibid.*, p. 301).

[446] *Ibid.*, p. 304.

> guerre n'apportait aucune solution réelle en aucun domaine, même chez les nations victorieuses »[447].

Le problème était particulièrement aigu en Allemagne, où l'inflation et le chômage menaçaient l'ensemble du système économique. « C'est sur ces germes que les mythes politiques ont pu croître et c'est là qu'ils ont pu trouver leur aliment »[448]. Tous les moyens rationnels avaient, semble-t-il, été épuisés. La situation était désespérée. Or, « quand la raison nous manque, il reste toujours l'*ultima ratio*, le pouvoir du miraculeux et du mystérieux »[449].

On se rappelle que ce qui caractérise le mythe est un désir profond de totalité, d'unité, d'identification. Dans le mythe, le processus de formation de l'individu qui est à l'œuvre dans la culture à travers les formes symboliques n'est pas encore réalisé. Le mythe peut ressurgir et anéantir le travail de constitution du sujet opéré par les autres formes symboliques :

> « À chaque moment critique de la vie sociale, les forces rationnelles capables de résister à la montée des conceptions mythiques archaïques sont fragiles. On assiste alors, durant ces moments, à un retour du mythe. Car, celui-ci n'est jamais réellement vaincu ni surmonté. Il demeure toujours présent, tapi dans l'ombre, en attendant son heure ainsi qu'une occasion favorable. Cette heure arrive lorsque les forces qui servent de garde-fou à la vie sociale perdent leur vigueur pour une raison ou pour une autre et qu'elles ne sont plus capables de combattre le pouvoir des démons mythiques »[450].

133. La dimension proprement politique de la *Philosophie des formes symboliques*. Si l'on perçoit très nettement la dimension politique de l'ouvrage posthume de Cassirer, *Le Mythe de l'État*, il est essentiel de prendre conscience qu'il ne s'agit pas d'un « moment » politique relativement autonome dans l'œuvre du philosophe. Le mythe tel qu'il est présenté dans cet ouvrage doit bien être compris comme une forme symbolique à l'œuvre de manière plus globale et qui, pour peu que

[447] *Ibid.*, p. 375.
[448] *Ibid.*
[449] *Ibid.*, p. 377.
[450] *Ibid.*, p. 378.

certaines conditions soient rencontrées, peut à tout moment refaire surface. Le cas des fascismes prouve que, si toutes les formes symboliques trouvent leur origine dans le mythe et s'en extraient pour constituer un sujet libre – mais jamais à l'abri d'un retour au mythe –, il y a d'emblée un lien indissociable entre épistémologie et politique. La manière dont on peut connaître le monde conditionne la manière dont on peut agir. S'il reste toujours bien un philosophe de la culture, Cassirer montre à quel point la diversité des points de vue est politiquement vitale. En dernière instance, sa philosophie des formes symboliques conduit à refuser toute simplification, toute réduction à une vérité unique. Ce qui se joue dans la philosophie des formes symboliques est la constitution d'un sujet critique et donc libre. Les différentes formes symboliques, qui sont autant de formes d'objectivation du monde, doivent « *instaurer la distance critique* permettant à l'individu de se dégager de la "masse" où voudrait le voir fusionner le dirigeant fasciste pour l'aliéner et agir sur lui comme sur une marionnette »[451].

134. La dimension proprement politique de la *Philosophie des formes symboliques* (suite) : la question de la liberté. Ainsi, l'équilibre entre les formes symboliques, leur non-contagion par le mythe, est indispensable au sujet *libre*. Mais qu'est-ce que la liberté ? Il ne peut évidemment pas être question de traiter un tel sujet de manière exhaustive – entreprise sans doute impossible –, ainsi nous limiterons-nous aux développements de Cassirer. Le terme « liberté » est couramment brandi dès qu'il est question de politique, il est dès lors nécessaire de s'attarder sur cette notion qui est, en dernière instance, relativement simple aux yeux de Cassirer. L'analyse de la notion est, du reste, centrale si l'on veut bien comprendre la manière dont les mythes politiques modernes annihilent tout le reste :

> « Il est nécessaire pour comprendre un tel processus de revenir sur l'analyse du terme de "liberté", qui est l'un des termes les plus obscurs et les plus ambigus qui soient, non seulement dans le langage philosophique, mais aussi dans le langage politique. Dès que l'on se met en effet à spéculer sur le terme de liberté

[451] M. VAN VLIET, *La forme selon Ernst Cassirer. De la morphologie au structuralisme*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013, pp. 288-289.

> de la volonté, on se trouve entraîné dans un labyrinthe inextricable de questions métaphysiques ainsi que d'antinomies. S'agissant de la liberté politique, nul n'ignore qu'il s'agit là de l'un des slogans dont on use le plus. Tous les partis politiques ont toujours prétendu être les véritables représentants ainsi que les authentiques gardiens de la liberté, tout en définissant ce terme dans un sens qui leur était propre et en l'utilisant conformément à leurs intérêts particuliers. Or, la liberté éthique est fondamentalement quelque chose de simple »[452].

La liberté cassirérienne est intimement liée à la liberté kantienne et au projet des formes symboliques. Si l'objectivation du monde opérée par le travail de symbolisation permet à un sujet d'émerger, il importe de préciser que, si ce travail du symbolique fonctionne bien – pour le dire autrement, si le mythe ne prend pas le pas sur toutes les autres formes symboliques –, le sujet qui émerge est nécessairement un sujet libre. Ce sujet n'est néanmoins pas sans prises sur cette liberté : la liberté n'est pas une donnée, elle est un *impératif éthique* que le sujet a le *devoir* de cultiver. Avec Kant, Cassirer note que la liberté éthique « n'est pas *gegeben,* mais *aufgegeben* : loin d'être un don (*Gabe*) dont la nature humaine serait dotée, elle est bien plutôt une tâche (*Aufgabe*) et même la tâche la plus ardue que l'homme puisse se donner »[453]. Pour conquérir sa liberté, l'homme doit lutter contre lui-même, car « il est en effet manifestement plus facile de dépendre des autres que de penser, de juger et de décider par soi-même »[454]. L'homme libre est un homme autonome. Du point de vue de la philosophie des formes symboliques, l'homme libre est celui qui a établi entre lui et le monde une distance objective, lui permettant d'exister comme sujet autonome et responsable. Il est libre si « ses motivations dépendent de son jugement et de sa conviction sur ce que doit être le devoir moral »[455]. Assumer sa liberté implique d'assumer une responsabilité importante. C'est bien de cela qu'il s'agit lorsque Cassirer écrit – et il l'écrit alors qu'il est un Juif allemand exilé aux États-Unis – qu'il faut lutter contre les mythes politiques contemporains, notamment en les décrivant pour les comprendre. Il en va de sa propre responsabilité de philosophe qui, pour rester libre, fut contraint à l'exil.

---

[452] E. CASSIRER, *Le Mythe de l'État*, *op. cit.*, pp. 387-388.
[453] *Ibid.*, p. 388.
[454] *Ibid.*
[455] *Ibid.*

135. La dimension proprement politique de la *Philosophie des formes symboliques* (fin) : l'*Aufklärung*. La *Philosophie des formes symboliques* a pour tâche ultime – et même pour « seule tâche » – d'unir les hommes[456]. Or, le processus à l'œuvre dans la *Philosophie des formes symboliques* doit permettre aux individus d'exercer leur raison afin de demeurer ou de devenir (les deux solutions demandent un même travail actif) libres, c'est-à-dire autonomes, capables de se servir de leur propre entendement, ainsi que le réclame l'impératif kantien. Ainsi, l'union des hommes professée par Cassirer passe par un travail de la raison au niveau individuel, qui doit déboucher sur une concorde collective. Cassirer s'est beaucoup intéressé à ce travail de la raison à l'œuvre dans l'histoire et, en tant qu'historien de la culture, il a décrit minutieusement la période la plus féconde de ce point de vue : l'*Aufklärung* – ou les Lumières – qui, précisément, a conduit à Kant.

Nous avons vu que Pierre Quillet qualifiait Cassirer d'*Aufklärer*. La lecture faite par le philosophe des formes symboliques de ce moment historique entre en effet en résonance avec sa propre pratique. Dans un ouvrage consacré à la philosophie des Lumières[457], Cassirer se penche sur le sens particulier que prend la *raison* au XVIII^e^ siècle. Ce siècle rompt avec les conceptions du XVII^e^ siècle où la raison est toujours la raison de Dieu ou, du moins, où la raison est en lien avec une sphère inaccessible aux hommes. Agir selon la raison, c'est alors pénétrer l'entendement divin sans toutefois jamais pouvoir le comprendre :

> « Pour les grands métaphysiciens du XVII^e^ siècle, pour Descartes et Malebranche, pour Spinoza et Leibniz, la raison est la région des "vérités éternelles", ces vérités qui sont communes à l'esprit humain et à l'esprit divin. Ce que nous connaissons et apercevons à la lumière de la raison, c'est "en Dieu" donc que nous le voyons immédiatement : chaque acte de la raison nous assure de notre participation à l'essence divine, nous ouvre le royaume de l'intelligible, du suprasensible absolu »[458].

[456] Cfr. E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, *op. cit.*, p. 418.
[457] E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, *op. cit.*
[458] *Ibid.*, pp. 47-48.

Il en va tout autrement au XVIII[e] siècle, où l'homme prend pleinement la maîtrise de la raison. La raison n'est plus une somme d'idées innées en lien avec Dieu ou avec l'essence absolue des choses. Elle n'est plus antérieure à l'expérience, donnée de toute éternité et inconnaissable. Au siècle des Lumières,

> « La raison se définit beaucoup moins comme une *possession* que comme une forme d'*acquisition*. Elle n'est pas l'*aerarium*, le trésor public de l'esprit où la vérité est entreposée comme monnaie sonnante et trébuchante, mais le pouvoir original et primitif qui nous conduit à découvrir la vérité, à l'établir et à s'en assurer. Cette opération de s'assurer de la vérité est le germe et la condition indispensable de toute certitude véritable »[459].

Ainsi, faire usage de la raison, c'est s'interroger sur ce qu'on peut connaître. Il ne s'agit plus d'accéder à une vérité éternelle et inaccessible mais de s'interroger sur la manière dont on peut connaître la vérité, à la manière de Kant.

La raison n'est plus un *contenu* mais un *processus* ou encore une *énergie*, « une force qui ne peut être pleinement perçue que dans son *action* et ses *effets* »[460]. Pour Cassirer, la raison est désormais une fonction :

> « Et sa fonction essentielle est le pouvoir de lier et de délier. Elle délie l'esprit de tous les simples faits, les simples données, de toute croyance fondée sur le témoignage de la révélation, de la tradition, de l'autorité ; elle ne connaît pas de repos tant qu'elle n'a pas mis en pièces jusque dans ses derniers éléments et ses derniers mobiles la croyance et la "vérité-toute-faite". Mais après ce travail dissolvant s'impose de nouveau une tâche constructive. La raison ne peut évidemment demeurer parmi ces *disjecta membra*, il lui faut en faire un nouvel édifice, une véritable totalité. Mais en *créant* elle-même cette totalité, en amenant les parties à constituer le tout selon la règle qu'elle a elle-même édictée, la raison s'assure une connaissance parfaite de la structure de l'édifice ainsi engendré. Elle comprend cette structure parce qu'elle peut en reproduire la construction dans sa totalité et dans l'enchaînement de ses moments successifs. C'est par ce double *mouvement* intellectuel que l'idée de raison se caractérise pleinement : non comme l'idée d'un être, mais comme celle d'un *faire* »[461].

[459] *Ibid.*, p. 48.
[460] *Ibid.*
[461] *Ibid.*

Il est évident que la raison humaine n'agit pas sans contraintes, sans cadre. L'homme ne naît pas dans un état de pleine autonomie. Il se heurte à une réalité qui lui préexiste. Nous verrons que la vision du droit développée par Cassirer doit beaucoup à ce constat, car c'est à nouveau la raison qui doit pousser l'homme à définir jusqu'où il est prêt à composer avec cette réalité : « la société est assignée au tribunal de la raison, interrogée sur la légitimité de ses titres, sur les fondements de sa vérité et de sa validité »[462].

Prise en ce sens dynamique, la raison telle que la conçoit l'*Aufklärung* n'est pas l'apanage d'un moment historique isolé. Il s'agit plutôt d'une dynamique que l'on pourra retrouver à divers moments. Si l'on met en rapport ce travail de la raison avec la *Philosophie des formes symboliques*, on perçoit vite un lien étroit. Le travail des formes symboliques, comme celui de la raison, tend à libérer les hommes de l'emprise des vérités non questionnables. Il s'agit de faire des hommes des sujets autonomes et libres. Mais il y a plus. Ce processus dynamique de la raison n'est pas téléologiquement déterminé. Il n'y a pas de grand progrès de la raison auquel serait soumis le devenir historique. Nous l'avons déjà vu avec le retour du mythe. Ce processus de la raison n'a lieu qu'à travers les individus qui font usage de leur entendement propre, ce qui nous ramène à la responsabilité qui accompagne toute liberté. Dans son introduction à la *Logique des sciences de la culture*, Joël Gaubert relève également l'analogie entre le moment des Lumières et la démarche cassirérienne. Les formes symboliques visent à créer un *monde commun*, monde de sens dans lequel les hommes peuvent s'entendre et dialoguer. Or,

> « le monde commun dont il s'agit chez lui n'est pas une donnée historique particulière et contingente, une tradition close pour l'essentiel et qu'il s'agirait de perpétuer, mais constitue plutôt une tâche à effectuer en référence à des valeurs idéales, nécessaires et universelles, ce qui exige l'engagement éthique, et même politique des individus contre le mal qui ronge le monde tel qu'il va. C'est en fait toute l'œuvre, et la vie même, de Cassirer qui portent la marque d'un tel *universalisme critique*, qui se fonde sur la reprise de la conception

[462] *Ibid.*, p. 53.

kantienne de la subjectivité transcendantale et l'élargissement de la critique de la raison en critique de la culture »[463].

136. La question du droit dans l'optique cassirérienne. Les quelques analyses de Cassirer consacrées au droit vont dans la direction de cet idéal. Cassirer décrit le droit dans des moments présentés comme plus ou moins désirables de ce point de vue. Il manque toutefois un traitement systématique de la question chez Cassirer, traitement qui, comme il l'a fait pour les autres formes symboliques, doit le conduire à dégager les éléments structurants de la forme symbolique en tant que telle et non à décrire l'une ou l'autre de ses manifestations. Or, nous verrons que, s'agissant du droit, il convient peut-être d'être moins optimiste quant à sa capacité à libérer les individus. Ce qu'il importe de dégager, ce n'est pas tant telle ou telle manifestation historiquement située, mais ce qui persiste, ce qui dure, ce qui modèle toutes ces manifestations dans leurs diverses occurrences. Cela ne peut passer que par une étude de ces manifestations. Ces formes que l'on pourra dégager, ces invariants ou stéréotypes n'impliquent pas qu'aucun changement ne soit possible, puisque le phénomène juridique s'est manifesté sous de très nombreuses formes. Il s'agit simplement de saisir ce qui, dans la dynamique, oriente ces changements.

Section 2. Le droit comme forme symbolique

137. Présentation générale. Ayant précisé ce qu'est une forme symbolique en général et mis en exergue la visée foncièrement politique de la philosophie d'Ernst Cassirer, il reste à s'interroger sur l'hypothèse du droit comme forme symbolique. Si des éléments attestent à notre sens que Cassirer envisageait bien le droit comme forme symbolique, il convient d'en esquisser les contours à partir de certains textes se rapportant à la notion. Aussi, nous situerons dans un premier temps la question du droit dans l'œuvre de Cassirer (§ 1. La place du droit dans l'œuvre de Cassirer). Dans un second temps, nous nous attarderons sur les origines mythiques du droit

[463] J. GAUBERT, « Fondation critique ou fondation herméneutique des sciences de la culture ? », in *Logique des sciences de la culture. Cinq études*, Paris, Les éditions du Cerf, 1991, pp. 65-66.

(§ 2. Les origines mythiques du droit). En effet, si celui-ci est bien une forme symbolique, comme toute forme symbolique, il s'origine dans le mythe et a gagné en objectivité mais, en dernière instance, n'est pas à l'abri d'un retour du mythe. Nous nous pencherons ensuite plus directement sur ce qui caractérise en propre la forme symbolique du droit. Pour ce faire nous examinerons la correspondance parfois établie entre ordre du droit et ordre du monde en dehors des textes de Cassirer (§ 3. Ordre du droit et ordre du monde), avant d'en venir à l'étude de la triade *Dike*, *Logos*, *Cosmos* qui constitue, à notre sens, le cœur du propos de Cassirer sur la question juridique (§ 4. La forme symbolique du droit : *Dike*, *Logos* et *Cosmos*).

§ 1. La place du droit dans l'œuvre de Cassirer

138. Le droit est une forme symbolique. Cassirer aborde la question du droit à plusieurs reprises dans ses écrits, bien qu'il ne le développe pas comme forme symbolique à part entière. Des éléments permettent néanmoins d'affirmer qu'il ne se serait pas opposé à une telle analyse. Lorsque la question du droit est abordée, c'est essentiellement de manière ponctuelle. On observe toutefois une évolution dans la réflexion de Cassirer qui tend à envisager le phénomène de plus en plus globalement, apportant des bribes d'éléments qui pourraient caractériser le droit *envisagé comme une forme symbolique à part entière*. Dans des textes plus tardifs, on trouve de tels éléments permettant d'aborder le droit sous l'angle de la forme symbolique, c'est-à-dire des éléments qui n'envisagent pas le droit sous l'angle de telle manifestation particulière, mais sous l'angle des conditions mêmes de ces manifestations. Quelques mentions quasi anecdotiques, mais révélatrices d'une pensée ouverte à la question du droit peuvent encore être relevées dès les années 1920 dans la *Philosophie des formes symboliques* elle-même ou, du moins, dans des ouvrages qui la prolongent directement.

Ainsi, dans *Langage et mythe. À propos des noms de dieux* – ouvrage synthétique que nous avons déjà évoqué –, Cassirer admet clairement que le droit est une forme symbolique, au même titre que le langage, l'art, le mythe et la religion ou la science. Dans l'ouvrage publié pour la première fois en 1925 en allemand sous le titre de

Sprache und Mythos. Ein Beitrag zum Problem der Götternamen – alors que le projet de la *Philosophie des formes symboliques* est déjà bien lancé, mais pas encore achevé[464] –, Cassirer revient sur l'origine mythique de toutes les formes symboliques. Ces formes symboliques plongent en effet toutes leurs racines dans le mythe : « Dans leur ensemble, [les formes symboliques] n'apparaissent pas d'emblée comme des configurations séparées, existant par soi et identifiables, mais se détachent très progressivement d'une terre naturelle commune, le mythe »[465]. Dans ce contexte, il explique que l'arrachement au mythe est un moment nécessaire de l'auto-déploiement des formes symboliques. Cassirer cite alors le droit parmi d'autres formes symboliques, explicitement traitées dans sa *Philosophie des formes symboliques* ou non :

> « Tous les contenus de l'esprit, quand bien même nous devons leur attribuer un domaine propre d'un point de vue systématique et leur donner pour fondement un propre "principe" autonome, ne nous sont donnés, à titre de faits, que dans cette interpénétration [celle qui a lieu dans le mythe]. La conscience théorique, la conscience pratique et la conscience esthétique, le monde du langage et de la connaissance, de l'art, *du droit* [nous soulignons] et de la moralité, les formes fondamentales de la communauté et celles de l'État, – elles sont encore toutes originairement comme liées dans la conscience mythico-religieuse. Ces liens sont si forts que, là où les formes singulières cherchent à sortir du tout et à s'opposer les unes aux autres dans la prétention à un caractère spécifique, elles semblent au contraire se déraciner elles-mêmes et abandonner une partie de leur propre essence. Progressivement nous apprenons que cet abandon est un moment nécessaire de leur autodéploiement, que la négation renferme le germe d'une nouvelle position, que la séparation devient elle-même le fondement d'une nouvelle réunion, qui naît de présupposés d'une autre espèce »[466].

La *Philosophie des formes symboliques* n'est pas un moment isolé dans l'œuvre de Cassirer ; il ne s'agit pas d'un ensemble d'ouvrages circonstanciés et clos sur eux-mêmes. Au contraire, c'est l'exposition d'une pensée systématique qui structure l'ensemble de l'œuvre de l'auteur. Si, dans *Langage et mythe*, le droit est cité parmi d'autres formes symboliques, il ne fait là l'objet d'aucun développement particulier. Il s'agit pourtant d'un domaine pour lequel Cassirer semblait porter un vif intérêt (on

[464] Rappelons en effet que le premier tome consacré au langage fut publié pour la première fois en 1923, tandis que le dernier volume, *La Phénoménologie de la connaissance*, fut publié en 1929.
[465] E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, *op. cit.*, p. 61.
[466] *Ibid.*, pp. 61-62.

se rappelle qu'il était parti à Berlin pour y étudier le droit, même s'il changea finalement d'orientation), qui n'est pas sans lien avec la visée humaniste de son projet et le contexte politique d'alors. Les divers textes qui abordent le droit de manière plus circonstanciée l'attestent d'ailleurs. S'il semble désormais bien certain que le droit est une forme symbolique, il reste – avant d'en dessiner les contours – à déterminer les raisons pour lesquelles Cassirer ne l'a pas envisagé plus systématiquement comme telle.

139. Un retour plus systématique à la question du droit dans les travaux sur Hägerström. En exil en Suède dès 1935, Cassirer ressent le besoin d'étudier de plus près la philosophie de son pays d'accueil. En 1938, il a acquis une connaissance suffisante du suédois et se penche sur les travaux d'Axel Hägerström, éminent représentant de l'École d'Uppsala dont les travaux n'avaient alors jamais fait l'objet d'une « prise de position critique d'ensemble »[467] :

> « Depuis que, voici trois ans, j'ai pris mes fonctions à Göteborg, ce besoin s'est fait en moi de plus en plus impérieux. Je confesse que je n'avais pas jusque-là suivi systématiquement les travaux de la philosophie suédoise contemporaine et que je n'en avais qu'une connaissance très limitée et fragmentaire. Je peux invoquer pour me justifier que beaucoup de travaux importants m'étaient inaccessibles puisqu'écrits en suédois. Une fois cette barrière surmontée, je pus espérer acquérir une connaissance plus précise de l'évolution moderne de la philosophie suédoise. Plus je progressais, plus le désir grandissait de ne pas m'en tenir à une découverte simplement historique et d'accéder à une compréhension principielle de ses directions essentielles »[468].

Loin de constituer un ouvrage fermé sur la pensée de l'auteur auquel il est consacré, Cassirer assume clairement le dialogue qu'il entend établir entre la pensée du philosophe suédois et la sienne. Près d'une dizaine d'années après la publication du dernier volume de la *Philosophie des formes symboliques*, Cassirer souhaite profiter de cette étude pour prolonger ses propres réflexions. C'est dans ce texte que, pour la première fois, le droit est abordé du point de vue strict de la forme symbolique,

[467] E. CASSIRER, *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, Paris, Les éditions du Cerf, 1996, p. 38.
[468] *Ibid.*, p. 36.

c'est-à-dire comme vecteur de compréhension entrant en relation avec d'autres formes symboliques :

> « [Je] ne me suis nulle part contenté de répéter des choses déjà dites auparavant. J'ai au contraire profité de la stimulation que m'offrait cette étude des œuvres principales de Hägerström pour préciser et appliquer à de nouveaux domaines ma propre conception fondamentale telle que je l'ai présentée dans ma *Philosophie des formes symboliques* (3 vol., 1923-1929). Aussi ma conception d'ensemble des problèmes de l'éthique et de la philosophie du droit est-elle ici présentée beaucoup plus en détail que dans mes écrits précédents qui traitaient avant tout de philosophie théorique »[469].

L'ouvrage reste cependant principalement centré sur la philosophie de Hägerström et il faut se garder d'y voir un volume supplémentaire de la *Philosophie des formes symboliques*. Les quelques développements sur le droit qui nous intéressent fournissent des éléments pour caractériser la forme symbolique du droit, ils n'épuisent en rien le sujet. Il faut en réalité procéder à une lecture minutieuse de l'ouvrage pour déceler la position explicite de l'auteur par rapport au droit. Ainsi, c'est dans une note de bas de page que Cassirer fait état de la place du droit dans son projet des formes symboliques :

> « J'ai explicitement étendu également cette thèse au *domaine du droit*, même si, dans le cadre de *La Philosophie des formes symboliques* je n'ai pas entrepris jusqu'ici une présentation du domaine du droit. Je cherche à combler dans ce qui suit cette lacune, dussé-je en la circonstance me contenter d'une très brève esquisse »[470].

140. La caractérisation de la forme symbolique du droit : *Logos*, *Dike*, *Cosmos*. En 1941, Cassirer publie un texte intitulé *Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie*[471] (*Logos, Dike, Cosmos dans le*

[469] *Ibid.*, pp. 38-39.
[470] *Ibid.*, p. 120 note de bas de page 1.
[471] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *Göteborgs Högskolas Årsskrift*, 1941, pp. 1-31. Texte non traduit en français. Nous travaillons à la publication d'une traduction.

développement de la philosophie grecque[472]) qui apporte d'autres éléments intéressants pour penser le droit comme forme symbolique.

141. Un récapitulatif de la place du droit dans les textes de Cassirer. Si l'on envisage donc les textes de Cassirer relatifs au droit d'un point de vue chronologique, on relève une certaine évolution dans la réflexion : au cours de la rédaction de la *Philosophie des formes symboliques,* il affirme considérer le droit comme une forme symbolique, mais n'y consacre aucun développement particulier. Après 1929, il consacre quelques textes au droit, mais plutôt du point de vue de l'histoire des idées. Même si on peut y puiser des éléments intéressants du point de vue des formes symboliques, il s'agit avant tout de textes d'histoire de la philosophie[473]. Plus tardivement, il revient à la question du droit dans son propre système des formes symboliques et dresse quelques esquisses dans ses textes sur Hägerström et sur le triptyque *Logos, Dike, Cosmos*. Il est à cet égard intéressant de noter la proximité de ces travaux avec ses derniers textes plus directement politiques et, en particulier, *Le Mythe de l'État* auquel il travaille à la fin de sa vie.

142. Les travaux sur Hägerström : introduction. Lorsqu'il se penche sur les travaux de Hägerström, Cassirer n'entend pas faire un compte-rendu ou une critique détaillée de la philosophie du droit du philosophe suédois. Il se saisit plutôt d'un aspect particulier qu'il peut directement mettre en lien avec ses travaux sur les formes symboliques. Ainsi, c'est le lien étroit entre droit et mythe chez Hägerström qui retient particulièrement son attention et, dans une certaine mesure, lui permet d'esquisser une théorie du droit en tant que forme symbolique :

> « J'ai dans le second volume de ma *Philosophie des formes symboliques* cherché à mettre en lumière la structure universelle de la conscience mythique et à l'analyser dans le détail [...]. Je déplore vivement d'être dans ces recherches passé à côté de l'ouvrage de Hägerström sur le concept romain d'obligation,

[472] Traduction personnelle. Dans la suite, toutes les citations de ce texte sont des traductions personnelles.

[473] Il s'agit, d'une part, du chapitre 6 « Le Droit, l'État et la Société » de son ouvrage consacré à la philosophie des Lumières, publié pour la première fois en allemand en 1932 (E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, *op. cit.*), et, d'autre part, d'une conférence prononcée en février 1932 à la *Juristische Gesellschaft* de Hambourg dont l'essentiel de la substance est repris dans ce chapitre de *La Philosophie des Lumières* (E. CASSIRER, « Vom Wesen und Werden des Naturrechts », *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 1932, pp. 1-27).

> mais je ne pouvais guère m'attendre à trouver dans la littérature de l'*histoire du droit* un écrit qui, non seulement traite des problèmes particuliers de la conscience mythique, mais place précisément celle-ci au centre de l'analyse et de la critique. C'est d'autant plus volontiers que je profite de la circonstance qui s'offre ici à moi de rattraper mon omission première et de comparer ma propre conception de la nature et de la fonction de la conscience mythique à celle de Hägerström »[474].

D'emblée, le problème est posé *du point de vue de la philosophie des formes symboliques* – ce qui est très différent de l'approche des textes antérieurs et, en particulier, du chapitre 6 de *La Philosophie des Lumières*. C'est plus précisément à l'origine mythique du droit que Cassirer annonce s'intéresser. Or, on s'en souvient, c'est bien en traitant de l'origine mythique de toutes les formes symboliques, dans *Langage et mythe*, que le droit avait été pour la première fois explicitement cité parmi les formes symboliques. On observe une cohérence remarquable dans la pensée de l'auteur vis-à-vis d'un objet – le droit – qui, de prime abord, semble très périphérique dans son œuvre. L'examen serré des textes que nous proposons semble bien indiquer que, dès le départ, le droit était central. Peut-être que l'auteur y aurait consacré de plus amples travaux s'il avait vécu plus longtemps (rappelons-nous qu'il écrit chercher à combler cette lacune de sa *Philosophie des formes symboliques*).

143. Les travaux sur Hägerström : les couples droit-mythe et langage-mythe. Pourquoi les travaux de Hägerström sur le droit intéressent-ils Cassirer du point de vue des formes symboliques ? C'est d'abord la proximité du couple droit-mythe avec le couple langage-mythe qui interpelle le philosophe. La place du langage dans le système des formes symboliques révèle une hiérarchie sous-jacente à ces formes et qui n'est pas assumée comme telle. En effet, tant que la pensée reste assujettie au langage, elle reste inévitablement liée aux représentations mythiques. Même la science reste liée à la structure du langage. Cassirer n'admet la pleine autonomie de la pensée qu'une fois celle-ci complètement libérée du langage et donc du mythe. Cette libération a lieu lorsque, à la place du langage naturel, se développe un autre langage, un langage artificiel dont l'exemple paradigmatique est

[474] E. CASSIRER, *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, *op. cit.*, pp. 119-120.

le langage mathématique. Or, dans son ouvrage consacré à la philosophie des Lumières, Cassirer aborde précisément les tentatives de rapprochement entre le langage du droit et le langage mathématique, le droit migrant alors dans une sphère de rationalité supérieure, puisque totalement arrachée au mythe[475]. Bien que le droit ne se soit pas émancipé – tant s'en faut – du langage naturel, on relève donc que, pour Cassirer, il recèle un potentiel de rationalité particulièrement abouti – en fait, aussi abouti que celui des mathématiques qui forment un sommet de rationalité. Le droit constitue donc, au moins en puissance, une forme symbolique particulièrement forte, c'est-à-dire particulièrement indépendante vis-à-vis des autres formes symboliques : une forme symbolique ayant développé un très haut degré de rationalité propre. À cet égard, nous avons d'ailleurs déjà vu que le droit recèle bien une logique propre non réductible au langage. Il ne suffit pas de définir pour juger, il faut encore prendre en compte des contraintes directement liées au droit lui-même (contraintes procédurales, présomptions légales…), c'est-à-dire des contraintes structurellement juridiques. Ces tentatives de rapprochement entre

[475] C'est plus particulièrement le travail de Montesquieu que vise Cassirer : « Il pose en tant que juriste la même question que Newton avait posée en tant que physicien : loin de se contenter des lois empiriquement connues du cosmos politique, il veut réduire la diversité de ces lois à un petit nombre de principes déterminés. Ce qui constitue pour lui "l'esprit des lois", c'est l'ordre, l'interdépendance systématique qui existe entre les normes particulières. Il peut ainsi commencer son ouvrage par une définition de l'idée de loi qui détermine son objet dans toute son ampleur, dans sa signification universelle, ignorant toute limitation à un ordre de faits particuliers » (E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, *op. cit.*, p. 246). Reprenant à son compte les analyses de Grotius, Montesquieu définit la justice comme un certain « rapport de convenance » qui ne saurait varier. La perfection de ce rapport doit inciter les hommes à toujours le rechercher, même s'il n'existe aucun Dieu garant de la justice : « [l]ibérés du joug de la religion, nous n'en sommes pas moins assujettis au règne de la justice. Le droit possède, comme la mathématique, sa *structure* objective que l'arbitraire ne saurait changer » (*ibid.*, p. 247). C'est l'objectivité de cette structure, la perfection qu'elle recèle, qui font du droit un système cohérent *a priori*, indépendamment des normes positives qui interviennent dans ce système. À cet égard, Montesquieu écrit : « [a]vant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux » (*De l'esprit des lois*, I, Livre 1er, Chapitre 1er). L'analogie entre droit et mathématique est encore clairement exposée par Leibniz qui « ne faisait que tirer la conclusion claire et assurée des idées de Hugo Grotius lorsqu'il déclarait que la science juridique fait partie de ces disciplines qui ne dépendent pas de l'expérience mais de définitions, non des faits mais de preuves strictement rationnelles. Qu'est-ce que le droit et la justice en soi ? cette question ne peut évidemment être tranchée par l'expérience. Droit et justice renferment l'idée d'un accord, d'une proportionnalité, d'une harmonie qui resterait valable même si elle ne devait jamais trouver sa réalisation concrète dans un cas donné, même s'il n'y avait plus personne qui exerçât la justice et personne à l'égard de qui l'exercer. Le droit se compare en cela à l'arithmétique : ce que cette science nous enseigne de la nature des nombres et de leurs rapports enferme une vérité éternelle et nécessaire, une vérité qui subsisterait intacte même si le monde empirique s'écroulait tout entier et s'il n'y avait plus personne pour compter effectivement, et s'il ne restait plus aucun objet à compter » (*ibid.*, p. 242).

langage juridique et langage mathématique sont certes peu circonstanciées et ne permettent pas de rendre compte du fonctionnement global de la forme symbolique du droit. Il n'empêche que, comme la science – qui n'est pas intégralement libérée du langage naturel, comme le relève d'ailleurs Cassirer –, cette simple possibilité suffit à conférer au phénomène juridique une place nécessairement importante au sein du système des formes symboliques. Le droit comme les mathématiques constituent une « *structure* objective »[476] irréductible à l'arbitraire ou, plus généralement, à l'action extérieure.

Les raisons du lien étroit que langage et mythe entretiennent sont simples à comprendre : le langage n'a pas toujours eu de fonction purement signifiante. Dans un monde imprégné de mythe, il entretenait encore un lien réel avec ce qu'il désignait, faisant advenir ce qu'il nommait. Il était la source dynamique d'où dérivaient les forces de la nature : « au commencement était le Verbe ». Cette imprégnation mythique s'est estompée, mais elle reste présente partout – pensons au recours récurrent aux métaphores. Même après ce déracinement de son origine mythique, le langage n'envisage plus le mot que comme en *rapport* avec l'ensemble du discours. Le sens du langage se trouve dans ce rapport, il est une *relation organisée*[477].

[476] E. CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, *op. cit.*, p. 247.

[477] « Toute parole est, en un certain sens, liée à la métaphore ; si nous interdisions son usage au langage, il cesserait d'être un langage vivant et se transformerait en un système de signes abstrais. Ce lien avec la métaphore ne se manifeste pas seulement dans l'usage du langage, mais aussi dans les débuts primitifs de la "théorie" du langage, c'est-à-dire dans les premières réflexions sur son essence et son origine. Il faut attendre longtemps avant que le mot soit saisi dans sa fonction purement signifiante. Originairement, il apparaît comme une substance autonome existant en soi, substance remplie de forces magiques mystérieuses. Le mot est considéré comme la source dynamique originaire d'où dérivent les forces de la nature. Dans les mythes primitifs, on lui prête le rôle de créateur du monde [...]. Le mot singulier n'est plus désormais pensé comme un existant doté de forces autonomes propres mais on considère son *rapport* avec l'ensemble du discours, et c'est ce rapport qui apparaît comme le "sens" proprement dit du langage. L'organisation syntaxique de la phrase langagière veut faire accéder à l'expression un *état de choses* déterminé qui ne se présente pas comme un élément singulier concret, mais sous la forme d'une *relation* complexe, en soi organisée. Sitôt que le langage devient ainsi l'expression pure d'une relation et sitôt qu'il élabore complètement et systématiquement la *fonction de présentation* qui lui est propre, non seulement il dépasse la sphère de l'imagination mythique, mais encore celle même de la représentation sensible » (E. CASSIRER, *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, *op. cit.*, pp. 123-124).

Or qu'est-ce que le droit, sinon une telle relation ? De la même manière que le langage est d'abord imprégné de mythe et permet ainsi d'agir directement sur les choses nommées, le droit trouve sa première efficacité en lien avec le mythe. À la manière d'un rituel magique, un acte juridique ne sera valablement effectué – il ne sera donc efficace – qu'à la condition de respecter un formalisme « qui se fait d'autant plus rigide et rigoureux qu'on examine des couches plus anciennes du développement du droit »[478]. Ainsi, un mot omis, un geste mal effectué, compromettent l'efficacité de l'acte. S'il est bien effectué – si le *rite* a été pleinement respecté –, l'acte juridique aura encore des *effets imprégnés* d'une conception mythique du monde. Ainsi, Hägerström fait remarquer que, « dans l'acte civil le plus ancien à valeur fondatrice de droit – *per aes et libram* –, on s'imaginait réellement que dans son accomplissement un lien invisible était constitué par lequel le bénéficiaire du droit était attaché à la chose ou à la personne en question »[479]. Ainsi, à la source de l'obligation juridique, se trouve un rituel extrêmement formalisé qui, s'il est bien accompli, établit un lien invisible, mais bien réel entre une personne et une autre personne ou entre une personne et une chose. Ce lien *invisible*, pour exister, est toutefois tributaire d'éléments *visibles* préalablement exécutés. Une fois ces paroles prononcées et ces gestes effectués dans le monde sensible, les rapports sont modifiés dans le monde invisible. Si le monde invisible d'alors est encore mythique, le monde invisible d'aujourd'hui reste empreint de rapports, de liens. Il est pétri de structures et relations qui permettent de *comprendre juridiquement* une société.

§ 2. Les origines mythiques du droit

144. Droit et mythe : précisions. Pour comprendre l'allusion faite par Cassirer et Hägerström à « l'acte civil le plus ancien à valeur fondatrice de droit – *per aes et libram* », il est utile de s'attarder plus en détail sur cette institution de droit romain primitif[480]. Plutôt que d'une catégorie juridique à part entière, il s'agit d'un mécanisme utilisé pour atteindre des résultats juridiques différents – ces diverses

[478] *Ibid.*, p. 124.
[479] *Ibid.*
[480] Ce qui suit n'est développé ni par Cassirer, ni par Hägerström, mais permet néanmoins d'expliciter et de préciser leurs pensées respectives.

finalités reposant toutes sur « la vertu plutôt rare de l'efficacité juridique »[481] d'une pesée d'airain. Nous examinerons d'abord le cas particulier du prêt (*nexum*), où l'univers mythique dans lequel est né le concept d'obligation juridique est particulièrement clair. *Nexum* vient de *nectere*, qui signifie nouer, attacher, entrelacer ou encore lier. Le *nexus* est le débiteur, soit celui qui est attaché au créancier. Or, ce lien n'a au départ rien de symbolique, mais se traduit par des éléments qui sont bien tangibles et qui préfigurent l'enchaînement éventuel du débiteur défaillant. André Magdelain y voit du reste une preuve des origines *magiques* du droit romain. Outre l'institution particulière du *nexum*, on retrouve la magie qui caractérise les origines du droit dans les premières formes de procès institutionnalisés, ce qu'on appelle le *sacramentum*, que nous examinerons dans un second temps.

145. *Per aes et libram* : le *nexum*. L'airain et la balance (*aes et libram*) revêtaient plusieurs fonctions à l'époque archaïque. Alors que les catégories juridiques sont encore très limitées – c'est-à-dire, alors que les catégories permettant de comprendre juridiquement le monde sont quantitativement peu importantes –, « l'acte libral axé sur la pesée de l'airain permettra aussi bien dans la mancipation de vendre un bien que dans le *nexum* de prêter une somme d'argent »[482]. Dans ce dernier cas en particulier, il est intéressant de s'interroger sur la nature du lien créé à la suite d'une procédure très formalisée. Sans entrer dans le détail des controverses retracées par André Magdelain, on note que le *nexum* est un procédé utilisé à Rome pour prêter avant l'apparition de la monnaie, au IV^{e} siècle ACN. Une masse d'*aes* (airain) est prêtée par un créancier à un débiteur qu'on appelle le *nexus*. Cette opération juridique obéit à un rituel précis : la masse prêtée est pesée dans une balance et un petit lingot (*rodusculum*) est attaché au cou du débiteur. Alors que la somme pesée devient propriété du débiteur, aucun transfert de propriété n'a lieu concernant le lingot. Ce dernier reste propriété du créancier. Magdelain souligne qu'« on achève de comprendre ce rite dès l'instant qu'on saisit que le lien qui attache

[481] A. MAGDELAIN, « L'acte "per aes et libram" et l'"auctoritas" », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1981, vol. 28, p. 128.
[482] *Ibid*.

le lingot, l'*aes nexum*, est le même que celui qui attache le débiteur, lui aussi *nexus*. Ils sont liés l'un à l'autre »[483]. Ainsi, le lien qui unit le créancier et le débiteur n'est pas symbolique, mais bien réel, dans la mesure où le débiteur porte réellement autour du cou le lingot qui reste propriété du créancier. Or on s'en souvient, dans un monde encore imprégné de mythe, l'objet et la personne sont encore mal différenciés[484]. Le *lien juridique* est un *lien tangible*, *réel*, avant d'être un lien d'*obligation*, avant de passer dans la sphère du *symbolique*. Être juridiquement lié, c'est alors être physiquement, réellement, lié. Sans que Magdelain ne se réfère ni à Cassirer, ni à Hägerström, leurs analyses convergent vers un même point : « On n'a aucune peine à reconnaître que ce rite est magique »[485].

Du reste, le lien passé autour du cou du débiteur peut être lu comme une préfiguration tout de même déjà symbolique de la menace qui pèse sur lui si, à l'échéance, il ne rembourse pas sa dette. Il y a deux manières pour le débiteur de s'acquitter de sa dette : soit rendre une quantité équivalente de métal (remboursement en *aes*), soit effectuer un travail (il a mis ses *operae* en servitude). Dans les deux cas, un rituel précis doit à nouveau avoir lieu devant le *libripens* (le porteur de balance), soit pour peser l'*aes* qui est dû, soit pour opérer un paiement fictif quand un travail a été effectué. De la même manière qu'on a passé un lien autour du cou du débiteur au moment de son engagement, il est *matériellement délié* lors du constat de l'extinction de la dette : « [À] l'instant de la libération, ce lien est ôté et les mots qui accompagnent cette délivrance : *me a te solvo*, signifient simplement ceci que le débiteur est dégagé du symbole métallique (*a te*) qui autour de son cou représente la personne du créancier »[486]. S'il s'avérait que le débiteur n'était pas en mesure de rembourser, le lien qui traduisait une obligation juridique se concrétisera alors (et, on s'en souvient, il était concret dès le départ), puisque le débiteur sera emprisonné : « le lien symbolique noué à la conclusion du *nexum*

[483] *Ibid.*, p. 131.
[484] Magdelain souligne d'ailleurs encore : « [Le débiteur] est *nexus* au sens littéral qu'il porte ce métal en collier autour du cou. Sous cette forme figurée, c'est la personne du créancier qui s'attache comme à sa proie à celle du débiteur » (*ibid.*, p. 132).
[485] *Ibid.*
[486] *Ibid.*, pp. 133-134.

préfigure les liens qui plus tard garderont captif l'insolvable. À l'échéance on passe du symbole à la réalité. Mais, dès le jour du prêt, le débiteur est dit *nexus* en raison du signe de son éventuel asservissement »[487].

146. *Per aes et libram* : le *sacramentum*. Dans le cas du procès, le *sacramentum* – dont le nom laisse déjà songeur –, on retrouve l'imprégnation mythique qu'on vient de décrire dans le cadre du *nexum*. Là où ce dernier établissait un lien entre les hommes, le *sacramentum* établit un lien avec les dieux. Au début du procès, chaque plaideur déposait une certaine somme. À l'issue de la procédure, la partie victorieuse reprenait sa somme, tandis que la somme déposée par la partie succombante pouvait intuitivement être vue comme une forme d'amende de procédure, ou encore de punition pour faux serment. Reste toutefois à savoir quel statut revêtait exactement la somme déposée par la partie succombante. Il est tentant de supposer que l'airain servait à acheter du bétail qui était sacrifié pour racheter le faux serment de la partie succombante. Dès le V^e^ siècle ACN, il existait d'ailleurs des règles de conversion du métal en animaux. Néanmoins, selon Magdelain, l'institution était alors déjà transformée. Le *sacramentum* primitif revêtait en effet un sens différent. De reste, le bétail obtenu par ces conversions n'avait pas pour fonction de racheter le perdant, mais plutôt d'offrir des sacrifices publics. Or, en droit archaïque, le faux serment était une faute inexpiable. Dès lors, on voit mal pourquoi des sacrifices auraient été offerts en vue de son rachat. En réalité, le métal servait à offrir la personne même du coupable aux dieux :

> « On échappe à toutes ces difficultés dès l'instant qu'on reconnaît dans l'*aes* du procès la personnification du plaideur, de même que le *rodusculum* du *nexum* s'identifie avec le créancier. Cet *aes* mérite le nom de *sacramentum*, parce qu'il est consacré à la place du perdant. Mais il n'y a pas expiation proprement dite, l'*aes* n'est pas substitué au coupable et, en soi ne joue pas le rôle de victime, ce qui n'est pas dans sa nature, mais d'offrande, ce qui est courant pour le métal : l'*aes* s'identifie au perdant qu'il représente et, sous cette forme c'est le parjure lui-même qui est réputé devenir propriété du dieu. On arrive au même résultat que par l'expiation, mais par une voie différente »[488].

[487] *Ibid.*, p. 134.
[488] *Ibid.*, p. 135.

147. Antécédence du réel sur le symbolique. Ainsi, l'identification magique à l'œuvre dans le mythe, la grande indifférenciation, la tendance à l'homogénéité, est particulièrement présente dans ces institutions de droit romain : le commerce entre les hommes ne passe pas encore par la médiation symbolique de la monnaie, mais instaure un rapport de dépendance, crée un lien qui est un lien matériel – réel – avant d'être un lien symbolique – c'est-à-dire, avant d'être un *simple* lien d'obligation juridique. Le créancier et le débiteur fusionnent d'une certaine manière tant que le débiteur ne s'est pas acquitté de sa dette. Il est *attaché* au créancier et, s'il ne paye pas à l'échéance convenue, il restera pris dans ce lien. C'est son corps qui est physiquement impliqué. Dans le cas du *sacramentum*, l'airain sert à établir un rapport réel avec les dieux qui interfèrent encore dans les affaires humaines, y compris juridiques.

148. Conséquences. Le passage d'un lien réel à un lien symbolique d'obligation est assez clair dans le cas du *nexum* et du *sacramentum* romains. D'une manière plus générale, il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur la conception grecque de la loi en général. En effet, alors que le droit est encore largement baigné de mythe, on retrouve déjà ce qui survit aujourd'hui dans des catégories juridiques abstraites et générales : le lien mythique qu'on retrouvait chez les Romains n'est qu'une manifestation d'une logique plus générale de mise en ordre du monde qui n'a pas disparu mais qui est aujourd'hui consacrée dans des textes ou des procédures particuliers. En établissant un lien mythique puis symbolique entre deux personnes ou entre une personne et une entité transcendante (les dieux ou « la » société), on assigne une certaine position (position de dépendance, par exemple) à ces personnes et on y associe certaines prérogatives (des droits et des obligations). C'est tout le réel qui est ainsi mis en forme et qui peut faire l'objet d'une lecture juridique. Le monde a une intelligibilité, un sens, proprement juridique. Le droit tisse la grande toile des rapports des hommes aux autres hommes et des hommes aux choses. Il met en ordre le monde.

§ 3. Ordre du droit et ordre du monde

149. L'ordre du droit et l'ordre du monde : un autre isomorphisme ? Le parallèle entre l'ordre des lois et l'ordre de l'univers est au moins aussi ancien que la réflexion philosophique sur le droit. Le droit est d'emblée pensé comme un facteur de stabilisation d'un univers qui, sans lois ou sans justice, tend naturellement vers le chaos. Les lois sont, de plus, un facteur d'homogénéisation, là où règne le différent.

L'attention aux origines est du reste de première importance dans une démarche qui cherche à cerner au plus près *ce qu'aurait été la forme symbolique du droit* si Cassirer avait pu mener sa réflexion à son terme. Elle est d'autant plus importante que le premier texte à aborder la question du droit après que Cassirer a annoncé vouloir remédier à l'absence de réflexion systématique sur la question juridique dans son étude sur Hägerström (1938) est précisément un texte consacré non pas aux origines du droit en particulier mais, de manière extrêmement ambitieuse, aux origines connues de la pensée elle-même – c'est-à-dire à la philosophie présocratique et à ses rapports avec la philosophie antique classique (1941) – laquelle met d'emblée en lien la question de la justice, du droit, de la raison et de l'ordre cosmique[489]. À vrai dire, elle fait plus que mettre en lien, elle ne permet pas de penser une notion indépendamment de l'autre. Nous y reviendrons.

150. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : introduction. Avant de nous attarder sur les travaux de Cassirer, il convient de souligner que la mise en regard de *l'ordre du droit* et de *l'ordre de la nature* ou de *l'ordre du monde* dans la philosophie grecque n'est pas, en elle-même, originale. Elle a d'ailleurs été par la suite soulignée par des auteurs qui ne font aucune référence à Cassirer, les textes parlant souvent d'eux-mêmes. La vraie originalité de Cassirer aura été de tenter de cerner les concepts dans leur formation, de les saisir *in statu nascendi* et, dès lors, de démontrer implicitement que, même aujourd'hui, ces concepts ne peuvent être pensés distinctement ; de montrer qu'il existe des motifs

[489] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *op. cit.*

intellectuels récurrents qui parcourent toute l'histoire de la pensée et conditionnent notre compréhension.

151. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : Démosthène. Ainsi, dans son ouvrage classique paru en 1971, *La Loi dans la pensée grecque*, Jacqueline de Romilly aborde deux textes de Démosthène (384-322) qui permettent de penser le rapport entre droit et nature. Elle souligne en particulier le sens différent qu'il faut donner au mot « nature » dans chacun de ces textes, amenant le droit tantôt à « imiter » l'ordre de la nature et, tantôt, à en « corriger » le désordre. En établissant un lien entre droit et nature, Démosthène s'inscrit dans la lignée de la tradition grecque, mais, surtout, apporte un fondement philosophique à la loi, manière de contrer les critiques dont elle faisait l'objet depuis le cinquième siècle.

L'affaire qui donna lieu à ces deux plaidoyers, prononcés à l'occasion d'un procès que l'on peut situer vers la fin 325 ou le début 324[490], peut être résumée comme suit :

> « Pythangélos et Scaphon, ayant vu Hiéroclès porteur de vêtements consacrés sur lesquels étaient même des lettres d'or désignant les dédicants, l'emmènent, en tant que voleur sacrilège, devant les prytanes, qui le présentent le lendemain à l'assemblée. Hiéroclès déclara que c'était la prêtresse qui l'avait envoyé prendre les vêtements afin de les transporter dans la "Chasse sacrée". Alors Aristogiton rédige un décret, premièrement dépourvu d'avis préalable, puis tout à fait cruel, ordonnant que, si Hiéroclès reconnaît avoir transporté les vêtements au-dehors, il soit aussitôt exécuté ; que, s'il nie, il soit jugé »[491].

Ainsi, si Hiéroclès avouait, il serait mis à mort ; s'il niait, le même sort l'attendrait très certainement. On voit déjà ici se dessiner une attention particulière au respect des *procédures* ou des *formes* (le décret était « dépourvu d'avis préalable » – notons que les diverses juridictions administratives sont aujourd'hui encore amenées à annuler des actes pris sans les avis – de tutelle par exemple – légalement prescrits) mais aussi à la *vérité*. En formulant son décret de la sorte, Aristogiton rendait en effet la loi

[490] DÉMOSTHÈNE, « Contre Aristogiton I », in *Plaidoyers politiques*, Paris, Les belles lettres, 2002, p. 132 (notice).
[491] *Ibid.*, p. 140 (argument).

inopérante dans le processus de mise au jour de la vérité puisque, dans un cas comme dans son contraire, une même sanction s'imposait. Or, la loi est centrale pour discerner le *discours vrai* de celui qui ne l'est pas et, pour ce faire, il importe que des *procédures* soient strictement respectées. Ces procédures fixées par la loi ne sont en effet rien d'autre que la traduction concrète d'une rationalité plus large à laquelle nous reviendrons.

Ces deux plaidoyers ne visaient pas seulement la légalité du décret pris par Aristogiton. C'est également la *distribution de la parole* entre ceux qui l'ont et ceux qui ne l'ont pas qui se joue et c'est à nouveau une question de respect des procédures qui est au cœur du débat. En effet, Phanostratos, le père de Hiéroclès, avait accusé le décret d'illégalité avec l'aide de Démosthène et avait obtenu gain de cause. Le tribunal avait alors infligé à Aristogiton une peine de cinq talents, puis, « ayant accusé Hégémon et ayant vendu son désistement, il est condamné à mille drachmes d'amende. Comme il n'avait rien versé à l'échéance fixée, les dettes sont doublées conformément à la loi et montent à 62 000 drachmes. Pour cette somme, Aristogiton fait abandon au trésor public d'une de ses propriétés, qui est rachetée par son frère Eunomos ; celui-ci demande qu'on en fixe la valeur à celle de la dette, à condition de payer toute la somme en dix ans, en versant chaque année la part proportionnelle. Eunomos a fait deux versements, 12 400 drachmes en tout ; il reste débiteur du reste, 49 600 drachmes »[492]. Aristogiton, qui se croyait délié de sa dette envers l'État, prenait la parole devant le peuple et accusait des gens, alors que ces droits étaient refusés aux débiteurs de l'État jusqu'au paiement complet de la dette. « Comme le nom d'Aristogiton n'est pas effacé de l'Acropole, que la dette y est encore inscrite, mais que l'acheteur de la propriété a été établi comme débiteur, la question se pose de savoir si seul l'acheteur de la propriété est en dette ou bien aussi le premier débiteur jusqu'à paiement complet »[493]. D'autres dettes sont encore discutées :

> « Les accusateurs disent qu'Aristogiton a une troisième dette à l'égard de l'État ; Aristogiton riposte qu'il a été inscrit indûment et que pour cela il a intenté un

[492] *Ibid.*, pp. 140-141.
[493] *Ibid.*, p. 141.

> procès à Ariston qui l'a inscrit. Démosthène et Lycurgue ne disent rien sur la régularité ou l'irrégularité de l'inscription, "mais, disent-ils, quand Aristogiton aura fait condamner Ariston, alors son nom sera effacé et l'autre sera inscrit conformément à la loi ; mais avant le jugement du procès, le droit de parole n'est pas accordé à qui peut avoir été inscrit à bon droit et accuse ainsi faussement Ariston" »[494].

Ainsi, c'est la loi qui, très concrètement, distribue la parole dans l'espace public, désignant ceux qui l'ont et ceux qui ne l'ont pas et mettant à disposition des moyens judiciaires permettant de faire taire ceux qui usent d'un droit qu'ils n'ont pas. Le droit, la loi, opèrent ainsi déjà un véritable *partage du sensible*, un découpage d'un espace commun, octroyant des parts de visibilité et d'invisibilité (prison, exil, peine capitale, etc.) ou encore, en l'occurrence, départageant l'audible de l'inaudible.

152. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : Démosthène (suite) – examen des arguments. Afin de poursuivre notre questionnement sur la place du droit dans le système des formes symboliques de Cassirer, nous nous concentrerons sur la place de la loi – écrite – par rapport à la nature en nous demandant quel est le rôle de la loi et quel est son fondement. L'examen des textes de Démosthène permet de poser simplement un certain nombre de concepts qui seront discutés par Cassirer en se référant à des philosophes antérieurs. Ainsi, nous aurons démontré que ce que Cassirer entend cerner dans son processus naissant trouve bien un prolongement direct dans la philosophie antique grecque et dans la suite de ce travail, dans le droit moderne et contemporain.

Quelles sont les justifications apportées au soutien de la loi dans les deux discours *Contre Aristogiton* ? Le premier texte apporte peut-être la réponse la plus originale. Dans ce discours, la nature n'est que désordre, chaos. C'est la loi qui permet d'apporter de la stabilité et de l'ordre, de rétablir l'harmonie. Comment ne pas s'en étonner quand on se rappelle que l'univers était plutôt envisagé sous l'angle de l'harmonie et de l'ordre ? Comment ne pas s'en étonner quand on se rappelle le

[494] *Ibid*.

reproche que Socrate adresse à Calliclès dans le *Gorgias* – soit un dialogue de Platon légèrement antérieur (vers 390-385) : « Tu as eu tort de me reprendre en affirmant que nature et loi se contredisaient [...] quand on me parle de ce qui est conforme à la nature, je tire ces propos dans le sens de la loi, et, si l'on me répond sur ce qui est conforme à la loi, c'est dans le sens de la nature que je comprends ce qu'on me dit » (489b) ? Ou encore : « Certains sages disent, Calliclès, que le ciel, la terre, les dieux et les hommes forment ensemble une communauté, qu'ils sont liés par l'amitié, l'amour de l'ordre, le respect de la tempérance et le sens de la justice. C'est pourquoi le tout du monde, ces sages, mon camarade, l'appellent *kosmos* ou ordre du monde et non pas désordre ou dérèglement. Mais toi, tu as beau être savant, tu ne me sembles pas faire très attention à ce genre de choses. Au contraire, tu n'as pas vu que l'égalité géométrique est toute puissante chez les dieux comme chez les hommes, et tu penses qu'il faut s'exercer à avoir plus que les autres ! en fait, tu ne fais pas attention à la géométrie » (507d-508a)[495].

Entamant son réquisitoire, dans le premier discours, Démosthène dénonce ceux qui, comme Aristogiton, usent de moyens déshonorants afin de triompher de « tout ce qui fait la gloire de l'État : lois, proèdres, ordre du jour, ordre établi » (9). D'emblée, les *lois* et l'*ordre établi* semblent participer d'un même idéal. Il affirme que toute la vie des hommes est réglée par la *nature* et par les *lois* : « de ces deux éléments, l'un, la nature, est irrégulier et, pour chaque individu, particulier à son possesseur ; les lois sont un élément commun, réglé, identique pour tous. Ainsi donc, la nature, si elle ne vaut rien, veut souvent le mal ; c'est pourquoi vous verrez les gens de cette espèce commettre des fautes. Les lois veulent le juste, le beau, l'utile ; c'est ce qu'elles recherchent ; quand elles l'ont trouvé, c'est là un ordre général, proclamé par tous,

[495] On peut également citer le fragment B94 d'Héraclite : « Le soleil ne dépassera pas ses mesures ; sinon les Érinyes, auxiliaires de la Justice sauront bien le découvrir », ou encore le fragment B3 de Diogène d'Apollonie : « Une telle distribution, en effet, ne serait pas possible sans l'Intelligence qui veille à ce qu'il y ait des mesures de toutes choses : de l'hiver et de l'été de la nuit et du jour, des pluies, des vents et du beau temps. Les autres choses aussi, pour peu que l'on veuille les concevoir par l'Intelligence, se révéleront disposées de la plus belle manière possible ». Jacqueline de Romilly mentionne encore l'*Ajax* de Sophocle où « l'ordre de l'univers est déjà évoqué pour justifier la soumission aux normes communes », ou encore Euripide qui « parle de l'ordre du *cosmos*, et, poussant plus loin la précision, il en parle en termes de justice et d'injustice, de tyrannie et de droits égaux ». D'une manière générale, voy. J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les belles lettres, 2002, p. 159 et s.

égal et identique pour tous ; c'est la loi, à laquelle tout le monde doit obéir, pour bien des raisons et principalement parce que toute loi est une invention et un don des dieux, une décision des hommes sages, un correctif apporté aux erreurs volontaires ou involontaires, un contrat commun de la cité selon lequel doivent vivre tous les citoyens » (15-16). Ce passage oppose donc *nature* et *lois*. La première, écrit Démosthène, est irrégulière et particulière à son possesseur. Il est dès lors clair qu'il ne s'agit pas ici du *cosmos*, d'un chaos cosmique et commun. Il s'agit au contraire de la nature des hommes – nature humaine –, changeante selon les individus. Les lois tendent vers un idéal d'égalité (toute relative, nous y reviendrons). Elles visent à corriger les irrégularités humaines.

Sans l'ordre des lois, poursuit Démosthène, « notre vie ne différerait nullement de celle des bêtes sauvages » (20) et l'ordre cosmique serait bouleversé : « Pour ma part, en voyant cela, je me demande ce que peut signifier selon vous : "être mis sens dessus dessous." Est-ce quand la terre est en haut et quand les astres sont en bas ? Cela ne peut arriver (et je souhaite que cela n'arrive pas !). Mais lorsque les gens qui n'obtiennent pas de permission des lois, l'obtiennent de votre volonté ; lorsque le vice est honoré, l'honnêteté jetée au rebut ; lorsque la justice et l'intérêt sont vaincus par la haine, c'est alors qu'on doit penser que tout est mis sens dessus dessous » (75). La loi sert donc à éviter que tout soit mis « sens dessus dessous ». Pourtant, si « la terre est en haut et les astres sont en bas », il semble bien que la nature soit déjà ordonnée. Quelle nature faut-il alors réguler ? La nature dont il est question dans le premier *Contre Aristogiton* est davantage du côté de l'homme. On pourrait parler de *nature humaine*. Ainsi, si l'homme n'est pas capable d'agir de manière mesurée, la loi est là pour *mettre en ordre* les comportements et, en dernière instance, permettre une cohabitation harmonieuse des hommes entre eux : « Ensuite ce sentiment général d'humanité que vous avez naturellement les uns pour les autres [la norme serait donc du côté d'un sentiment d'humanité, *NdA*], cet individu le supprime et le détruit pour sa part. Vous allez voir comment. Vous, Athéniens, avec le même sentiment naturel d'humanité que, comme je l'ai dit, vous avez les uns pour les autres et dont les familles usent dans la vie privée et domestique, vous en usez dans la vie publique et nationale » (87).

Démosthène érige la prudence en vertu permettant le bonheur de la cité et la concorde. La sanction ne vise d'ailleurs pas tant à punir qu'à se débarrasser d'un élément perturbant l'ordre de la cité : « Il ne reste donc, Athéniens, à ceux qui veulent être débarrassés de cet individu, quand vous tenez un crime clairement et évidemment prévu par les lois, qu'à le condamner, avant tout, à mort, ou, sinon, à lui infliger une telle peine pécuniaire qu'il ne puisse la supporter. Car il n'y a pas d'autre moyen de vous débarrasser de lui, vous le savez bien » (92). Il est encore question de « scélératesse », de « correction » ou d'« excès »… Les lois visent ici très clairement à corriger les excès d'une nature qui ne doit pas être comprise comme organisation du *cosmos,* mais comme nature humaine qui, par des excès individuels, peut avoir des effets collectifs. Voter l'acquittement, ce serait « avoir abandonné la cause des lois » (98). « Pourquoi faire cela, quand on peut garder le silence et souhaiter le bonheur, tous pour tous, vous pour vous-mêmes, pour vous, tous les autres Athéniens, et j'ajouterai même les étrangers, les enfants, les femmes ? Car tout le monde a été atteint, oui, a été atteint par la méchanceté de cet individu ; tout le monde désire être débarrassé de sa scélératesse et voir son châtiment » (101).

153. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : Démosthène (fin) – Recoupements avec Cassirer. La nature humaine est dès lors changeante, instable, imprévisible, pleine d'aspérités, impétueuse et imprévisible. La loi corrige, réaligne, uniformise, lisse, assure de la prévisibilité. Elle permet la vie en communauté dans la cité en assurant l'égalité entre les individus. Du reste, en opérant la stabilisation d'une nature humaine changeante, le droit n'opère-t-il pas la médiation qui, précisément, caractérise l'homme en chemin vers la culture ? En d'autres termes, si le propre de l'homme est bien de vivre dans un univers symbolique, le droit n'opère-t-il pas précisément cette médiation entre une « nature humaine » – forme d'état antérieur à la « culture humaine » – instable et un univers symbolique ? Bien que Cassirer ne fasse aucune référence directe à Démosthène, leurs conclusions se recoupent : le droit oriente l'action de l'homme vers autre chose qu'un ensemble de réactions physiologiques directes. C'est même ce qui fait le propre de l'homme pour Cassirer : l'homme « ne vit plus dans un univers purement

matériel, mais dans un univers symbolique. Le langage, le mythe, l'art, la religion [il y avait ajouté le droit une vingtaine d'années auparavant] sont des éléments de cet univers. Ce sont les fils différents qui tissent la toile du symbolisme, la trame enchevêtrée de l'expérience humaine »[496]. Le droit met en forme l'action des hommes d'une manière qui permet la communication et la cohabitation. Il ne le fait néanmoins pas de manière neutre. Nous écrivions en effet que l'égalité culturelle créée par la loi grecque était toute relative : en effet, qui est égal à qui ? et pourquoi ? On sait que, dans l'Antiquité grecque et romaine, seuls les citoyens jouissaient d'une égalité en lien direct avec la bonne administration de la cité. Comment comprendre autrement ce passage du premier *Contre Aristogiton* : « la cité peut-elle subsister ? Eh bien ? Les lois peuvent-elles avoir de l'autorité ? Quelle violence à votre avis, quels excès, quelles illégalités se produiront chaque jour dans toute la cité ? quel langage impie à la place du ton réservé et du bon ordre de maintenant ? » (26). Si l'on exige que les hommes fassent preuve de retenue, si l'égalité est élevée en idéal, c'est pour assurer le maintien de l'ordre dans la cité. C'est un idéal régulateur avant d'être démocratique. Or, pour maintenir le bon ordre dans la cité, il est alors inutile d'inclure les esclaves, les étrangers, les femmes ou les enfants dans cet idéal. On sait que, juridiquement et éthiquement, la notion d'égalité n'a rien de nécessaire ni de stable, mais ceci nous emmènerait trop loin.

Si la *nature humaine* doit être corrigée par des lois afin de permettre l'harmonie de la cité et si l'égalité et la mesure sont avant tout des outils au service de cette harmonie, le fait de contrecarrer une *nature humaine* désordonnée par des lois vectrices d'ordre semble bien être une *spécificité proprement humaine*. Envisagé comme une forme symbolique, le droit participe de cette spécificité plus générale – car commune à toutes les formes symboliques – mise en avant par Cassirer dans son *Essai sur l'homme*.

154. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : Isocrate. La réflexion sur *ce qui fait le propre de l'homme* est toutefois très ancienne.

[496] E. CASSIRER, *Essai sur l'homme*, *op. cit.*, p. 43.

On songe bien sûr immédiatement à l'homme comme un animal politique d'Aristote, mais, *grosso modo* au même moment, on pourrait encore mobiliser la pensée d'Isocrate (436-338) qui place précisément la loi au rang de ce qui fait le propre des hommes, en directe filiation avec la parole, le vrai et la raison. Loi, langage, raison et vérité se déploient autour d'une même frontière : celle qui sépare humanité et animalité. Cassirer n'aura fait qu'intégrer son système des formes symboliques à une réflexion bien antérieure où le langage jouit déjà d'une place privilégiée :

> « De tous nos autres caractères, aucun ne nous distingue des animaux. Nous sommes même inférieurs à beaucoup sous le rapport de la rapidité, de la force, des autres facilités d'action. Mais, parce que nous avons reçu le pouvoir de nous convaincre mutuellement et de faire apparaître clairement à nous-mêmes l'objet de nos décisions, non seulement nous nous sommes débarrassés de la vie sauvage, mais nous nous sommes réunis pour construire des villes ; nous avons fixé des lois, nous avons découvert des arts ; et, presque toutes nos inventions, c'est la parole qui nous a permis de les conduire à bonne fin. C'est la parole qui a fixé les limites égales entre la justice et l'injustice, entre le mal et le bien ; si cette séparation n'avait pas été établie, nous serions incapables d'habiter les uns près des autres. C'est par la parole que nous confondons les gens malhonnêtes et nous faisons l'éloge des gens de bien. C'est grâce à la parole que nous formons les esprits incultes et que nous éprouvons les intelligences ; car nous faisons de la parole précise le témoignage le plus sûr de la pensée juste ; une parole vraie, conforme à la loi et à la justice, est l'image d'une âme saine et loyale » (*Sur l'échange*, 253-256).

D'emblée, la loi est dès lors mise en rapport avec la parole ; d'emblée, la loi et la parole, entre autres, permettent la cohabitation entre les hommes. N'était-ce pas là l'ambition proclamée – *a posteriori*, du moins – de la *Philosophie des formes symboliques* : rapprocher les hommes ? S'appuyant sur la loi, la parole permettra d'accéder au *vrai*, reflétant une âme saine, une âme qui use de la raison. La loi est déjà un élément d'appréciation du vrai (« une parole vraie, conforme à la loi et à la justice [...] »). Loin de constituer une curiosité antique, nous verrons que l'utilisation de la loi comme étalon d'une certaine vérité (la vérité du droit) constitue un phénomène encore bien actuel. Du reste, nous avons déjà vu, dans l'affaire Cattelan, qu'il n'y a de vérité que grâce et à travers le droit[497] : Cattelan est auteur par la grâce

[497] Voy. également *infra*, n° 205 et s.

d'une présomption légale, il l'est resté par la grâce de la technique procédurale. Ces conclusions peuvent ne pas convaincre Druet mais, aux yeux d'une communauté – c'est-à-dire d'un ensemble de personnes partageant un même univers symbolique et, donc, une lecture commune du monde –, c'est bien le droit qui est, dans son propre domaine, vecteur du vrai et qui, en tant que forme symbolique, œuvre au rapprochement des hommes par la construction ou la consolidation d'un monde commun.

155. L'ordre du droit et l'ordre du monde dans la philosophie grecque : la loi et le vrai. Mais si la loi peut faire émerger le vrai, d'où viennent les critères qu'elle met en œuvre ? Quel rapport la loi entretient-elle avec la vérité ? Pourquoi jouirait-elle d'une légitimité particulière pour la mettre au jour ? Si, dans le premier *Contre Aristogiton*, la loi est vue comme un palliatif à l'inconstance et à l'impétuosité des hommes à travers un idéal d'égalité (relative), rien n'est dit concernant l'origine de la loi. Elle est un outil, mais d'où vient-elle et, en dernière instance, pourquoi cet outil jouit-il d'une légitimité philosophique particulière ? Démosthène n'évite pas la question et il convient à présent de se pencher sur le second *Contre Aristogiton*.

Au reste, le second discours est peut-être plus attendu, en ce qu'il s'inscrit dans la mise en relation du droit et de la nature déjà thématisée par Platon dans le *Gorgias*. Il reprend en outre l'idée selon laquelle les lois visent à corriger la « sauvagerie des âmes ». Aux termes d'un réquisitoire concis visant directement la personne d'Aristogiton et son mode de vie, Démosthène conclut :

> « Vous pourrez voir d'un seul coup d'œil et exactement quel bien est l'obéissance aux lois établies, et quel mal le mépris de ces lois et la désobéissance, si vous examinez séparément et mettez sous vos yeux le bien que produisent les lois et les résultats de l'illégalité. Vous trouverez que celle-ci produit les actes de la folie, du dérèglement et de la tyrannie, tandis que l'autre produit ceux de la réflexion, de la modération et de la justice » (25).

Et Démosthène d'établir un parallèle entre législateur et médecin[498]. De même que le médecin soigne les corps, le législateur soigne les âmes – de même que le médecin *corrige* les « anormalités » du corps, le législateur *dompte* celles de l'âme. Cet argument en faveur des lois rejoint l'argumentaire du premier *Contre Aristogiton* :

> « Voici qui le prouve clairement : parmi les cités, nous pouvons voir que celles-là sont les mieux administrées dans lesquelles ont existé les meilleurs législateurs ; car si les infirmités des corps sont supprimées par les découvertes des médecins, la sauvagerie des âmes est expulsée par la pensée des législateurs » (26).

Il clôt son discours en établissant un parallèle très clair entre lois cosmologiques (les lois régissant l'univers) et lois humaines (les lois régissant les sociétés). S'il faut veiller au respect des lois, c'est, en dernière instance, parce que celles-ci participent d'un ordre global qui n'assure rien moins que la stabilité de l'univers :

> « En résumé nous ne trouvons rien de respectable ni de sérieux qui ne participe à une loi. Car l'univers entier, les choses divines et ce qu'on appelle les saisons sont bien évidemment réglées, si l'on doit se fier à ce qu'on voit, par une loi et une discipline. Donc exhortez-vous vous-mêmes, Athéniens ; soutenez les lois, condamnez les gens qui ont choisi d'être impies envers la dignité. Si vous agissez ainsi, vous ferez votre devoir et vous voterez pour le mieux » (26-27).

156. Conséquences. Ce point précis permet de faire la transition vers Cassirer et le droit comme forme symbolique. Si le droit est bien une forme symbolique, ce que certains textes attestent – nous l'avons vu –, il reste à dessiner les contours de cette forme symbolique, c'est-à-dire la manière dont elle oriente et détermine un certain rapport au monde – un rapport spécifiquement juridique. Or, pour Cassirer, il semble bien que le droit doive toujours être pensé en rapport avec la notion de vérité, mais aussi avec la notion d'ordre, et même, plus précisément, d'ordre cosmique. Droit, discours vrai et monde stabilisé et organisé semblent bien aller de pair. En tant que forme symbolique parmi d'autres formes symboliques, le droit n'est néanmoins

[498] On note que le rapprochement entre les figures du médecin et du législateur n'est pas neuf. Ainsi, dans le *Gorgias*, Platon fait dire à Socrate : « Il y a donc deux genres de choses, et je soutiens qu'il y a deux formes d'art. L'art qui s'occupe de l'âme je l'appelle politique. Pour l'art qui s'occupe du corps, je ne suis pas à même, comme cela, de lui trouver un nom, mais j'affirme que tout l'entretien du corps forme une seule réalité composée de deux parties : la gymnastique et la médecine. Or, dans le domaine de la politique, l'institution des lois correspond à la gymnastique et la justice à la médecine » (464b).

pas le seul vecteur d'intelligibilité du monde. Il conviendra dès lors de penser ses interactions avec d'autres formes ou, du moins, de déterminer ce qui fait la spécificité d'une vérité qui serait *vérité du droit*.

§ 4. La forme symbolique du droit : *Dike*, *Logos* et *Cosmos*

157. Lois naturelles, lois humaines. Le parallélisme entre *lois humaines* et *lois naturelles* est classique et, s'il est traité de manière particulièrement intéressante et aboutie chez Démosthène, d'autres auteurs antiques et, plus tard, des auteurs modernes – pour rester dans le champ qui a intéressé Cassirer – ont soutenu l'existence d'un lien entre ces deux types de lois. La loi humaine n'est pas nécessairement la transposition mondaine de lois naturelles, mais, d'une manière ou d'une autre, elle trouve toujours un fondement naturel ou, du moins, une articulation à la nature, par exemple lorsqu'il s'agit de la corriger ou de la contrer.

Pour Cassirer, le concept de loi est indissociable de celui de nature dans sa formation même. Ordre juridique et ordre cosmique ne pourraient ainsi jamais être pensés séparément – même chez les positivistes les plus convaincus. Si Cassirer n'a pas consacré de livre complet au droit comme forme symbolique, on retrouve dans les quelques textes qu'il a consacrés au droit la démarche adoptée dans son analyse des autres formes symboliques. Il cherche en effet à comprendre la naissance d'un phénomène, en mobilisant de très nombreuses références, et à isoler les éléments qui continuent d'orienter notre compréhension du monde sous l'angle d'une forme symbolique déterminée. S'agissant du droit, il s'attache en particulier à mettre en évidence le lien fort qui unit trois termes : *Dike, Logos, Cosmos*. Avant de nous attarder sur cette triade, il convient de souligner qu'il serait simpliste de qualifier d'emblée Cassirer de jusnaturaliste en raison du lien établi entre ordre juridique et ordre naturel. En effet, Cassirer ne cherche pas à déterminer le contenu du droit par référence à la nature ou à une morale externe. Il cherche plutôt à cerner les grandes orientations que prend la formation de toute norme juridique, ce qui inclut en principe toute forme de droit positif. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple à ce stade, les différentes présomptions légales mises en œuvre par les juges dans le cadre de

l'affaire Cattelan pourront bien être lues à la lumière de la triade *Dike, Logos, Cosmos* qui structure toute logique juridique, alors même que ces présomptions ne semblent avoir d'autre fondement que la volonté pragmatique d'un législateur soucieux d'efficacité dans les échanges et litiges juridiques. En d'autres termes, même là où une norme ne semble mettre en œuvre qu'une rationalité interne au droit (présomption légale, règle procédurale…), on peut déceler l'articulation de trois termes : *Dike, Logos*, *Cosmos*. Il convient à présent d'en préciser l'origine et la portée.

158. Les présocratiques : *Dike* – propos introductifs. Puisque c'est à eux que Cassirer s'est directement intéressé, penchons-nous de plus près sur les présocratiques et, plus particulièrement, sur la notion de *Dike* que l'on peut mettre en lien direct avec l'émergence d'un droit écrit. Selon Werner Jaeger, qui est la référence centrale de Cassirer dans son article *Dike, Logos, Cosmos*, c'est chez les Ioniens que la notion trouve sa source, alors qu'une « kyrielle d'épigrammes et de poèmes à la gloire de la Justice […] furent écrits depuis les derniers morceaux de l'épopée homérique, en passant par Archiloque et Anaximandre pour en arriver à Héraclite »[499]. Ces éloges sont le résultat des vives tensions politiques qui animèrent la région du VIII^e^ siècle au début du V^e^ siècle. L'*Illiade* donne un aperçu de la manière dont la justice était rendue avant ces luttes dans une cité en paix : lors d'un procès, sur la place du marché, les anciens rendaient la justice assis sur des pierres polies. Jaeger explique que « cela signifie que les chefs des familles nobles [jouaient] déjà dans l'administration de la justice le rôle important qui, à l'origine, incombait au roi »[500]. Avant le début des luttes civiles, ce droit des nobles d'administrer la justice existait toujours, mais ne reposait alors sur aucune lois écrites. Cette situation qui, par l'absence de lois écrites, laissait libre cours à l'arbitraire a débouché sur des revendications portées par le peuple. Celui-ci exigea des lois écrites et fit « du mot Justice, *dicè*, un cri de guerre dans une lutte des classes »[501]. Si la codification des lois grecques se fit nécessairement sur un temps long, le principe qui soutenait cette

[499] W. JAEGER, *Paideia*, Paris, Gallimard, 1964, p. 136.
[500] *Ibid.*, p. 134.
[501] *Ibid.*, p. 137.

revendication était, lui, désormais bien ancré : « Lois écrites, cela signifie une même loi pour tous, l'égalité pour petits et grands. Une fois cette rédaction terminée, les juges, s'ils pouvaient encore appartenir à la noblesse et non aux classes populaires, étaient cependant tenus désormais de rendre justice d'après les règles établies de la dicè »[502].

Le sens du mot *Dike* doit être distingué de *Thémis*. Outre un emploi et une étymologie différents, nous verrons – grâce à Cassirer – qu'il demande à être pensé en lien avec la notion de *Cosmos* et de *Logos*. Il ne peut se comprendre adéquatement que dans cette constellation philosophique. Pour l'heure, notons que *Dike* comprend une idée de compensation, d'équilibre – et, plus exactement, de restauration d'un équilibre perturbé –, voire d'égalité entre plusieurs pôles, alors que Thémis est plus directement liée à l'autorité judiciaire – à la justice en tant qu'institution :

> « On disait, dans une contestation, que les parties "donnent et reçoivent la dicè", ce qui semble indiquer que le mot comportait les idées de fixation du montant et de paiement de l'amende. Le coupable "donne la dicè", ce qui signifie à l'origine qu'il "fournit une compensation" pour son acte ; la partie lésée, dont les droits sont reconnus par le jugement, "reçoit la dicè", tandis que les juges "accordent la dicè". Il résulte que l'acception principale de dicè est très proche de "part due" »[503].

Dike signifie encore « procès », « jugement » et « amende », mais, comme le note Jaeger, ces acceptions plus techniques ne doivent pas obstruer la signification normative fondamentale qui façonne la notion : « Dicè signifie la part due à chacun sans outrepasser ses droits, d'où le principe qui garantit cette prétention et auquel il est permis de se référer en cas d'offense par *hybris* [rappelons-nous du cas exposé par Démosthène] (ce mot voulant dire à l'origine action illégale) »[504].

Ainsi, l'émergence de lois écrites est directement liée à une exigence d'égalité, au désir du peuple d'être jugé selon des normes connues et applicables de la même manière à chacun. Exercer la *Dike* c'est, en dernière instance, veiller à ce que chacun

[502] *Ibid.*
[503] *Ibid.*
[504] *Ibid.*, p. 138.

reste à la place qui lui est dévolue, veiller à ce que chacun reçoive sa part. Ni plus, ni moins. La *Dike* est l'idéal de stabilité, la norme immuable face au changement et appelle, dès lors, on le pressent déjà, la notion de *Logos*.

Il convient à cet égard de souligner une autre acception du mot *Dike* qui, sans se confondre avec la justice en tant qu'elle voit naître un droit écrit, y est directement liée. *Dike* signifie en effet aussi « égalité », ce que l'on percevait du reste déjà dans les acceptions directement juridiques que nous avons relevées. Il n'est d'ailleurs pas impossible que cette acception provienne de « l'usage que l'on faisait de dicè dans les procédures légales »[505]. C'est le vieil adage qui voit dans la justice une forme de composition visant à rétablir un équilibre perturbé : « œil pour œil, dent pour dent ». Tout au long de l'histoire de la pensée antique grecque, *Dike* et égalité restèrent intimement liés.

159. Les présocratiques : *Dike* – développements. Que disent les textes à propos de la *Dike* ? Et en quoi nous aident-ils à saisir le lien étroit qui unit ordre du droit, ordre du monde et ordre de la raison ?

Si l'on se penche sur les tout premiers textes connus se référant à la *Dike*, on s'aperçoit que ce qui semblait être une notion humaine – la justice et le droit écrit – est d'emblée mis en relation avec une dimension naturelle, voire cosmique. Ainsi, le premier fragment d'Anaximandre de Milet établit comme principe l'Illimité qui agit comme norme stabilisatrice de toute chose qui *est* (qui existe), équilibrant les écarts et réparant les « injustices » de la nature, de la même manière que la *Dike* le fait pour les hommes :

> « Anaximandre a dit que l'Illimité est le principe des choses qui sont [...] Ce dont la génération procède pour les choses qui sont, est aussi ce vers quoi elles retournent sous l'effet de la corruption, selon la nécessité ; car elles se rendent mutuellement justice et réparent les injustices selon l'ordre du temps » (B1)[506].

[505] *Ibid*.

[506] Tous les fragments sont cités selon la numérotation établie par H. Diels dans les *Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1903. Les traductions sont issues de l'édition établie par J.-P. Dumont avec la collaboration de D. Delattre et J.-L. Poirier pour le volume de *La Pléiade* consacré aux présocratiques (Paris, Gallimard, 1988).

Le bon ordre de l'État ou d'une communauté humaine est ainsi transféré à la nature. Si Cassirer ne le cite pas explicitement à ce sujet, c'est à nouveau chez Jaeger qu'il puise l'idée selon laquelle *Dike* et *Cosmos* entretiennent un lien fondateur : « Transférant le concept de dicè de l'existence communautaire de la cité-État au domaine de la nature, [Anaximandre de Milet] assimile la connexion causale entre ce qui devient et ce qui passe à un procès, au cours duquel les choses se voient forcées, par une décision du temps, de se compenser l'une l'autre en raison de leur manque d'équité ». Et Jaeger de voir l'origine de l'idée philosophique de *Cosmos* dans l'idée de justice : « Voilà l'origine de l'idée philosophique de *cosmos* : ce mot signifiait primitivement le *bon ordre* régnant dans un État ou toute autre communauté »[507]. Ce fragment d'Anaximandre « est une preuve frappante du fait que l'idéal nouveau, fondé sur la justice et la loi, était devenu à cette époque le centre de toute la pensée, la base de l'existence, la source vraie de la foi humaine en la signification et la finalité de l'univers »[508]. Rien de moins. Il ne s'agit pas ici d'expliquer les lois humaines par référence aux lois de la nature, mais bien d'expliquer les secondes par référence aux premières.

160. Cassirer : *Dike*, *Logos*, *Cosmos*. On trouve ici une première manifestation du caractère artificiel du cloisonnement de la philosophie en disciplines distinctes souligné par Cassirer en ouverture de « Dike, Logos, Cosmos ». Il convient à présent de se pencher plus avant sur ce texte en particulier.

Toute science, explique Cassirer, et la philosophie en particulier, est portée par un esprit de classification. De Platon à Kant, ce besoin de classification a débouché sur une tripartition de la philosophie en logique, physique et éthique. Pourtant, note Cassirer, « aussi élevée que soit la valeur objective et systématique de ce principe de classification, sa valeur en tant que moyen historique de connaissance et de description devient d'autant plus discutable que nous nous approchons des débuts

[507] W. JAEGER, *Paideia*, *op. cit.*, p. 145.
[508] *Ibid.*

proprement dits de la philosophie »[509]. En examinant ces différences en devenir, en tentant de saisir les concepts au moment de leur naissance, Cassirer ambitionne de donner un aperçu des « forces fondamentales dont [la philosophie] a tiré son origine et qui sont restées déterminantes pour son développement ultérieur »[510]. Pour le problème qui nous occupe en particulier – à savoir esquisser les contours de ce qu'une forme symbolique du droit aurait pu être –, il importe en particulier de saisir les liens qui unissent la notion de *Dike*, déjà examinée, à celle de *Logos* et de *Cosmos*. En montrant que ces trois notions sont indissociables les unes des autres dans leur formation même, Cassirer aura mis en évidence les limites du cloisonnement disciplinaire interne à la philosophie, mais aussi celles d'une vision qui concevrait le droit en vase clos. Il aura mis en lumière, en dernière instance, le lien indissoluble qui unit le droit au discours vrai et, plus fondamentalement, au monde en tant qu'il est organisé, structuré.

Ainsi, l'on comprendra mieux pourquoi et comment, lorsqu'un objet artistique est soumis à l'analyse du droit, celui-ci l'éclaire de sa propre lumière ; pourquoi les critères mobilisés par le droit pour dire *ce qui est* sont recherchés dans une logique interne qui prétend bien dire ce que sont ces objets afin, en dernière instance, d'assurer la stabilité du monde. Le droit tient tout parce que, au fondement de la pensée, il avait pour fonction d'assurer la stabilité, de maintenir chaque chose et chaque personne à sa place.

161. Cassirer : *Dike*, *Logos*, *Cosmos* (suite) – *Dike* et *Logos*. Quels que soient les penseurs grecs auxquels on s'intéresse, et bien que leurs doctrines puissent sembler à maints égards incompatibles, il est instructif de chercher à dépasser leurs antagonismes et divergences. À lire Cassirer, le projet sous-jacent des formes symboliques – sans encore être naturellement formulé de la sorte – était, dans leurs pensées et écrits, déjà à l'œuvre. En effet, quoi de plus irréconciliable, en apparence, que l'*être* et le *devenir*, que la *nature* et l'*Idée*, que les doctrines de

[509] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *op. cit.*, pp. 3-4. Toutes les citations de ce texte sont des traductions personnelles. Les références renvoient au texte allemand.
[510] *Ibid.*, p. 4.

Parménide et Héraclite ou de Démocrite et Platon ? Pourtant, ces penseurs ont bien un but commun qui est précisément celui de la philosophie des formes symboliques : « Ils travaillent tous au même grand processus de libération spirituelle ; ils veulent briser le pouvoir du mythe et lui substituer une nouvelle force : la force de la “raison”, de la “vision”, de la “théorie” pure »[511]. Ce travail de la pensée peut être ramené à un dénominateur commun : la triade *Dike, Logos*, *Cosmos*.

Chez Héraclite, philosophe du *devenir* par excellence, il importe d'être attentif à ce qui, précisément, ne devient pas ; à ce qui demeure :

> « De ce discours, qui est toujours vrai, les hommes restent sans intelligence, avant de l'écouter, comme du jour qu'ils l'ont écouté » (B1).

Il existe donc un *Logos*, un existant – ce discours toujours vrai –, qui désigne un comportement continu des choses, une norme fixe dans le changement. « Tout devenir a sa règle interne, dont il ne peut sortir et dont il ne peut s'écarter »[512], note Cassirer, et ce qui rend le mieux compte de cette norme dans le changement est la notion de *Dike*, à savoir l'*ordre du droit* (Cassirer écrit : « die Ordnung des Rechts »[513]) qui est aussi l'ordre de la nature « car le droit et la nature sont tous deux soumis à la même règle universelle »[514] :

> « Le soleil ne dépassera pas ses mesures ; sinon les Érinyes, auxiliaires de justice,[515] sauront bien le découvrir » (B94).

Logos et *Dike*, ordre de l'être et ordre du droit, renvoient dès lors tous deux à une règle universelle et organisatrice.

Bien que tout semble l'opposer à Héraclite, Parménide mobilise aussi le *Logos* comme étalon de ce qui *est*, comme critère de vérité permettant de dépasser la faillibilité des sens :

---

[511] *Ibid.*, p. 5.
[512] *Ibid.*, p. 9.
[513] *Ibid.*, p. 10.
[514] *Ibid.*
[515] Dans sa traduction en allemand, Cassirer conserve le mot *Dike*.

> « Ne te laisse pas contraindre à cette voie par l'habitude, acquise au cours de nombreuses expériences, de ne laisser agir que ton regard, qui est sans but, ton ouïe, qui est bruyante, et ta langue : non, avec le Logos, fais aboutir l'épreuve tant contestée que je te conseillais » (fr. I, v. 34 et s.).

Ce *Logos*, qui permet de discerner le vrai du faux, repose, chez les Éléates, sur une nouvelle loi, le *théorème de la contradiction,* qui est désormais « la norme suprême sous laquelle se place la pensée »[516]. « Celui qui suit cet impératif trouve sur son chemin l'être et la vérité, celui qui le contredit ne trouve rien d'autre que la tromperie et l'illusion »[517]. Cette exigence de non-contradiction, ici aussi, parle au nom d'une loi supérieure, celle de la *Dike*. À nouveau, il s'agit d'enserrer l'être dans des limites claires afin qu'il ne sombre pas dans le non-être et, dès lors, dans la contradiction[518]. La pensée se pose à elle-même ses propres critères de vérité, supérieurs à ce qu'enseignent les sens. En d'autres termes, ce n'est plus ce que nous voyons, sentons ou touchons qui détermine le vrai mais, au contraire, ce qui est conforme à

[516] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *op. cit.*, p. 11.
[517] *Ibid*.
[518] Voir en particulier le fragment VIII :
« Mais il ne reste plus à présent qu'une voie
Dont on ne puisse parler : c'est celle du "il est".
Sur cette voie il est de fort nombreux repères,
Indiquant qu'échappant à la génération,
Il est en même temps exempt de destruction :
Car il est justement formé tout d'une pièce,
Exempt de tremblement et dépourvu de fin.
Et jamais il ne fut, et jamais ne sera,
Puisque au présent il est, tout entier à la fois,
Un et un continu [...].
Aussi faut-il admettre
Qu'il est absolument, ou qu'il n'est pas du tout.
Jamais non plus la force attachée au discours
Ne pourra concéder que du néant procède
Un être susceptible à lui de s'ajouter ;
Aussi Dikè lui a, l'enserrant dans ses liens,
De naître ou de périr ôté toute licence :
En fait elle le tient. L'arrêt en la matière
Stipule simplement : il est ou il n'est pas.
Il est donc notifié, de par nécessité,
Qu'il faut abandonner la voie de l'impensé,
Que l'on ne peut nommer (car celle-ci n'est pas
La voie qui conduirait jusqu'à la vérité),
Et tenir l'autre voie pour la voie authentique,
Réelle et existante ».

une nécessité logique. Cette soustraction de la pensée à la contingence des sens permettra le développement d'une pensée véritablement philosophique, mais aussi mathématique.

162. Cassirer : *Dike*, *Logos*, *Cosmos* (suite) – *Dike* et *Cosmos*. *Logos* et *Dike* sont désormais les éléments essentiels d'un principe ordonnateur à l'aune duquel toute vérité doit s'apprécier. Avec la réforme politique de Solon et l'ancrage de la *Dike* dans le modèle de la cité-État, la notion devient immanente au social et, dès lors, « la voie est désormais libre pour une conception de l'action humaine qui n'a pas d'analogue dans la vision mythique du monde »[519].

Si la *Dike* est un principe ordonnateur qui, avec le *Logos*, tient le monde et trace les contours du vrai – et si, comme le soutient Jaeger, le droit peut bien être rattaché à la *Dike* et à la constellation conceptuelle dans laquelle elle s'inscrit –, il faut postuler que le droit a un fondement immuable et non contingent, « postulat qui semble défier toute expérience, mais que la "raison" ne cesse d'ériger et de maintenir »[520].

Dans la pensée grecque, on ne crée pas *ex nihilo*. Il y a toujours quelque chose qui, le cas échéant, demande à être ordonné ou organisé. Le démiurge de Platon, dans le *Timée*, n'est pas le créateur de la nature, mais l'ordonnateur d'une matière déjà là. « La matière est considérée comme étant première et éternelle »[521]. De la même manière que la nature est organisée à partir d'une matière déjà présente, le droit est soustrait à la question de son origine temporelle – ce qu'il *organise* est présent de toute éternité – et « on peut maintenant dire de lui ce qu'Héraclite dit du Cosmos. "Ce monde, le même pour tous, ni dieu ni homme ne l'a fait, mais il était toujours, il est et il sera [...]" »[522]. Le droit est immuable, de la même manière que l'est l'ordre cosmique, ou, plus précisément, si le contenu du droit change, les orientations de la forme symbolique du droit demeurent identiques.

[519] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *op. cit.*, p. 14.
[520] *Ibid.*, p. 21.
[521] *Ibid.*, p. 20.
[522] *Ibid.* c'est le fragment 30 d'Héraclite qui est cité.

À travers la notion de *Dike*, le droit est au fondement de tout discours vrai. De ce fait, l'arbitraire – c'est-à-dire l'action non conforme au droit – ne peut s'exercer qu'au mépris des trois notions qui structurent la forme symbolique du droit : l'arbitraire balaye le droit en tant que principe de répartition, le vrai, l'équilibre naturel. C'est bien ce qu'exprime Jason lorsqu'il dit à Médée : « [i]ci, ce n'est pas la force brute qui commande, mais le droit et la loi »[523]. En comprenant le droit dans toutes ses dimensions, on aurait la possibilité de vivre libre, ce qui n'est pas sans rappeler le contexte d'émergence de la *Dike*[524]. En comprenant le droit dans toutes ses dimensions, on échappe à l'arbitraire, car droit, vérité et ordre cosmique forment un tout où la vérité est la vérité du droit, où l'ordre est l'ordre du droit, où le droit ne se comprend qu'en rapport avec les deux notions qui précèdent. Si le vrai se mesure à l'aune de critères internes au juridique, si les places occupées par les individus sont déterminées selon les critères du droit, comment admettre que d'autres critères interfèrent ? Comment admettre que la force ait une quelconque efficacité ? Compris sous l'angle de la forme symbolique du droit, un objet ou une situation ne pourra être évalué – jugé « vrai » – qu'au regard de critères participant de cette triple rationalité. Si tel n'était pas le cas, l'appréciation ne serait, tout simplement, pas juridique. Lorsqu'une présomption juridique permet de qualifier une situation, il ne s'agit que de la mise en œuvre d'un critère de vérité interne au droit visant à stabiliser une situation dans le *continuum* du réel. S'il est possible de renverser une présomption, ce n'est que dans la mesure où le droit le permet et selon les moyens que le droit offre. S'affranchir totalement de la réalité juridique au motif qu'il ne s'agit pas de « la réalité » revient à s'affranchir de la forme symbolique du droit en général et, dès lors, à verser dans l'arbitraire.

163. Cassirer : *Dike*, *Logos*, *Cosmos* (fin) – Retour à la *Philosophie des formes symboliques*. Dans le système plus large de la philosophie des formes symboliques, on peut maintenant affirmer que le droit est bien un mode d'intelligibilité du réel à part entière, une forme symbolique à part entière. Lorsque Cassirer note que le droit compris en lien avec la *Dike* permet d'échapper à

[523] Euripide, *Médée*, v. 536 et s. Cité p. 12.
[524] Voy. *supra*, n° 158.

l'arbitraire, ne faut-il en outre pas comprendre qu'il permet d'échapper au mythe ? Comme toute forme symbolique, le droit est un processus d'objectivation du réel et de subjectivation d'un sujet libre – un sujet autonome, capable de faire usage de sa propre raison –, processus d'autant plus efficace qu'il met en œuvre des critères qui lui sont propres. Lorsque l'objectivation s'effrite, lorsque ce qui permet de comprendre le monde et de constituer un sujet autonome est mis à mal, c'est le mythe qui revient – soit le désir d'identification du sujet à un *leader*, c'est-à-dire à une personne tierce. Le sujet ne se constitue plus librement et en bonne harmonie avec les autres grâce au monde commun créé par le droit, il est aveuglé et instrumentalisé par un désir d'unité (unité d'un *leader*, d'une *nation*…) qui implique repli sur soi-même et rejet des autres.

On ressent ici l'urgence qui animait Cassirer dans ses travaux tardifs sur la question du droit ou de l'État. Il est bien clair qu'il ne s'agit pas d'une étude désincarnée sur trois notions grecques, mais de la reconstruction d'une vision émancipatrice du droit. En effet, le droit, s'il est bien une forme symbolique, doit participer au processus général de libération de l'humain qui est au cœur du projet. Dans le *Mythe de l'État,* la menace est criante et l'acte militant de l'écriture, revendiqué. Dans cette étude de philosophie grecque, publiée en 1941, on sent aussi l'urgence qui animait l'auteur qui quittait alors la Suède pour l'exil américain, préfigurant son travail sur l'État et le totalitarisme :

> « Aujourd'hui, nous ressentons peut-être plus fortement et plus profondément que jamais le sens et la teneur de ces mots. Aujourd'hui, nous savons aussi que l'intérêt que nous portons à la philosophie grecque et à l'ensemble de la formation grecque n'est pas purement érudit. Nous ne nous livrons pas à une simple rétrospective, mais ce qui nous motive, c'est le souci de notre avenir spirituel. Nous savons que cet avenir est gravement menacé si nous ne parvenons pas à renouer le lien entre la vérité et le droit, entre le *Logos* et la *Dike*, de la même manière que les Grecs l'ont tissé en premier dans l'histoire de l'humanité »[525].

164. Retour au cas *Maurizio Cattelan* et conséquences. Si l'on revient à l'affaire Cattelan, on se souvient que, dans le monde de l'art, les enjeux du procès

[525] E. CASSIRER, « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *op. cit.*, p. 23.

étaient présentés en termes ontologiques : il ne s'agissait pas tant de trancher une question de droit que de se prononcer sur « la validité de l'art », sur « ce qui fait œuvre aujourd'hui ».

Toutefois, dans son raisonnement, le tribunal n'a jamais abordé ces questions de cette manière. C'est une présomption établissant une correspondance de principe entre un état de la réalité et le droit qui a permis d'établir la paternité de Cattelan et c'est une règle de procédure qui a empêché la remise en cause de cette présomption. En d'autres termes, l'issue du litige a été déterminée par des éléments strictement internes au droit. Or, on se souvient que, plus une forme symbolique est aboutie, plus elle a gagné en objectivité, plus elle est susceptible d'exporter ou de faire rayonner ses modes d'intelligibilité. Le jugement rendu par le Tribunal judiciaire de Paris n'est pas reçu que par le monde du droit. Au contraire, ce sont des acteurs du monde de l'art qui ont saisi le tribunal pour lui demander d'appliquer ses critères de vérité à un problème qui, pourtant, devrait lui échapper. Où l'on voit que le droit est certainement une forme symbolique extrêmement aboutie qui mobilise trois notions : il s'agit d'établir les critères de vérité relatifs à des discours discordants (*Logos*), critères de vérité qui ont pour fondement et pour objectif un état stable du monde (*Cosmos*) et qui s'établissent au fil d'une procédure mettant en œuvre des lois connues et visant à déterminer la part exacte qui doit revenir à chacun (*Dike*).

Il importe à présent de vérifier que cette caractérisation du droit comme forme symbolique par la triade *Dike*, *Logos*, *Cosmos* permet bien de comprendre le traitement juridique réservé à certains objets et concepts artistiques, tels ceux de faux ou d'auteur. Si, comme nous l'avons vu, il n'est pas suffisant de définir ou de qualifier pour comprendre les effets du passage par le droit de certains objets, il apparaît nécessaire de « tester » la pertinence du droit entendu comme conjonction des trois éléments mis en avant par Cassirer. En d'autres termes, on ne peut réduire le droit à une philosophie du langage. On peut en revanche tenter une approche du droit comme épistémologie à part entière : ainsi, ce n'est pas une philosophie du langage qui permettrait de comprendre les effets du droit, mais c'est bien une philosophie du droit lui-même qui, dans une dynamique autoréflexive, fournirait les

outils pour comprendre le phénomène : le droit est une forme symbolique. Voyons à présent comment elle peut mieux éclairer notre compréhension du monde et, singulièrement, de l'art[526].

Conclusion du chapitre 3

165. Synthèse des développements qui précèdent. La *Philosophie des formes symboliques* d'Ernst Cassirer vise à fournir les outils permettant de comprendre comment l'homme peut appréhender et structurer le monde dans lequel il vit. À cet égard, même si la *Philosophie des formes symboliques* doit être envisagée dans le contexte plus global de l'œuvre de l'auteur (par exemple, au regard des développements du *Mythe de l'État* dans lequel l'auteur revient sur la question de la résurgence de la forme symbolique du mythe), Cassirer développe une théorie de la connaissance dans laquelle il identifie trois formes symboliques essentielles : le langage, le mythe et la science. Le réel ne se réduit toutefois pas à ces trois « grilles de lecture ». Cassirer admet en effet que son système n'est pas fermé et que d'autres formes symboliques existent et demandent à être développées, en particulier l'art et le droit.

Avant d'en venir à la question du droit comme forme symbolique en tant que telle, il était nécessaire de présenter les travaux de Cassirer dans leur globalité. En effet, d'une part, le projet des formes symboliques n'est pas réductible aux trois volumes de la *Philosophie des formes symboliques* – le projet trouvant des prolongements évidents dans *Le Mythe de l'État* ou dans les textes sur la philosophie d'Hägerström

[526] La question de l'art n'a, comme le droit, pas fait l'objet d'un volume dédié de la *Philosophie des formes symboliques* mais il est certain que Cassirer entendait l'inclure, elle aussi, dans son système. En effet, dans une lettre du 13 mai 1942, il écrit à Paul Arthur Schilpp, éditeur : « Déjà dans la première ébauche de la *Philosophie des formes symboliques* un volume particulier pour l'art était prévu – mais l'époque défavorable a toujours repoussé sa rédaction ». Notre question de recherche ne nous mènera pas à caractériser l'art comme forme symbolique. En effet, cela reviendrait à clore le raisonnement sur un système déterminé et nous éloignerait en outre de notre présupposé méthodologique : faire du droit, c'est d'abord raconter des histoires. En utilisant la forme symbolique du droit pour lire certaines décisions de justice – certaines histoires –, nous portons une attention directe à la manière dont l'art est pris en charge par le droit lui-même. Aussi ne s'agit-il pas tant de comprendre comment l'art fonctionne lui-même que de comprendre comment et pourquoi le droit a pu en façonner certains concepts. Sur l'art comme forme symbolique, voy. E. CASSIRER, *Écrits sur l'art*, Paris, Les éditions du Cerf, 1995.

par exemple – et, d'autre part, chaque forme symbolique ne peut être pensée en vase clos, mais doit être envisagée dans ses rapports avec les autres formes symboliques, ce qui suppose une présentation plus globale des enjeux et de la visée d'un tel projet.

Il y a en effet une téléologie sous-jacente à la philosophie de Cassirer. Toutes les formes symboliques – et, dès lors, y compris le droit dans l'hypothèse que nous posons – plongent leurs racines dans une origine mythique commune. La pensée mythique est une pensée de l'indistinction : le mythe est caractérisé par une indifférenciation des vivants et des morts, des hommes et des totems, de l'individu et du groupe… Sur un plan contemporain, le mythe soutient une pensée de la totalité qui nourrit en particulier un désir d'identification de l'individu au groupe (la « nation ») et au *leader*. Aussi est-ce bien une résurgence du mythe qui est à l'œuvre dans les fascismes contemporains.

Les autres formes symboliques luttent pour leur autonomie. En effet, plus une forme symbolique est libérée de la pensée mythique, plus elle permet aux hommes d'objectiver le monde qui les entoure et plus elle leur permet de s'éprouver comme sujets autonomes, capables de raisonner librement. La téléologie à l'œuvre au sein de la *Philosophie des formes symboliques* a donc une visée politique idéale et n'a, par conséquent, rien de nécessaire – le mythe pouvant ressurgir à tout moment.

Pour envisager le droit comme forme symbolique, il fallait donc vérifier sa compatibilité avec ce système global. Aussi importait-il de revenir sur les origines mythiques du phénomène juridique. Celles-ci sont particulièrement évidentes dans certaines institutions de droit romain archaïque, en particulier le *nexum* et le *sacramentum* que nous avons étudiés. Dans ces institutions, l'identification caractéristique de la pensée mythique était à l'œuvre à travers un lien qui n'avait alors pas intégré la sphère du symbolique. Il est certain qu'aujourd'hui, le droit a gagné en objectivité et constitue d'ailleurs une forme symbolique particulièrement autonome, puisqu'elle est capable de dégager et d'imposer une forme de vérité en mobilisant ses propres critères.

Si le droit est bien une forme symbolique – ce que nous avons établi à partir des textes de Cassirer lui-même –, il importait encore de dégager ce qui la caractérise, soit ce qui demeure dans la variation. En effet, la *Philosophie des formes symboliques* s'inscrit dans la lignée du transcendantal kantien, mais diffère fondamentalement de ce dernier en ce qu'elle inscrit les formes symboliques dans un devenir historique. Cassirer cherche donc à réconcilier la question du transcendantal et la variation inhérente à tout processus culturel inscrit dans la durée.

Concernant le droit en particulier, un texte fournit des balises précieuses pour cerner cette articulation. Dans les premiers textes connus de philosophie grecque, Cassirer identifie trois motifs inextricablement liés. Il s'agit des notions de *Dike*, *Logos* et *Cosmos* qui fondent les premières manifestations écrites du droit et que, si le droit est bien une forme symbolique, l'on doit pouvoir continuer d'identifier dans les manifestations contemporaines du phénomène juridique.

La *Dike* est avant tout une revendication populaire, une demande de justice fondée sur une exigence de textes écrits et prévisibles. Au fondement de la *Dike*, il y a donc un profond désir d'égalité, car une loi prévisible et écrite implique une application de la même loi pour tous. À cet égard, la notion de *Dike* renvoie aussi à une juste distribution des parts, chacun devant recevoir ce qui doit lui revenir. Cette notion ne se pense qu'en lien étroit avec un *Logos*, c'est-à-dire un principe de rationalité permettant de départager le vrai du faux – une norme fixe dans le cours toujours changeant du monde. Plus globalement, ce principe de juste distribution qui partage les biens et assigne les places, mais qui distingue aussi le vrai du faux renvoie à un ordre supérieur, celui du *Cosmos*. Lorsqu'on parle de justice humaine et donc de distribution des places dans le monde, c'est aussi à un ordre global, cosmique même, que l'on se réfère – ordre qui aspire à l'équilibre et à la stabilité.

Nous avons vu que, dans le cas *Maurizio Cattelan*, ces trois éléments sont pleinement à l'œuvre : Daniel Druet a assigné les défendeurs sur la base de lois écrites, connues d'avance en vue de voir la place qu'il occupe par rapport aux œuvres redéfinie et, ainsi, de modifier un certain état du réel. Toutefois, il a été

débouté sur la base de règles visant à assurer une certaine stabilité du réel : les présomptions applicables dans cette affaire visent en effet à assurer une correspondance de principe entre un certain état de la réalité et la réalité juridique et à limiter les possibilités de remettre cette situation en cause – en d'autres termes, à protéger une *apparence* de droit[527]. Ce qui est ici vrai ou faux ne dépend alors pas tant de préoccupations extrajuridiques que des principes même du droit, principes qui visent à rendre le monde stable et prévisible.

Reste à voir comment ces principes s'appliquent dans d'autres situations et à d'autres époques.

Conclusion du Titre 2

166. Rappel des principaux enseignements. Nous ouvrions ce travail par une inquiétude d'ordre épistémologique : lorsque plusieurs discours à vocation de vérité s'affrontent, il semble que celui du droit – ou, lorsqu'il s'agit simplement de deux versions purement factuelles d'un même problème, celui que le droit fait sien – jouisse d'un statut particulier. Lorsque, par exemple, Daniel Druet affirme qu'il est auteur parce qu'il a réalisé des œuvres et que Maurizio Cattelan répond par des arguments procéduraux, c'est bien le droit qui, d'une part, départage le vrai du faux et qui, d'autre part, fournit les éléments permettant d'invalider la version de Druet. Par ailleurs, lorsque des acteurs du monde de l'art envisagent les enjeux du procès,

[527] Chaïm Perelman relève ainsi que, contrairement aux sciences théoriques, le droit repose largement sur des présomptions qui tendent à faire correspondre fait et droit : « Nous constatons, à ce propos, qu'il y a une différence technique entre le droit et une science théorique. Quand il s'agit de science, en histoire par exemple, toute assertion doit être prouvée, l'affirmation comme la négation d'un fait non établi étant placées sur un pied d'égalité. Il n'en est pas de même en droit où les présomptions interviennent constamment pour favoriser celui à qui elles profitent. Dans notre droit, tout homme étant présumé innocent jusqu'à preuve du contraire, il n'a pas à prouver son innocence. C'est à l'accusateur, et en général à celui qui veut modifier un état de choses existant, qu'incombe la charge de la preuve. Par ailleurs, les preuves en droit peuvent différer des preuves scientifiques, que l'on accepterait de la part d'un historien, par exemple. Il y a des preuves que le juge ne peut admettre, telle celle des faits prescrits par la loi et de ceux relatifs au contenu d'une diffamation. Dans un grand nombre de cas, la preuve est réglementée, certains genres de preuve étant considérés comme inadmissibles : en effet, la stabilité de l'ordre social peut être, dans certains cas, considérée comme plus importante que l'établissement de la vérité » (C. PERELMAN, *Logique et argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 77-78).

ces derniers sont posés en termes épistémologiques : il s'agit de dire ce qui est, ou non, de l'art aujourd'hui.

Pour rendre compte de cela et apporter des éléments d'explication, il était nécessaire de se pencher sur le fonctionnement du raisonnement juridique lui-même et, en particulier, sur l'exercice de qualification et de définition – soit des procédés essentiellement liés au droit comme langage et processus de mise en récit. Néanmoins, ceci n'a pas suffi à épuiser la question puisque nous avons vu que, même lorsqu'il ne définit pas, le droit a une certaine prise sur le réel. Il était dès lors nécessaire de se déporter au-delà du langage – soit d'examiner le contexte de ce langage et, dès lors, de préciser les conditions de la performativité du langage juridique et, ainsi, d'affiner notre compréhension de cette prise totalisante du droit sur le réel.

Pour ce faire, nous avons envisagé trois approches : l'une anthropologique, l'une sociologique et l'une épistémologique. Ces dernières ne sont pas trois paradigmes isolés, mais, au contraire, se répondent. Ainsi, nous avons vu que, pour Marcel Mauss, la magie est essentiellement un phénomène social. Il convenait dès lors de prolonger la réflexion par des considérations plus directement sociologiques, singulièrement à travers les travaux de Pierre Bourdieu qui réduit les formes d'intelligibilité du réel à des formes avant tout sociales. Il évoque en particulier la question des formes symboliques telle que traitée par Ernst Cassirer et assimile, à notre sens trop rapidement, forme symbolique et principe de construction de la réalité sociale. Pourtant, s'il l'inscrit effectivement dans un devenir historique, Cassirer ne renonce jamais au transcendantalisme et, dès lors, au caractère nécessaire et universel de toute forme symbolique.

Dans la suite de ce travail, c'est principalement à la *Philosophie des formes symboliques* et, en particulier, à la question du droit comme forme symbolique que nous nous référerons afin de préciser la manière dont le droit définit la place et le devenir de certains objets, singulièrement d'objets artistiques. D'une part, ce travail ne se donne pas d'ambitions directement sociologiques ni anthropologiques, bien

que les concepts développés dans ces deux branches permettent déjà de jeter un regard nouveau sur le phénomène juridique et que, comme nous l'avons montré, les trois approches présentées entretiennent des liens étroits. D'autre part, ce sont les questions épistémologiques qui touchent le plus directement à notre sujet et auxquelles nous nous intéresserons donc principalement.

En outre, nous avons vu que la question du droit comme forme symbolique n'est qu'esquissée dans l'œuvre de Cassirer. Ce manque constitue en réalité une double opportunité. D'une part, nous l'avons mentionné, la philosophie des formes symboliques offre un cadre épistémologique particulièrement intéressant pour penser notre problème et, d'autre part, la confrontation de ce cadre à certaines décisions de justice et problématiques ciblées (celle de l'authenticité des œuvres d'art, par exemple) permettra aussi de l'éprouver et d'en vérifier la pertinence. Ainsi, le mouvement est double : du général au singulier et du singulier au général. Il ne s'agit donc pas d'appliquer un cadre conceptuel déjà opératoire, mais de le construire à partir des éléments fournis par Cassirer lui-même et, ensuite, de confronter ce cadre à des décisions de justice variées, mais toujours en partant de celles-ci et en laissant s'exprimer leur irréductible singularité.

Pour ce faire, nous nous pencherons sur la question de l'authenticité des œuvres qui soulèvera immanquablement la question sous-jacente de la figure de l'auteur d'une telle œuvre – nous permettant d'encore un peu mieux éclairer le cas *Maurizio Cattelan*. Du reste, la question de l'œuvre authentique – œuvre vraie, par opposition nécessaire à celle qui serait, fût-ce virtuellement, fausse – permettra d'affiner un trait particulier de la forme symbolique du droit : la question du *Logos* en tant qu'il permet de départager le vrai du faux.

Conclusion de la Première partie

167. Rappel des principaux enseignements. À partir d'un cas en apparence vide de tout enseignement – un cas où la question soumise au tribunal n'a pas été examinée –, nous avons tenté d'esquisser les contours d'une question plus vaste : comment le droit se rapporte-t-il aux œuvres d'art et, en particulier, comment peut-il transformer la place qu'elles occupent dans le monde ? Dans la suite de ce travail, cette question prendra une tournure plus précise en examinant la naissance et la formation du concept d'authenticité.

S'il est vrai que faire du droit c'est raconter des histoires, alors la question du langage devait être abordée prioritairement. Est-ce en mettant en récit que le droit agit sur les objets qu'il examine ? À cet égard, un détour par la philosophie du langage en général s'imposait. De l'Antiquité au Moyen Âge, le cadre de pensée était encore réaliste. Ainsi, les concepts se trouvaient figés puisqu'ils étaient censés exister par eux-mêmes. Cette conception du langage n'a pas été sans lien avec la philosophie du droit d'alors, en particulier concernant Aristote. La querelle des universaux a toutefois bouleversé ce paradigme : le sens des mots ne devait plus avoir d'existence réelle, mais était, au contraire, susceptible de se voir redéfini. Un mot ou un concept, pour le dire autrement, n'est – après la querelle – plus rien d'autre qu'un mot ou un concept : il n'a pas d'existence réelle – il n'est pas incorruptible.

Ce cadre posé, nous pouvions aborder la question qui nous anime directement : en racontant des histoires, le droit change-t-il le monde ? Cette question a été traitée en philosophie contemporaine par John Langshaw Austin, qui développa la notion de performativité du langage. Ainsi, nous avons vu que, à certaines conditions, *dire* peut aussi revenir à *faire*. Concernant le langage juridique en particulier, nous avons étudié le processus de qualification et de définition préalable qu'il implique. Le droit doit ainsi être capable de faire correspondre toute situation factuelle à ses propres catégories.

Afin de vérifier si le langage permettait à lui seul d'expliquer la manière dont le droit peut agir sur un objet artistique, nous avons examiné plusieurs cas de définition juridique de l'œuvre d'art ou d'objets apparentés. Il est ressorti de cet examen que les définitions envisagées ne permettaient pas de dégager une réponse générale. En effet, ces dernières restent toujours cantonnées à des corps de règles limités, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'en tirer des conséquences universalisables. Du reste, nous avons vu que, dans certains cas, le droit agit bien sur des objets sans même les prendre dans son discours au sens strict : il ne définit pas, il ne qualifie pas et, pourtant, il agit tout de même. Le cas *Maurizio Cattelan* est, à cet égard, paradigmatique puisque, précisément, la notion d'auteur y était directement interrogée et fut indirectement traitée, par le filtre de procédures, soit de règles purement juridiques où le droit ne semble alors rien raconter.

S'il est effectivement des cas où l'action du droit déborde du langage, alors il fallait chercher à préciser cet *au-delà du langage*. Tel était l'objet du second titre de la première partie. Pour ce faire, nous avons envisagé trois approches : l'une anthropologique, l'autre sociologique et, enfin, la dernière épistémologique. Ces trois approches ne constituent pas trois manières alternatives d'expliquer un phénomène. Au contraire, elles entretiennent des liens étroits que nous avons tenté de mettre en avant.

Dans son *Esquisse d'une théorie générale de la magie*, Marcel Mauss met d'emblée en garde le lecteur contre une confusion entre acte magique et acte juridique. S'il faut se garder de confondre ces notions, c'est précisément parce qu'elles entretiennent des similitudes troublantes. La magie et le droit sont par excellence des lieux d'action liée au langage. Dans le cas de la magie, l'efficacité de cette action repose en particulier sur le respect de formules rituelles, sur la capacité – ou la *compétence* au sens juridique du terme – de certains individus dont le rôle est socialement reconnu. Plus largement, l'efficacité de la magie repose sur un certain milieu qui rend le caractère magique des actes et des mots possible. Ce milieu est, selon Mauss lui-même, d'abord un milieu social. Au fond, les actes et les mots magiques sont, précisément, *magiques* – c'est-à-dire dire porteurs d'une efficacité

singulière qui permet, par exemple, d'agir par sympathie – parce que la société dans laquelle ils sont posés les considère tels.

Ce caractère éminemment social de la magie selon Mauss a permis à Pierre Bourdieu de considérer que l'acte magique pouvait être envisagé sous un prisme sociologique. Aussi, convenait-il de prolonger l'examen des similitudes entre acte magique et acte juridique et de le déporter sur le terrain sociologique. Comme tout phénomène social selon Bourdieu, le droit est régi par des rapports de domination internes, mais aussi externes. Nous avons vu que, pour Bourdieu, le monde social est articulé en *champs*. Ces champs ne sont pas étanches, mais, au contraire, entretiennent des rapports – lesquels peuvent, en dernière instance, être traduits en termes de rapports de domination. Sans entrer à nouveau dans le détail de la théorie bourdieusienne, nous avons évoqué les particularités du champ juridique. Celui-ci se caractérise notamment par une forte *autonomie*. Cela signifie, d'une part, qu'il est particulièrement indépendant au regard de contraintes externes – par exemple de raisonnements ou de concepts forgés au sein d'autres champs – mais aussi, d'autre part, qu'il a une aptitude particulièrement développée à imposer ses propres mécanismes au sein d'autres champs. Aussi, avons-nous abordé une première fois la question d'une vérité propre au droit, mais qui, pourtant, produit des effets bien au-delà du droit.

Cette question d'une *vérité du droit* sera particulièrement développée dans la seconde partie de ce travail, sans toutefois la rattacher directement aux travaux de Pierre Bourdieu. Si le droit produit une vérité d'un type particulier, alors il semblait indispensable de prolonger la réflexion en des termes directement épistémologiques. C'est à cette troisième dimension que nous avons consacré les développements les plus importants. D'une part, cette approche constitue le point de convergence des deux approches précédentes. D'autre part, notre inquiétude de départ appelait une dimension épistémologique : si le droit se rapporte aux œuvres d'art d'une manière qui lui est singulière, comment les comprend-il et, plus largement, quelle conception du monde dans lequel ces œuvres prennent place véhicule-t-il ?

À lire Bourdieu, le point de convergence des trois approches présentées était sa propre sociologie. Il est vrai – nous l'avons vu – que Mauss caractérise le phénomène magique comme un phénomène d'abord social. Concernant l'épistémologie, Bourdieu cite les travaux d'Ernst Cassirer et, en particulier, sa *Philosophie des formes symboliques*. Pour le sociologue, ces formes symboliques sont d'abord des formes de la vie sociale et, dès lors, appellent une étude sociologique. Pourtant, les ambitions théoriques de Bourdieu se trouvent contrariées dès lors que l'on vérifie ses arguments. En effet, Cassirer n'a jamais réduit les formes symboliques à un phénomène social. La note de bas de page du *Mythe de l'État* citée par Bourdieu pour étayer sa thèse semble ne pas exister. D'ailleurs, lorsqu'on étudie de près la philosophie des formes symboliques, on ne peut passer à côté de son ambition résolument transcendantale – et donc, d'une certaine manière, universelle et permanente –, ce qui semble bien peu compatible avec un ancrage sociologique – par essence dépendant de l'état contingent d'une société située.

L'étude de la *Philosophe des formes symboliques* s'imposait dès lors pour une raison qui tient du parti-pris méthodologique : c'est lorsqu'il n'y a apparemment rien à dire qu'il importe de chercher davantage. Concernant la philosophie des formes symboliques, la manière dont Bourdieu en balayait la singularité pour la ramener à sa propre théorie justifiait déjà qu'on s'attarde réellement sur les travaux de Cassirer. En outre, puisque nous étudions une question juridique, l'étude des formes symboliques s'imposait pour une autre raison : la question juridique n'y est que laconiquement traitée. En effet, Cassirer ne consacre aucun ouvrage spécifique au droit en tant que forme symbolique – à peine évoque-t-il le phénomène juridique dans l'un ou l'autre texte.

Afin de situer le droit dans l'économie générale de la philosophie des formes symboliques – et, partant, d'envisager le phénomène juridique comme une forme symbolique à part entière, et non comme un impensé ou un accident dans la philosophie de Cassirer –, il importait de passer par une présentation générale, mais toujours déjà rapportée à la question du droit, de la notion de forme symbolique. Pour ce faire, nous avons identifié plusieurs traits caractéristiques de cette notion. Cette

présentation générale a déjà fait ressortir la pertinence de la notion de forme symbolique au regard du droit – avant même d'en étudier les spécificités.

Par ailleurs, en confrontant systématiquement le cas *Maurizio Cattelan* aux traits caractéristiques de la philosophie des formes symboliques, nous avons aussi – en filigrane –tenté de montrer comment une réflexion très précise – liée à un cas jurisprudentiel –, articulée à une réflexion beaucoup plus générale – une théorie du droit, en quelque sorte –, pouvait déboucher sur des conclusions qui apportent un éclairage tant sur la question *micro* que sur la question *macro*. En effet, d'une part, la compréhension du droit en tant qu'il est une forme symbolique doit, dans notre présentation, beaucoup au cas *Maurizio Cattelan*. D'autre part, le cas *Maurizio Cattelan* a ainsi vu sa portée heuristique réelle mise en avant – ce qui nous permettra en outre, dans la suite de ce travail, d'interroger la puissance théorique du cas singulier.

Après avoir établi que le droit est bien une forme symbolique, il restait à en préciser les contours. S'il n'a pas rédigé de livre spécifiquement consacré à la forme symbolique du droit, Cassirer a néanmoins laissé plusieurs textes qui, à notre sens, permettent de retracer fidèlement ce qu'aurait pu être une telle forme symbolique. Pour effectuer ce travail, il convenait d'adopter – à une échelle infiniment plus modeste – la méthode qui a présidé à ses ouvrages sur le langage, le mythe et la religion ou encore la science. Dans ces trois tomes de la *Philosophie des formes symboliques*, Cassirer cherche toujours à articuler le particulier et le général. En d'autres termes, ces ouvrages sont à la fois des sommes d'histoire de la philosophie – mais aussi d'histoire de la linguistique, des sciences ou encore des religions – et les vecteurs d'une pensée originale propre à l'auteur. Pour saisir les grandes orientations de chaque forme symbolique – pour saisir, donc, les contours de leur transcendantalisme –, Cassirer s'en référait aux origines, au moment où naissent les concepts et, ensuite, à leur déploiement dans le cours historique. Cette démarche n'est pas sans lien avec l'économie de la *Philosophie des formes symboliques* elle-même. En effet, les formes symboliques ont toutes pour origine le

mythe. Aussi, partir des origines, c'est toujours partir de l'origine mythique d'un concept.

Pour préciser les contours de la forme symbolique du droit, il convenait de revenir aux origines mythiques du droit. Cassirer avait déjà donné des éléments à ce sujet dans *Éloge de la métaphysique* où il étudiait la pensée du philosophe suédois Axel Hägerström. Nous avons tenté de prolonger cette réflexion. Puisqu'il convenait de revenir aux origines, un texte de Cassirer sur la question du droit méritait encore une attention particulière. Ce texte, encore inédit en français, revenait sur l'émergence et l'imbrication conceptuelle de trois concepts : *Dike*, *Logos* et *Cosmos*. Nous avons caractérisé chacune de ces notions. À notre sens, elles constituent l'armature véritable de la forme symbolique du droit. Ainsi, chaque manifestation du phénomène juridique – qu'elle soit antique ou contemporaine – peut être rapportée à cette triade : si le contenu du droit est éminemment variable dans le temps et l'espace, il peut toujours être compris selon ces trois éléments[528].

[528] La question de savoir si ces éléments sont des éléments définitoires du phénomène juridique, soit des éléments d'identification d'un tel phénomène, mériterait d'être examinée en profondeur ailleurs. Une forme symbolique est avant tout une certaine manière de voir la réalité, et donc de la comprendre. Ainsi, la forme symbolique du mythe permet d'apporter un sens à des phénomènes qui en seraient, vus par le prisme scientifique, dépourvus – ou qui, du moins, signifieraient tout autre chose. Une forme symbolique ne caractérise pas un phénomène, elle détermine le rapport de sujets à ce phénomène en tant qu'il véhicule un certain sens, voire une certaine rationalité. Cela ne pose pas réellement de problème dans le cas du langage, du mythe et de la religion ou de la science : l'objet de ces disciplines est aisément identifiable ou, du moins, peut faire l'objet d'une détermination précise. Les laborantins ne se demandent sans doute jamais s'ils font bien *de la science*, ni les mystiques si l'objet de leurs rites est effectivement *religieux*. Peut-être le linguiste s'interroge-t-il davantage sur les contours exacts de ce qu'on appelle *langage*. Il en va autrement du droit quand on cherche à le penser *en général*. L'identification du phénomène juridique est, en tant que telle, problématique. Le fait qu'un phénomène puisse être pensé à travers ces trois notions suffit-il à la qualifier de juridique ? À l'inverse, un phénomène qui ne se laisserait pas percevoir à travers ces trois éléments doit-il être disqualifié du point de vue de sa juridicité ?
Pour aborder trop rapidement un cas polémique, le droit nazi est-il « du droit » au regard des éléments dégagés par Cassirer ? Rien ne permet de l'exclure et c'est là la force du système de Cassirer : la *Dike* véhicule une idée d'égalité et d'équilibre en général mais son contenu n'est pas fixe. Elle établit un partage du monde, elle désigne des égaux. Dès lors, elle laisse toujours des inégaux. Du droit romain au droit contemporain, en passant par les droits des régimes totalitaires, on peut *lire* les règles juridiques à travers ces notions et donc comprendre le monde de ce point de vue, ce qui n'empêche nullement de critiquer leur contenu – par exemple parce ce dernier serait trop imprégné de mythe (désubjectivation et donc recul de la liberté individuelle, désir d'identification « du » peuple avec « son » leader…). La philosophie des formes symboliques semble dès lors fournir les outils d'un regard critique sur ses propres manifestations. En cela, c'est un système qui semble particulièrement puissant sur le plan théorique, mais aussi particulièrement fécond, voire désirable, sur le plan politique car s'il permet de comprendre la diversité du monde et de penser l'articulation des modes

Dans la suite de ce travail, nous tenterons de montrer comment la forme symbolique du droit peut être rapportée à l'émergence et à l'évolution d'un concept juridique particulier, celui d'authenticité. Nous poursuivrons du reste notre entreprise de caractérisation du droit en tant que forme symbolique en approfondissant la question de la *vérité du droit* – élément central du *Logos* cassirérien, qui mobilise aussi les notions de *Dike* et de *Cosmos*.

de compréhension, il apporte aussi les instruments de sa propre critique à l'aune de l'idéal d'un sujet intellectuellement indépendant et libre.
Les trois éléments caractérisant la forme symbolique du droit permettent donc d'apporter une certaine rationalité à tout phénomène juridique, sans doute même à celui qui valut à Cassirer l'exil au cours duquel il écrivit ses textes sur le droit.
La question de savoir si ces trois éléments de compréhension sont aussi des éléments d'identification demeure toutefois, de notre point de vue, non tranchée. Si l'on qualifiait ces éléments de traits d'identification, il faudrait encore déterminer s'ils sont seulement nécessaires ou s'ils sont aussi suffisants. Nous laissons – peut-être provisoirement – ces questions en suspens.

Seconde partie. Étude de cas – Le faux ou l'(in)authentique : quand le droit façonne des concepts artistiques

168. Présentation générale. Dans cette dissertation, le cas *Maurizio Cattelan* est un fil rouge pour la pensée, une porte d'entrée vers une réflexion plus globale dont les conclusions ne doivent pas être cantonnées au seul droit d'auteur. Dans cette seconde partie, la focale sera concentrée sur la question du « faux » artistique, qui nécessitera d'interroger le « vrai » juridique. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur la manière dont le droit appréhende la notion du faux en art en examinant les origines de cette « obsession moderne » et ses survivances (Titre 1. L'œuvre d'art et le faux : émergence et survivances). Dans un second temps, nous nous pencherons plus directement sur le traitement juridique de cette notion à travers plusieurs cas en apparence anecdotiques. Ce faisant, nous nous interrogerons aussi sur la pertinence d'envisager une question générale à partir d'éléments traditionnellement relégués à l'anonymat des notes de bas de page. Ces cas permettront notamment d'aborder la question d'un régime de vérité propre au droit et de retracer l'évolution de la prise en compte par les juges d'une notion sur laquelle l'attention aura déjà été attirée précédemment : l'authenticité (Titre 2. Le faux révélateur du vrai, ou l'œuvre d'art et la *vérité* du droit).

Tout du long de cette seconde partie, nous tâcherons de montrer que, alors même que le contenu d'une notion juridique évolue, les éléments caractérisant ce que nous avons identifié comme la *forme symbolique* du droit (*Dike*, *Logos*, *Cosmos*) restent toujours identifiables.

Titre 1. L'œuvre d'art et le faux : émergence et survivances

> « Ce sont les choses mortes depuis longtemps, en effet, qui hantent le plus efficacement – le plus dangereusement – notre mémoire : la ménagère d'aujourd'hui, quand elle fait son horoscope, continue de manipuler les noms de dieux antiques auxquels plus personne n'est censé croire »[529].

169. Le lien entre une personne et une œuvre : où nous sommes et d'où nous venons. Le lien qui unit une œuvre d'art à son auteur semble, aujourd'hui, être devenu une préoccupation majeure prise en compte par le droit. Il ne se passe pas une semaine sans que la presse, spécialisée ou généraliste, ne fasse état de scandales liés à de *faux tableaux* ou à des tableaux dont l'*authenticité* est contestée[530].

Cette préoccupation trouve plusieurs échos en droit positif (Chapitre 1. Survivances). Ainsi, en France, nous le verrons, le législateur a établi une terminologie précise, permettant de rendre compte du caractère plus ou moins établi de ce lien dans le cadre de ventes d'œuvres d'art ou d'objets de collection. Si

[529] G. DIDI-HUBERMAN, *L'image survivante. Histoire de l'art et temps des fantômes selon Aby Warburg*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2002, p. 85.

[530] Ainsi, à simple titre d'exemple, en consultant le site internet de *Connaissance des arts* (www.connaissancedesarts.com), un média spécialisé destiné au grand public, à la date du 16 septembre 2021, on trouve des articles aux titres révélateurs : « Trafic de fausses œuvres d'art : la police italienne saisit 500 tableaux contrefaits de Bacon », « Modigliani, Goya, Le Greco : trois faux saisis par la police espagnole à Tolède », « Faux tableaux de maîtres anciens : l'affaire Ruffini, le scandale qui secoue musées et collections privées », « Scandale en Russie : le musée de l'Ermitage accusé d'exposer de faux œufs de Fabergé », « Des faux Van Gogh conservés à la National Gallery of Art de Washington ? »… Du reste, le passage du faux à l'authentique ou, à l'inverse, de l'authentique au faux change considérablement la place que l'œuvre occupe dans un espace d'échanges économiques mais aussi, plus fondamentalement, dans le monde, allant parfois même jusqu'à remettre en cause la légitimité de son existence physique : « Un faux Chagall bientôt détruit : la collectionneuse l'avait acheté 90 000 dollars » (4 août 2022), « "C'est une découverte magique" : en Angleterre, un couple possédait sans le savoir un rare artéfact chinois dans son garage » (28 novembre 2023), « Aux États-Unis, une femme achète sans le savoir pour 4 dollars un rare vase qui en vaut plus de 100 000 » (20 décembre 2023), « Redécouverte dans la salle à manger d'une famille anglaise, une aquarelle de Turner pourrait valoir plus de £30 000 » (18 mars 2024), « Découverts par hasard dans un grenier en Angleterre, deux rares vases en porcelaine se vendent plus de 300 000 euros aux enchères » (5 avril 2024), etc.

la Belgique ne s'est pas dotée d'un tel arsenal terminologique officiel, il n'en demeure pas moins certain que l'œuvre d'art, d'un point de vue juridique, ne peut se penser qu'en rapport étroit avec un auteur. Le droit appréhende l'œuvre d'art comme le signe du passage d'un auteur. Celle-ci ne se pense qu'en rapport étroit avec une personnalité, celle de l'artiste qui en est l'origine. Ceci est vrai tant du point de vue du droit d'auteur que du point de vue du droit civil, singulièrement concernant les questions d'attribution dans le cadre de ventes – nous nous y attarderons. Cette préoccupation est résolument ancrée dans une conception de l'œuvre d'art qui émerge à la Renaissance (Chapitre 2. Émergence). Fidèle à notre programme, nous tenterons d'identifier le rôle du droit dans la formation de préoccupations qui, *a priori*, lui semblent étrangères. Ce faisant, nous affinerons encore notre compréhension du phénomène juridique. Véritable *forme symbolique*, il impose son propre cadre d'intelligibilité au réel au sein duquel il se déploie.

Une présentation à partir des survivances, soit des manifestations actuelles de préoccupations à bien des égards anciennes, n'a pas que des vertus formelles (ce que d'aucuns appelleraient de la coquetterie – encore que la coquetterie ne soit pas un vilain défaut). L'ancrage historique d'une notion est rarement pur. Aussi, l'émergence de la figure de l'artiste comme individualité que l'on associe à Vasari et ses *Vies*[531] et qui, en même temps, marque le début d'une « Histoire de l'art » ne doit peut-être être vue que comme une re-naissance : « l'histoire de l'art – la discipline ainsi nommée – *recommence chaque fois* »[532]. Au fond, on peut identifier des points de saillance où une préoccupation se fait particulièrement vive mais jamais un point de départ ni, plus généralement, un moment historique, exempts de toute impureté – la question des résurgences contemporaines du mythe chez Cassirer l'atteste. En revanche, concernant notre sujet, il est bien plus aisé d'identifier objectivement des éléments de droit positif qui manifestent l'actualité de préoccupations dont la naissance est antérieure. C'est dès lors pour éviter l'écueil d'une présentation chronologique qui ne pourrait être que parcellaire et caricaturale que nous avons pris

[531] Voy. *infra*, n° 189 et s.
[532] G. DIDI-HUBERMAN, *L'image survivante. Histoire de l'art et temps des fantômes selon Aby Warburg*, *op. cit.*, p. 11.

le parti de remonter le fil du temps à partir des survivances : notre ancrage est d'abord le droit positif qui nous permettra, ensuite, de mettre l'accent sur quelques phénomènes passés dont l'étude éclairera non seulement le droit positif, mais aussi le phénomène juridique et, en particulier, la question d'une *vérité* du droit – élément central du *Logos* de la forme symbolique du droit identifié par Cassirer – qui sera abordée au titre suivant (Titre 2. Le faux révélateur du vrai, ou l'œuvre d'art et la *vérité* du droit).

Chapitre 1. Survivances

170. Le lien entre une personne et une œuvre : où nous sommes. Avant d'en venir au contexte qui a vu naître ce lien intime entre l'œuvre et son auteur, il nous semble intéressant d'en examiner les survivances ou, plus concrètement, de dresser une brève esquisse de leurs manifestations en droit positif (Section 2. Illustrations). Ainsi, nous analyserons brièvement la manière dont la condition d'originalité en droit d'auteur est définie par le droit de l'Union européenne. Nous envisagerons ensuite la manière dont le droit français veille à assurer une adéquation fine entre la terminologie employée à propos d'une œuvre dans le cadre d'une vente et le degré de certitude du lien qui rattache cette œuvre à son origine, qu'il s'agisse d'un auteur ou d'une époque. Dans un cas comme dans l'autre, l'œuvre est conçue comme la *trace*, l'*indice* d'un passage ; elle s'inscrit dans l'ensemble d'une production homogène où chaque chose est ou, du moins, *doit être* à sa place. L'œuvre est le *reste* ou le *résidu* d'une entité plus vaste qu'il faudra identifier. Ces occurrences juridiques s'inscrivent dans un cadre particulier : celui d'une véritable obsession pour la question du faux (Section 1. L'obsession moderne du faux).

Section 1. L'obsession moderne du faux

171. L'obsession moderne du faux : généralités. L'attention portée à l'origine des œuvres d'art n'est pas, tant s'en faut, l'apanage du droit, mais constitue bien une préoccupation contemporaine essentielle dans tous les domaines, au moins depuis le milieu du XIX^e^ siècle. D'après Thierry Lenain, le phénomène du faux artistique peut même être qualifié d'« obsession moderne », comme en témoigne l'abondante littérature consacrée au sujet à partir de ce moment. En effet :

> « Ce n'est que depuis le milieu du XIX^e^ siècle que [le faux en art] est devenu l'objet d'une préoccupation anxieuse et croissante. Les premiers ouvrages traitant spécifiquement de ce sujet sont apparus vers 1860, et leur nombre s'est accru de façon spectaculaire jusqu'à nos jours [...]. Une bibliographie spécialisée publiée en 1950 contient plus de 850 entrées [R.G. REISNER, Fakes and Forgeries in the Fine Arts : A Bibliography (New York, 1950)]. Depuis lors, la tendance a pris une telle ampleur qu'il faudrait certainement un gros volume pour répertorier tous les livres, articles et communications sur le sujet » (traduction libre).[533]

172. L'obsession moderne du faux (suite) : manifestations juridiques. Les sources juridiques confirment cette tendance puisque les contestations liées à l'authenticité des œuvres, de même que les réponses législatives qui y ont été apportées, se sont, elles aussi, multipliées à partir de la seconde moitié du XIX^e^ siècle[534]. Dès cette époque, écrit Laurent Pfister, « amateurs, collectionneurs, mais aussi marchands craignent les faux et ne peuvent plus se contenter, comme c'était le cas auparavant, d'attributions approximatives »[535]. On citera, en particulier, la loi française des 9-12 février 1895 sur les fraudes en matière artistique qui, jusqu'à

[533] « It is only since the middle of the nineteenth century that [art forgery] has become the object of an anxious and ever growing preoccupation. The first books dealing specifically with this topic appeared in around 1860, and their number has increased dramatically up to the present day [...]. A specialized bibliography published in 1950 contains more than 850 entries [R.G. REISNER, *Fakes and Forgeries in the Fine Arts: A Bibliography* (New York, 1950)]. Since then, the tendency has risen to such daunting heights that it would certainly take a fat volume to list all the books, articles and papers on the subject » (T. LENAIN, *Art Forgery. The History of a Modern Obsession*, Londres, Reaktion Books, 2011, p. 13).

[534] L. PFISTER, « Le Tournant du XXe siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », *op. cit.*, pp. 15-50.

[535] *Ibid.*, p. 36.

aujourd'hui, n'a pas subi de modification profonde. Cette loi sanctionne de deux ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende[536], sans préjudice de dommages-intérêts, « ceux qui auront apposé ou fait apparaître frauduleusement un nom usurpé sur une œuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure ou de musique » (article 1er), de même que « ceux qui, sur les mêmes œuvres, auront frauduleusement, et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, imité sa signature ou un signe adopté par lui » (article 1er). Elle prévoit en outre que « les mêmes peines seront applicables à tout marchand ou commissaire qui aura sciemment recelé, mis en vente ou en circulation les objets revêtus de ces noms, signatures ou signes » (article 2). La loi est limitée aux œuvres qui ne sont pas dans le domaine public (article 4).

Parallèlement aux questions d'attribution proprement dites, la jurisprudence relative au droit d'auteur évolue également dans un sens qui fait de l'œuvre le reliquat d'un passage de son auteur. En effet, c'est également au tournant du XXe siècle, dans le cadre d'un contentieux lié à des œuvres photographiques, qu'émerge la condition d'originalité. Pour bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur, il faut désormais que l'œuvre soit originale ; c'est-à-dire qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur : « l'œuvre d'art n'est protégée qu'à la condition de porter l'empreinte de la personnalité de son créateur et elle ne porte l'empreinte de la personnalité qu'à la condition d'une composition, mais aussi d'une exécution personnelle du créateur »[537]. Cette conception est toujours appliquée aujourd'hui par les juridictions européenne et nationales, ainsi que nous le verrons.

Du point de vue du droit civil, c'est aussi à ce moment que se multiplient les demandes d'annulation de ventes d'œuvres d'art pour défaut d'authenticité. Cet aspect retiendra particulièrement notre attention en raison de sa pertinence particulière pour comprendre la manière dont le droit façonne le monde en fonction

[536] La version originelle prévoyait d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et une amende de 16 francs au moins et de 3000 francs au plus, sans préjudice de dommages et intérêts.
[537] L. PFISTER, « Le Tournant du XXe siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », *op. cit.*, p. 28.

de sa logique propre, pour comprendre aussi comment les objets soumis à son examen en sont sortis transformés. En effet, le droit pénal tend avant tout à réprimer des actes et à sanctionner des personnes. La loi des 9-12 février 1895, évoquée *supra*[538], prévoit ainsi des amendes ou des peines d'emprisonnement, dont les *faussaires*, ou ceux qui auront apporté leur concours à leur entreprise, écoperont. L'adoption d'une telle loi est évidemment le symptôme d'une préoccupation devenue majeure. En revanche, à notre sens, le droit pénal permet une attention moins fine aux objets. Ce que la loi pénale cherche avant tout à déceler, c'est un coupable : une personne rattachable à un acte.

Le droit civil fonctionne différemment et s'intéresse principalement aux objets liés à la transaction contestée. Ainsi, la recherche par les cours et tribunaux des *qualités substantielles* ou de la *substance* d'un tableau dans le cadre de litiges poursuivant l'annulation de ventes nous en apprendra beaucoup sur la manière dont le droit amorce la *transformation* des objets qui lui sont soumis, dont le droit décèle le *vrai* du *faux* (*Logos*) et dont il assigne, corrige ou réassigne des places afin de rétablir un ordre perturbé (*Cosmos*). C'est la raison pour laquelle nous nous concentrerons essentiellement sur l'examen du développement de la jurisprudence relative aux contestations liées à l'authenticité dans un cadre civil. En examinant au plus près les rapports qui se nouent entre le raisonnement juridique et le destin d'un objet, en cherchant des cas anecdotiques, mais relativement nombreux, nous espérons montrer comment le droit a projeté sur des objets ses propres critères de compréhension et d'organisation du monde. Si, dans un premier temps, nous voyons *un Corot*, dans un second temps, *un Corot à l'authenticité contestée* et, dans un troisième temps – un temps définitif –, *un faux Corot*, il convient d'identifier ce qui permet ces changements dans la perception même d'un objet qui, pourtant, reste à tout moment identique à lui-même.

« N'est visible pour l'esprit que ce qui s'offre à lui dans une figure déterminée ; or chaque figure de l'être procède d'abord d'un genre et d'une manière déterminée du

[538] N° 172.

voir, d'une donation idéelle de forme et de sens »[539]. L'examen de décisions relatives à des ventes d'œuvres à l'authenticité contestée permettra d'affiner encore la manière dont le droit procède dans cette *donation idéelle de sens*. Nous sortirons de notre examen avec une meilleure compréhension des mécanismes que met en œuvre la forme symbolique du droit pour la constitution et l'appréhension du réel.

173. Précision méthodologique – Retour à Cassirer. L'attention singulière que nous porterons à des cas isolés pour chercher à préciser le régime général de la forme symbolique du droit – dont les traits saillants ont déjà été esquissés au départ des textes de Cassirer lui-même – s'inscrit dans la continuité de la démarche esquissée par Cassirer pour les autres formes symboliques :

> « On peut montrer que tout travail intellectuel qu'accomplit l'esprit pour donner aux impressions singulières la forme de représentations et de concepts "généraux", vise essentiellement à libérer le particulier donné ici et maintenant de son isolement, à le rapporter à autre chose et à le réunir avec autre chose dans l'unité d'un ordre extensif, dans l'unité d'un "système". La forme logique du concept, au sens de la connaissance théorique, n'est rien d'autre qu'un préliminaire pour la forme logique du jugement – et tout jugement vise à dissoudre et à dépasser l'apparence d'isolement propre à chaque contenu particulier de la connaissance. Ce qui est apparemment singulier doit être "subsumé" sous une généralité, saisi comme un "cas" tombant sous une loi ou comme l'élément d'une multiplicité, d'une série pour être connu, compris et conçu »[540].

Si le particulier doit être rapporté au général, ce n'est pas par opposition à celui-ci, mais bien « à titre de complément, de supplément et de corrélat nécessaire »[541]. Le singulier conserve une signification propre, non réductible à son intégration sous une loi. La règle générale n'existe pas abstraitement, elle n'est pas fixée de toute éternité, mais, au contraire, est soumise aux variations imposées par les nombreuses singularités. Le droit reste forgé par les hommes. Les caractéristiques que nous en donnons demeurent soumises au cours des événements. Il ne s'agit pas pour les juges de rapporter la partie au tout, mais bien également de voir la forme du tout dans la partie. Par analogie avec la méthode de Goethe définie pour l'examen de la nature,

[539] E. CASSIRER, *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, *op. cit.*, p. 17.
[540] *Ibid.*, p. 40.
[541] *Ibid.*, p. 41.

déjà mentionnée, on peut soutenir que, contrairement à ce qui est traditionnellement enseigné, le juge ne raisonne pas par *subsomption* du particulier sous le général – auquel cas, le général serait immuable – mais, plutôt, en mettant en œuvre une *organisation* où la partie est rapportée au tout, mais où le tout est également pris dans la partie. Ainsi, l'objet conceptuel se meut : « il ne représente pas une figure simple, mais se déploie en une riche série de figures : il tombe sous la loi de la "métamorphose" »[542]. Comment expliquer autrement l'évolution de l'application d'un concept juridique ? Ainsi, l'exercice de qualification juridique est moins fluide qu'il y paraît. S'il existe effectivement des concepts généraux définis par la loi et ayant des implications concrètes (vol, père ou mère, recel, œuvre originale, etc.), les cas singuliers s'inscrivent dans un une série de rapports comprenant la définition générale, laquelle est donc susceptible de se laisser entraîner. Le cas particulier n'a de signification que dans la mesure où il renvoie au tout et à une infinité d'autres hypothèses. Il s'inscrit dans un réseau de variations sur un même thème (celui de l'(in)authentique, en l'occurrence). Or, on sait que les variations sont souvent plus complexes et subtiles que le thème qui, lors de sa dernière exposition, peut sembler bien éloigné de ce qu'il était au début de l'œuvre.

174. L'obsession moderne du faux (suite) : éléments contextuels. La conception personnaliste de l'œuvre véhiculée par le droit dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle s'épanouit bien entendu sur un terreau fertile préparé de longue date. Les facteurs explicatifs sont nombreux. Laurent Pfister souligne « l'effet conjugué de revendications d'artistes, de l'essor du marché de l'art, devenu spéculatif, ou encore de la politique culturelle de la III^e^ République »[543]. Dans *La République de l'œil*, Pascal Griener évoque le lien conceptuel qui unit le dogme de la transsubstantiation et le culte voué à l'objet d'art aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles : « *Hoc est enim corpus meum* : par la parole sacramentelle, le pain devient le corps du Christ, dans sa présente, mais invisible présence. *Hoc est enim corpus Raphaelis* : ceci est un tableau de Raphaël,

[542] *Ibid.*, p. 42.
[543] L. PFISTER, « Le Tournant du XXe siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », *op. cit.*, p. 15.

tout empli de sa présence, tout entier façonné de sa main »[544]. Ainsi, dès l'aube du XVIII[e] siècle, l'histoire de l'art semble se définir comme « un art de la trace ». Sans entrer ici dans le détail de la longue et passionnante démonstration qu'en livre Griener, relevons que, selon lui, « Dézallier d'Argenville [1680-1765] exprime une idée courante lorsqu'il affirme qu'"un coup de pinceau, [...] une seule touche d'arbres dans un tableau, découvre son auteur" [Antoine-Joseph Dezallier d'Argenville, *Abrégé de la vie des plus fameux peintres*, Paris, De Bure l'aîné, 1762, 4 vol., I, p. xxxix] »[545]. L'œuvre fonctionne alors déjà comme « la trace d'un faire spontané et comme le dépôt d'un geste sublime, celui de l'artiste »[546]. Conséquence de cette valorisation du geste de l'artiste, c'est le dessin qui est mis en avant, au détriment de la peinture. Roger de Piles écrit ainsi : « Le peintre qui veut finir un Tableau, tâche de sortir, pour ainsi dire, de lui-même, afin de s'attirer les louanges qu'on donne aux parties dont on sent bien qu'il est dépourvu ; mais en faisant un Dessein, il s'abandonne à son génie, & se fait voir tel qu'il est [Roger de Piles, *Abrégé de la vie des peintres : Avec des réflexions sur leurs ouvrages, et un traité du peintre parfait, de la connaissance des desseins, & de l'utilité des estampes*, Paris, Sercy, 1699, p. 67] »[547]. L'œuvre apparaît dès lors comme « le résultat d'un processus qu'une analyse génétique peut reconstruire »[548]. Cette conception de l'œuvre comme résidu *lisible* et *déchiffrable* du passage d'un auteur s'ancre dans et, à la fois, renforce l'émergence de la pratique du *connoisseurship*, c'est-à-dire de l'expertise en matière d'*attribution* des tableaux. Pratique scientifique, mais aussi pratique mondaine et commerciale, la science de l'attribution achève d'assimiler l'œuvre à une marchandise dont la valeur peut varier. L'œil du connaisseur transfigure le tableau : « d'un tableau orphelin, il tire une œuvre attribuée, datée, admirée ; d'un objet errant, une pièce rare. Et ce jugement s'opère d'un coup d'œil bien décoché. Pour produire tout son effet, le connoisseur cache la longue pratique qui lui permet de juger rapidement toute pièce présentée devant lui. Considéré par le profane, un tel

[544] P. GRIENER, *La République de l'œil. L'Expérience de l'art au siècle des Lumières*, Paris, Odile Jacob, 2010, p. 25.
[545] *Ibid.*, p. 198.
[546] *Ibid*.
[547] Cité par *ibid*.
[548] *Ibid*.

exercice de jugement semble le simple effet de la grâce »[549]. La méthode du *connoisseur* poursuit un triple objectif : « (1) identifier la main qui a créé l'œuvre, (2) juger de sa qualité, enfin (3) déterminer si l'œuvre s'avère une copie ou un original »[550]. Si le talent de l'expert semble relever d'un don céleste, il ne diffère en réalité pas fondamentalement de celui du médecin. Griener note en effet que « l'analyse nouvelle du dessin entretient des analogies saisissantes avec la sémiotique médicale, dont l'objet est "tout effet apparent, par le moyen duquel on parvient à la connaissance d'un effet plus caché, dérobé au témoignage des sens. Ainsi, le phénomène ou symptôme, peut devenir un signe lorsqu'on cesse de le considérer abstractivement, & qu'on s'en sert comme d'un flambeau pour percer dans l'intérieur obscur de l'homme sain ou malade" [*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, pas une Société de gens de lettres*, éd. Diderot et d'Alembert, Paris, Briasson, 1751-1780, 35 vol., XV (1765), p. 188] »[551]. Cette analogie avec la science médicale renforce le lien qui unit le dessin de l'artiste à l'état de son âme puisque, comme l'écrit Goethe, « [les dessins] nous situent immédiatement dans l'état d'âme où se trouvait l'artiste au moment de la création » (Johann Peter Eckermann, *Gespräche mit Goethe in den letzen Jahren seines Lebens, 1823-1832*, Leipzig, Brockhaus, 1837-1848, 3 vol., I, pp. 360-361 [5 juillet 1827])[552].

Ces quelques prémices – dont on ne prétend pas qu'elles constituent une analyse exhaustive des conditions d'émergence des outils juridiques dont nous allons examiner la naissance – semblent mettre en évidence au moins deux éléments essentiels pour le développement du droit lié aux œuvres d'art : premièrement, l'œuvre est rattachable à un auteur identifié, lequel a laissé dans celle-ci une trace de son passage ; deuxièmement, la trace de ce passage est décelable par une pratique qui envisage les œuvres comme des objets auxquels une certaine *valeur* doit être attribuée. Ainsi, l'attribution peut profondément affecter la place d'un

[549] *Ibid.*, p. 97.
[550] *Ibid*.
[551] *Ibid.*, p. 198.
[552] cité par *ibid.*, p. 199.

tableau dans un monde de l'art hiérarchisé. « Au-delà du tableau, de la sculpture qu'il examine, l'expert négocie les conditions de visibilité même de l'œuvre d'art »[553].

Section 2. Illustrations

175. L'obsession moderne du faux (suite) : occurrences en droit positif. L'obsession que nous venons de décrire trouve plusieurs actualisations concrètes en droit positif. Nous examinerons plus particulièrement la question de l'originalité en droit d'auteur (§ 1. Droit d'auteur et originalité) et celle de l'authenticité en matière de ventes d'œuvres d'art (§ 2. L'authenticité des œuvres d'art, notion centrale en droit positif).

§1. Droit d'auteur et originalité

176. L'originalité comme reflet de la personnalité d'un auteur. Sans entrer ici dans le détail de la réglementation[554/555], le droit d'auteur confère un certain monopole d'exploitation à un auteur sur son œuvre. Pour jouir de cette protection

[553] *Ibid.*, p. 95.

[554] Celle-ci est pour une large part internationale. La matière est également étroitement règlementée au niveau de l'Union européenne. Les États disposent toutefois d'un pouvoir d'appréciation important concernant certains aspects de la réglementation. Au niveau international, c'est la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, adoptée en 1886 et plusieurs fois modifiée depuis, qui constitue le principal texte normatif. Signalons encore le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté en 1996. Il s'agit d'un arrangement particulier permis par la Convention de Berne qui porte sur la protection des œuvres et des droits d'auteur dans un environnement numérique. L'Union européenne s'est dotée de nombreuses directives visant à harmoniser la matière au sein des États membres. Ces directives posent un cadre commun de protection minimale et laissent parfois une certaine marge de manœuvre aux États membres (par exemple en matière d'exceptions au droit d'auteur). Elles doivent être transposées par les États membres dans leurs ordres juridiques *via* l'adoption d'une loi ou d'un autre instrument adéquat. Les principales directives en matière de droit d'auteur sont la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. Récemment, une directive 2019/790/UE du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE a été adoptée. Au niveau national, les règles relatives au droit d'auteur sont principalement reprises au sein du livre XI du Code de droit économique, pour la Belgique, et au sein de la première partie de la partie législative du Code de la propriété intellectuelle, pour la France.

[555] Pour un panorama plus vaste de la notion d'originalité, voy. J. CABAY, « La condition d'originalité en droit d'auteur : *in abstracto*, *in concreto* », in *Propriété intellectuelle et secrets d'affaires*, C.U.P., s.l., Anthemis, 2024, pp. 7-58.

particulière, deux conditions doivent être remplies : l'œuvre doit être *mise en forme*, d'une part, et, d'autre part, elle doit être *originale*. Cette dernière condition est particulièrement révélatrice de la conception personnaliste du droit d'auteur continental qui voit l'œuvre comme le prolongement de la personne de l'artiste ou, du moins, comme un prolongement de sa *personnalité*. Ainsi, les développements qu'a connus la notion en droit de l'Union européenne mettent en évidence le lien étroit que le droit établit entre une œuvre et son auteur et, dès lors, révèlent une certaine conception de l'œuvre qui fait de celle-ci la *trace* du passage d'un auteur.

Dans son arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009[556], la Cour de justice de l'Union européenne fait de l'originalité une notion autonome de droit de l'Union. Elle dégage ainsi « une notion transversale de l'originalité, applicable à l'ensemble des œuvres protégeables, en dépit de l'énonciation d'un tel principe général dans l'acquis communautaire »[557] et consacre la compétence de l'Union pour déterminer le contenu de cette notion, au détriment des juges nationaux. Les États membres et leurs juridictions se voient ainsi privés de marge de manœuvre quant à la définition de l'originalité. Dans cet arrêt, la Cour de justice juge « que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles »[558]. Elle ajoute que la protection du droit d'auteur « n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur »[559].

Jusqu'à cet arrêt, le droit de l'Union européenne n'envisageait le critère de l'originalité que de manière sectorielle (programmes d'ordinateur[560], bases de

[556] C-5/08.
[557] V.-L. BENABOU, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Légicom*, 2014, vol. 53, n° 2, p. 9.
[558] Considérant 34.
[559] Considérant 37.
[560] Article 1er de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur :
« 1. Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. [...]
[...]
3. Un programme d'ordinateur n'est protégé que s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection ».

données[561], photographies[562]). En établissant un lien entre la Convention de Berne, ces directives particulières et la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, la Cour élargit donc le spectre d'une notion qui, jusque-là, n'était cantonnée qu'à des catégories d'« œuvres » très particulières[563]. Concernant plus particulièrement les articles de presse dont il est question dans l'arrêt *Infopaq*, la Cour note que « ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle »[564]. Si le critère de la création intellectuelle propre à un auteur pourrait sembler pencher vers une conception objective de l'originalité – caractéristique de l'approche anglo-saxonne[565] –, le droit dérivé en matière de droit

[561] Article 3, § 1er, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données : « Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection ».

[562] Article 6 de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, qui reprend en substance les termes de la directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins : « Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1er [qui précise la durée des droits de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique au sens de l'article 2 de la convention de Berne]. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection. Les États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies ».
Le 16e considérant de la directive dispose quant à lui : « Une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte ».

[563] La Cour juge en effet, aux 34e, 35e, 36e et 37e considérants de l'arrêt :
« […] il ressort de l'économie générale de la convention de Berne, notamment de son article 2, cinquième et huitième alinéas, que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires et artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles.
De même, conformément aux articles 1er, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur.
En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants, sur le même principe. Dans ces conditions, le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur ».

[564] Considérant 45.

[565] « On sait que les systèmes de copyright perçoivent la condition d'originalité comme le fruit d'un constat objectif ; la condition que l'objet ne soit pas copié ; l'existence d'un effort "*sweat of the brow*",

d'auteur faisait déjà référence à la personnalité de l'auteur comme critère de l'originalité avant l'arrêt *Infopaq* en matière de photographie. La jurisprudence postérieure n'abandonnera pas la vision subjectiviste de l'originalité, faisant ainsi de l'œuvre la véritable relique de son auteur[566].

Dans l'arrêt *Eva-Maria Painer* du 1er décembre 2011[567], la Cour reprend la définition de l'originalité qui avait été retenue dans l'arrêt *Infopaq* et généralise explicitement la conception personnaliste déjà exprimée en matière de photographie[568]. Même s'il est question de photographie dans cet arrêt, les termes utilisés par la Cour ne laissent pas de doute quant au caractère général de son raisonnement. Du reste, l'unicité du concept d'originalité avait été affirmée dès l'arrêt *Infopaq* et se trouve ici à nouveau exprimée. Si le lien entre une « création intellectuelle propre à son auteur » et le « reflet de la personnalité » n'était pas explicitement formulé dans l'arrêt *Infopaq*, la Cour coupe court à tout doute, puisqu'elle met directement en rapport ces notions tout en suggérant que telle était déjà son interprétation dans l'arrêt *Infopaq* :

> « S'agissant, en premier lieu, de la question de savoir si les photographies réalistes, notamment les photographies de portrait, bénéficient de la protection du droit d'auteur en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, il importe de relever que la Cour a déjà jugé, dans l'arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, Rec. P. I-6569, point 35), que le droit d'auteur n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet, telle une photographie, qui est originale en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur.
>
> Ainsi qu'il résulte du dix-septième considérant de la directive 93/98, *une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci* [nous soulignons] »[569].

ou encore la compétence et les moyens déployés à travers des critères comme le "*sufficient skill, labor and judgment*", "*selection, judgment and experience*", ou "*labour, skill and capital*" » (V.-L. BENABOU, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *op. cit.*, p. 10).

[566] Sur l'œuvre d'art comme relique de son auteur, voy. T. LENAIN, *Art Forgery. The History of a Modern Obsession*, *op. cit.*, pp. 148 et s.

[567] C-145/10.

[568] Voy. le 16e considérant de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

[569] Considérants 87 et 88.

La Cour précise encore qu'une création intellectuelle est propre à son auteur et reflète sa personnalité « si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs (voir, a contrario, arrêt du 4 octobre 2001, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, Rec. P. I-9083, point 98) »[570/571]. Ces derniers éléments ne semblent toutefois constituer que des moyens de déterminer si l'œuvre est effectivement le *reflet de la personnalité de son auteur*.

§2. L'authenticité des œuvres d'art, notion centrale en droit positif

177. L'authenticité des œuvres d'art : manifestations en droit positif. Le lien qui unit un objet à son auteur ou à une époque est au cœur des préoccupations relatives à la vente des œuvres d'art en droit positif. La certitude en la matière étant, dans bien des cas, illusoire, le législateur français a élaboré un vocabulaire contraignant tendant à rendre compte du degré de fiabilité d'une attribution (A). Au-delà de cette terminologie, la question de l'authenticité demeure centrale en matière de ventes d'œuvres d'art (B).

A. Le décret français n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière d'œuvres d'art et d'objets de collection

178. Terminologie juridique de l'origine de l'œuvre d'art. L'attention toute particulière que le droit accorde à l'*origine* de l'œuvre d'art trouve une illustration particulièrement éloquente dans le décret français n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection. Corrélativement, le non-respect de la terminologie précise élaborée par ce décret constitue une infraction pénale. Le législateur français a ainsi imposé

[570] Considérant 89.

[571] Sur le caractère non déterminant du critère de la multiplicité des formes pour établir l'originalité, voy. CJUE, *Brompton Bicycle Ltd c/ Chedech/Get2Get*, 11 juin 2020, *op. cit.*Pour une analyse contextuelle de cet arrêt et, plus généralement, un aperçu d'approches davantage fonctionnelles, opérant notamment une balance d'intérêts, dans le cadre de l'appréciation du critère d'originalité, voy. J. CABAY, « L'originalité, entre merger doctrine et multiplicité des formes (Ou : quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », *Ing.-Cons.*, s.d., n° 2020/3, pp. 617-650.

certaines formules qui constituent autant de degrés dans la certitude du lien de rattachement d'une œuvre à un artiste ou à une époque :

> « Article 1 - Les vendeurs habituels ou occasionnels d'œuvres d'art ou d'objets de collection ou leurs mandataires, ainsi que les officiers publics ou ministériels et les personnes habilitées procédant à une vente publique aux enchères doivent, si l'acquéreur le demande, lui délivrer une facture, quittance, bordereau de vente ou extrait du procès-verbal de la vente publique contenant les spécifications qu'ils auront avancées quant à la nature, la composition, l'origine et l'ancienneté de la chose vendue.
>
> Article 2 - La dénomination d'une œuvre ou d'un objet, lorsqu'elle est uniquement et immédiatement suivie de la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit l'acheteur que cette œuvre ou cet objet a été effectivement produit au cours de la période de référence.
>
> Lorsqu'une ou plusieurs parties de l'œuvre ou objet sont de fabrication postérieure, l'acquéreur doit en être informé.
>
> Article 3 - À moins qu'elle ne soit accompagnée d'une réserve expresse sur l'authenticité, l'indication qu'une œuvre ou un objet porte la signature ou l'estampille d'un artiste entraîne la garantie que l'artiste mentionné en est effectivement l'auteur.
> Le même effet s'attache à l'emploi du terme "par" ou "de" suivi de la désignation de l'auteur.
> Il en va de même lorsque le nom de l'artiste est immédiatement suivi de la désignation ou du titre de l'œuvre.
>
> Article 4 – L'emploi du terme "attribué à" suivi d'un nom d'artiste garantit que l'œuvre ou l'objet a été exécuté pendant la période de production de l'artiste mentionné et que des présomptions sérieuses désignent celui-ci comme l'auteur vraisemblable.
>
> Article 5 – L'emploi des termes "atelier de" suivis d'un nom d'artiste garantit que l'œuvre a été exécutée dans l'atelier du maître cité ou sous sa direction.
> La mention d'un atelier est obligatoirement suivie d'une indication d'époque dans le cas d'un atelier familial ayant conservé le même nom sur plusieurs générations.
>
> Article 6 – L'emploi des termes "école de" suivis d'un nom d'artiste entraîne la garantie que l'auteur de l'œuvre a été l'élève du maître cité, a notoirement subi son influence ou bénéficié de sa technique. Ces termes ne peuvent s'appliquer qu'à une œuvre exécutée du vivant de l'artiste ou dans un délai inférieur à cinquante ans après sa mort.
>
> Lorsqu'il se réfère à un lieu précis, l'emploi du terme "école de" garantit que l'œuvre a été exécutée pendant la durée d'existence du mouvement artistique

> désigné, dont l'époque doit être précisée et par un artiste ayant participé à ce mouvement.
>
> Article 7 - Les expressions "dans le goût de", "style", "manière de", "genre de", "d'après", "façon de", ne confèrent aucune garantie particulière d'identité d'artiste, de date de l'œuvre, ou d'école.
>
> Article 8 - Tout fac-similé, surmoulage, copie ou autre reproduction d'une œuvre d'art ou d'un objet de collection doit être désigné comme tel.
>
> Article 9 - Tout fac-similé, surmoulage, copie ou autre reproduction d'une œuvre d'art originale au sens de l'article 71 de l'annexe III du code général des impôts, exécuté postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, doit porter de manière visible et indélébile la mention "Reproduction".
>
> Article 10 - Quiconque aura contrevenu aux dispositions des articles 1er et 9 du présent décret sera passible des amendes prévues pour les contraventions de la cinquième classe.
>
> [...] »

La terminologie imposée par ce décret entraîne une garantie relative à la vente des œuvres d'art. Avec Marie Cornu et Nathalie Mallet-Poujol, il faut souligner que cette garantie

> « ne porte pas directement sur l'authenticité, mais sur les informations qu'aura délivrées le vendeur, son mandataire ou le commissaire-priseur à ce sujet. Selon la façon dont elles sont formulées, les indications portées sur ce document seront ou non de nature à engager leur responsabilité. S'il y a contradiction entre la désignation de l'objet et la réalité, ou encore si le vendeur n'a pas pris les précautions suffisantes dans la qualification de l'objet vendu, il doit garantie à l'acheteur. L'étendue de cette garantie dépendra donc des caractéristiques sur lesquelles il se sera engagé, notamment en matière d'authenticité. Elles concernent soit la paternité de l'œuvre, sa date ou son lieu de création. On retrouve là – ajoutent les auteures – les différentes composantes de la notion d'authenticité »[572].

C'est donc en *définissant*, en décrivant et en *classant* les objets soumis à son attention que le législateur entend mieux protéger les acquéreurs d'œuvres d'art. En d'autres termes, ce décret vise à assigner aux objets artistiques leur *juste place* et,

[572] M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *Droit, œuvres d'art et musées. Protection et valorisation des collections*, Paris, CNRS, 2006, pp. 112-113.

ainsi, à permettre aux acquéreurs potentiels de les apprécier à leur *juste valeur*. La question du degré de certitude du lien qui unit l'œuvre et son origine (qu'il s'agisse d'un auteur ou d'une époque) est donc, dans le cadre de ce décret du moins, intimement liée au commerce des œuvres d'art, c'est-à-dire au *marché de l'art*. Le droit intervient lorsque l'art est *mis en mouvement* ou, pour le dire autrement, lorsque l'œuvre entre dans un circuit d'échanges. La crainte de l'acheteur contemporain est effectivement d'être grugé, d'acquérir *un faux*. Ce décret s'inscrit dans l'*obsession moderne* du faux et, en établissant des critères permettant de distinguer le vrai du faux (*Logos*), dans une logique d'assignation qui tend à la préservation d'un équilibre traduit par une adéquation de principe entre attentes et réalité (*Dike-Cosmos*).

B. L'authenticité des œuvres d'art et la validité de la vente

179. Actualité de la notion d'authenticité. Sans entrer dans le détail d'une question dont la complexité justifierait une thèse de doctorat à part entière[573], il semble intéressant de souligner l'actualité d'un sujet que certains courants artistiques visant à radicalement distinguer l'œuvre de son auteur ou, plus généralement, de son origine pourraient faire passer pour obsolète.

180. Authenticité et validité de la vente. Le régime général de la vente s'applique aux œuvres d'art et, dans ce contexte, le doute sur l'authenticité peut compromettre la validité de la transaction. Sans préjudice d'autres bases légales possibles (en particulier le dol[574] et la violence[575]), c'est longtemps l'erreur sur la *substance* qui a été invoquée pour demander l'annulation d'une vente[576]. Ainsi,

[573] Ce travail a, du reste, déjà été entrepris : voy. S. LEQUETTE-DE KERVENOAËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, Paris, L.G.D.J., 2006.
[574] Articles 5.33 et 5.35 du Code civil belge et articles 1130, 1131 et 1137 du Code civil français.
[575] Articles 5.33 et 5.36 du Code civil belge et articles 1130, 1131 et 1140 à 1143 du Code civil français.
[576] Article 1110 du Code civil belge et du Code civil français dans leurs versions originelles. Depuis la réforme de 2016, l'article 1132 du Code civil français érige l'erreur sur les *qualités essentielles de la prestation due* en cause de nullité de la vente. La réforme du Code civil belge de 2019 a substitué l'erreur portant sur *un élément qui a déterminé une partie à conclure le contrat* à l'erreur sur la substance (article 5.34). Notons toutefois que cette réforme ne fait en réalité qu'intégrer dans le texte de loi une condition dégagée de longue date par la jurisprudence. Dans une décision récente mais encore antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme, la Cour de cassation de Belgique a rappelé que

l'authenticité d'une œuvre était d'emblée présentée comme constituant la substance même de l'objet. Nous verrons comment cette conception s'est imposée à la charnière des XIX^e^ et XX^e^ siècles[577]. L'erreur constitue un vice du consentement, *cause de nullité* du contrat de vente. Puisqu'un élément essentiel à la formation du contrat est vicié, ce dernier n'a pu valablement être formé. Toutefois, il existe une apparence de titre qu'un juge devra annuler. Concrètement, l'annulation d'une vente se traduit en principe par la remise de la chose et par la restitution du prix. Si la chose n'existe plus ou s'il s'avère impossible de la restituer, un équivalent en argent pourra être versé. S'agissant plus spécifiquement de l'erreur sur la substance, Stéphanie Lequette-de Kervenoaël note qu'« on [la] définit habituellement [...] comme l'inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des contractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat et la réalité ». Reste à déterminer ce qui constitue une telle qualité substantielle, ce qui fait la *substance* d'une œuvre d'art, du point de vue du droit et la manière dont ce dernier établit *la réalité*. C'est à ces questions que sera largement consacrée la suite de la présente partie. Authenticité et erreur sur la substance semblent, du reste, plus généralement liées. En effet, les décisions présentées comme emblématiques en matière de nullité pour erreur sur la substance font le plus souvent intervenir la notion d'authenticité ou, plus largement, d'origine. Il s'agit toujours, en dernière instance, d'établir un lien entre l'objet litigieux et une entité tierce (auteur, époque, lieu...).

181. L'erreur en France : les cas *Poussin*. En France, la question de l'erreur et celle de l'authenticité sont à ce point liées que la seconde a grandement contribué à préciser le régime de la première à l'occasion d'une succession de décisions relatives à une toile représentant *Olympos et Marsyas* dont l'attribution à Nicolas Poussin était discutée. Sans entrer dans un examen détaillé des six décisions auxquelles cette affaire a donné lieu, il convient de rappeler que, le 21 février 1968,

---

l'erreur sur la substance doit porter sur un élément qui a déterminé une partie à conclure le contrat pour mener à l'annulation de celui-ci : « L'erreur suppose qu'une partie contractante a une représentation erronée, en soi excusable, d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat et que le cocontractant avait ou aurait dû avoir connaissance de ce caractère déterminant » (Cass., 29 avril 2019, R.G. n° C.18. 0439.N). Patrick Wéry note que ce qui n'était alors que le projet de réforme entérine les apports de la jurisprudence (P. WERY, *Droit des obligations*, 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 239).

[577] Voy. *infra*, n° 214 et s.

les époux Saint-Arroman ont vendu un tableau représentant *Olympos et Marsyas*, alors attribué à l'école des Carrache. La Réunion des Musées nationaux exerça son droit de préemption sur le tableau. Elle s'est donc substituée à l'acquéreur de l'œuvre dans les mêmes conditions. Le tableau fut ensuite exposé au Musée du Louvre comme œuvre de Nicolas Poussin, raison pour laquelle les vendeurs entamèrent une procédure devant le Tribunal de grande instance de Paris afin d'obtenir la nullité de la vente pour erreur sur la substance. Signalons encore que, peu de temps après l'acquisition, un article publié dans le second numéro de l'année 1969 de la *Revue du Louvre et des Musées de France* présenta cette nouvelle pièce des collections comme un Poussin dont l'attribution est unanimement acceptée. Un dernier fait mérite d'être souligné : dans les décisions que nous examinerons dans la suite de cette étude, la demande d'annulation d'une vente émane presque systématiquement de l'acheteur qui pensait acquérir une œuvre authentique et, pour quelque raison, estime que sa conviction était peut-être erronée. Dans les affaires *Poussin*, au contraire, c'est bien le vendeur qui se prévaut du régime de l'erreur, estimant que, au moment de la vente, il pensait qu'il était exclu qu'il s'agisse d'un Poussin – ce qui, naturellement, eut une grande incidence sur le prix du tableau[578].

Dans sa décision du 13 décembre 1972, le Tribunal de grande instance de Paris estime que, « pour apprécier si le consentement des vendeurs a été vicié par l'erreur sur la substance, c'est à leur opinion au moment de la vente, et à elle seule, qu'il convient de se référer ». Ainsi, il y a eu dissymétrie entre la conviction des vendeurs et celle de l'acheteur, lequel « a bénéficié [...], grâce à la grande supériorité de sa compétence artistique, de l'erreur sur la substance commise par ses cocontractants [...] »[579]. C'est l'absence de symétrie de la conviction *au moment de la vente* qui, pour le Tribunal de grande instance, justifie l'annulation de la vente en ce que les volontés

[578] Ce point était contesté par les défendeurs. Le Tribunal de grande instance de Paris confirma que, « contrairement aux prétentions de la défenderesse, l'erreur sur la substance peut être alléguée aussi bien par le vendeur que par l'acheteur, l'art. 1110 c. civ. ne faisant aucune distinction entre les cocontractants » (Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1972, *J.C.P.*, 1973, p. 17377, note R. LINDON).
[579] *Ibid*.

n'ont pu se rencontrer à ce moment[580]. Peu importe que, antérieurement à la vente, un doute relatif à l'attribution du tableau litigieux ait existé dans le chef des vendeurs. Au passage, on relève également que c'est au moment où l'œuvre entre dans un circuit d'échanges juridiques – une vente, puis un procès – que la place qu'occupait jusqu'alors la toile au sein du grand ensemble des productions artistiques se trouve modifiée. À cet égard, des commentateurs se demandent « si l'intervention des musées nationaux ne mérite pas une récompense au plan de l'équité. Après tout, c'est grâce à elle que les époux Saint-Arroman ont su qu'ils avaient vendu un Poussin. Sans l'exercice du droit de préemption, le Poussin eût sans doute traversé l'Atlantique et son nouveau maître l'aurait chéri dans l'ombre. Or, voilà le Louvre victime tout à la fois de sa bonne foi et de sa mauvaise foi »[581].

Dans le jugement de première instance, la question de l'authenticité n'est, au fond, que très peu discutée. Le Tribunal de grande instance juge l'erreur établie sans réellement s'interroger sur ce qu'il en est de la réalité. Au moment de la rencontre des volontés, la conviction du vendeur n'était pas identique à celle de l'acheteur – ce qui, en dernière instance, suffit à établir l'existence d'une erreur. Le raisonnement juridique permet de juger du devenir d'une œuvre sans réellement s'interroger sur la réalité sur laquelle se fonde cette erreur (on n'est ici pas très éloigné du mécanisme qui a permis au Tribunal judiciaire de Paris de « confirmer » la paternité de Cattelan sans jamais s'interroger sur l'effectivité de cette paternité au regard du geste créateur).

C'est dans cette brèche que la Réunion des Musées nationaux va s'engouffrer pour tenter de conserver le tableau en appel. Celle-ci « fait valoir qu'il n'était nullement établi lors de la vente, ni même à l'heure actuelle, que ce tableau fut de Poussin, l'opinion des conservateurs du Louvre étant sujette à discussion »[582]. La Cour d'appel

[580] On pourrait penser que le raisonnement du Tribunal de grande instance établit une réticence dolosive sans la nommer. Toutefois, on relève, avec Jacques Ghestin et Philippe Malinvaud, commentateurs de la décision, que « l'adjudicataire dans une vente publique n'est pas un contractant ordinaire : ignorant le plus souvent jusqu'au nom de son cocontractant, et n'ayant donc pas engagé de pourparlers avec lui, on ne saurait lui reprocher de réticence constitutive de dol. *A fortiori* lorsqu'il n'a fait que se substituer à l'adjudicataire en exerçant un droit de préemption » (Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1972, *D.*, 1973 J, p. 413, note J. GHESTIN et P. MALINVAUD).
[581] *Ibid.*, pp. 413-414.
[582] Paris, 2 février 1976, *J.C.P.*, 1976 II, p. 18358, note R. LINDON.

de Paris relève que, puisque l'appelante argue de l'incertitude qui existe toujours quant à l'attribution du tableau, elle ne peut « en l'état de ces conclusions, [...] contrairement aux énonciations du jugement, décider que ce tableau est un authentique Poussin en se fondant uniquement sur l'opinion émise par les experts du Louvre »[583]. Cette affirmation de la cour appelle quelque commentaire. En effet, à notre sens, le jugement de première instance ne s'est que très indirectement prononcé sur l'authenticité du tableau. Si cela peut certes paraître déconcertant, *telle n'était pas la question*. En effet, c'est le régime de l'erreur qui était examiné, soit une question purement juridique, en l'occurrence une question de validité des contrats dans laquelle la question de l'authenticité réelle du tableau n'intervenait pas. Il a suffi d'établir que les volontés ne s'étaient pas rencontrées pour prononcer l'annulation de la convention. Nous avons déjà vu – et affinerons encore cette question – que la réalité aux prises avec le droit se trouve souvent façonnée par des raisons qui n'ont d'autre fondement que la technique juridique. En d'autres termes, si le droit est bien une forme symbolique très développée, il met en œuvre des mécanismes d'interprétation du réel qui lui sont propres, mais qui, en dernière instance, s'imposent aussi à d'autres domaines. Quoiqu'il en soit, la cour d'appel se livre donc à l'examen du paysage contrasté des opinions d'experts en la matière pour conclure que « l'attribution de ce tableau à Poussin repose uniquement sur l'intuition de spécialistes de ce peintre, peut-être nombreux, mais non pas unanimes, et n'est confirmée par aucune preuve décisive ; que cette attribution est d'autant plus hasardeuse qu'il ne subsiste que 40% de la peinture primitive ; que la Cour ne peut, sur cette seule base, conférer à cette œuvre un brevet d'authenticité, et n'est pas en mesure de désigner un expert ayant en la matière une autorité suffisante et qui ne se soit pas déjà prononcé dans un sens ou dans l'autre ; qu'elle ne peut, dans ces conditions, que constater que la preuve n'est pas faite que le tableau litigieux soit de la main de Nicolas Poussin, et que les époux Saint-Arroman n'ont pas démontré l'existence de l'erreur dont ils prétendent avoir été victimes »[584]. Ainsi, la Cour d'appel de Paris adopte un point de vue différent de la juridiction de première instance, puisque, selon elle, il ne s'agit pas tant d'examiner les conditions techniques –

[583] *Ibid*.
[584] *Ibid*.

juridiques – de l'erreur que de confronter cette dernière à la réalité. La réalité n'étant pas établie, la prétention des demandeurs doit être rejetée faute de preuve.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, dont le raisonnement peut paraître intuitif en ce qu'il s'interroge directement sur la paternité du tableau, sera cassé par un premier arrêt de la Cour de cassation de France. Cette dernière reproche précisément à l'arrêt attaqué de s'interroger sur l'authenticité du tableau et sur le degré de certitude qui existe à cet égard. Or, telle n'est pas la question. Dans un arrêt d'une concision remarquable, elle juge :

> « – Sur le premier moyen : – Vu l'art. 1110 c. civ. ; – Attendu que, les époux Saint-Arroman ayant chargé Rheims, commissaire-priseur, de la vente d'un tableau attribué par l'expert Lebel à "l'École des Carrache", la Réunion des musées nationaux a exercé son droit de préemption, puis a présenté le tableau comme une œuvre originale de Nicolas Poussin ; que les époux Saint-Arroman ayant demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la cour d'appel, estimant qu'il n'était pas prouvé que le tableau litigieux fût une œuvre authentique de Poussin, et qu'ainsi l'erreur alléguée n'était pas établie, a débouté les époux Saint-Arroman de leur demande ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Poussin, la cour d'appel (Paris, 2 févr. 1976) n'a pas donné de base légale à sa décision ;
>
> Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, casse... renvoie devant la cour d'appel d'Amiens »[585].

Ce n'était donc pas l'authenticité réelle du tableau qui aurait dû retenir l'attention de la cour d'appel, mais la question de savoir si la conviction (erronée ?) que le tableau ne pouvait pas être de Nicolas Poussin était de nature à vicier le consentement. Ainsi, il semble suffire, pour établir l'erreur, de démontrer que les vendeurs avaient la conviction qu'il ne s'agissait pas d'un Poussin au moment de la vente alors que, en réalité, cette possibilité subsiste sans toutefois être établie. L'erreur sur la substance de la chose semble alors bien se muer en erreur sur le motif déterminant – théorie aujourd'hui consacrée en droit belge –, ainsi que le relève Yvon Loussouarn[586]. Devant la Cour d'appel d'Amiens, M. Houpert, substitut général, note que « les

[585] C. cass. fr., 22 février 1978, *D*, 1978 J, p. 601, note P. MALINVAUD.
[586] Y. LOUSSOUARN, « Obligations et contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, pp. 126-128.

termes de l'arrêt de Cassation excluent toute référence à la véritable filiation de l'œuvre, puisqu'on recherche la conviction subjective que celle-ci ne pouvait pas être de Poussin. La conséquence logique en est, mais oserai-je le dire, qu'il est sans intérêt pour la solution juridique du litige, que le tableau soit ou ne soit pas de Nicolas Poussin »[587].

La Cour d'appel d'Amiens juge que l'erreur doit bien être évaluée au jour de la vente sans qu'il soit nécessaire d'établir avec certitude la vérité par rapport à laquelle se situe l'erreur :

> « Attendu d'autre part qu'il n'importe, contrairement à ce qu'ont admis les premiers juges, que la Réunion des Musées nationaux ait maintenu – ou par la suite corrigé – son opinion sur l'attribution du tableau à Poussin, l'erreur devant être appréciée au jour de la vente ; que de même le déséquilibre qu'ont cru discerner les premiers juges entre les vendeurs et la Réunion des Musées nationaux est inopérant pour la preuve de l'erreur, la préemption n'intervenant en cette matière qu'après l'adjudication au profit d'un tiers, alors que par ailleurs les vendeurs sont assistés de Conseils, commissaires-priseurs et expert, tout aussi éclairés que ceux de l'administration ; qu'enfin c'est à tort qu'après avoir exactement énoncé qu'il convient de se référer à la seule opinion des vendeurs pour apprécier si leur consentement a été vicié par l'erreur, ils ont retenu qu'il n'y avait pas eu accord des contractants sur la chose vendue en considération de la croyance de la Réunion des musées nationaux d'acquérir une œuvre de Poussin et non de l'École des Carrache ;
>
> Attendu que la demande d'annulation pour cause d'erreur n'est donc pas fondée et que le jugement déféré doit être infirmé de ce chef [...] »[588].

La Cour d'appel d'Amiens déboute donc les demandeurs originaires en leur déniant la possibilité de prendre en considération des éléments postérieurs à la vente. Lors de la vente, l'attribution de la toile à Poussin était douteuse et, d'après la cour d'appel, c'est à cet état d'incertitude qu'il convient de se référer pour apprécier si les conditions de l'erreur sont rencontrées. Elle relève plus précisément que, au moment de la vente, les vendeurs – par l'intermédiaire de leurs conseils et mandataires – étaient certains de ne pas vendre un Poussin. Le fait que des éléments postérieurs à cette vente aient remis en cause cette certitude n'affecte en rien la

[587] Amiens, 1 février 1982, *Gaz. pal.*, 1982, p. 135.
[588] *Ibid.*, p. 138.

validité de la transaction. La cour n'annule pas la vente, estimant que les éléments favorables à l'attribution à Poussin sont tous intervenus postérieurement à la vente et, dès lors, ne doivent pas être pris en considération pour en apprécier la validité.

Cette affaire qui, décidément, aura « fait couler plus d'encre que de peinture »[589], fit l'objet d'un second pourvoi en cassation, à nouveau introduit pas les vendeurs[590]. Suivant les conclusions de l'avocat général, la Cour de cassation opéra une subtile combinaison d'éléments subjectifs et objectifs. La Cour d'appel d'Amiens a bien refusé d'annuler la vente en raison de la conviction subjective des vendeurs au moment de la vente que l'œuvre n'était pas de Nicolas Poussin. Elle a en outre estimé que le caractère erroné de cette certitude ne pouvait pas être établi par des éléments d'appréciation immédiatement postérieurs à la vente. La cour d'appel a toutefois largement usé d'éléments postérieurs à la vente pour établir objectivement le caractère douteux de l'authenticité, non dans le cadre de l'examen de l'erreur sur la substance, mais dans le cadre de l'examen de la responsabilité solidaire de l'expert et du commissaire-priseur. La Cour de cassation estime qu'« en statuant ainsi, et en déniant aux époux Saint-Arroman le droit de se servir d'éléments d'appréciation postérieurs à la vente pour prouver l'existence d'une erreur de leur part au moment de la vente, la Cour d'appel a violé [l'article 1110 du Code civil] »[591]. La Cour d'appel de Versailles, tenue de se conformer au second arrêt de cassation, confirmera cette analyse par un arrêt du 7 janvier 1987 et, dès lors, entérina la solution du jugement de première instance qui annulait la vente, mettant ainsi un terme à une procédure qui dura près de vingt ans.

Après avoir rappelé qu'« en matière de ventes publiques d'œuvres d'art sur catalogue contenant certification d'expert, l'attribution de l'œuvre constitue tant pour le vendeur que pour l'acheteur une qualité substantielle de la chose vendue »[592] et « que la conviction du vendeur quant à cette attribution s'apprécie en fonction des indications mentionnées sur le catalogue de la vente où figure la définition qu'il

[589] Trib. gr. inst. Paris, 21 janvier 1976, *D.*, 1977, p. 478, note P. MALINVAUD.
[590] Cass. fr., 13 décembre 1983, *D.*, 1984 J, p. 340, note J.-L. AUBERT. ; Cass. fr., 13 décembre 1983, *J.C.P.*, 1984 II, p. 20186.
[591] Cass. fr., 13 décembre 1983, *op. cit.*, p. 341.
[592] Versailles, 7 janvier 1987, *D.*, 1987 J, p. 487, note J.-L. AUBERT.

donne des caractéristiques substantielles et de la nature véritable de l'objet qu'il aliène »[593], la cour juge que « la seule indication "École des Carrache" à laquelle il n'est pas contesté que Nicolas Poussin n'a jamais appartenu, est exclusive d'une attribution à ce dernier et ne laisse subsister aucun aléa[594] »[595]. Ceci suffit donc à prouver que, au moment de la vente, les vendeurs avaient bien « la conviction que le tableau n'était pas de Nicolas Poussin et l'unique certitude qu'il devait être attribué à l'École des Carrache »[596]. Elle note encore que l'incertitude demeure par rapport à l'attribution réelle de l'œuvre, ce qui n'empêche nullement de se prononcer sur l'erreur. D'une manière plus générale, il est donc bien évident que, lorsque des juridictions se penchent sur l'attribution d'un tableau, elles le font dans la perspective d'un problème juridique, visant à établir une *vérité juridique*, et non dans le but de dire *le vrai*. Toutefois, si *le vrai* se réduit au doute, le droit, qui s'accommode de tout, peut parfaitement stabiliser ce doute et le faire entrer dans le champ contractuel. Ainsi, même le doute – soit le flottement, l'instabilité, l'absence d'assignation – peut se trouver neutralisé. La cour ne départage pas les avis divergents d'experts, mais examine le problème à l'aune de ses propres catégories, en vue de résoudre un problème juridique. Il n'empêche que, ce faisant, le tableau ne peut plus se trouver exposé au Louvre comme un authentique Poussin. Il n'empêche que, ce faisant, la cour se prononce tout de même sur la substance de l'objet et lui assigne une place. Elle tranche afin de mettre fin à l'incertitude, de mettre fin à un état de flottement ; elle tranche afin que le tableau se voie assigner une place stabilisée (*Logos-Cosmos*) :

> « Considérant que si l'incertitude demeure sur l'authenticité de l'attribution du tableau au peintre Nicolas Poussin, en l'état d'avis aussi péremptoires que

---

[593] *Ibid.*

[594] On relève, avec Jean-Luc Aubert, dans le commentaire qu'il consacre à la décision, qu'«en soulignant qu'en l'espèce les indications du catalogue ne laissaient subsister *aucun aléa*, [les juges] laissent clairement entendre que si, au contraire, un tel aléa était apparu, leur décision eût été différente. […] On sait en effet que, dans un tel cas, l'aléa se trouve inclus dans le contrat de telle manière qu'une erreur ne peut plus alors être invoquée à ce titre : si les parties ont admis que le tableau vendu pouvait être de tel peintre sans qu'il fût cependant possible de l'affirmer avec certitude, elles ne sauraient réclamer ultérieurement l'annulation de la vente au motif qu'il est bien son œuvre, ou au contraire, qu'il ne l'est décidément pas ». (Versailles, 7 janvier 1987, *D.*, 1987 J, p. 488, note J.-L. AUBERT).

[595] *Ibid.*, p. 487.

[596] *Ibid.*

> contradictoires d'experts éminents, et si la cour, en l'absence de preuves décisives, ne peut trancher sur ce point, ce partage des experts ne saurait cependant conduire à admettre, comme le soutient le ministre de la Culture, que l'erreur des époux Saint-Arroman ne serait pas admissible comme portant sur l'opinion que certains ont de l'attribution et non point sur l'attribution elle-même ; qu'en effet, ce partage, en ne permettant pas, précisément, d'exclure que l'œuvre soit un "authentique Poussin", justifie la prétention de Mme Saint-Arroman excipant de l'erreur ayant consisté pour elle et son mari à vendre le tableau dans la conviction erronée qu'il ne pouvait absolument pas s'agir d'une œuvre de ce peintre, d'autant que dans le même temps selon ce que révèlent les éléments de la cause, la Réunion des Musées nationaux, lorsqu'elle a exercé son droit de préemption sur l'œuvre avait, sinon la certitude qu'il s'agissait d'un tableau de Nicolas Poussin, du moins la conviction que son origine était différente de celle mentionnée au catalogue »[597].

La Cour d'appel de Versailles confirme ainsi le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 13 décembre 1972, non sans rappeler, préciser et affiner le régime de l'erreur, en ce qu'il prononce la nullité de la vente du 21 février 1968 sur le fondement de l'article 1110 du Code civil français.

182. L'erreur en Belgique. En Belgique, si la jurisprudence publiée semble plus rare, il ne fait pas de doute que l'erreur sur la substance demeura longtemps la principale base légale permettant d'obtenir l'annulation d'une vente pour défaut d'authenticité – nous avons vu que le concept a évolué à la suite d'une réforme du Code civil de 2019. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une affaire liée à une question d'authenticité relative à la provenance d'un tapis que la Cour de cassation a reformulé sa définition de l'erreur au sens de l'ancien article 1110 du Code civil. Dans cette affaire, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 juin 1965 qui « fonde l'erreur dans le chef du défendeur sur l'idée inexacte que le défendeur s'était faite de l'origine des tapis et décide qu'il a acheté les tapis parce qu'il les croyait originaires des régions dont ils portent le nom ». Elle n'accueille pas l'argument des demandeurs selon lequel les acheteurs auraient conclu la vente non en raison de l'origine des tapis, mais, simplement, parce que ces derniers leur plaisaient. Ainsi, elle confirme que l'origine – en l'occurrence, l'origine de tapis – constitue une qualité substantielle de la chose vendue. En rappelant en des termes

[597] *Ibid*.

très généraux la définition de l'erreur sur la substance dans ce contexte[598], on ne doute pas que, en droit belge, l'authenticité entendue comme lien entre un objet et une origine – au sens large – constitue toujours un élément central du droit des contrats.

183. La simple possibilité d'établir avec certitude l'authenticité peut constituer une qualité substantielle de la chose vendue. Faisons un pas de plus dans l'examen superficiel du régime contemporain de l'erreur pour souligner que, si l'erreur portant sur l'authenticité constitue assurément une cause de nullité du contrat de vente d'un objet d'art, la simple possibilité d'établir avec certitude cette authenticité peut constituer une qualité substantielle dont le défaut ouvre la voie à l'annulation de la convention. Ainsi, par un arrêt du 26 février 1980, la Cour de cassation de France a confirmé un arrêt du 12 juillet 1978 de la Cour d'appel de Paris. Dans cette affaire, « Maurin, collectionneur de pièces chinoises anciennes et auteur d'un opuscule sur "l'étude radiologique des céramiques", a vendu à Fiacre, médecin radiologue comme lui, pour le prix de 60 000 francs une statue chinoise présentée comme datant de l'époque Tang »[599]. Pour en attester l'authenticité, le vendeur a remis à l'acquéreur un graphique de thermoluminescence, une attestation signée par lui-même selon laquelle le graphique était relatif à la statue et un certificat de Portier, expert en antiquités chinoises. Après la vente, l'acheteur ayant conçu des doutes, il confia l'objet à un laboratoire britannique spécialisé dans la datation des céramiques par la technique de la thermoluminescence. Après examen, ce laboratoire a conclu que, pour diverses raisons techniques, il était impossible que de se prononcer « sur l'authenticité de la pièce dans un sens ou dans l'autre »[600]. La Cour d'appel de Paris a prononcé l'annulation de la vente pour cette raison. Ainsi, ce n'est pas tant le défaut d'authenticité qui est ici sanctionné, mais l'impossibilité

[598] « Attendu que l'erreur constitue une cause de nullité de la convention lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ; que la substance de la chose est tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter, de telle sorte que, sans cet élément le contrat n'aurait pas été conclu » (Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1968, p. 813). Cette définition semble du reste établir une correspondance entre la notion d'erreur sur la substance et celle d'erreur sur un élément qui a déterminé une partie à conclure le contrat, telle qu'elle est désormais consacrée par l'article 5.34 du Code civil belge.

[599] Cass. fr., 26 février 1980, *Bull. civ.*, 1980.I, pp. 54-55.

[600] *Ibid.*, p. 55.

scientifique de l'établir avec certitude. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le vendeur, estimant que, « saisis d'une action en nullité pour cause d'erreur, les juges du fond apprécient souverainement les qualités qui, dans le contrat, doivent être considérées comme substantielles aux yeux des parties ; qu'en relevant toute l'importance donnée par Fiacre lors de l'achat aux preuves d'authenticité qu'il avait exigées, la Cour d'appel a constaté qu'étaient substantielles à ses yeux non seulement l'authenticité de l'objet, mais la possibilité de l'établir avec certitude et souligné, par là même, la confiance manifestée lors de son acquisition en la méthode invoquée par Maurin sur laquelle se fondaient les preuves produites [...] »[601]. Ainsi, par-delà la question de l'authenticité effective, la question de la possibilité abstraite de l'établir revêt la même importance aux yeux des juges puisque, en l'espèce, une impossibilité théorique équivaut, sur le plan des conséquences juridiques, à une absence d'authenticité et, dès lors, justifie la résolution du contrat mal formé.

Pouvait-on mieux illustrer la survivance de cette obsession de l'inauthentique ? Lorsque, à la question classique de savoir *ce qu'est* la chose, se substitue celle de savoir *s'il est possible d'établir ce qu'elle est*, n'est-ce pas là le symptôme d'une obsession plus profonde ? Une obsession qui dépasse le cadre limité des objets particuliers pour toucher au concept même d'authenticité ? D'où vient cette obsession toujours actuelle pour le *faux* ?

Conclusion du chapitre 1

184. Synthèse des développements qui précèdent. Notre travail se donnait pour ambition de départ de saisir la manière dont le droit interagit avec des concepts qui, *a priori*, n'ont rien de juridique, mais qui, pourtant, sont constamment mobilisés sur le terrain juridique et qui, de plus, doivent peut-être leur contenu ou une part de celui-ci au droit lui-même.

Afin de saisir la manière dont le droit donne au monde une certaine intelligibilité, nous avons étudié la notion de forme symbolique et son application au phénomène

[601] *Ibid*.

juridique. Pour ne pas en rester à des considérations abstraites, il importait de prolonger le questionnement par des développements plus directement aux prises avec le droit tel qu'il se pratique. Ainsi, pour rester sur le terrain de la question des objets d'art qui fonde notre interrogation, il nous fallait identifier des pans du droit positif qui permettaient non seulement d'éclairer la manière dont le droit traite la question de l'œuvre d'art, mais, plus fondamentalement, la manière dont le droit œuvre à forger des concepts. À cet égard, la question de l'authenticité des œuvres d'art et la question de l'originalité en droit d'auteur qui, bien que très différentes sur le plan juridique, reposent sur le même souci d'établir un lien entre un objet et une personne, s'avèrent particulièrement éclairantes.

Si la question de l'authenticité des œuvres d'art et du rapport entre *vrai* et *faux* qui en découle fera l'objet d'un examen plus détaillé, à travers plusieurs décisions, au sein du Titre 2 de la présente Partie, il importait dès à présent d'établir la centralité de cette préoccupation en droit positif et de la situer dans son contexte théorique. C'est ce que nous entendions faire au sein de ce chapitre.

Ainsi, à partir du XIX^e^ siècle, les discours réprobateurs concernant la question du faux artistique se sont multipliés. Le discours juridique n'a, à cet égard, pas fait exception. Les décisions d'annulation pour erreur sur la substance ont en particulier fleuri à cette époque[602].

En droit positif, la question du lien entre une personne et un objet, ou – pour le dire autrement – de l'objet comme trace du passage d'une individualité, est particulièrement prégnante dans l'interprétation contemporaine de la condition d'originalité en droit d'auteur. Cette dernière est en effet définie par la jurisprudence européenne comme « reflet de la personnalité d'un auteur ».

Sur le plan du droit civil, il ne fait aucun doute que l'authenticité conçue comme un lien certain entre un objet et son origine (auteur, mais aussi lieu, époque, école, etc.) constitue encore une préoccupation centrale. Ainsi, nous avons examiné le décret

[602] Voy. *infra*, n° 196 et s.

français n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière d'œuvres d'art et d'objets de collection qui fournit un arsenal terminologique contraignant en vue de baliser l'indication d'une telle origine.

Au-delà de cette occurrence législative, la question de l'authenticité est à ce point centrale et peut-être symptomatique de la « substance » d'un objet, tant en droit positif français qu'en droit positif belge, que c'est à l'occasion de litiges relatifs à des ventes d'œuvres ou d'objets d'art que les conditions de l'erreur – vice de consentement permettant d'annuler une vente dont un des éléments essentiels faisait défaut – se sont vues précisées. À cet égard, nous avons examiné la « saga » Poussin et avons, une fois encore, constaté que la question centrale n'était pas tant celle l'attribution réelle du tableau que celle de la bonne formation d'un contrat. Aussi, le *vrai* à l'œuvre dans le traitement juridique d'un procès est un *vrai* d'un type absolument particulier dont nous affinerons encore les contours. En d'autres termes, ce qui permet de distinguer le vrai du faux du point de vue du droit (*Logos*) n'a pas tant pour visée d'établir un état de fait – concernant le faux, un tel état de fait est peut-être d'ailleurs une chimère, puisque toute œuvre authentique ne peut précisément être dite authentique que par le faux virtuel qu'elle recèle nécessairement (nous y reviendrons). Le droit a principalement pour fonction d'établir cette vérité singulière en vue de stabiliser la place d'un objet (*Cosmos*) et de permettre des échanges fondés sur des informations transparentes – c'est-à-dire assurer un équilibre suffisant dans les rapports entre personnes (*Dike*).

Partir du concret – du droit positif – permet de situer un problème et de souligner son actualité. Voyons à présent comment mieux *penser* ce problème en apportant quelques éléments de cadrage historique et théorique. Ainsi outillés, nous pourrons revenir au droit tel qu'il s'incarne dans les décisions judiciaires.

Chapitre 2. Émergence

185. D'où nous venons. La possibilité même du faux émerge à la Renaissance, alors que l'artiste comme individu s'affirme peu à peu (Section 1. La Renaissance : émergence de la figure de l'artiste et rapport bienveillant au faux). Cette émergence doit peut-être quelque chose à certains outils juridiques, tel le contrat (Section 2. Le contrat comme lien entre deux sphères).

Section 1. La Renaissance : émergence de la figure de l'artiste et rapport bienveillant au faux

186. *Le faux* : précisions. D'un point de vue juridique, il est tentant d'adopter une définition relativement simple et intuitive du faux. Ce concept se définirait par opposition à ce qui est authentique. Le *faux* serait l'œuvre faussement attribuée à un auteur ou à une époque. Le *faux*, en d'autres termes, serait le non-authentique. Or, « reflet matériel de la personnalité de l'artiste et de son pouvoir créateur, une œuvre est dite authentique lorsqu'elle est le produit du travail de l'artiste auquel elle est attribuée »[603]. Si cette définition se heurte rapidement à de nombreuses difficultés, comme le souligne Stéphanie Lequette-de Kervenoaël dans sa thèse de doctorat consacrée à *L'Authenticité des œuvres d'art*[604], la notion de faux elle-même demande à être complexifiée.

Loin de se réduire à une simple opposition à l'authentique, le *faux*, au contraire, entretient avec cette notion des liens étroits et, en dernière instance, est constitutif de la possibilité même du caractère authentique d'une œuvre. L'étude du faux – écrit Thierry Lenain – relève « d'une sorte d'herméneutique de la double négation »[605].
En effet,

---

[603] S. LEQUETTE-DE KERVENOAËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, *op. cit.*, p. 95.
[604] *Ibid*.
[605] T. LENAIN, « Le Faux en art. Approche narratologique », *CeROArt*, 2013, p. 1, disponible sur http://journals.openedition.org/ceroart/2947 (Consulté le 3 mai 2019). Les concepts esquissés dans cet article sont davantage développés dans T. LENAIN, « The Narrative Structure of Forgery Tales », in *Cultural Property Crime. An Overview and Analysis of Contemporary Perspectives and Trends*, Leyde, Brill, 2015, pp. 39-60.

> « la question de l'authenticité et celle de ses transgressions s'entrelacent intimement par les racines – au point que l'une n'existe qu'à travers l'autre et inversement. D'un côté, en effet, il paraît clair que l'on ne saurait aborder les phénomènes de falsification sans savoir ce qui fait l'objet de la tromperie, c'est-à-dire la valeur d'authenticité. Mais en retour, on ne peut comprendre ce que signifie cette valeur sans étudier ce qui se passe lorsqu'elle est mise à mal, lorsque les impératifs qu'elle suppose sont transgressés »[606].

Ainsi, le *faux* tableau n'est pas simplement le tableau dépourvu d'authenticité, mais bien le tableau qui *se donne faussement pour authentique* : « tout faux est un objet qui, en un sens positif, se donne *faussement pour authentique* : il fonctionne *ipso facto* comme un *simulacre* d'authenticité »[607]. Cette dialectique du faux et de l'authentique empêche de penser l'authenticité comme qualité première de l'œuvre. De même que le faux ne peut se penser sans l'authentique, l'authentique ne peut faire l'économie de la possibilité du faux. « Sans la possibilité d'une falsification, l'idée d'authenticité n'a tout simplement pas de sens »[608]. L'œuvre authentique est, en dernière instance, celle qui aurait pu être fausse, mais qui, dans un état de connaissance donné, ne l'est pas. Ainsi, l'authenticité est bien une « propriété *seconde* en ce sens qu'elle découle de la réfutation d'une hypothèse sous-jacente de fausseté »[609]. En d'autres termes, sera dite authentique l'œuvre qui n'est pas fausse – ou, du moins, dont le caractère inauthentique n'est pas (encore) établi – mais qui pourrait l'être, cette potentialité étant évidemment centrale. L'œuvre ne peut être qualifiée d'authentique que par la possibilité (fût-elle purement théorique) de voir activée une caractéristique qu'elle recèle virtuellement, mais nécessairement : celle de candidate au *faux*.

187. Le droit : condition d'avènement du faux ? Si l'on tente de mettre ces concepts aux prises avec le droit, il semble que celui-ci opère comme condition de connaissance (c'est-à-dire d'appréhension du faux en tant que faux) et même d'avènement (c'est-à-dire de mise au jour d'une qualité jusque-là cachée de l'œuvre)

[606] T. LENAIN, « Le Faux en art. Approche narratologique », *op. cit.*, p. 1.
[607] *Ibid.*, p. 1.
[608] *Ibid.*, p. 2.
[609] *Ibid.*

du faux. En effet, « dans la plupart des cas, le verdict d'authenticité reste présupposé : on mise *a priori* sur l'hypothèse favorable et l'on s'en remet, confiant, à un consensus optimiste implicite »[610] : « Celui qui voudrait douter de tout n'arriverait jamais au doute. Le jeu de douter présuppose lui-même la certitude »[611]. Le faux ne se révèle que lorsque l'authenticité présupposée est mise en doute. En ce sens, le faux serait une qualité particulière de l'œuvre venant perturber une présomption d'authenticité. Pour mettre au jour cette qualité et, ainsi, actualiser la potentialité qui rend possible la notion même d'authenticité, le droit semble indispensable. Le droit, en effet, perturbe la présentation du faux comme authentique et, dès lors, le fait échouer. Nous ne connaissons que les échecs des faussaires. Ces échecs ne peuvent intervenir que lorsque l'œuvre est présentée comme originale. Lorsqu'un collectionneur pense qu'on lui a menti, c'est le droit qui est appelé à déceler le *vrai* du *faux* (*Logos*). L'œuvre supposée fausse se dégage sur un fond stable, celui des certitudes non questionnées. Lorsque cette toile lisse vient à être froissée, lorsque la place d'un objet se voit remise en cause, le droit joue le rôle qui lui est dévolu depuis ses origines : il se prononce sur la place que cet objet *doit* occuper (*Cosmos - Dike*). Le catalogue d'un artiste peut être vu comme une entité homogène. Ainsi, l'attribution d'une œuvre se fait par comparaison avec d'autres œuvres dont l'authenticité n'est pas contestée – fût-ce provisoirement. Lorsque cette homogénéité est perturbée et qu'une œuvre rompt l'harmonie du tout, le droit est amené à intervenir pour *y remettre bon ordre*. Le mouvement peut être résumé de la sorte : il y a une croyance bienveillante en l'authenticité des objets. La toile de fond de nos certitudes n'est, en principe, pas remise en cause. Toutefois, le doute peut surgir et, s'il faut y mettre un terme, c'est le droit qui *assignera* aux objets leur place. « L'enfant apprend en croyant l'adulte. Le doute vient *après* la croyance »[612]. Le droit stabilise le chaos.

En d'autres termes, comme pour l'incertitude qui caractérise tout énoncé scientifique – nous y reviendrons –, le droit neutralise le faux potentiel que recèle

[610] *Ibid*.
[611] L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard, 2006, p. 46.
[612] *Ibid.*, p. 58.

nécessairement toute œuvre dite (provisoirement) (in)authentique. Ainsi, le droit opère comme élément stabilisateur de ce qui, pourtant, est par nature rétif à toute assignation définitive (*Cosmos*) et comme étalon départageant le vrai du faux par rapport à des objets ou des énoncés qui se caractérisent pourtant par une cohabitation virtuelle et nécessaire de facettes antagonistes (*Logos*).

188. Le droit : inventeur de faux ? Le caractère central du droit pour l'appréhension du faux peut, parfois, se faire encore plus évident. Ainsi, le droit va être amené à « inventer fausses » des œuvres qui, pourtant, n'avaient pas été créées avec une intention frauduleuse[613]. Avec Annie Héritier, on souligne donc qu' « il semble [...] *a priori* que le faux ne se révèle que lorsque l'œuvre est soumise à la visibilité du public, avec une intention de le tromper, et donc soumise au droit »[614]. En effet, alors que la Cour de Paris, dans une affaire que nous examinerons *infra*[615], reconnaît en 1890 qu'« il avait été généralement admis à toutes les époques, qu'une œuvre d'art pouvait légitimement être attribuée à un maître, soit comme un original, soit comme répétition, alors même qu'il était notoire que, pour son exécution, le maître s'était fait assister par un ou plusieurs de ses élèves »[616], la même juridiction juge en 1898 qu'est non authentique le tableau dont « les experts estiment [qu'il] a été conçu et exécuté par un autre que Corot, qui y aurait seulement fait des retouches et des additions importantes »[617] et qui, de plus, aurait ensuite signé le tableau. Dans l'affaire du faux Corot, Madame Tardif, qui avait vendu le tableau parmi un lot de sept œuvres alors attribuées au même peintre, garantissait les œuvres vendues être des Corot « authentiques, pures et sans retouches »[618]. C'est bien lorsqu'il est pris dans un jeu d'échanges, de garanties et de responsabilité de type juridique – c'est bien, en d'autres termes, lorsqu'il est aux prises avec le droit – que le caractère faux que recèle virtuellement toute œuvre peut être actualisé.

[613] A. HERITIER, « L'Œuvre d'art et sa copie. Le faux artistique différemment considéré », in *Le Faux, le juste et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 362.
[614] *Ibid.*, p. 356.
[615] N° 197 et s.
[616] Paris, 16 mai 1890, *Gazette des tribunaux*, 16 et 17 mai 1890, p. 465.
[617] Paris, 19 janvier 1898, *D.P.*, 1904.I, p. 611.
[618] *Ibid.*

Le droit a pour fonction première de mettre en ordre le monde, d'assigner des places, de veiller à ce que chaque objet et chaque personne occupe sa *juste place* (*Dike-Comos*). Il stabilise le chaos, organise le fond de certitude sur lequel tout se déploie et veille à en neutraliser les aspérités. Il n'est dès lors guère étonnant que le droit opère également comme révélateur des anomalies ou des discontinuités dans l'homogénéité de la production (authentique, par définition) d'un artiste, si bien qu'il n'y a pas de faux (ou, ce qui revient au même, qu'il n'y a pas de faux révélé) sans prise avec le juridique. Le droit, s'il veut mener à bien son dessein organisateur et stabilisateur, doit départager le vrai du faux et, ainsi, faire advenir *la vérité du droit* – opération du *Logos* caractérisant la forme symbolique du droit qui, on s'en souvient, permet d'éviter la contradiction, permet de discerner le *vrai* du *faux*.

189. Émergence du faux : rapport d'abord bienveillant du droit au faux. Le droit, pourtant, n'a pas toujours eu de rapport « suspicieux » ou « malveillant » à l'égard du faux. Le discours juridique s'inscrit dans l'ensemble des discours sur le faux et il semble bien que son ton ne diffère pas fondamentalement de celui des autres types de discours. Nous l'avons déjà signalé, Thierry Lenain considère que le faux est une « obsession moderne ». Cette expression doit s'entendre en deux sens distincts : premièrement, il semble que le phénomène du faux émerge à la Renaissance italienne. Lenain souligne qu'« il faut attendre l'avènement des "temps modernes" pour entendre les premières histoires d'œuvres d'art fabriquées pour tromper sur leur propre origine par le biais d'un mimétisme stylistique, d'un vieillissement artificiel et de la mise en place d'un contexte de réception fallacieux » (traduction libre)[619]. Deuxièmement, il s'agit d'une *obsession moderne* en ce qu'il a fallu attendre le milieu du XIX^e^ siècle pour voir se développer les discours portés sur le sujet. Symétriquement, si, dans un premier temps, le rapport au faux était bienveillant, voire empreint d'admiration, dans un second temps, le discours a radicalement changé, faisant du faux et du faussaire des ennemis du développement

[619] « We must wait for the dawning of "modern times" to hear the first stories of artworks made to deceive as their own origin by means of stylistic mimicry, artificial ageing and the setting up of a spurious context of reception » (T. LENAIN, *Art Forgery. The History of a Modern Obsession*, *op. cit.*, p. 13).

de l'art. Sur le plan du droit, c'est précisément vers le milieu du XIX[e] siècle que les tribunaux ont tiré argument de l'inauthenticité de certaines œuvres pour en annuler la vente. Nous étudierons, à cet égard, plusieurs cas.

Si les premiers récits de faux remontent à la Renaissance italienne, c'est aussi à cette période que la figure de l'artiste comme individualité émerge, rendant ainsi possible le lien fort qui unit l'œuvre à son auteur dans les questions d'authenticité. Pour reprendre une illustration qui fasse droit à ces deux assertions, examinons un extrait de la notice biographique de Michel-Ange que donne Vasari dans ses *Vies des plus excellents peintres, sculpteurs et architectes*. L'examen du début de la notice ne laisse aucun doute quant au statut nouveau de l'artiste. Celui-ci n'est rien de moins qu'un envoyé de Dieu parmi les hommes :

> « Tandis que les esprits industrieux et élevés, grâce à la lumière du très célèbre Giotto et de ses successeurs, s'efforçaient de donner au monde une preuve de la valeur dont la bienfaisance de leur étoile et leur complexion naturelle les avaient doués ; tandis que, désireux d'imiter la grandeur de la nature par l'excellence de l'art, pour parvenir, autant qu'il leur était permis à cette suprême connaissance des choses qu'on nomme généralement l'intelligence, ils se livraient aux plus grands efforts, quoique bien souvent en vain ; le bienveillant Maître des cieux tourna les yeux vers la terre, et voyant la vaine infinité de tant de fatigues, l'insuccès de tant d'études opiniâtres et la présomptueuse opinion des hommes plus éloignés de la vérité que les ténèbres ne sont distantes de la lumière, le Maître des cieux, dis-je, se décida à envoyer sur la terre un génie qui fût universel dans tous les arts et dans tous les métiers, et qui montrât par lui seul quelle chose est la perfection de l'art du dessin, tant pour esquisser, faire les contours, les ombres et les lumières, donner du relief aux choses de la peinture, introduire un jugement droit dans les procédés de la sculpture, enfin, en architecture, rendre les habitations commodes et sûres, saines, agréables, bien proportionnées et riches dans les ornements variés. Il voulut en outre douer ce génie de la vraie philosophie morale, en l'agrémentant de la douce poésie, en sorte que le monde le considérât et l'admirât comme son unique miroir, dans la vie, dans les œuvres produites, dans la sainteté des mœurs, en un mot dans toutes les actions humaines de manière enfin que cet homme fût regardé par nous comme une créature divine plutôt que terrestre. […] L'an 1474 donc, naquit sous une heureuse étoile, dans le Casentin, un fils qu'une épouse noble et vertueuse donna à Lodovico di Lionardo Buonarroti Simoni, que l'on prétend être un descendant de la noble et si antique famille des comtes de Canossa. Lodovico était cette année-là podestat du château de Chiusi e Caprese, voisin du rocher de la Vernia, où saint François reçut les stigmates, dans le diocèse d'Arezzo. Ce fils lui naquit le 6 mars, qui était un dimanche, vers les huit heures

> de la nuit, et il le nomma Michel-Ange, parce que, n'y pensant pas autrement, mais par une inspiration d'en haut, il le regarda plutôt comme une créature céleste supérieure à la vie humaine, et, comme on le vit ensuite sur son horoscope (Mercure et Vénus s'étant présentés avec un aspect bénin dans la deuxième maison de Jupiter), il montrait que cet enfant devrait plus tard produire des œuvres admirables et étonnantes, grâce à sa main et à son génie »[620].

Vasari souligne l'aptitude de Michel-Ange à copier d'anciens dessins en vue de conserver les originaux. La valeur de l'original qui émerge alors, mais aussi la bienveillance à l'égard de la copie et l'admiration dont le copiste est l'objet, caractéristiques de la période précédant « l'obsession moderne », ressortent clairement de l'extrait suivant :

> « Tout ce que Michel-Ange savait, et toute la grâce qu'il pouvait mettre dans ses œuvres, il les tenait de son naturel exercé par l'étude et la pratique de son art ; ainsi produisait-il en lui des fruits chaque jour plus divins, comme il le montra clairement dans une copie qu'il fit d'une estampe de Martin Schoen, et qui lui donna un grand renom. En effet, comme il était arrivé à Florence une planche de ce Martin, qui représentait des diables tourmentant saint Antoine, et gravée sur cuivre, Michel-Ange la copia à la plume d'une manière qu'on ne connaissait pas, et la reproduisit ensuite en couleur. Pour rendre quelques formes étranges de diables, il achetait des poissons ayant des écailles de couleurs bizarres ; et dans cette œuvre il montra tant de talent qu'il en retira renom et crédit. Il copia encore des dessins de différents maîtres anciens, avec une telle exactitude qu'on s'y trompait ; car il teignait les papiers, les vieillissait avec de la fumée et d'autres produits, de manière qu'étant salis ils paraissaient anciens à s'y méprendre et ne pouvaient être distingués des originaux. Il faisait cela uniquement pour obtenir les originaux, en donnant en échange les copies à leurs possesseurs, car il admirait ces vieilles choses, à cause de l'excellence de l'art, et cherchait sans cesse à les surpasser. Cela lui attira un grand renom »[621].

Outre cet intérêt de Michel-Ange lui-même pour l'original, l'extrait suivant met en évidence la valeur accordée au talent de l'artiste. Réaliser un faux n'est pas, selon Vasari, condamnable. Au contraire, cette pratique, lorsqu'elle aboutit à une œuvre convaincante, opère comme le révélateur de la perfection d'une œuvre et, partant, du talent de son auteur. L'homme pour qui seule l'origine de l'œuvre garantirait sa

[620] G. VASARI, *Vies des plus excellents peintres, sculpteurs et architectes*, 1, Paris, Grasset, 2007, pp. 346-347.
[621] *Ibid.*, pp. 350-351.

qualité et qui, par conséquent, n'apprécierait pas à sa juste valeur le *faux*, se rendrait simplement ridicule. L'anecdote du Cupidon mis en terre constitue l'une des premières histoires de faux et, sans doute, l'une des plus connues concernant la Renaissance :

> « Mais comme Michel-Ange reconnaissait qu'il perdait son temps à Bologne, il revint à Florence et fit pour Laurent, fils de Pierfrancesco de Medici, un petit saint Jean en marbre, puis un Cupidon endormi, grandeur naturelle, qui, une fois terminé, fut montré à Pierfrancesco par le Milanais Baldassare comme une belle chose. Pierfrancesco, le trouvant tel, dit à Michel-Ange : "Si tu le mettais en terre, je suis certain qu'il passerait pour un marbre antique, en l'arrangeant de manière qu'il paraisse vieux, et en l'envoyant à Rome, où tu en tirerais beaucoup plus d'argent qu'en le vendant ici." On raconte que Michel-Ange l'arrangea de manière qu'il parût antique, et ce n'est pas étonnant, car il avait assez de génie pour le faire, et même mieux. D'autres disent que le Milanais l'emporta à Rome, l'enterra dans une vigne et le vendit ensuite comme antique, pour deux cents ducats, au cardinal de Saint-Georges. On dit aussi qu'un agent du Milanais vendit le Cupidon au cardinal, et qu'il écrivit à Laurent, fils de Pierfrancesco, lui disant de donner trente écus à Michel-Ange, ajoutant que c'était tout ce qu'il en avait tiré, trompant ainsi le cardinal, Laurent et Michel-Ange. Le cardinal ayant appris, d'un homme qui s'y entendait, que la statue avait été faite à Florence fit en sorte qu'il sut toute la vérité par un de ses envoyés, redemanda son argent à l'agent du Milanais et lui rendit la statue qui passa ensuite dans les mains du duc de Valentinois, et fut donnée par lui à la marquise de Mantoue qui l'emporta dans son pays où elle est à présent »[622].

Immédiatement après avoir raconté les péripéties de la statue, Vasari se fend d'une critique du cardinal qui, en se séparant de l'œuvre parce qu'elle était fausse, se montre incapable d'apprécier sa qualité réelle. Pour Vasari, la qualité d'exécution d'une œuvre prime indéniablement sur son origine et l'homme qui accorde de l'importance « au mot plutôt qu'au fait » se ridiculise :

> « Cette histoire ne tourna pas à la louange du cardinal, qui ne se rendit pas compte que la qualité d'une œuvre consiste dans sa perfection, qu'on peut la rencontrer dans une œuvre moderne aussi bien que dans un antique, et que c'est une grande vanité que de s'attacher au mot plutôt qu'au fait, défaut qu'on a rencontré de tout temps et chez bien des hommes qui regardent plus à l'apparence qu'à la réalité. En tout cas, Michel-Ange en retira une grande réputation ; il fut appelé à Rome et séjourna plus d'un an auprès du cardinal de

[622] *Ibid.*, p. 355.

Saint-Georges qui, néanmoins, en homme peu connaisseur de cet art, ne lui fit rien exécuter »[623].

190. Émergence du faux : de l'objet à l'artiste. Avec Thierry Lenain, on peut considérer que les premiers récits de faux sont sous-tendus par une « doctrine implicite que l'on peut qualifier *d'esthétisme radical* »[624]. Ainsi, la personne dupée par le faux – la dupe – est essentiellement un amateur à l'époque de Vasari, la figure du *connaisseur* ou de *l'expert*, émergera plus tard. En tant qu'amateur, la personne dupée devrait – théoriquement, du moins – s'en remettre à son seul jugement esthétique et tenir un raisonnement de ce type : « "cela m'est égal de savoir que l'objet est faux, je l'aime quand même – je l'aimais donc je l'aimerai encore ; certes, j'ai été floué et j'ai subi une perte financière, mais l'objet lui-même n'a perdu aucune des propriétés esthétiques qui me l'ont fait aimer quand j'ai décidé de l'acheter, alors pourquoi devrais-je ne plus l'aimer à présent ?" »[625]. On remarque que, dès lors que la dupe est un acheteur avant d'être un amateur – comme c'est le cas du cardinal dont parle Vasari –, ce raisonnement n'est plus possible. En effet, l'idée de perte financière induit une valeur objectivement mesurable dont l'authenticité constitue une variable importante.

Paradoxalement, si la pratique du faux est regardée avec bienveillance à la Renaissance, celle-ci constituant, en dernière instance, la preuve du talent d'un artiste, l'attention portée à la singularité de l'artiste qui croît à la même époque a très certainement posé les jalons de la réprobation généralisée que connaît la pratique dès le XIX[e] siècle. Un artiste capable de réaliser des faux convaincants affirme par là son génie. Dès lors, l'attention portée au talent individuel de l'artiste-faussaire croît également. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'un retournement de situation se produise et que, *in fine*, l'attention portée à la singularité du génie créateur prenne le pas sur les autres valeurs. Du reste, la démarche de Vasari – qui considère le faussaire avec bienveillance et raille

[623] *Ibid.*, pp. 355-356.
[624] T. LENAIN, « Le Faux en art. Approche narratologique », *op. cit.*, p. 8.
[625] *Ibid.*

l'amateur incapable d'apprécier un *faux de qualité* – demeure essentiellement biographique. C'est la vie des auteurs qui est commentée, avant les œuvres. De même, lorsque le faux est envisagé, l'accent est davantage mis sur le faussaire que sur l'œuvre fausse. Or, le droit procède autrement. Le contentieux lié à l'attribution ne va pas de l'auteur à son œuvre, mais bien de l'œuvre à son auteur. Le droit part d'un tableau et se demande de quelle personnalité il émane. C'est l'œuvre qui sert de référence et de point de départ. Cette logique, qui s'oppose aux discours essentiellement biographiques de la Renaissance, n'est, elle non plus, pas l'apanage du discours juridique sur les œuvres. Les écrits des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles témoignent de ce glissement. Si l'on présente traditionnellement les XVIII^e^ et XIX^e^ siècles comme les siècles de l'affirmation du génie – et donc de la prééminence de l'auteur –, il est intéressant de souligner ce paradoxe : ce n'est plus tant la vie de l'auteur qui est première dans l'analyse et dans les discours, mais bien une œuvre particulière qui, en elle, recèle toute cette vie, incarne à elle seule une personnalité.

191. Émergence du faux (suite) : de l'objet à l'artiste – Rôle du droit. Quel rôle le droit a-t-il joué dans ce glissement ? Est-il seulement le réceptacle d'une pratique et d'une pensée qui se forment dans le champ artistique ? Opère-t-il seulement comme réponse aux revendications des artistes, à l'essor du marché de l'art et à certaines politiques culturelles, ainsi que Laurent Pfister l'écrit[626] ? Ou les juges ont-ils tout simplement inventé le faux, comme on peut le lire sous la plume d'Annie Héritier[627] ? Entre ces deux positions – qui sont évidemment moins caricaturales que ce que nous dépeignons grossièrement ici –, il convient de retracer le rôle décisif qu'a pu avoir le droit en interaction avec son milieu.

Indépendamment de la question du faux, les outils juridiques semblent avoir favorisé l'émergence de certaines préoccupations d'ordre artistique.

[626] Voy. L. PFISTER, « Le Tournant du XXe siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », *op. cit.*
[627] Voy. A. HERITIER, « L'Œuvre d'art et sa copie. Le faux artistique différemment considéré », *op. cit.*

Du reste, l'attitude des tribunaux face à des demandes dont la substance n'a pas fondamentalement varié a considérablement changé, reflétant ou modelant des attitudes externes au champ juridique. Ainsi, les premiers récits de faux, s'ils sont généralement bienveillants à l'égard du faussaire, mobilisent nécessairement la figure de la dupe – personnage indispensable pour qu'il y ait faux[628]. Souvent raillée dans des récits qui glorifient l'habileté du faussaire – souvenons-nous de Michel-Ange et du Cardinal de Saint-Georges –, la dupe n'en a pas moins souvent demandé réparation, mettant ainsi en branle des mécanismes de type juridique. Dans son important ouvrage intitulé *Faux et faussaires*, Otto Kurz relate les mésaventures du peintre Luca Giordano, assigné par un de ses mécènes qui croyait acquérir un authentique Dürer. Attitude typique des débuts du faux, les juges ne manquèrent pas de souligner les qualités du faussaire et, faut-il le préciser, de débouter le demandeur :

> « Luca Giordano (1632-1705), dont l'habileté à faire des contrefaçons était proverbiale, s'était tiré à son avantage d'un procès où il était accusé de s'être livré à une escroquerie avec un tableau représentant le Christ guérissant les infirmes. Un de ses mécènes avait acheté cette peinture comme étant un Dürer authentique. Fier de son acquisition, il la montra à Luca qui mit au jour sa propre signature cachée sur le tableau. Dépité, l'homme s'adressa aux tribunaux, mais, dans son jugement, la cour déclara que nul ne pouvait blâmer Luca de peindre aussi bien que le fameux Dürer. Cette affaire ne serait qu'une anecdote, si le corps du délit n'était pas réapparu il y a quelques années. Ce tableau représente

[628] Selon Thierry Lenain, « du côté de la dupe [...], on peut identifier deux opérateurs et un certain nombre de statuts. Pour qu'une affaire de faux soit possible, il faut nécessairement un *expert*, c'est-à-dire un acteur en charge de l'authentification d'un objet. Il faut, en outre, un *acquéreur*, la plupart du temps un acheteur, dont l'intervention va, à la faveur d'un changement de mains, matérialiser le jugement d'authenticité en opérant sa traduction sous les espèces d'une valeur quantifiée (le prix payé). Ces deux opérateurs peuvent aussi, au demeurant, être considérés comme des statuts puisque l'un et l'autre correspondent à un profil social particulier. L'expert agit comme autorité reconnue dans un domaine circonscrit – en l'occurrence, celui de l'authentification des œuvres d'art (et, plus particulièrement, de tel ou tel artiste, école ou période). Quant à l'acquéreur, il se situe dans un espace économique, avec tout ce que cela suppose, notamment d'un point de vue juridique. Mais d'autres statuts sont aussi susceptibles d'entrer en jeu. Ainsi la dupe peut-elle être soit un *amateur* (plus ou moins éclairé), soit un *connaisseur* (spécialiste de l'attribution par la reconnaissance des styles), soit un *savant* ; ce dernier se distingue de l'expert en ce qu'il détient une compétence pointue ou générale, mais extérieure au domaine spécifiquement convoqué par le faussaire (historien de l'art non spécialisé, scientifique de laboratoire, criminologue, etc.). Le statut de la dupe peut encore être celui d'un *responsable* (directeur de musée, conseiller d'un ministre de la culture, etc.). Au bout de la chaîne se trouve enfin le *public*, c'est-à-dire l'ensemble indifférencié des personnes concernées en quelque manière par la falsification » (T. LENAIN, « Le Faux en art. Approche narratologique », *op. cit.*, pp. 7-8).

> *Le Christ guérissant le paralytique* ; composé en partie de motifs empruntés à des gravures de Dürer, il est exécuté dans un style qui est manifestement celui du baroque italien. La signature de Dürer apparaît au sommet de l'arc central de l'architecture, tandis que le nom de Luca Giordano est écrit en petits caractères le long du côté gauche du tableau, de sorte que ceux-ci pouvaient être cachés par le cadre »[629].

Quelque temps avant les *Vies* de Vasari (seconde édition en 1568), on voit fleurir des contrats entre des peintres et des commanditaires. Ces contrats permettent d'identifier ce qui comptait réellement dans un tableau à l'époque. Si, comme l'écrit Michael Baxandall, « les peintures sont, parmi d'autres choses, des fossiles de la vie économique »[630], le contrat permet d'identifier ce qui, dans ces peintures, faisait l'objet d'une attention plus ou moins grande. Au XV^e^ siècle, en effet, l'essentiel des tableaux résultait de commandes.

> « Cette commande, écrit Baxandall, était passée par un client qui exigeait une fabrication conforme à ses prescriptions. Les tableaux tout faits se limitaient à des objets tels que des madones de série et des coffres de mariage exécutés par les artistes les moins recherchés pendant leurs périodes de creux ; les retables et les fresques, qui nous intéressent le plus, ont été faits sur commande, et généralement, le client et l'artiste passaient un contrat en due forme aux termes duquel le second s'engageait à fournir ce que le premier avait spécifié avec plus ou moins de détails »[631].

---

[629] O. KURZ, *Faux et faussaires*, Paris, Flammarion, 1983, pp. 21-22.

[630] M. BAXANDALL, *L'Œil du Quattrocento. L'usage de la peinture dans l'Italie de la Renaissance*, Paris, Gallimard, 1985, p. 10. Cela signifie que la vie économique (par exemple, les modalités de paiement convenues entre le peintre et le mécène) a déterminé le *style même* des peintures : « Le client payait l'ouvrage, à cette époque comme aujourd'hui, mais il disposait de son argent de la façon propre au XV^e^ siècle, ce qui pouvait avoir une incidence sur le caractère même des peintures. La relation dont la peinture est le produit était, entre autres choses, une relation commerciale, et certaines des pratiques économiques de cette époque sont très concrètement matérialisées dans les peintures. L'argent a une importance considérable dans l'histoire de l'art. Son influence s'exerce dans la peinture non seulement en ce qu'il est indispensable qu'un client veuille investir de l'argent dans une œuvre d'art, mais aussi au travers des modalités de paiement choisies. Un client comme Borso d'Este, le duc de Ferrare, qui choisit de payer les peintures au pied carré – pour les fresques du Palazzo Schifanoia, le tarif fixé était de dix lires bolonaises le pied carré – tendra à obtenir une peinture différente de celle qu'obtiendra un commanditaire plus raffiné, comme le marchand florentin Giovanni de' Bardi, qui paie le peintre en fonction des matériaux utilisés et du temps passé. Les modes d'évaluation du coût de fabrication en vigueur au XV^e^ siècle et les différentes manières de payer les maîtres et leurs compagnons sont inséparablement et profondément inscrits dans le style des peintures telles que nous les voyons aujourd'hui » *Ibid*.

[631] M. BAXANDALL, *L'Œil du Quattrocento. L'usage de la peinture dans l'Italie de la Renaissance*, *op. cit.*, pp. 9-10.

Ainsi, la confrontation de contrats passés entre les peintres et les mécènes à des époques différentes permet d'identifier l'évolution globale des préoccupations. Il s'agit d'un instrument contraignant qui précisait les modalités de livraison et de paiement – bien sûr –, mais aussi – et c'est cela qui nous intéresse réellement – les modalités d'exécution – par le maître ou son atelier –, les matériaux utilisés, le sujet du tableau, etc. Ces contrats permettent de mettre en évidence que, du début à la fin du XV[e] siècle, l'importance accordée à certains aspects a évolué en rapport inverse : « tandis que l'étalage de pigments précieux perdait de l'importance, l'intérêt accordé à l'habileté picturale grandissait »[632]. D'une ostentation liée au prix élevé des couleurs, on passe à une ostentation liée à la grande habileté technique de l'exécutant. Ainsi, au début du siècle, les contrats mettaient davantage l'accent sur la quantité et la qualité des pigments alors que, dès les années 1490, c'est l'exécution personnelle par un artiste de talent qui passa au premier plan. Dans un contrat passé entre le peintre florentin Domenico Ghirlandaio et le prieur de l'hôpital des Innocents à Florence en 1485 pour l'*Adoration des mages* (1488) – il s'agit, d'après Baxandall, d'un contrat représentatif de son temps –, on relève plusieurs éléments typiques de ces accords : « 1. Il spécifie ce que le peintre doit peindre, dans le cas présent au moyen d'un dessin auquel le peintre s'engage à se conformer ; 2. il indique clairement comment et quand le client doit payer et quand le peintre doit livrer son tableau ; 3. il insiste sur le fait que le peintre doit utiliser des couleurs de bonne qualité, spécialement de l'or et du bleu d'outremer. Le nombre des détails et leur précision variaient d'un contrat à l'autre »[633]. Bien que Baxandall n'y insiste pas, il nous semble important de souligner que le contrat prévoit également l'exécution personnelle de la toile par le peintre. Ainsi, si l'intérêt accordé à la qualité des pigments demeure important en 1485, l'habileté de l'artiste est déjà une réalité contractuellement prise en compte[634]. L'importance de la

[632] *Ibid.*, p. 26.
[633] *Ibid.*, pp. 18-19.
[634] « Que ce jour, le 23 octobre 1485, ledit Francesco s'en remet au susdit Domenico et le charge de peindre un panneau que ledit Francesco a fait fabriquer et a fourni ; lequel panneau ledit Domenico préparera à ses frais ; et il doit peindre ledit tableau entièrement de sa propre main, selon le modèle dessiné sur le papier, avec les personnages et de la manière qui y sont indiqués, dans tous les détails selon ce que moi, Fra Bernardo, juge le mieux ; et sans s'écarter de la manière et de la composition dudit dessin ; et il doit peindre ledit tableau tout entier à ses propres frais avec des couleurs de bonne

distinction entre l'usage de matériaux précieux et la mise en avant de l'habileté technique ne doit pas être sous-estimée. Loin de s'opposer frontalement, ces deux pôles d'évaluation des œuvres renvoient en réalité à un même point fixe : l'argent, c'est-à-dire l'ancrage de l'œuvre d'art comme objet susceptible de commerce et d'échanges. Baxandall note que « le thème de la dichotomie entre la qualité du matériau et celle de l'habileté technique revenait inlassablement, et de façon manifeste, dans tous les débats concernant la peinture et la sculpture, et cela est vrai qu'il s'agisse d'un discours à caractère moralisant, déplorant que les œuvres d'art puissent provoquer une jouissance profane, ou qu'il s'agisse d'affirmer un point de vue, comme dans les traités de théorie de l'art »[635]. Ainsi, dans le dialogue de Pétrarque, *De remediis utriusque fortunae* (*Entretiens familiers sur la bonne et mauvaise fortune*), la Raison « se fonde sur cette dichotomie pour condamner les effets que produisent sur nous les œuvres d'art : "C'est la valeur vénale, je suppose, et non l'art qui vous séduit" »[636]. Chez Pétrarque, en d'autres termes, l'essence de l'art est indépendante de l'argent. Elle s'y oppose même. Il n'empêche que ce sont bien des considérations liées à la valeur vénale de l'œuvre qui permettent de dessiner la frontière entre art et non-art et, en dernière instance, de définir ce qui n'est pas de l'art. Paradoxalement, l'argent tient donc bien un rôle central dans le concept d'art. Baxandall cite encore l'exemple d'Alberti qui, dans son traité *Della pittura* (*De la peinture*), recourt à la même distinction pour placer l'habileté technique sur un plan supérieur aux matériaux :

> « Il y a des peintres qui utilisent beaucoup d'or dans leurs tableaux parce qu'ils croient que l'or leur donne de la noblesse : je n'approuve pas cette façon de faire. Quand bien même vous auriez à peindre la Didon de Virgile – avec son carquois d'or, ses cheveux dorés retenus par une boucle d'or, sa robe pourpre ceinturée d'or, les rênes et le harnais d'or de son cheval –, même alors, je voudrais que vous n'utilisiez aucun or, parce qu'arriver à représenter le chatoiement de l'or à l'aide de simples couleurs apporte à l'homme de métier bien plus d'admiration et de louanges »[637].

qualité et de la poudre d'or sur les ornements comme il se doit, et tous les autres frais encourus par ledit tableau ; et le bleu doit être d'outremer, de la valeur de quatre florins l'once ; [...] » (*ibid.*, p. 18).

[635] *Ibid.*, p. 29.

[636] *Ibid.*

[637] cité *in ibid.*, p. 33.

Bien que les opinions quant à la valeur de l'un ou l'autre pôle varient presque à l'infini, elles s'accordent toutes « sur leur référence commune à la même dichotomie entre le matériau et le savoir-faire »[638].

Le prix des tableaux était, lui aussi, établi en fonction de ces critères. Ainsi, dans un contrat daté du mercredi 3 août 1485 conclu entre Giovanni d'Agnolo de' Bardi et Botticelli pour un retable destiné à la chapelle familiale de Santo Spirito, on peut lire :

> « À la chapelle de Santo Spirito soixante-dix-huit florins quinze sous (*soldi*), en paiement de soixante-quinze florins d'or, payés à Sandro Boticelli selon son estimation, comme suit : deux florins pour le bleu d'outremer, trente-huit florins pour l'or et la préparation du panneau, et trente-cinq florins pour son pinceau (*per suo pennello*) »[639].

La valorisation de l'habileté technique entraîna également une nette distinction entre le travail du « maître » et celui de son atelier, la *valeur du temps* passé à travailler sur l'ouvrage par le maître étant substantiellement plus importante que celle de ses assistants. Les contrats conclus à l'époque permettent, là encore, de prendre la mesure (au sens le plus littéral du terme) de cette différence. Parmi d'autres exemples cités par Baxandall, le contrat conclu entre Luca Signorelli en 1499 pour l'exécution de fresques de la cathédrale d'Orvieto met en évidence l'importance accordée à l'exécution personnelle du maître. Celle-ci n'est pas absolue (en particulier lorsqu'il s'agit de très grands formats), mais vise plus particulièrement les éléments techniquement les plus périlleux de la fresque, tels que « les visages et tous les détails de la moitié supérieure [des] personnages »[640]. Le contrat contient également une clause exigeant la supervision de *toute peinture* par le maître et, enfin, il prévoit que « tous les mélanges de couleurs [doivent être] faits par ledit maître Luca lui-même »[641]. Ainsi, le travail des assistants ne peut aller au-delà d'une simple aide à la réalisation des parties les moins techniques, réalisée sous la supervision du maître et à l'aide de couleurs qu'il aura lui-même préparées. Et Baxandall de

[638] *Ibid.*
[639] *Ibid.*, p. 33.
[640] *Ibid.*, p. 38.
[641] *Ibid.*

conclure : dès la fin du XV^e^, « ce n'est pas avec de l'or que le client entendait conférer de l'éclat à son tableau, mais en achetant du savoir-faire, bref en achetant la main même du maître »[642]. Si la pratique du travail en atelier est toujours bien réelle et si, du reste, l'exécution de grands formats rend le recours à des assistants indispensable, les préoccupations des commanditaires sont déjà centrées autour d'un personnage unique : le maître. Dans une œuvre matériellement exécutée par plusieurs personnes, on exige que, spirituellement, l'expression d'une seule et unique personnalité soit présente.

Section 2. Le contrat comme lien entre deux sphères

192. Droit, Histoire de l'art et forme symbolique. Le contrat tel que nous venons de le présenter pourrait être considéré comme outil de lien, comme le point établissant la communication entre le droit et le monde social. Le contrat, dans les travaux de Baxandall, est effectivement envisagé comme une relique, une trace. Il est le témoin de la vie artistique d'une époque. Pour passionnante et pertinente qu'elle soit – et sans que nous souhaitions remettre quoi que ce soit en cause –, l'analyse de Baxandall se situe principalement, sinon exclusivement, sur le terrain de l'Histoire de l'art. Le rôle du droit n'y est pas interrogé – tel n'est du reste pas l'objet des recherches présentées. La conception du contrat sous-jacente aux conclusions de l'historien de l'art met aux prises deux pôles séparés mis en rapport par le contrat. Il y aurait le monde social (valorisant plus ou moins les matériaux ou le travail d'un artiste), d'une part, et le droit dont les outils permettraient la mise en œuvre concrète d'attentes forgées ailleurs, d'autre part. Cette conception dualiste de la réalité pourrait être interrogée par le juriste et permettre d'affiner encore un peu notre analyse. De la même manière qu'il nous semble trop simple d'admettre que le droit agit seulement comme réceptacle du monde social, il serait trop caricatural d'affirmer sans plus de nuance que le droit forge ce monde social. Le droit prend

[642] *Ibid.*, p. 38.

plutôt la forme d'un filet entourant le monde[643]. Le filet clôt, il pose des limites, il impose un cadre. Le filet, toutefois, est principalement formé de trous. S'il embrasse la totalité du monde dans lequel il se déploie, s'il l'enferme en entier, il n'est rien de dire qu'il n'atteint qu'une très petite partie des choses[644]. Si l'on envisage la question sous l'angle des formes symboliques, l'on touche ici à l'importante question de l'articulation des formes symboliques entre elles. Loin d'être pacifique, cette articulation révèle une lutte, chaque forme tendant en effet à étendre son propre domaine. Ainsi, à propos de la science et du langage :

> « La science se constitue dans une forme de réflexion qui, tant qu'elle n'a pu s'affirmer et s'imposer, est partout contrainte de s'en tenir aux premières liaisons et aux premières divisions de la pensée, telles qu'elles sont exprimées et concrétisées dans les concepts généraux du langage. Mais si la science utilise le langage comme matière première et comme fondement, elle ne le dépasse pas moins nécessairement. C'est un nouveau "logos", régi par un autre principe que la pensée linguistique, qui apparaît maintenant et qui se constitue de manière toujours plus tranchée et plus autonome. Référées à ce nouveau logos, les formations linguistiques n'apparaissent plus que comme des obstacles et des barrières dont la force spécifique du nouveau principe devra progressivement triompher. La critique du langage et de la pensée linguistique devient ainsi partie intégrante de la pensée scientifique et philosophique montante »[645].

Cette tendance à l'extension du domaine de la forme symbolique n'est en rien spécifique au rapport de la science au langage. À cet égard, Cassirer souligne que « ce schéma typique d'évolution se retrouve dans les autres domaines. Loin que les diverses orientations de l'esprit coexistent pacifiquement et se complètent les unes

[643] La métaphore du tissu est filée (si l'on peut écrire) par Bruno Latour lorsqu'il compare la science et le droit : « Tous les traits des juristes qui énervent tant le sens commun, leur lenteur, leur goût de la tradition, leur esprit parfois réactionnaire, mais c'est leur fonction même : comme les Parques, le droit tient dans sa main le fil ténu de la totalité des jugements, des textes et des précédents qu'aucun accroc ne doit venir déchirer sous peine de déni de justice. Alors que le savant peut se satisfaire d'une information partielle parce qu'il sait que le pouvoir de ses instruments permettra à d'autres, plus tard, d'affiner le savoir et d'allonger les chaînes référentielles, le juge doit s'assurer que les trous sont ravaudés maintenant, les déchirures aussitôt rapiécées, les vides comblés, les affaires résolues, les arrêts rendus, les querelles éteintes. Si le tissu des sciences s'étend partout mais peut être partout vide, comme une dentelle, celui du droit doit tout couvrir sans hiatus, sinon sans couture. Deux façons, totalement différentes, de couvrir le monde » (B. LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, pp. 258-259).

[644] Voy. *ibid.*, p. 284 et s.

[645] E. CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, *op. cit.*, pp. 22-23.

les autres, chacune ne devient ce qu'elle est qu'en manifestant sa force dans une lutte contre les autres »[646]. Si Cassirer annonce que les interactions des différentes formes symboliques entre elles doivent être pensées, il n'entreprend pas réellement ce travail, chaque volume de la *Philosophie des formes symboliques* étant, en dernière instance, consacré à une histoire de la forme symbolique concernée[647]. La question juridique semble ainsi constituer un excellent prétexte pour penser l'articulation des formes symboliques, articulation du reste déjà esquissée concernant le rapport irréductible du droit au langage. En effet, le droit n'active-t-il pas pleinement son potentiel théorique – mettant au jour ses propres mécanismes et créant ses propres concepts – dans de telles situations de conflits ? En d'autres termes, le droit n'est-il pas le révélateur par excellence de la manière dont sont tranchées des questions mettant aux prises des conceptions divergentes d'une même réalité ?

193. Le droit n'existe que dans son rapport à d'autres formes symboliques. Si, chez Baxandall, le contrat est décrit comme le réceptacle de préoccupations naissant dans le monde social, il est certain que le contrat est, d'une manière générale, bien plus que cela. Il est certes un outil qui formalise un processus né hors du droit, mais à partir duquel tout le réel pourra être relu. Lorsque les tribunaux s'interrogent sur la validité d'une vente, ils procèdent bien à l'examen de la validité d'un contrat – contrat de vente, en l'occurrence. Ce faisant, ils ne font pas que faire droit à des préoccupations sociales que le contrat cristalliserait. Ils s'interrogent, fondamentalement, sur les conditions de l'articulation de points de vue antagonistes, par exemple sur l'articulation d'une logique scientifique et d'une logique juridique. Lorsque le Tribunal judiciaire de Paris s'est penché sur l'affaire Cattelan, il a été confronté à une vision purement factuelle et à une vision déjà juridique du monde. Si l'action de Druet avait été recevable, il aurait été amené à confronter deux visions factuelles antagonistes concernant pourtant les mêmes œuvres – deux visions factuelles antagonistes déjà infusées de juridiques, car les

[646] *Ibid.*, p. 23.
[647] Conformément à la méthodologie annoncée dans l'introduction du premier tome de la *Philosophie des formes symboliques* (*ibid.*, p. 25).

faits avancés n'auraient eu d'intérêt que s'ils permettaient d'établir la trace de la personnalité, critère de l'originalité en droit d'auteur, d'un des candidats auteurs.

Ainsi, le droit est peut-être la forme symbolique qui problématise le mieux la nécessité de penser l'articulation des différentes formes symboliques entre elles. D'une part, le phénomène juridique s'active essentiellement à l'occasion de conflits (même si, plus fondamentalement, il rend aussi le jeu possible et, dès lors, oriente tout comportement en général[648]), c'est-à-dire de confrontations entre plusieurs interprétations d'une même réalité. D'autre part, le phénomène juridique se caractérise par une évaluation incessante du réel à l'aune de ses propres critères et procédures. Au fond, le droit comme forme symbolique ne peut exister que dans un rapport aux autres formes symboliques. Même une science ou une théorie prétendument *pure* du droit ne pourrait faire l'économie de *faits litigieux* et, dès lors, de la prise en compte d'autres pans du réel et, en dernière instance, de leur évaluation d'un point de vue juridique. Le droit ne juge pas le droit, il est toujours aux prises avec des faits et surtout avec des interprétations divergentes de ces faits. Mais le droit doit trancher ; il doit stabiliser un réel pris dans un mouvement interprétatif potentiellement sans fin. À partir de plusieurs vérités concurrentes, il doit faire advenir une *vérité du droit*. Aussi, tâchons de voir comment il procède.

Conclusion du chapitre 2

194. Synthèse des développements qui précèdent. Après avoir établi que l'authenticité et, plus largement, le lien entre l'objet artistique et son auteur sont des préoccupations centrales en droit positif, il était nécessaire d'apporter un contexte historique et théorique à ces préoccupations contemporaines. Ce cadre posé, il sera alors possible de comprendre les raisons des demandes d'annulations de ventes auprès des tribunaux et d'examiner la manière dont elles sont traitées, ainsi que le régime de vérité particulier qu'elles mettent en œuvre.

[648] Voy. *supra*, n° 60.

Ainsi, le raisonnement que nous déployons au sein de cette seconde partie s'articule comme en trois temps. Le premier temps relève du constat : en droit positif, la notion d'authenticité fait l'objet d'une attention particulière. Le deuxième temps explore et précise ce constat en le situant historiquement et théoriquement, c'est l'objet du présent chapitre. Le troisième temps cherche à retracer la manière dont cette préoccupation a évolué à travers des cas en apparence anecdotiques dont nous tâcherons en outre de préciser la puissance heuristique. Pour l'exprimer autrement, nous pensons avant tout à partir d'une situation donnée (aujourd'hui). Ensuite, nous cherchons à déterminer d'où l'on vient et, enfin, nous tentons d'expliquer le chemin qui sépare et, en même temps, relie ce point d'arrivée et ce point de départ.

S'il est particulièrement mobilisé en droit dès le XIX^{e} siècle, le concept de faux se développe particulièrement à la Renaissance, alors que la figure de l'artiste se transforme peu à peu. La valeur des œuvres d'art se déplace en effet des matériaux à l'habileté et au talent d'une personne identifiable. Les premières attitudes vis-à-vis du faux sont, à cet égard, révélatrices de l'admiration pour le talent d'un artiste : on moque la dupe qui, en demandant la résolution de la vente d'un faux, accorde plus de valeur à l'origine d'un objet qu'au talent qu'il aura fallu pour réaliser un faux pourtant convaincant. Même si, en l'occurrence, le faux reste envisagé avec bienveillance, les bases théoriques d'une attitude de défiance radicale envers ce dernier sont déjà à l'œuvre : c'est l'habileté personnelle d'un artiste qui confère à une œuvre sa réelle valeur.

Ce cas permet également de rendre compte de la dialectique du faux et de l'authentique – dialectique qui nécessite peut-être un passage par le droit pour trouver un apaisement. L'œuvre révélée fausse n'a en effet pu d'abord être dite authentique que parce que, virtuellement, elle recelait également la possibilité d'être déclarée fausse. Toute œuvre se donne originellement pour authentique, mais ce point de départ suppose une fragilité constitutive : l'œuvre ne peut être dite authentique que parce que cette qualité est toujours susceptible d'être contestée et, le cas échéant, invalidée.

Le droit est par excellence lieu de révélation du faux. En effet, lorsqu'un doute survient, c'est vers le droit que l'on se tourne. Lorsque le présupposé d'authenticité est mis à mal, lorsque la place jusqu'alors assignée à un objet se voit déstabilisée, c'est au droit qu'il revient de dire où est *le faux*, pas tant pour établir *le vrai* que pour stabiliser un état du réel. À cet égard, le contrat ne fait pas que consacrer des revendications extrajuridiques. Il permet précisément la remise en cause d'une transaction et, dès lors, l'avènement du faux. Si l'on rapporte ces questions à la philosophie des formes symboliques, le contrat de vente et les mécanismes judiciaires mis en œuvre sur la base de celui-ci illustrent la dépendance du droit à d'autres logiques. Au fond, le droit n'est jamais aussi présent que lorsque des visions antagonistes d'une même réalité sont en concurrence. Le droit est donc une forme symbolique qui se nourrit de la coexistence et de la confrontation d'autres rationalités. Dans cette confrontation, le point de vue du droit peut, en particulier, dégager une *vérité* propre. C'est cela qu'il convient à présent d'interroger.

Conclusion du Titre 1

195. Rappel des principaux enseignements. Après avoir, dans la première partie de ce travail, mis en évidence la manière dont le droit permet une compréhension singulière du monde et, de ce fait, détermine la place qu'occupent certains objets dans le *continuum* du réel, il convenait d'apporter un éclairage concret à ces questions. Pour ce faire, c'est sur la notion de faux que nous avons choisi d'axer la suite de notre démonstration. Cette notion est en effet particulièrement intéressante, et ce à plusieurs titres. D'une part, elle permet d'appréhender un processus que le droit rend particulièrement visible et qui, en dernière instance, ne s'actualise peut-être pleinement que dans sa rencontre avec le phénomène juridique. D'autre part, elle permet de penser l'opposition du *vrai* et du *faux* et, dès lors, la manière dont le droit produit un type de vérité particulier. Ce dernier élément est central dans l'appréhension du droit comme forme symbolique et demande à être davantage étudié, nécessairement en lien avec les notions de *Dike* et de *Cosmos,* puisqu'il est désormais établi que ces éléments sont conceptuellement intriqués.

S'il est vrai que toute recherche est située, alors il convenait d'emblée de préciser d'où nous nous écrivions. Au fond, un problème de sciences humaines, même s'il se déploie sur une temporalité longue, n'est réellement intéressant que par l'écho qu'il trouve à un certain moment pour le chercheur et ses contemporains. Aussi, il importait d'emblée de préciser la portée de cet écho et, ainsi, d'identifier certaines actualisations de ce qui n'est rien d'autre qu'une onde de choc – le résultat concret d'une rupture, fût-elle progressive, dans le flux de la pensée.

C'est pour cette raison d'ordre épistémologique que nous avons pris le parti d'entamer le présent titre par la question des survivances de préoccupations plus anciennes pour la question du faux. Ces survivances ont été, pour le sujet qui nous occupe, envisagées sous l'angle du droit positif et, en particulier, du droit d'auteur et de la question de l'authenticité des œuvres d'art, essentiellement dans le cadre de contrats de vente. Aussi, nous avons établi que, en droit positif, la question du lien qui unit un objet et une personne – question qui sous-tend les inquiétudes contemporaines et anciennes sur le faux – est centrale.

Ce constat posé, il importait d'apporter quelques précisions quant au moment du choc ; quelques précisions sur l'origine d'une onde façonnée par des préoccupations anciennes qui se déploient jusqu'à nous.

Ainsi, nous avons examiné la manière dont, à la Renaissance, les préoccupations des commanditaires d'œuvres d'art se sont peu à peu déplacées vers le talent et l'habileté d'un artiste identifié. Ce germe atteindra sa pleine maturité au XIX^{e} siècle.

Dès la Renaissance, le contrait était vu comme un outil permettant de comprendre des préoccupations nées en dehors du domaine juridique. Si les contrats de commande d'œuvres d'art constituent assurément des sources précieuses pour les historiens de l'art, ils sont sans doute bien plus que cela. En effet, les contrats ne sont pas des outils inertes – simples réceptacles. Ils sont, au contraire, des éléments dynamiques. Dès lors qu'un contrat se trouve contesté, les juges n'y puisent pas des

éléments externes au monde juridique qu'il conviendrait de protéger nécessairement. Ils s'interrogent, plus fondamentalement, sur les conditions de l'articulation de points de vue antagonistes et, dès lors, sur les contours à donner à une réalité encore floue. Ils redéfinissent, en d'autres termes, une certaine vérité.

Nous avons évoqué le lieu depuis lequel nous écrivons, ainsi que celui où sont nées les questions qui nous animent encore. Il reste dès lors à présent à examiner la manière dont le chemin peut être parcouru. Pour ce faire, nous n'examinerons pas l'évolution de la notion de faux en jurisprudence de manière exhaustive, mais, à travers un segment restreint, nous tenterons de tirer des enseignements plus généraux sur la manière dont se forme la vérité du droit – et de raconter de belles histoires.

Titre 2. Le faux révélateur du vrai, ou l'œuvre d'art et la *vérité* du droit

196. Présentation générale. Dans *La Fabrique du droit*, Bruno Latour se livre à une ethnographie du Conseil d'État de France. À travers un travail de terrain, il cherche à dégager comment se dit et se fait le droit au sein de l'institution. La mise en perspective qu'il propose par rapport à l'épistémologie scientifique sera particulièrement précieuse pour penser le rôle de l'expert et le statut de la *vérité du droit* par rapport à la *vérité de la science* et même par rapport à *la vérité*, tout court. Ces questions seront examinées en lien avec plusieurs décisions relatives à la notion d'authenticité dont nous retracerons certaines évolutions en jurisprudence (Chapitre 2. Du droit à l'œuvre d'art, aller-retour). Elles seront en outre l'occasion de penser la puissance heuristique des cas singuliers et d'esquisser une partie du chemin parcouru entre un moment où l'authenticité était encore abordée avec méfiance et un moment – celui depuis lequel nous écrivons – où cette notion a conquis une place centrale dans les réflexions théoriques et pratiques liées aux œuvres d'art.

Afin d'ancrer les développements de Latour dans notre propos et de leur donner d'emblée une portée plus concrète, il semble néanmoins intéressant de faire un détour préalable par une affaire emblématique en matière de vente d'œuvre d'art à

la fin du XIX[e] siècle (Chapitre 1. *La Mort de Marat*, ou l'indépendance des juges vis-à-vis des experts). Celle-ci donna lieu à un jugement du Tribunal civil de la Seine du 24 mai 1889[649], à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 mai 1890,[650] puis, finalement, à un arrêt de la Cour de cassation de France du 23 décembre 1891[651]. Elle est emblématique de la conception individualiste de l'œuvre d'art qui prend racine à la Renaissance, ainsi que nous l'avons vu au sein du titre précédent. En effet, en France, « au XIX[e] siècle, l'Académie des Beaux-arts voit son autorité mise en question par les conceptions individualistes des romantiques et l'image sociale qu'ils se font de l'artiste. Elle est confrontée, comme l'avaient été les corporations, à l'idéologie charismatique qui, ébauchée à la Renaissance, atteint son apogée avec le romantisme »[652]. Cette affaire met également en évidence la distinction qu'il convient d'opérer entre « copie » (la réplique d'une œuvre par une autre personne que l'auteur de l'original)[653] et « répétition » (la réplique d'une œuvre par la même personne ou, éventuellement, sous sa direction ou dans son atelier)[654], d'une part et, d'autre part, la difficulté d'opérer cette distinction. Elle met encore en lumière une certaine méthode d'attribution des tableaux, typique du XIX[e] siècle, ainsi que le pouvoir du dernier mot du droit confronté à une expertise ou, pour le dire autrement, il met en exergue *le rôle du droit lorsque deux discours de vérité s'opposent*, nous donnant ainsi l'occasion de mobiliser les travaux de Bruno Latour relativement aux régimes de vérité des sciences, des experts et du droit, et de préciser la place du droit au regard d'autres formes symboliques.

[649] Trib. civ. Seine, 24 mai 1889, *Gazette des tribunaux*, 16 et 17 mai 1890, p. 465.
[650] Paris, 16 mai 1890, *op. cit.*
[651] Cass. fr., 23 décembre 1891, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelles*, 1892, p. 409.
[652] S. LEQUETTE-DE KERVENOAËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, *op. cit.*, p. 81.
[653] *Ibid.*, pp. 118 et s.
[654] *Ibid.*, pp. 127 et s.

Chapitre 1. *La Mort de Marat*, ou l'indépendance des juges vis-à-vis des experts

197. Naissance et disparition de trois toiles. Jacques-Louis David a peint *La Mort de Marat* (également connu sous le titre de *Marat dans sa baignoire* ou *L'Assassinat de Marat par Charlotte Corday*) en 1793. Il offrit le tableau à la Convention qui décréta que « deux copies signées à faire sous la direction de David »[655] devaient être réalisées pour les Gobelins. La toile fut alors restituée à David et les deux autres exemplaires peints. Toutefois, « les changements politiques qui survinrent, postérieurement à cette exécution, déterminèrent David à dissimuler, en les couvrant d'une couche de chaux, l'existence des trois tableaux restés en sa possession jusqu'à sa mort »[656].

198. Une toile ressurgit. En 1885, une des toiles fut exposée à l'occasion d'une exposition consacrée aux *portraits du siècle*. Cet exemplaire appartenait à M. Terme qui l'avait acheté à M. Durand-Ruel. Jules David, le petit-fils du peintre, propriétaire d'un autre exemplaire, demanda la modification du catalogue de l'exposition et la substitution de la mention « d'après David » à la mention « par David ». Jules David, partie demanderesse, devait donc apporter deux preuves : il convenait de démontrer qu'il était bien propriétaire de l'original, d'une part, et que l'exemplaire de M. Terme était une copie, d'autre part. Le requérant étant décédé avant la décision de première instance, sa veuve, Mme David Chassagnolle, reprit l'instance.

On lit dans la *Gazette des tribunaux* des 16 et 17 mai 1890 :

> « On se souvient de la contestation portée devant le Tribunal civil de la Seine au sujet du *Marat* de David. Un amateur, M. Terme, envoya en 1885 à l'Exposition des portraits du siècle organisée à l'école des beaux-arts, un tableau mentionné sur le catalogue en ces termes : *Marat dans sa baignoire,* par David. La veuve de M. Jules David, petit-fils du fameux peintre, se prétendant propriétaire du seul tableau original peint par ce dernier au lendemain de l'assassinat de l'ami du peuple pour la salle des séances de la Convention, fit défense à M. Terme et au

[655] *Ibid.*, p. 120.
[656] *Ibid.*, p. 120.

> président de la Société des artistes de France de continuer à exposer sa toile en l'attribuant à David »[657].

Ainsi, la question à trancher était celle-ci :

> « David n'a-t-il fait personnellement qu'un seul tableau représentant Marat dans son bain, et Mme veuve David étant certainement propriétaire de l'original qui porte l'inscription : "à Marat, David, l'an 2" ; M. Terme n'en possède-t-il que la copie ? »[658].

M. Terme ayant acheté le tableau litigieux au célèbre marchand d'art Paul Durand-Ruel, il a introduit une demande récursoire visant à obtenir l'annulation de la vente dans l'hypothèse où le tableau ne serait pas authentique.

D'emblée, soulignons que le tribunal et la cour d'appel aboutiront à des conclusions opposées en se fondant pourtant sur le même rapport d'expertise. En d'autres termes, à partir d'une description identique du réel, les juges ont évalué différemment la paternité du tableau litigieux et, par conséquent, le sort à réserver aux prétentions des protagonistes. Il semble donc que l'acteur principal en matière d'attribution dans ce cas-ci soit le juge et non, comme on pourrait intuitivement s'y attendre, l'expert. Le *pouvoir du dernier mot* du droit[659] trouve ici une illustration éloquente. En effet, comme le rappellera la Cour de cassation de France, les juges sont parfaitement libres de ne pas se rallier à l'avis des experts. Du reste, une juridiction d'appel peut se fonder sur le même rapport d'expertise que la juridiction de première instance sans pour autant se rallier aux conclusions de cette dernière[660]. La portée de l'arrêt de cassation n'est pas à négliger, puisqu'il sera cité sous le *verbo* « Expert-Expertise » dans la *jurisprudence générale 1887-1897* :

> « Les juges n'étant point astreints à suivre l'avis des experts, quand leur conviction s'y oppose, peuvent baser leur conviction sur de simples présomptions, pourvu qu'elles soient tirées de faits sur lesquels les parties ont

[657] Trib. civ. Seine, 24 mai 1889, *op. cit.*
[658] *Ibid.*
[659] Voy. *supra*, n° 33 et *infra*, n° 205 et s.
[660] « Une cour d'appel a le droit de faire état d'une expertise édifiée à la suite du jugement de première instance, qui a été versée dans le débat d'appel et a été discutée par toutes les parties. – Civ. r. 23 juillet 1895, D. P. 96. 1. 118 » (*Jur. gén.*, 1887-1897, v° *Expert-Expertise*, n° 79).

été mises en mesure de s'expliquer contradictoirement à l'audience. – Req. 23 déc. 1891, D. P. 92. 1. 409.
Spécialement, ils peuvent se fonder, pour refuser d'entériner l'expertise, sur des considérations de fait, parmi lesquelles est relevée la rétractation, régulièrement produite aux débats, de l'un des signataires du rapport. – Même arrêt »[661]

Par un jugement avant dire droit, le tribunal a commis trois experts – Messieurs Lafenestre, Cabanel et Haro –, chargés de se prononcer sur l'attribution du tableau de M. Terme. Leur rapport « conclut que le tableau de la demanderesse était bien l'œuvre originale du maître et que celui de M. Terme n'en était qu'une copie d'ailleurs superbement exécutée »[662]. Cabanel se rétractera néanmoins par la suite pour des raisons et dans des circonstances inconnues.

Dès lors, la messe semble dite et la sentence paraît irrévocable. C'est pourtant le propre du débat judiciaire de servir de cadre à des vérités concurrentes et de permettre une certaine remise en cause de ce qui semblait acquis, avant de dégager la vérité du droit et, partant, celle qui s'imposera et qui, *in fine*, mettra un terme à toute controverse.

Dans leur rapport, les experts attirent notamment l'attention sur des points de détails du tableau, révélateurs, selon eux, des « caractéristiques de David »[663]. On lit ainsi dans la *Gazette des tribunaux* :

« Nous avons constaté, disait le rapport des experts, que le tableau de M. Terme présente de notables différences avec celui de Mme David-Chassagnolle, ce dernier portant dans tous les détails de l'exécution la marque d'une authenticité et d'une originalité incontestables.
Les différences consistent : 1° pour la composition, dans l'agrandissement en longueur de la toile et sa diminution en hauteur, et comme conséquence, dans la modification des linges étendus derrière la tête de Marat, en vue de donner plus de pondération, plus d'espace au sujet ; 2° pour l'exécution, dans une facture peut-être plus ferme, mais moins libre et moins spontanée dont la différence avec la peinture du tableau de Madame David-Chassagnolle peut-être facilement notée dans *un grand nombre de détails* [nous soulignons],

[661] *Jur. gén.*, 1887-1897, v° *Expert-Expertise*, n° 76 et 77.
[662] Paris, 16 mai 1890, *op. cit.*
[663] *Ibid.*

> notamment dans le modèle de la poitrine, des bras et des mains, dans le traitement des accessoires : caisse, encrier, plume, couteau, etc., qui ne semblent plus, comme dans la peinture précédente avoir été peints d'après nature, et dans celui du fond, qui ne présente pas la manière de peindre et les frottis caractéristiques de David »[664].

Tirant les conclusions de ces observations, les experts concluent que ces « différences d'exécution, si elles n'excluent pas absolument la possibilité de quelque retouche par le maître devant le travail, ne permettent pas certainement d'y voir un ouvrage de sa main »[665].

Bien qu'ils estiment le Marat de M. Terme plus abouti, celui-ci « n'est point non plus une réplique de la main de David, mais seulement une copie supérieure, faite sous ses yeux et sous sa direction, et dans laquelle il n'est pas impossible d'admettre quelques retouches de sa main, sans que ces retouches soient toutefois assez importantes pour donner à l'œuvre un caractère de répétition »[666]. Pour les experts, il est dès lors acquis que l'œuvre n'est pas une répétition de son propre tableau par David. La question ne porte pas tant sur la qualité de l'exécution ou le degré de précision de la reproduction que sur la présence d'éléments « caractéristiques » de David : des frottis, la manière de représenter une poitrine, une main, des bras, une caisse, un encrier ou un couteau… Du reste, il semble possible d'identifier des éléments qui sont de la main du maître (« quelques retouches », écrivent les experts) et de les isoler dans le tableau. L'importance quantitative de ces retouches servirait alors de critère pour faire passer un tableau du statut subordonné de copie à celui, plus enviable, de répétition. Bref, c'est dans les *détails* que se cache la personnalité de l'artiste. La personnalité de l'auteur, sa présence, se révèle à qui sait *lire correctement* une image et, ainsi, réécrire sa genèse, retracer son histoire jusqu'à reconstituer le contexte de son exécution (« une copie faite sous ses yeux »), pour en tirer des conséquences juridiques.

[664] *Ibid*.
[665] *Ibid*.
[666] *Ibid*.

De son côté, Durand-Ruel a fourni plusieurs appréciations visant à confirmer l'attribution du tableau à David et, par conséquent, à éviter l'annulation de la vente. Ainsi, on lit que

> « ce tableau, bien connu de tous les artistes et de tous les amateurs, a toujours été considéré non seulement comme une œuvre de David d'une originalité incontestable, mais encore comme un de ses plus beaux morceaux de peinture. Son exécution incomparable, son dessin savant et sa coloration puissante n'appartiennent qu'au maître. L'existence d'un autre tableau de David représentant le même sujet et dont l'authenticité n'est point inconnue ne peut modifier en rien notre jugement »[667].

Sur la question de la répétition, les experts mandatés par Durand-Ruel estiment :

> « Beaucoup d'artistes, et David en particulier, ont fait des "répliques" de leurs œuvres ; ce sont habituellement des copies faites par un bon élève sous la direction du maître et retouchées plus ou moins par lui ; car les grands artistes n'ont pas souvent le temps ou la patience de se recopier eux-mêmes.
> Dans ce cas présent, ce n'est pas seulement une répétition, mais une œuvre hors ligne à laquelle David a mis tout son art et toute sa science.
> [...]
> En admettant même qu'un artiste de premier ordre, comme le baron Gérard, ait aidé David pour mettre en place le tableau sous sa direction et pour y exécuter certains accessoires, notre jugement resterait le même, car c'est dans des conditions analogues que les plus grands chefs-d'œuvre de Raphaël, de Rubens et de tous les grands maîtres ont été exécutés »[668].

La méthode utilisée par ce second groupe d'experts diffère de celle du premier groupe. Alors que ce dernier s'attardait sur des détails caractéristiques de la peinture de David qui permettaient, dans une certaine mesure, d'objectiver leur jugement, les seconds semblent davantage se prononcer sur la qualité de l'exécution et renvoient à une impression générale qui reste relativement floue (« un beau morceau de peinture », « une exécution incomparable »).

199. Ce tableau n'est pas un David. Dans une décision du 24 mai 1889, le Tribunal civil de la Seine se rallia à l'expertise ordonnée avant dire droit :

---

[667] *Ibid*.
[668] *Ibid*.

> « Attendu que l'expertise à laquelle il a été procédé en vertu du jugement rendu par le Tribunal a encore confirmé les renseignements donnés par l'établissement de la propriété ; qu'il est, en effet, affirmé par les experts que le tableau appartenant à Terme, tableau remarquable, il est vrai, et dû à un peintre de premier ordre, n'est point l'œuvre originale de David, mais seulement une copie supérieure faite sous ses yeux, sous sa direction et dans laquelle il n'est pas impossible d'admettre l'existence de quelques retouches de sa main, sans que ces retouches soient toutefois assez importantes ou assez certaines pour donner à l'œuvre un caractère de répétition »[669].

La rétractation de M. Cabanel est en outre écartée, pour des raisons qui demeurent obscures :

> « Attendu que cette appréciation sérieusement motivée et portant la signature de trois experts ne saurait être infirmée par la réserve apportée à la conclusion du travail commun dans la lettre ultérieurement signée par l'un des trois experts ; que les circonstances dans lesquelles cette lettre a été signée lui ôtent en effet toute autorité »[670].

Le tribunal ajoute que la copie faite sous la direction d'un maître ne peut être considérée (il indique même que cela est « impossible ») comme œuvre originale. Il juge dès lors la demande la veuve David-Chassagnolle justifiée.

Concernant la demande récursoire tendant à obtenir l'annulation de la vente du tableau par M. Durand-Ruel à M. Terme, le tribunal rappelle que « l'erreur vicie le contrat de vente lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet »[671]. En matière de tableau, « la personnalité du peintre auquel le tableau vendu est attribué constitue la substance même de la chose au point de vue juridique et dans la pensée des parties contractantes »[672]. La vente est dès lors résolue pour cause d'erreur sur la substance « puisque le tableau vendu n'est pas de la main de David »[673]. Ainsi, dans le cadre de la vente d'une peinture, il convient de déterminer ce qui fait la substance de la chose vendue. Le lecteur non-juriste (ou le juriste par trop espiègle) y verra sans doute une montagne métaphysique : l'air de rien, le droit attribue ou dénie des qualités aux objets selon qu'ils en constituent ou non la

[669] Trib. civ. Seine, 24 mai 1889, *op. cit.*
[670] *Ibid.*
[671] *Ibid.*
[672] *Ibid.*
[673] *Ibid.*

substance. Il ne s'agit pourtant que de sécuriser des transactions, d'apporter de la prévisibilité et de la stabilité dans les échanges. Le droit se doit de potentiellement déterminer la substance de toute chose pour aussitôt se retirer : il ne s'agit que du point de vue du droit. Pourtant, en se saisissant de l'objet et en le soumettant ainsi à son appréciation, le droit déborde nécessairement. Du reste, si la substance d'une chose peut sembler extrêmement stable (comment imaginer un objet qui, tout en restant identique, verrait sa « substance » changer au gré de décisions humaines ?), le droit possède la propriété étonnante de faire varier la substance des choses en les entraînant dans son discours et ses procédures.

200. Ce tableau est un David. En effet, alors que le Tribunal civil de la Seine semblait avoir identifié négativement la *substance* du tableau litigieux (ce n'est pas un David), le point de vue de la Cour d'appel de Paris sera différent et, en se focalisant sur la question de la charge de la preuve, conduira à une autre solution en se fondant pourtant sur les mêmes données que le tribunal. Madame David Chassagnolle étant la partie demanderesse, il lui revient d'apporter la preuve de ses allégations. Or, juge la cour, le rapport d'expertise ordonné avant dire droit ne suffit pas à établir cette preuve. Reprenant à son compte le rôle de l'expert, la cour précise « qu'il est établi que plusieurs tableaux de David, non contestés originaux ou répétitions, ne portent point de signature, et qu'il n'y a lieu de s'arrêter à cette circonstance accessoire »[674]. Elle ajoute que ce rapport d'expertise est remis en question par la rétractation de Cabanel et « par les attestations d'un grand nombre d'artistes et d'experts considérables par leur talent ou leur expérience, lesquels estiment que le tableau doit être considéré comme l'œuvre personnelle de David »[675]. Elle juge qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner une nouvelle expertise, « la question de savoir si ces éléments d'appréciation sont suffisants dans l'espèce pour autoriser une affirmation et qualifier le tableau de répétition ou de copie, constitue une question d'ordre purement artistique dont la solution peut varier suivant les impressions personnelles résultant de l'examen »[676]. Ainsi, pour des raisons procédurales (c'est le demandeur

[674] Paris, 16 mai 1890, *op. cit.*, p. 466.
[675] *Ibid.*
[676] *Ibid.*

qui doit prouver ce qu'il allègue, or, en l'espèce, cette preuve fait défaut[677]), la substance du tableau se trouve à nouveau modifiée. Ce qui, en première instance, n'était pas un David (on ignore toutefois *ce qu'il était* positivement) pour des raisons liées aux méthodes d'attribution des tableaux, devient, dans le cadre juridique, un David pour des raisons *platement* procédurales. La logique et les formes imposées par le droit prennent donc le pas sur l'expertise artistique. Ainsi, le tribunal ou la cour sont loin d'être de simples chambres d'entérinement du travail des experts, mais, au contraire, soumettent celui-ci au formalisme propre du droit. Ils le prennent dans leur mouvement, s'approprient des éléments d'analyse qui leur sont *a priori* étrangers et ils font rejaillir leurs conclusions sur l'œuvre elle-même.

201. Il s'agit effectivement d'un David. La Cour de cassation de France rejettera le pourvoi de la veuve David Chassagnolle et, avec une admirable concision, confirmera l'arrêt attaqué, consacrant ainsi la pleine liberté des juges par rapport aux conclusions des experts et réaffirmant la *force particulière du droit* :

> « [...] Attendu que, aux termes de l'art. 323 C. pr. civ., les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts, quand leur conviction s'y oppose ; que cette conviction contraire peut se baser sur de simples présomptions, pourvu qu'elles soient tirées de faits sur lesquels les parties ont été mises en mesure de s'expliquer contradictoirement à l'audience ; – Qu'en se fondant, pour refuser d'entériner l'expertise, sur des considérations de fait parmi lesquelles est relevée la rétractation régulièrement produite aux débats de l'un des signataires du rapport, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi ;
> Sur le deuxième moyen, pris en violation des art. 1315, 1320, 1354 c. civ. : – Attendu que le jugement, que la demanderesse en cassation s'appropriait en requérant sa confirmation, disait que le tableau possédé par Terme n'était qu'une copie de l'original de David, appartenant à ladite dame ; – Qu'il incombait, dès lors, à celle-ci, comme ayant pris l'initiative du procès, de prouver, non seulement qu'elle était propriétaire de l'original, mais encore que l'exemplaire de Terme était une copie du premier, faite par un tiers, et non la répétition de cette œuvre par le maître lui-même ; Qu'en mettant cette preuve à sa charge, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi [...] »[678].

[677] Voy. l'article 1315 du Code civil français en vigueur à l'époque selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».
[678] Cass. fr., 23 décembre 1891, *op. cit.*, p. 411.

202. Retour à Cassirer. Emblématique de l'indépendance des conclusions juridiques au regard d'autres conclusions, *a priori* plus autorisées en matière d'attribution, le cas du Marat de David constitue également un exemple éloquent de la pertinence du triptyque *Dike*, *Logos*, *Cosmos* qui caractérise la forme symbolique du droit. Au fond, si la chronologie conceptuelle devrait commander de penser le cas particulier au regard de la loi générale, le cas particulier reflète aussi cette loi et permet, en dernière instance, d'en éprouver la pertinence. C'est bien la méthode préconisée par Cassirer en référence aux travaux de Gœthe[679]. Si la triade cassirérienne convainc quand on l'applique au cas *Maurizio Cattelan*[680], le cas du Marat est un peu différent : les questions sont posées différemment, les catégories juridiques en cause ne sont pas les mêmes, mais, en dernière instance, le droit détermine à nouveau la place qu'occupent certains objets selon des critères qui lui sont propres. Il établit une vérité qui n'est autre qu'une *vérité du droit*, dégagée au terme d'une procédure judiciaire. Alors qu'il est question de vente d'œuvre d'art, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire Cattelan, on s'aperçoit qu'il s'agit à nouveau d'établir une vérité selon certains critères et à une certaine fin. Il n'y a plus de présomption de paternité qui permettrait de supposer que David est bien l'auteur du Marat de M. Terme, mais il y a une règle procédurale selon laquelle c'est la personne qui prend l'initiative du procès qui doit prouver ses allégations. Et cette règle a bien un fondement légal : l'article 1315 du Code civil en vigueur au moment du procès. La logique est au fond la même : il s'agit de supposer une correspondance entre réalité factuelle et réalité juridique et de ne permettre la remise en cause de cette situation que par le droit lui-même et selon ses propres critères. Là aussi, il s'agit de départager le vrai du faux là où deux discours s'opposent (*Logos*). Il s'agit de ne permettre la remise en question de la stabilité et de l'ordre déjà établi (*Cosmos*) que par une procédure connue et permettant de déterminer les parts respectives de chacun, la place que doit occuper un objet dans le *continuum* du réel (*Dike*).

[679] Voy. *supra*, n° 110.
[680] Voy. *supra*, n° 164.

Conclusion du chapitre 1

203. Synthèse des développements qui précèdent. Le cas *Maurizio Cattelan* mettait à mal le sens commun : comment le lien établi entre une œuvre et un auteur peut-il se trouver confirmé sans même avoir égard, ni aux œuvres elles-mêmes (à leur délimitation, leurs composantes, etc.), ni au processus de création ? Comment, en d'autres termes, l'application de principes relevant d'une logique extra-artistique peut-elle rejaillir sur des éléments relevant pourtant *a priori* d'un autre mode de rationalité ?

L'appréhension de ce problème par le prisme de la philosophie des formes symboliques a permis de mettre en évidence plusieurs choses. D'abord, un même objet peut être appréhendé selon des rationalités différentes et, le cas échéant, concurrentes. Ensuite, certains modes de compréhension du réel peuvent imposer leur propre point de vue et, ainsi, contaminer d'autres types de rationalité. Concernant en particulier le droit, nous avons vu que, envisagé comme une forme symbolique, il possédait un pouvoir de propagation particulièrement développé. En effet, le droit ne s'active pleinement que lorsque la question de la concurrence entre formes symboliques se pose. C'est précisément à lui que revient la tâche de trancher. Or il le fait selon une rationalité propre. À cet égard, nous avons vu que la forme symbolique du droit se caractérise essentiellement par trois éléments : *Dike*, *Logos* et *Cosmos*. Parmi ces trois éléments qui ne se laissent pas penser séparément, le *Logos* désigne cette fonction singulière du droit de déterminer le vrai du faux – raison pour laquelle il importait de revenir à la question des œuvres d'art et d'interroger le *faux* artistique.

Après avoir envisagé cette notion en général au sein du Titre 1 de la présente partie, il convenait de donner à ces considérations une portée plus concrète à travers l'examen de cas jurisprudentiels. Afin de mettre en lien ces cas avec la *Philosophie des formes symboliques*, une attention singulière devait être portée à la question d'une *vérité du droit* et à la concurrence de plusieurs rationalités entre elles.

Pour amorcer cette question et d'emblée lui donner une portée concrète, le cas du (faux ?) Marat développé au sein du ce chapitre semblait particulièrement éloquent.

En effet, l'ensemble des décisions rendues dans le cadre de cette affaire montrent que, sur la base des mêmes données (rapports d'expertise), les juges peuvent déclarer vrai ou faux un tableau et, ainsi, faire varier la place qu'occupe une œuvre, par exemple au sein ou en dehors de la production par définition *authentique* d'un artiste. Les rapports d'expertise qui, pourtant, interrogent directement l'objet soumis aux experts n'ont à cet égard qu'une force relative au regard de la rationalité propre au droit exprimée par des règles procédurales.

Le problème étant clairement posé, il convient à présent d'affiner les contours de cette *vérité du droit* et de tenter de décrire finement une portion du chemin qui porta l'authenticité vers des sommets : l'authenticité participe désormais de la substance même d'une œuvre d'art.

Chapitre 2. Du droit à l'œuvre d'art, aller-retour

204. Présentation générale. La question d'un régime de vérité propre au droit dont la pertinence a été mise en évidence, notamment au sein du chapitre précédent, sera précisée dans une première section. Ces éléments permettront, dans une seconde section, d'éclairer la manière dont des histoires singulières ont pu, peu à peu, affiner la dialectique qui se joue entre authenticité et substance d'une œuvre – précisant chacune de ces notions.

Section 1. La vérité du droit

> « Qu'est-ce que la vérité est une question fondamentale. Mais qu'est-elle à côté de : "comment supporter la vie ?" Et celle-ci même pâlit auprès de cette autre : "Comment *se* supporter ?" – Voilà la question capitale à laquelle nul n'est en mesure de nous donner une réponse »[681].

205. Pluralité de vérités et vérité du droit. Si ce sont bien les juges qui font et défont l'attribution des tableaux qui leur sont soumis, comment penser le rapport de cette opération avec la notion de vérité ? Trois formes de vérité sont potentiellement concurrentes lorsqu'on examine le cas du *Marat dans sa baignoire* : premièrement, il y a ce qu'on pourrait nommer la *vérité-essence* – sans nous attarder sur les trop nombreuses implications de cette association philosophiquement chargée ; celle qui rend compte de l'être réel de la chose et qui, en raison de son caractère irréductiblement mystérieux, ne peut servir que d'horizon aux autres formes de vérité qui prétendent y accéder. Deuxièmement, il y a la *vérité des experts* que l'on pourrait un peu trop rapidement assimiler à une vérité scientifique (nous verrons que ce n'est pas le cas) et, troisièmement, il y a la *vérité du droit* dont il importe de préciser les spécificités.

D'emblée, il importe de souligner que l'expression « vérité du droit » ne doit pas tromper. Pas plus qu'en matière scientifique, il n'existe de discours ou de position homogène au sein du discours juridique. À cet égard, Chaïm Perelman relève que

[681] E. CIORAN, *Ébauches de vertige*, Paris, Gallimard, 1979, p. 86.

> « les raisonnements juridiques s'accompagnent de controverses incessantes, et ceci aussi bien entre les juristes les plus éminents qu'entre les juges qui siègent dans les tribunaux les plus prestigieux. Ces désaccords, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, obligent le plus souvent, après l'élimination de solutions déraisonnables, à imposer une solution par voie d'autorité, qu'il s'agisse de l'autorité de la majorité ou de celle des instances supérieures, qui se combinent d'ailleurs le plus souvent. C'est en cela que le raisonnement juridique se distingue, à la fois, de celui qui caractérise les sciences, et spécialement les sciences déductives – où il est plus facile d'arriver à un accord sur les techniques de calcul et de mesure – et de celui que l'on rencontre en philosophie et dans les sciences humaines, où, à défaut d'accord, et en l'absence d'un juge capable de clore les débats par son jugement, chacun reste sur ses positions. Parce qu'il est presque toujours controversé, le raisonnement juridique, par opposition au raisonnement déductif purement formel, ne pourra que très rarement être considéré comme *correct* ou *incorrect*, d'une façon, pour ainsi dire, impersonnelle »[682].

Nous tenterons dès lors, dans les pages qui suivent, de dégager les caractéristiques de ce qu'est la *vérité du droit*, en gardant à l'esprit que le contenu de cette vérité n'a rien de nécessaire et peut, le cas échéant, se voir contesté – fût-ce de l'intérieur du droit lui-même[683].

Si l'on veut continuer de préciser les contours de la forme symbolique du droit et, en particulier, penser concrètement le *Logos* qui la caractérise – ce dernier permettant l'établissement de critères de vérité dans ce contexte précis –, il est enrichissant de s'attarder sur les travaux de Bruno Latour qui, dans *La Fabrique du droit*, relève que le droit offre une vérité qu'il ne s'agit pas de confondre avec *le vrai* (la vérité-essence), bien que les interactions qu'elle entretient avec celui-ci soient à bien des égards particulièrement *actives*. Aussi, le *Logos* cassirérien ne tend-il pas tant à déterminer une vérité abstraite et absolue qu'à dégager une vérité conforme aux objectifs de la triade *Dike – Logos – Cosmos*, c'est à dire, en dernière instance, une *vérité proprement juridique* qui ne se pense pas par référence à elle-même uniquement, mais également par référence à une fonction stabilisatrice (*Cosmos*) et à une fonction répartitrice (*Dike*), ces deux éléments étant d'emblée intimement liés. Les

[682] C. PERELMAN, *Logique juridique*, *op. cit.*, p. 6.
[683] Sur les interactions internes au droit et la place de l'argumentation dans le *langage* du droit, voy. *supra*, n° 19.

travaux de Latour permettront en outre d'ébaucher la question de l'interaction de la forme symbolique du droit avec celle de la science qui, on s'en souvient, porte en elle le principe de son propre dépassement (comme toute forme symbolique, du reste)[684] et est dès lors caractérisée par une instabilité constitutive – forme de fuite en avant qui, si elle permet d'expliquer aussi le caractère évolutif et jamais figé du droit, entre en contradiction avec sa vocation ordonnatrice et stabilisatrice (*Cosmos*).

206. La vérité du scientifique et la vérité du juge. Latour rejoint – sans jamais le citer – Cassirer lorsqu'il constate que, contrairement au chercheur – qu'il convient de distinguer de l'expert –, le juge clôt toute discussion. Telle est d'ailleurs sa vocation. Ainsi, il met fin à la controverse et apporte de la stabilité, là où la vérité scientifique se caractérise par une instabilité constante. Alors que l'activité du scientifique implique une succession de transformations incessantes, alors qu'elle « orchestre des dizaines de transformations, attachant des dizaines de couches textuelles enchaînées à la suite les unes des autres, formant drame ou raisonnement, dont chacune est risquée parce qu'elle vise à garder tous les traits pertinents de la couche précédente tout en les modifiant complètement afin de les confier à une théorie, une formule, une interprétation plus puissantes »[685], l'activité du juriste, au contraire, cherche la stabilité, quitte à réduire son expertise du réel aux seuls faits du dossier qui, s'ils ne sont pas contestés, acquièrent le statut de vérité inattaquable :

> « Lorsqu'on dit à un juge qu'il ne "ressort pas du dossier" que l'étranger expulsé a des enfants nés en France, il se satisfait des limites offertes par le jeu du contradictoire, se contentant seulement d'aller vérifier si aucun mémoire en défense ne dispute ce fait, auquel cas il utilise la formule consacrée : "ce qui n'est pas contesté". Face à une telle méthode qui l'oblige à s'en tenir aux traces accumulées dans le dossier, le sang de n'importe quel chercheur ne ferait qu'un tour. Lui aussi, à l'inverse du juge qui le critiquait tout à l'heure, demanderait un contact plus direct, plus vivant, plus riche avec la réalité ! "Mais sortons du dossier, allons voir par nous-mêmes, rendons-nous sur place, faisons du terrain, interrogeons les témoins, oublions la pitoyable défense de ces avocats, quittons les étroits confins de cet univers de papier qui ne saurait capturer la réalité." C'est que le chercheur, par définition, confond le "supplément d'instruction"

[684] Voy. *supra*, n° 118.
[685] B. LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 238.

> avec le travail de jugement. Il voudrait toujours *en savoir plus*, exigeant l'établissement d'une passerelle entre les faits et les bureaux du Conseil, ce qui permettrait d'améliorer constamment la qualité du transport d'informations (pertinemment transformées). Mais, à ce compte, il accumulerait toujours plus de connaissances et ne jugerait toujours pas. L'instruction enflerait dans des proportions effrayantes et aucun arrêt n'en sortirait jamais. Sa *libido sciendi* serait peut-être satisfaite, mais la *libido judicandi* de ses amis juges resterait inassouvie. Le chercheur ferait justement de la recherche ; il ne jugerait plus »[686].

Sans que Latour y fasse directement référence, sa conception de la science semble imprégnée des travaux de Karl R. Popper pour qui « la falsifiabilité [constitue le] critère nous permettant de décider du caractère empirique d'un système théorique »[687]. Popper se donne pour objectif de fournir un *concept de science empirique* suffisamment précis et défini pour « tracer une ligne de démarcation précise entre la science et les idées métaphysiques, même si, par ailleurs, ces idées peuvent avoir favorisé le progrès scientifique tout au long de son cours »[688]. En d'autres termes, et en simplifiant légèrement son propos, Popper cherche à mettre au jour un critère permettant de distinguer « les sciences empiriques, d'une part, et les systèmes mathématiques et logiques, de l'autre »[689]. S'il peut y avoir un grand nombre de mondes *logiquement possibles*, le système de la *science empirique* est bien censé rendre compte d'*un seul monde* – le nôtre –, « le monde réel » ou le « monde de notre expérience »[690]. La théorie de la connaissance a pour tâche d'analyser la procédure spécifique de la science empirique. Il s'agit, en d'autres termes, d'établir une théorie de l'expérience. Le propos de Popper n'est donc pas de se prononcer sur la vérité d'un énoncé – laquelle est toujours susceptible de se voir contestée ou reconsidérée – ou de fournir un critère relatif à la vérité des énoncés, mais bien, au contraire, d'établir un critère permettant d'identifier les énoncés appartenant à la science empirique, indépendamment de leur vérité effective. Puisque « les théories ne sont [...] *jamais* vérifiables empiriquement »[691], il

---

[686] *Ibid.*, p. 241.
[687] K.R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973, p. 76.
[688] *Ibid.*, p. 35.
[689] *Ibid.*, p. 30.
[690] *Ibid.*, p. 35.
[691] *Ibid.*, p. 37. Ainsi, Popper se positionne notamment contre les méthodes *inductives*. Celles-ci consistent à inférer des énoncés à prétention universelle (ce que sont les théories ou les hypothèses) à partir d'énoncés singuliers. Or, d'après Popper, ces énoncés ne pourront jamais être vérifiés : « toute conclusion tirée de cette manière peut toujours, en effet, se trouver fausse : peu importe le grand

convient de choisir un critère permettant d'admettre aussi des énoncés qui ne peuvent être vérifiés. Le critère de démarcation retenu est celui de la *falsifiabilité*, « cela signifie que [la forme de ces énoncés] doit être telle qu'il soit logiquement possible tant de *les vérifier que de les falsifier* »[692]. Pour qu'un système soit empirique et puisse, à ce titre, relever de la science empirique, il doit évidemment pouvoir être soumis à des tests expérimentaux, mais il n'est pas nécessaire que ces tests soient concluants. À vrai dire, la question de la vérité de l'énoncé est plutôt secondaire, puisqu'il est suffisant que l'exposé puisse être falsifié. En d'autres termes, ce qui permet de rattacher un énoncé (ou un système ou une théorie) à la science empirique est *la possibilité qu'il soit réfuté par l'expérience*. Ainsi, tout comme Latour, Popper caractérise la science par l'absence de certitude quant à la vérité des énoncés qui la composent, mais surtout par la possibilité de toujours *douter*. Un énoncé scientifique se caractérise avant tout par sa fragilité, sans quoi il n'est pas scientifique, mais constitue un énoncé métaphysique, logique, politique ou encore une philosophie totalisante (ou totalitaire, ce qui, pour Jacques Monod[693], revient au même).

207. La vérité de l'expert. Entre le juge et le scientifique se trouve l'expert. Or, celui-ci n'est ni tout à fait chercheur, ni tout à fait juge : « c'est en inventant la figure de l'expert que l'on a pu mélanger deux fonctions aussi contraires en exigeant des scientifiques détournés de leurs missions qu'ils prennent la pose de juges de dernière instance, en colorant leur propos par l'indiscutable autorité de la *chose* jugée »[694]. Or, « il n'y a justement jamais d'autorité de la science jugée »[695]. Le propre du travail scientifique pour Bruno Latour – nous venons de le voir – est de sans cesse remettre en question les hypothèses avancées, modifier les protocoles, « construire une nouvelle expérience afin d'engendrer de nouveaux faits »[696]. Il faut, pour qu'il y ait travail scientifique, que les énoncés restent toujours falsifiables,

nombre de cygnes blancs que nous puissions avoir observé, il ne justifie pas la conclusion que *tous* les cygnes sont blancs » (*ibid.*, p. 23).

[692] K.R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, *op. cit.*, p. 36.

[693] J. MONOD, « Préface », in *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973, p. 5.

[694] B. LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 252.

[695] *Ibid.*

[696] *Ibid.*

qu'ils puissent être réfutés. Il convient dès lors de toujours les remettre en jeu, ne serait-ce que pour vérifier leur caractère logiquement réfutable.

La figure de l'expert ne doit pas tromper. Il ne s'agit nullement de prendre la science comme référence absolue en vue de l'intégrer au travail du droit (l'on ne serait alors pas très éloigné d'un droit à coloration jusnaturaliste) : « en prétendant donner au savant devenu expert "le pouvoir de lier et de délier", on lui remet entre les mains les clefs d'une souveraineté qui n'appartient qu'au droit »[697]. Le *pouvoir du dernier mot* du droit et sa *vérité* ne consistent pas tant à déterminer (ou à tendre vers) *le vrai* ou *le juste* qu'à clore la discussion, « il ne s'agit jamais, selon l'admirable expression des juristes, que d'"épuiser les voies de recours" »[698]. Dans son ethnographie du Conseil d'État de France, Bruno Latour observe que « la fin d'une affaire n'a jamais de limite plus grandiose que cet épuisement : "c'est au *Lebon*"[699], "c'est jugé", "dans l'état actuel de la jurisprudence", "à moins d'un avis contraire de la Cour européenne des droits de l'homme". On n'observe jamais rien au Conseil de plus relevé, de plus sublime que ces expressions-là »[700]. Ainsi, poursuit Latour, « quand les anciens jurisconsultes faisaient résonner le fameux adage "la chose jugée est prise pour la vérité" – *res judicata pro veritate habetur* – ils affirmaient bien haut qu'il faut tenir la chose jugée *pour* la vérité, ce qui signifie, très exactement, qu'elle ne doit en aucun cas se confondre avec le vrai »[701]. Ainsi, l'expert n'est ni chercheur, ni juge. Le chercheur « reprend aussitôt la discussion trop vite close pour la rouvrir »[702] et le juge « ne demande à la clôture rien de moins transcendant que le simple arrêt de la discussion »[703]. Et Bruno Latour de conclure la comparaison : « Solution modeste, constructive, voire constructiviste, que cette immanence-là : comme il n'y a personne au-dessus de nous, l'affaire a simplement

[697] *Ibid*.
[698] *Ibid*.
[699] Il s'agit, en France, d'un recueil d'arrêts importants du Tribunal des conflits, du Conseil d'État, des cours administratives et des tribunaux administratifs. « "Le *Lebon*", équivalent local de la Bible, d'une encyclopédie Larousse et d'un Code (inexistant en droit administratif), étale ses volumes dans chacune des salles du Conseil, même si l'informatisation permet aujourd'hui de le remplacer fort utilement pour les recherches documentaires » (*ibid.*, p. 22).
[700] *Ibid.*, pp. 252-253.
[701] *Ibid.*, p. 253.
[702] *Ibid*.
[703] *Ibid*.

été arrêtée par ce que nous appelons justement un *arrêt*. Notre savoir est indiscutable parce que nous avons tout simplement épuisé la discussion. Plus d'autre voie de recours. Point final »[704].

Le *pouvoir du dernier mot* – qui n'exclut ni l'erreur juridique[705] ou judiciaire, ni l'existence de discours concurrents[706], ni l'existence de potentielles décisions incompatibles[707] – est donc bien du côté du droit pour Bruno Latour. Le droit clôt la discussion, apporte de la certitude, là où la démarche scientifique ne fournit que des certitudes temporaires, ayant pour principale fonction et pour caractéristique intrinsèque de relancer la discussion. Cela ne signifie pas que le droit soit du côté du *vrai*. Au contraire, les juges sont libres de manipuler le réel, de l'interpréter librement, si bien qu'« on dira que les juges, à ce compte, offrent aux savants ce que certains épistémologues peignent comme un cauchemar pour la vérité scientifique : l'exemple même d'un arbitraire total par lequel une assemblée fermée décide sans autre arbitre extérieur qu'elle, sans autre outil que les mots, de ce qu'il faut tenir pour vérité, par simple consensus. Les juges sont libres, à ce compte d'appeler un chat un chien, de considérer un esclave comme un affranchi, l'article d'un contrat pour un acte détachable, d'extraire à volonté de textes muets des "principes généraux" que personne n'a jamais vus ni écrits, bref d'exercer tous les privilèges de cette *fictio legis* qui permet, en enfilant les "constructions prétoriennes", de faire en sorte que le bon peuple finisse par prendre des vessies pour des lanternes »[708]. En réalité, il est vain d'opposer science et droit en parant la première des atours de la vérité et le second de ceux de l'arbitraire. Pour Bruno Latour, « si la chose jugée ne doit pas être prise "pour la vérité", ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a *bien mieux à faire* que de mimer ou d'approximer le vrai : elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel

[704] *Ibid*.
[705] Voy. *supra*, n° 16.
[706] Voy. *supra*, n° 192 et *infra*, n° 208.
[707] Voy. *infra*, n° 233 et s.
[708] B. LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 253.

des textes, en prenant en compte la jurisprudence, sans autre tiers que les juges, lesquels n'ont rien au-dessus de leur tête »[709].

208. La vérité du droit déborde. Si le droit ne cherche effectivement pas à dire ni à produire la vérité, il n'est toutefois pas exclu qu'il la modèle. Dans le même ouvrage, Bruno Latour récuse « le principal programme de recherche de la sociologie du droit, selon lequel il faudrait établir une relation entre le corpus de règles d'un côté et la société de l'autre »[710]. En d'autres termes, à ses yeux, le droit n'est pas une sphère autonome, séparée du social. Le droit crée du lien, il met en relation et, à ce titre, « le droit est déjà du social, de l'association ; il mouline à lui tout seul plus de social que la notion de société dont il n'est d'ailleurs en aucun cas distinct puisqu'il la travaille, la pétrit, l'agence, la désigne, l'impute, la responsabilise, l'enveloppe. Le droit juridicise toute la société qu'il saisit comme totalité à sa façon particulière »[711]. Le droit n'est donc pas, pour Bruno Latour, une conséquence du social – ce que les « sociologues du social » soutiennent – mais bien sa cause. Si le droit est bien autonome par rapport au social, il n'existe pas de « domaine, de territoire propre au droit »[712] : « Sans le reste qui le tient, le droit ne serait rien. Reste qu'il tient tout, à sa façon »[713].

Le caractère totalisant du droit ne doit toutefois pas tromper. Le droit ne retient des choses qu'une très petite partie : « il ne prélève dans toutes les situations qu'une minuscule partie de leur essence »[714]. Le droit, écrit Bruno Latour, se caractérise par sa superficialité dans son rapport avec le monde : « son tissu ressemble à un filet ajouré »[715]. Si le droit peut tout saisir, tout mettre en relation, c'est précisément, parce qu'il abandonne presque tout en chemin. Nous l'avons vu, la qualification implique de subsumer des faits – et potentiellement n'importe quel fait – sous une catégorie juridique. Cette définition juridique du monde produit nécessairement un

[709] *Ibid.*, p. 255.
[710] *Ibid.*, p. 281.
[711] *Ibid.*
[712] *Ibid.*, p. 283.
[713] *Ibid.*
[714] *Ibid.*, p. 284.
[715] *Ibid.*

important rebut. Le droit n'embrasse qu'une infime partie du réel. « S'il peut aller partout et rendre tout cohérent, c'est à condition de laisser tomber presque tout »[716]. La force du droit et son pouvoir d'action, que nous tentons de thématiser dans la présente recherche, peuvent sembler bien fades. Après tout, l'erreur sur la substance d'un tableau ne vise aucunement à définir la substance profonde, philosophique, de ce tableau mais plutôt à s'assurer que la transaction n'a pas porté préjudice à l'une des parties ; l'action en reconnaissance de paternité ne vise pas tant à établir une vérité biologique ou affective qu'à assurer le respect de certaines obligations essentiellement pécuniaires ; la recherche de l'« originalité » d'une œuvre en droit d'auteur et de la « trace de la personnalité de son auteur » ne vise nullement à porter un jugement de goût, mais simplement à déterminer si l'œuvre répond aux conditions de protection établies par la réglementation. « Qu'est-ce qu'un acte notarié à côté de la demeure où l'on habite ? Comment comparer cette fragile feuille de papier à l'épaisseur des murs et des mémoires ? Aucun rapport de ressemblance, aucun mimétisme, aucune référence, aucun plan. Et pourtant, en cas de conflit, en cas d'héritage, en cas de dispute, c'est bien par le lien foudroyant de cette feuille dérisoire avec le corpus des textes, par l'intermédiaire des avocats et des juges, que je pourrai prouver, authentifier mon bien – et conserver ma maison. L'attache est minuscule et pourtant totale ; l'emprise infime et pourtant capable de se lier à tout le reste »[717]. La prise du droit sur le monde, pour l'exprimer autrement, est minuscule, mais, néanmoins, tentaculaire.

Les analyses de Latour, si elles portent directement sur les rapports respectifs du droit et de la science à la vérité, soulèvent, indirectement, la question de la fonction du droit. Celui-ci ressemble à un filet. Il est dès lors une structure, un cadre contraignant, mais il se caractérise aussi par ses jours. En somme, le droit ne retient que l'essentiel. Lorsqu'il se saisit de la grande masse de faits qui constitue le monde, le droit tend simplement à apporter la stabilité suffisante pour éviter le chaos (*Cosmos*). Le surplus lui échappe, de même que certains faits qui passent à

[716] *Ibid*.
[717] *Ibid*.

travers les mailles du filet (l'expression est révélatrice et déjà connotée juridiquement). Lorsque les juges tranchent, établissant une *vérité du droit*, ils ne le font pas à des fins épistémologiques, mais bien à des fins stabilisatrices. Aussi, la mise en œuvre d'un *Logos* proprement juridique, d'un discours qui n'admette pas la contradiction et permette, dès lors, de discerner le vrai du faux, repose sur des critères clairs permettant la mise au jour de cette vérité si particulière : règles de charge de la preuve, présomptions, règles procédurales… En d'autres termes, la vérité du droit repose essentiellement sur des critères d'abord juridiques ; elle repose sur ses propres critères. S'il faut, en ultime recours, questionner le « monde réel », ce n'est qu'à la condition d'y être juridiquement autorisé (Druet pouvait-il opposer des arguments à Cattelan alors qu'il ne l'avait pas directement assigné ?). Aussi, la vérité du droit est au commencement (Cattelan est bien père de ses œuvres par la grâce d'une présomption légale), mais aussi à la fin (Cattelan est resté père de ses œuvres par la grâce d'une règle procédurale ; le *Marat* a vu son auteur varier au gré de décisions de justice et non de confrontations entre spécialistes). Cette fonction stabilisatrice qui passe par un régime de vérité particulier (*Cosmos – Logos*) peut-elle se penser indépendamment d'une logique d'assignation des places fondée sur des règles prévisibles (*Dike*) ? Au fond, si le filet de Latour clôt le monde, s'il le stabilise et empêche la remise en cause des faits établis et non contestés, il empêche nécessairement une redistribution des places ou, du moins, la rend exceptionnelle. Il n'importe pas que Cattelan soit réellement auteur. Il importe de ne pas perturber un *ordre établi*, de ne pas intempestivement remettre en cause des conventions en apparence valablement conclues. Il importe, en d'autres termes, de ne pas défaire l'ordre du droit. Au commencement était *Dike – Logos – Cosmos*, à la fin des fins aussi.

Section 2. La vocation universalisante du particulier

209. Présentation générale. Afin de retracer la manière dont, face à des œuvres d'art, le droit distingue le vrai du faux, il convient de s'attarder sur des cas singuliers. Nous verrons que la notion d'authenticité a évolué et que ce qui est *vrai* ou *faux* dépend essentiellement de la manière dont la *substance* de l'œuvre est

appréhendée et définie. Aussi, nous poserons quelques balises épistémologiques et méthodologiques (§1. Faire du droit, c'est d'abord raconter des histoires), avant d'en venir à l'examen de l'évolution de la notion de substance – notion clé lorsqu'on s'intéresse à l'authenticité des œuvres d'art (§2. Substance et variation).

§1. Faire du droit, c'est d'abord raconter des histoires

> « Mes lecteurs remarqueront encore, que je me suis peu reposé sur les Arrêts. Peut-être m'en fera-t-on un reproche, dans un temps où, au Barreau, comme partout, on ne cherche bientôt plus les principes et la connaissance des choses que dans des dictionnaires, et où nos Codes usuels et familiers, sont des recueils d'Arrêts, multipliés et reproduits sans cesse, sous différentes dénominations. Dussé-je aggraver mon tort, réel ou apparent, si on m'en suppose un quelconque, je dirai avec franchise, mais sans intention de blesser personne, que je ne connais point de guide plus trompeur que les Arrêts ; et je voudrais qu'on jetât au feu, non les bons Recueils de Lois et de principes, mais tous les Recueils d'Arrêts sans exception. Ceux qui se destinent à des fonctions qui exigent la connaissance des Lois, ne comptant plus sur ce secours perfide, d'autant plus dangereux qu'il favorise la paresse naturelle de l'homme, seraient obligés de se faire un fonds de principes sur chaque partie de notre Droit, et de chercher des secours et des règles de décision dans l'étude et la méditation. [… En nous rapportant aux principes,] nous ne mettrions pas à la place du vrai goût, du ton noble et naturel, du genre solide et plein, qui conviennent au Barreau, ce faux goût, ce ton futile et alambiqué, ce genre vide et énervé qui attestent notre insuffisance et notre décadence »[718].

210. Lumière aveuglante des principes et anonymat des notes de bas de page. Lire une monographie juridique est une entreprise à bien des égards fastidieuse et passablement rébarbative. Les théories y sont présentées dans la pureté de leurs principes que quelques controverses ou divergences jurisprudentielles contrarient néanmoins parfois. Les notes de bas de page abondent, reléguant à l'anonymat ce qui fait pourtant la vie du droit : les histoires singulières dont est nourrie toute jurisprudence. Les singularités n'existent qu'en ce qu'elles soutiennent la totalité et sa cohérence. La pureté des principes sacrifie

[718] F. HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, I, Paris, Knapen & Fils, libre.-impr., 1785, pp. xix-xxi. La langue a été modernisée par nos soins.

toujours la singularité – manière de définir une démarche idéaliste. Puisque les méthodes et affirmations trop éprouvées ou trop peu interrogées devraient toujours paraître suspectes – c'est du moins un axiome qui est, en même temps, notre *credo* sur le plan scientifique comme ailleurs –, il convient de tenter autre chose. Aussi, peut-être pourrait-on explorer les bas-fonds des notes de bas de page et, ainsi, admettre la puissance heuristique de ces cas singuliers ; toujours différents, mais à la fois jamais complètement exempts de juridique, et donc de principes communs, car, si le droit est bien une forme symbolique – ce dont on ne doute plus à ce stade – , il oriente et structure la pensée en amont de tout procès.

L'attention contemporaine à la jurisprudence comme objet d'étude peut être rattachée à une prise de conscience de certains juristes du XIX[e] siècle qui s'opposèrent à l'exégèse, dont le Code civil de 1804 faisait alors traditionnellement l'objet dans les universités[719] : le droit, disaient-ils, n'est pas figé dans ce texte, alors commenté pour lui-même, mais est bien un objet vivant dont l'étude nécessite l'examen de la jurisprudence. Une école historique française s'est ainsi développée, dans le sillage de l'école historique allemande, en particulier *via* la revue *Thémis*. Pour les auteurs qui y ont publié[720], le Code civil n'a certainement pas arrêté le cours de l'histoire juridique et il convient d'une part de renouer avec l'histoire du droit romain et, d'autre part, d'accorder une véritable place à la « jurisprudence des arrêts ». Toutefois, la place désormais accordée à la jurisprudence dans l'étude du droit ne doit pas tromper : la fin des fins restait encore l'unité du droit, la cohérence d'un système. Le particulier est bien resté cantonné aux notes de bas de page ou aux

[719] Ainsi, on lit dans la préface des *Cours de droit français sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire* (1810) de Proudhon : « L'unité de législation établie par le Code Napoléon, est un avantage inestimable pour la France ; mais pour en obtenir la jouissance toute entière, nous devons avoir soin de nous dégager de beaucoup d'anciens préjugés [...]. C'est donc dans le Code Napoléon qu'il faut étudier le Code Napoléon. Le comparer avec lui-même et avec les autres Codes qui l'ont suivi, pour nous en pénétrer ; le comparer avec lui-même en l'enseignant aux autres » (cité in M. BOUDOT, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des XIXe et XXe (et XXIe) siècles », in *Coutumes, doctrine et droit savant*, Paris, LGDJ, 2007, p. 308).

[720] La revue est fondée par Athanase Jourdan (1791-1826), épaulé par Hyacinthe Blondeau (1784-1854). On y lit des contributions d'Auguste Ducaurroy (1788 - 1850), Antoine Demante (1789-1856), A. Dufrayer (1779-1842) ou encore Léopold-Auguste Warnkœnig (1794-1866) qui enseigna le droit romain à Liège.

« tableaux raisonnés » qui sous-tendent la pureté des principes. L'alpha et l'oméga du droit n'a pas cessé d'être l'interprétation du Code :

> « [Avec Thémis,] l'idée est en tout cas lancée de procéder à l'examen des arrêts, mais dans un esprit particulier. Ses tenants ne souhaitent pas tant accumuler les décisions de justice pour venir en aide aux praticiens, que de suivre, à travers celles-ci, l'évolution de l'interprétation du code. La jurisprudence sera clairement perçue comme un élément primordial de l'histoire en marche, mais d'une histoire qui doit être raisonnée, car les jurisconsultes ne sauraient dégénérer en casuistes : la *Thémis* présente donc à ses lecteurs des "tableaux raisonnés" de jurisprudence »[721].

Au demeurant, même les entreprises qui semblent remettre la jurisprudence au cœur de la réflexion juridique posaient des balises claires : le particulier devait toujours rester subordonné aux principes. Ainsi, en 1853, la fusion de la *Revue de législation* et de la *Revue critique de jurisprudence* en une unique *Revue critique de législation et de jurisprudence*, qui deviendra l'une des principales revues françaises jusqu'à sa disparition en 1939, s'inscrit bien dans un courant qui cherchait à accorder une vraie place à la jurisprudence, mais uniquement en vue d'éclairer ou de renforcer l'autorité des principes dont elle découlait. Dans l'avant-propos au premier numéro, Faustin Hélie semble remettre le cas singulier au cœur de la démarche juridique : « Nous nous arrêtons rarement, comme en Allemagne, à la contemplation de l'idée pure ; nous poursuivons l'idée appliquée »[722]. Toutefois, la « science des faits » devait toujours rester subordonnée à la « science du droit ». Pour le dire autrement, l'histoire que l'on racontait alors ne pouvait être lue qu'à travers le prisme de la théorie afin d'y mettre bon ordre[723]. C'était, du reste, déjà ce qu'avaient entrepris les auteurs de la *Revue critique de jurisprudence* :

> « Ils ont eu la pensée de soumettre les principales décisions de la jurisprudence à un examen approfondi, de signaler celles qui s'éloignent des règles du droit, et

[721] P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2004, p. 99.
[722] F. HELIE, « Avant-propos », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. II.
[723] « Toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est-à-dire la science des faits, et la théorie, c'est-à-dire la science du droit. Il n'y a point d'interprétation réellement doctrinale qui ne s'appuie sur ces deux fondements » (*ibid.*).

de faire planer ces règles comme autant de phares lumineux sur l'immense chaos de ces décisions »[724].

Au fond, le rapport du particulier au général est nécessairement conflictuel – le premier se dérobant par son infinie variété et le second luttant pour sa pureté et son homogénéité :

« La pratique, qui n'est que la lutte des règles générales contre les faits qui surgissent chaque jour, doit s'inspirer aussi de l'étude de ces règles ; elle doit y remonter pour y prendre les corollaires qu'elle applique ; son plus extrême besoin est de bien les connaître, et ce qu'elle demande à la science est de les lui exposer clairement. De là deux conséquences : l'une, que la pratique ne peut marcher qu'en s'appuyant sur l'interprétation doctrinale ; l'autre, que cette interprétation puise sa vie tout entière aux sources de l'histoire et de la théorie »[725].

Aussi, la *Revue critique de législation et de jurisprudence* a choisi son camp dans cette lutte :

« Lorsque les principes semblent se troubler devant un amas de plus en plus confus d'innombrables arrêts, lorsque les praticiens sont fatalement conduits à substituer les décisions d'espèces aux décisions de droit, le moment est opportun de réagir contre cette tendance, et de ramener les études au culte des principes »[726].

Au fond, l'étude de la jurisprudence ne tendait pas tant à étudier ces histoires singulières pour elles-mêmes qu'à les mettre en ordre au regard de principes qui n'appelaient rien moins qu'un culte. S'il fallait traiter la jurisprudence, c'était bien dans une perspective critique afin de discerner les décisions « qui ne jugent que des espèces, et celles qui posent des règles ; celles qui ne font qu'appliquer les principes avoués de la science, et celles qui dévient de ces principes ; celles qui doivent faire autorité, et celles qu'il ne faut pas suivre »[727]. Cette « salutaire critique » devait permettre de « ramener enfin sous le joug des

[724] *Ibid.*, p. III.
[725] *Ibid.*, p. IV.
[726] *Ibid.*, p. V.
[727] *Ibid.*, p. VI.

principes une jurisprudence qui, emportée par le fait, les méconnaît trop souvent »[728].

Dans cette perspective, les histoires que l'on raconte ne peuvent exister que baignées par l'aveuglante lumière de principes homogénéisateurs. *Lutte*, *culte*, *joug* : la démarche prônée par la *Revue critique de législation et de jurisprudence* mobilise un vocabulaire évocateur. Telle n'est pas la démarche que nous avons choisie, car, selon nous, faire du droit, ce n'est pas se contenter de principes figés en surplomb. C'est, au contraire, affronter la vie dans sa complexité et sa diversité : c'est plonger les mains dans la boue.

211. La méthode historique. Contre cette volonté de mise au pas du particulier et de réduction des faits à de dociles émanations de principes – démarche qui constituait certes déjà une avancée notable au regard d'une conception qui focalisait l'étude du droit sur le seul Code –, la méthode historique – cette fois pleinement assumée – a entendu étudier les faits pour eux-mêmes. Mais à nouveau, les déclarations *a priori* exaltantes pour qui veut quitter le ciel des idées et explorer la boue du monde réel n'ont pas manqué de décevoir. Si l'horizon poursuivi restait bien la reconstitution d'une fresque totalisante (on lira, dans l'un des extraits qui suivent, des expressions révélatrices : « reconstituer la physionomie des âges écoulés », « comprendre l'esprit et les besoins de notre siècle »), la place du singulier allait désormais être prise en compte. Le droit semble alors passer de la transcendance à l'immanence. Ainsi, dans l'article introductif du premier numéro de la *Revue historique du droit français et étranger*, publié en 1855, les raisons de l'impérieuse nécessité d'étudier l'histoire du droit et le droit comparé sont clairement énoncées :

> « Cette méthode historique repose, on le sait, sur un principe qui, dans notre siècle, a régénéré toutes les sciences sociales : la philosophie, la littérature, l'histoire civile, l'histoire des arts, l'économie politique. Jusqu'à présent, dans toutes ces sciences, on poursuivait un certain idéal, une certaine règle extérieure, à laquelle on rapportait les faits observés ; il y avait un type de beauté pour l'architecture, de gouvernement pour le politique, de droit pour le jurisconsulte ; et ce qu'on cherchait partout, c'était l'absolu. Aujourd'hui, au contraire, on a ramené sur son terrain un principe qu'on avait étendu au-delà des

[728] *Ibid.*, p. VII.

> bornes légitimes ; on admet bien qu'il y a en dehors et au-dessus de l'homme un vrai, un beau, un bien, un juste absolu, qui sont Dieu même, mais on comprend que notre esprit ne peut atteindre directement, et par le seul effort du raisonnement ou de l'observation, à ce suprême idéal qui dépasse toute pensée humaine. C'est dans les phénomènes qu'on l'étudie, et moins pour l'en dégager que pour saisir dans ses manifestations infinies l'inépuisable fécondité de l'action divine »[729].

Aussi, derrière les histoires particulières que l'on veut désormais étudier se meut toujours quelque chose de l'ordre du transcendant. Les principes totalisants auxquels on annonçait avoir renoncé refont vite surface. Ils ne sont peut-être plus connus *a priori*, mais dégagés *a posteriori*, par l'observation des faits :

> « Ce qu'on veut connaître aujourd'hui, c'est la vie de l'homme, c'est le développement de la société ; et, loin de poursuivre l'abstraction en essayant de retrancher des faits observés tout ce qui est individuel, on ménage et on recherche au contraire les traits particuliers, afin de reconstituer la physionomie des âges écoulés, et de mieux comprendre l'esprit et les besoins de notre siècle »[730].

Cette méthode, si elle rend une certaine noblesse aux faits, ne les relègue pas moins en note de bas de page. Au fond, si le particulier est intéressant, c'est en tant que « type » ou, du moins, en tant qu'il permet de reconstituer une fresque plus globale. À peu près au même moment, en 1862, l'historien Jules Michelet mettait en œuvre un procédé narratif comparable. Dans *La Sorcière*, « les métamorphoses et la continuité souterraine de la sorcellerie sont racontées à travers une femme, la Sorcière, qui résume en elle les affaires de plusieurs siècles »[731]. Aussi, en droit comme en histoire, derrière les vies singulières qui sont pourtant un matériau de première main, on tend encore à généraliser, à dégager quelque chose d'homogène,

[729] É. LABOULAYE, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, n° 1, p. 2.
[730] *Ibid*.
[731] C. GINZBURG, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Lagrasse, Verdier, 1997, p. 113.

quelque chose en quoi se résoudraient les contradictions et les insignifiances nécessaires des événements anodins.

212. La microhistoire. La compilation n'est toutefois peut-être pas indispensable à la théorie. Les anonymes, les affaires en apparence insignifiantes, ont peut-être bien elles-mêmes des choses à nous apprendre. Il n'est, en d'autres termes, peut-être pas nécessaire de subordonner ces histoires banales à des principes qu'elles soutiendraient ou, du moins, il est peut-être instructif de *partir* de ces cas en apparence insignifiants. Les analyses qualitatives sont aussi possibles concernant, par exemple, des actes de procès, soit des histoires éminemment singulières[732]. Pour le formuler autrement, les histoires singulières peuvent échapper à la statistique, à la démographie ou, plus largement, à l'accumulation de notes de bas de page ; elles peuvent s'avérer théoriquement fécondes par elles-mêmes. Il importe dès lors de les raconter.

Dans une discipline, l'histoire, qui *a priori* se distingue nettement du juridique, mais qui, pourtant, partage avec celui-ci une méthodologie qui met nécessairement en œuvre une dialectique du singulier et du général, une méthodologie concernant la place à donner à ce qui, apparemment, relève de l'anecdotique a été élaborée et peut, peut-être, apporter quelques éléments dont le juriste soucieux de questionner des principes apparemment immuables – et, on vient de le voir, longtemps voulus tels – pourrait s'inspirer.

Dans un texte publié au début des années 1980 – « La microhistoire »[733] –, Carlo Ginzburg et Carlo Poni relèvent que, longtemps, la discipline historique fut du côté des principes : le particulier y occupait certes une place, mais au sein de séries, parmi d'autres cas singuliers qui, pris globalement, constituaient des indicateurs démographiques ou, plus généralement, quantitatifs. En d'autres termes, le singulier *en lui-même* n'apparaissait pas pertinent pour une démarche scientifique ; l'accumulation seule était susceptible de fournir des éléments de compréhension

[732] *Ibid.*, p. 118.
[733] C. GINZBURG et C. PONI, « La micro-histoire », *Débat*, 1981, n° 17, disponible sur https://www.cairn.info/revue-le-debat-1981-10-page-133.htm (Consulté le 18 juillet 2024).

globale, de dégager des lois, d'établir des principes. Faire de l'histoire, c'était donc chercher des orientations, des structures, des cohérences ; c'était retracer une « histoire universelle » – leurre dont la possibilité même a depuis été balayée par les enseignements de l'anthropologie. Faire de l'histoire, c'était occulter, peut-être involontairement, la nécessaire diversité entre les sociétés, mais aussi dans les sociétés. À l'encontre de cette conception épistémologique traditionnelle, dès les années 1970, « se multiplient des travaux qui ont en commun l'analyse à la loupe de phénomènes circonscrits (une communauté villageoise, un groupe de familles, voire un individu ». Au rang des sources les plus fécondes pour cette approche historiographique particulière, on retrouve précisément des documents juridiques ou, à tout le moins, des documents en rapport avec des procédures de type juridique : cadastres, actes notariaux, actes de procès… Ces documents, à côté des registres paroissiaux, des diverses archives administratives ou familiales, etc., peuvent permettre de reconstituer la vie d'un seul individu dans divers environnements sociaux : « les trajets qui convergent vers le nom ou qui partent du nom composent une sorte de toile d'araignée aux mailles étroites, proposant à l'observateur la représentation graphique du réseau des rapports sociaux dans lequel l'individu est pris »[734].

Si le travail du juriste ne peut consister à reconstituer tous les aspects de la vie d'individus précisément situés – laissons cela à l'historien –, la démarche peut néanmoins l'inspirer. De la même manière que la microhistoire prend au sérieux le potentiel heuristique des « strates inférieures de la société »[735], le juriste doit prêter attention aux décisions de justice qui, à première vue, n'ont rien à lui dire. L'anonyme ou l'anecdotique a bien quelque chose à dire ; peut-être suffit-il de l'écouter. Irrecevable, la requête de Daniel Druet n'a pas permis de préciser ou de redéfinir le rapport de l'auteur à une œuvre en droit : cas anecdotique, même si médiatiquement relayé ; cas inintéressant parce que, précisément, il ne dit rien des principes qui seuls

[734] *Ibid.*, p. 3.
[735] *Ibid.*

intéressent le juriste[736]. Pourtant, cette irrecevabilité permet d'esquisser une fresque bien plus vaste – c'est du moins l'ambition du présent texte. Les décisions relatives à l'annulation de vente d'œuvres d'art pour défaut d'authenticité, examinées *infra*[737], n'ont rien d'exceptionnel ou, si elles sont exceptionnelles, elles relèvent de ce que Ginzburg et Poni qualifient d'« exceptionnel normal » : ces cas « fonctionnent comme les traces ou les indices d'une réalité cachée et qui n'est généralement pas saisissable à travers la documentation »[738]. Ces cas anecdotiques en apparence – sans caractère vraiment décisif pour « l'histoire » du droit ou « l'histoire » de l'art (disciplines qui se nomment au singulier) – permettent en effet d'affiner la compréhension même de l'objet dont ils émanent et qu'ils constituent en même temps : le droit comme forme symbolique.

213. Conséquences. Dans les pages qui suivent, il ne s'agira pas tant de « tester » la pertinence des outils cassirériens que de se pencher sur des décisions à première vue insignifiantes et de les laisser parler. En outre, si l'on veut prendre au sérieux l'hypothèse du droit comme forme symbolique, il importe de mettre en œuvre la méthode prônée par Cassirer lui-même – en dialogue étroit avec Goethe[739] – et, dès lors, de prendre les grandes entités historiques par le plus petit bout, celui de leurs effectuations concrètes et singulières, car c'est uniquement en elles que ces entités (le droit, par exemple) peuvent être connues[740]. Et puisque ce travail a pour fondement une inquiétude liée au devenir de certains objets (comment sont-ils œuvrés par le droit ?), penchons-nous sur quelques-uns de ces objets et choisissons, de préférence, les plus triviaux : les *faux* ou ceux que l'on prétend tels pour tenter de mettre au jour leur vocation universalisante.

[736] André Lucas estime par exemple que le jugement du Tribunal judiciaire de Paris du 8 juillet 2022, que l'on connaît désormais très bien, laisse les juristes sur leur faim, « en espérant un nouvel épisode judiciaire plus instructif » (A. LUCAS, « Droit d'auteur en France (2017-2022) », *op. cit.*, p. 187).
[737] N° 214 et s.
[738] C. GINZBURG et C. PONI, « La micro-histoire », *op. cit.*, p. 4.
[739] Voy. *supra*, n° 110.
[740] Voy. E. CASSIRER, *Liberté et forme. L'idée de la culture allemande*, *op. cit.*, p. 8.

§2. Substance et variation

214. La vocation universalisante du cas singulier. On pourrait objecter à l'hypothèse selon laquelle le droit a bien un rôle actif dans la formation de concepts pourtant non juridiques – à l'hypothèse, donc, selon laquelle le droit déborde nécessairement –, que tout litige est toujours situé. Ainsi, si le droit n'impose pas de vérité de type scientifique, s'il ne cherche pas à dégager la substance réelle de la chose litigieuse, ce serait, en dernière instance, parce qu'il examine cette chose dans un contexte précis que les parties au procès déterminent. Après tout, le droit n'est appelé à trancher que des litiges particuliers, des problèmes prenant place dans un contexte défini. D'ailleurs, la plupart du temps, les décisions des juges n'ont d'effet qu'*inter partes*. Pourtant, à notre sens, la relativité du droit est incompatible avec la vérité qu'il cherche à dégager. Si la vérité du droit ne se confond pas avec la vérité tout court, la première tend tout de même à s'imposer. Dans un contexte juridique, le particulier a une vocation universalisante, ce qui aboutira à une situation paradoxale : si l'on cherche à trancher un litige entre deux parties – soit entre des personnes –, en matière d'attribution d'œuvre d'art, c'est à un objet que l'on se référera – en l'espèce, à une œuvre litigieuse. Ainsi, l'objection qui lierait vérité du droit et prise en compte d'un problème à plusieurs dimensions n'aurait pas de fondement. C'est bien sur l'authenticité d'un objet que le juge statue. Il dit ce qu'*est* l'objet, indépendamment du contexte dans lequel il s'inscrit. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de ne nous attarder que sur des litiges de droit civil : contrairement à un procès pénal, dans le cadre duquel le juge doit se prononcer sur l'intention (frauduleuse) d'une personne, dans le cadre d'un procès civil, le juge porte un jugement qui engage directement – même si, peut-être pas uniquement[741] – l'objet artistique. Le jugement sur l'authenticité nous semble, à bien des égards, ressembler à un jugement sur la *pureté* d'une chose – pureté peut-être fantasmée ou forcée.

[741] Nous avons, à cet égard, étudié l'importance de l'environnement contractuel dans lequel se déploie un litige.

215. Présentation générale. Il n'en a toutefois pas toujours été ainsi et, afin de mieux comprendre la manière dont le droit s'est peu à peu affranchi d'un examen subjectif prenant en compte l'intention des parties, il est utile de retracer l'évolution de la jurisprudence en matière d'erreur sur la substance.

D'emblée, il importe de relever qu'une première lecture des textes de loi sur lesquels s'appuient les décisions que nous allons examiner semble interdire de déborder du seul examen de l'objet et de sa substance. Ainsi, l'article 1110 du Code civil français dans sa version originelle interdit explicitement d'avoir égard à la personne avec laquelle le contrat est conclu pour établir une erreur pouvant entraîner la nullité de la convention. Il n'en irait autrement que si le contrat avait été conclu *intuitu personae*, faisant ainsi du cocontractant la cause principale de la convention[742] :

> « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.
>
> Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

Ainsi, pour que l'erreur vicie le consentement et permette l'annulation d'un contrat de vente, il est nécessaire qu'elle porte sur la substance de l'objet litigieux. Reste évidemment à déterminer ce qui constitue la substance de l'objet en cause. En matière d'œuvre d'art, la question revêt une coloration métaphysique particulière et l'on voit mal le droit s'engouffrer dans ce débat. Ce serait oublier qu'il est partout, surtout là où on ne l'attend pas.

Les décisions qui suivent retracent l'aventure de l'autonomisation du concept d'authenticité, sans à-coups, discrètement, presque par hasard – sans que les

[742] Pour rappel, la version contemporaine du Code civil français dispose un peu différemment que « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant » (art. 1132). L'article 1134 ajoute : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ». La réforme du Code civil belge de 2019 a quant à elle substitué l'erreur portant sur *un élément qui a déterminé une partie à conclure le contrat* à l'erreur sur la substance (article 5.34).

juges soulignent de rupture dans l'évolution des raisonnements. D'une substance – motif de l'annulation du contrat lorsque l'erreur s'y rapporte – définie par les parties au contrat (A. La substance définie par les sujets), l'on passe à une substance directement liée à l'objet litigieux (B. Déplacement de la substance vers l'objet). Le déplacement de la question de la substance vers l'objet ne doit toutefois pas faire oublier les spécificités des mécanismes juridiques que sont le contrat et le procès : les parties peuvent aménager leurs obligations en amont de toute contestation (C. La question des garanties) et, s'il y a contestation, les juges ne chercheront pas tant à révéler le vrai concernant les objets litigieux qu'à prosaïquement trancher un litige (D. « Ce qui n'est pas contesté »). Finalement, s'il y a bien une autonomisation de la notion d'authenticité en tant qu'elle constitue nécessairement la substance d'une œuvre au sens juridique du terme (F. Autonomisation de la substance), c'est au prix d'un fantasme : le fantasme de pureté qui sous-tend l'amour des juristes pour les principes ; fantasme que les juges projettent sur les œuvres qu'ils examinent (E. Le droit et la [fausse] pureté des œuvres).

A. La substance définie par les sujets

216. Cour impériale de Paris, 17 juin 1813, *Sirey*, 1814, p. 86. Moins de dix ans après l'entrée en vigueur du Code Napoléon, la *vérité* dégagée par le droit semblait jouir d'une importante autonomie : si nous avons vu que le droit finissait par imposer ses formes et ses procédures pour dégager sa vérité, il est en effet arrivé qu'il ne laisse même pas aux experts l'occasion de s'exprimer et que, par conséquent, il décide en colloque singulier (c'est-à-dire en ayant uniquement égard à ses propres critères) du sort d'une transaction. La sécurité des conventions primait alors sur une expertise qui, « dans tous les cas, ne peut être que matière à opinion »[743] et qui dès lors « serait complètement inutile »[744]. Si on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve, le droit a pourtant cette étonnante faculté d'arrêter le courant.

[743] Cour impériale de Paris, 17 juin 1813, *Sirey*, 1814, p. 86.
[744] *Ibid*.

L'affaire concernait une vente de quatre tableaux par Varisco au sieur P... Les tableaux étaient présentés comme étant de Claude Lorrain, d'André del Sarto et de Vernet, sans toutefois qu'une garantie ait été expressément donnée par le vendeur. L'acheteur avait eu l'occasion de voir les tableaux et de les faire examiner par des gens de sa connaissance. Après la livraison et antérieurement au paiement total du prix, il a encore eu l'occasion de les examiner et de les faire examiner à son aise. Dans un arrêt du 17 juin 1813, la Cour impériale de Paris estime « que lorsqu'un marché est consommé des deux parts et avec une telle maturité, il ne peut pas être permis à l'un des contractans [*sic*], sous prétexte d'erreur, de revenir contre, sans ébranler la foi de toutes les conventions »[745]. L'accent est mis sur les conditions strictement juridiques d'une vente : en l'absence de garantie expresse du vendeur, l'acheteur qui a pu suffisamment examiner les tableaux n'est pas fondé à réclamer l'annulation du contrat. Ainsi, une fois les tableaux passés par le filtre du droit, leur statut semble irrévocablement fixé ; si le monde change autour d'eux, leur position est, quant à elle, irrémédiablement stabilisée du point de vue du droit[746]. Du reste, la cour semble avoir pleinement conscience de la nature mouvante et foncièrement instable du recours à la science. Elle oppose en effet la stabilité conférée par un contrat valablement conclu à la relativité de l'appréciation des experts : « [le vendeur] en énonçant ce qu'il pensait sur le nom des auteurs, comme il l'a fait dans sa quittance, n'a rien garanti à cet égard, n'a point fait dépendre de cette condition le sort de la vente, et [...] une expertise sur un pareil fait, incertain de sa nature, et qui, dans tous les cas, ne peut être que matière à opinion, serait complètement inutile [...] »[747]. Ainsi, le droit a bien pour fonction de stabiliser (*Cosmos*), mobilisant pour cela ses propres procédures permettant de départager, en l'occurrence, le vrai du faux (tableau) et, plus généralement, de déterminer quels discours doivent être traduits en réalité (*Logos – Dike*).

Pour expliquer ce qui fait la substance d'une chose aux yeux du droit, la doctrine de l'époque recourt d'ailleurs volontiers au cas des œuvres d'art. Dans son traité

[745] *Ibid*.
[746] Voy. *supra*, n° 205 et s.
[747] Cour impériale de Paris, 17 juin 1813, *op. cit.*, p. 86.

consacré à la vente, Troplong, conseiller à la Cour de cassation de France puis président de cette juridiction, rappelle que, pour qu'une vente soit valable, le consentement doit être « libre et exempt d'erreur sur la chose et sur le prix »[748]. L'erreur peut porter sur une qualité substantielle de la chose vendue ou sur une qualité accidentelle. Seule l'erreur sur une qualité substantielle – ou erreur sur la substance – pourra mener à la résolution de la vente. L'erreur sur la qualité d'un vin qui s'avère moins bon que ce à quoi on s'attendait constitue, par exemple, une erreur accidentelle. « Du reste – écrit Troplong – il n'est pas toujours facile de distinguer ce qui, dans une chose est qualité substantielle ou qualité accidentelle »[749]. Le critère déterminant pour distinguer la qualité substantielle de la qualité accidentelle réside alors dans la volonté des parties. « Si la qualité de la chose vendue, bien qu'accidentelle, a fait l'objet d'une stipulation expresse et a été représentée comme motif déterminant pour l'acheteur, elle deviendra substantielle, et si elle manque, la vente sera destituée d'un consentement valable »[750]. L'auteur reprend l'enseignement de l'arrêt de la Cour impériale de Paris du 17 juin 1813[751] et estime qu'il est « conforme aux principes »[752]. Il ajoute qu'« il en eût été autrement s'il avait été formellement exprimé que le nom des auteurs était la condition *sine qua non* de la vente »[753]. Dans cette perspective la paternité d'un tableau reste donc une qualité accidentelle à défaut de précision contraire. Finalement, la *substance* de la chose demeure fonction de la volonté des individus mis en rapport dans le cadre d'une transaction juridique et, lorsque cette volonté n'est pas univoque, c'est au juge qu'il appartient de trancher. Ce n'est dès lors rien d'écrire que le droit façonne et fait varier la substance même des objets – pourrait-il en être autrement dès lors que la catégorie juridique mobilisée est, précisément, celle d'*erreur sur la substance*[754] ?

[748] R.T. TROPLONG, *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*, I, Paris, C. Hingray, 1837, p. 18.
[749] *Ibid.*, p. 20.
[750] *Ibid.*
[751] Et non du 17 juin 1815 comme il l'écrit.
[752] R.T. TROPLONG, *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*, I, *op. cit.*, p. 21.
[753] *Ibid.*, p. 22.
[754] Le droit ne peut néanmoins être considéré comme seul facteur dans la détermination de cette *substance* entendue plus globalement. Voy. *supra*, n° 205 et s.

La primauté donnée au formalisme de la convention ne va toutefois pas tarder à s'assouplir et à laisser davantage de place à un examen centré sur l'œuvre litigieuse elle-même, sans que le droit n'abdique toutefois sa position privilégiée. La substance juridique s'autonomise ainsi peu à peu et se déplace des sujets à l'objet.

B. Déplacement de la substance vers l'objet

217. Tribunal civil de la Seine et Cour d'appel de Paris, 29 mars 1856, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1855, p. 121, note J.P. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1856, le statut de l'attribution dans le cadre de la contestation de la validité d'un contrat de vente de tableaux est clairement énoncé pour la première fois[755].

M. Leroy-d'Etiolles fut approché par M. Remilleux, qui lui adressa la lettre suivante :

> « Monsieur,
>
> Suivant votre bienveillante promesse, je vous ai attendu aujourd'hui mercredi, de onze heures à midi, et n'ai pas eu l'honneur de vous voir ; s'il vous convenait de m'indiquer un nouveau rendez-vous, je m'y conformerais avec empressement. Je serais surtout désireux, monsieur, d'avoir votre opinion sur le mérite réel des toiles soumises à votre appréciation ; elles sont de nos Français les plus estimés, tels que Watteau, Greuze, Lancret, etc.
>
> Remilleux »[756].

Après avoir vu les tableaux, M. Leroy-d'Etiolles voulut en acheter quatre attribués à Watteau, mais « à la condition expresse, selon lui, de les faire examiner et de s'assurer de leur authenticité »[757]. Les tableaux furent livrés et 1000 fr. d'acompte furent payés. Cependant, le lendemain, M. Leroy-d'Etiolles envoya cette lettre :

[755] À notre connaissance du moins.
[756] Trib. civ. Seine et Paris, 29 mars 1856, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1855, p. 121, note J.P.
[757] *Ibid*.

« Monsieur,

Après votre départ, j'ai examiné plus attentivement les tableaux que vous m'avez apportés : non seulement ils ne sont pas de Watteau, mais encore je serais embarrassé pour leur donner place dans ma collection ; *je ne conclurai donc pas cette affaire*. Je tiens les tableaux à votre disposition en échange des 1.000 fr. que je viens de vous remettre. A votre prochain voyage, les tableaux que vous m'annoncez me conviendront peut-être mieux.

Leroy-d'Etiolles »[758].

Sans réponse du vendeur, l'acheteur l'assigna en restitution des 1000 fr. devant le Tribunal civil de la Seine. Il convenait donc de déterminer s'il y avait bien eu vente et, le cas échéant, si celle-ci avait été valablement conclue. Les tableaux ayant été livrés et un acompte ayant été payé, le tribunal estima « que ces circonstances établissent suffisamment qu'il y a eu vente entre les parties »[759]. Leroy-d'Etiolles opposa qu'il s'était réservé le droit de faire examiner les tableaux par des gens de l'art pour que la vente fût définitive et irrévocable. Le tribunal considéra toutefois que cet argument « n'est [justifié] par aucun document de nature à détruire la présomption légale résultant des faits susénoncés »[760].

M. Leroy-d'Etiolles interjeta appel de la décision. Dans un arrêt du 29 mars 1856, la Cour d'appel de Paris relève que « Remilleux déclarait expressément, dans une lettre du 7 novembre 1854, que les tableaux sur lesquels il appelait l'attention de Leroy-d'Etiolles étaient l'œuvre des peintres français les plus estimés, tels que Watteau, Greuse et Lancret »[761]. Elle relève encore « que cette déclaration a été le principe et la cause de l'achat fait par Leroy-d'Etiolles »[762] et, en outre, « qu'il est aujourd'hui constant et reconnu par Remilleux lui-même que les tableaux achetés ne sont d'aucun des peintres indiqués dans la lettre »[763]. Elle affirme ensuite le caractère central de la bonne attribution en matière de vente d'œuvres d'art et conclut à la nullité de la vente : « Qu'ainsi le consentement de Leroy-d'Etiolles a été donné par

[758] *Ibid.*, p. 121.
[759] *Ibid.*, p. 122.
[760] *Ibid.*
[761] *Ibid.*
[762] *Ibid.*
[763] *Ibid.*

erreur et ne l'oblige pas ; – Que la bonne foi dont la morale et la loi font la condition essentielle des contrats doit être surtout exigée quand ils ont pour objet des œuvres qui tirent du nom et de la réputation de leurs auteurs leur principale valeur »[764/765].

Ainsi, lorsque le nom de l'auteur d'une œuvre a été la cause déterminante de son achat, s'il est ultérieurement établi que l'œuvre n'est en réalité pas du peintre auquel elle avait été attribuée, il y a erreur sur la substance qui vicie le contrat et ouvre donc la possibilité d'une action en annulation. Cette décision s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt de la Cour impériale de Paris du 17 juin 1813 et, à la fois, s'y oppose. En effet, selon l'arrêt de 1813, lorsque l'acheteur a eu l'occasion d'examiner ou de faire examiner les tableaux litigieux, le prix étant payé et les tableaux livrés, la vente est parfaite et ne peut être remise en cause. Or, dans la décision de 1856, on admet la résolution de la vente s'il est ultérieurement établi que les tableaux ont fait l'objet d'une attribution inexacte. Le statut de l'expertise n'est plus seulement une question d'opinion, puisqu'on admet de la remettre en cause – c'est là, on s'en souvient, ce qui caractérise un énoncé scientifique. Néanmoins, c'est toujours à partir de la volonté des parties que le juge justifie la décision. Ainsi, l'importance donnée à l'authenticité véritable des tableaux gagne du terrain sans toutefois que les principes à la base du raisonnement juridique se trouvent ébranlés.

Le glissement des sujets à l'objet esquissé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1856 trouvera un aboutissement particulièrement éloquent dans une affaire traitée à la toute fin du siècle. Si la vérité du droit prenait pour référence la seule volonté des parties, il serait aisé de nous objecter que, finalement, le droit ne prétend jamais dire *ce qu'est réellement* le tableau, mais qu'il vise uniquement à vérifier que les parties ont été en mesure d'exercer leur liberté contractuelle en toute connaissance de cause. Plus généralement, on pourrait nous objecter que le jugement ne vise pas uniquement l'authenticité, mais qu'il prend en compte une réalité plus large ou plus complexe. Dans l'arrêt de 1813, en effet, ce sont des

[764] *Ibid.*

[765] Dans le même sens, voy. Tribunal de commerce de la Seine, 1 juillet 1856, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1855, p. 206. Dans cette affaire, le tribunal de commerce de la Seine annule la vente de deux tableaux dont le vendeur avait formellement garanti qu'ils étaient de l'Albane et du Dominiquin.

circonstances propres à la transaction qui ont conduit à refuser l'annulation de la vente pour erreur sur la substance. Dans l'arrêt de 1856, la question de l'attribution était également accompagnée de circonstances particulières dont la Cour a tenu compte (l'intégralité du prix n'avait pas été payée, l'acheteur s'était expressément réservé le droit de faire examiner les tableaux, etc.). Pourtant, à l'aube du XX^{e} siècle, la Cour de cassation de France va évacuer des considérations relatives à l'acheteur et à ses compétences pour se prononcer sur l'erreur sur la substance : la recherche de la substance d'un objet – et, en l'occurrence, d'une œuvre d'art – ne peut s'encombrer de paramètres qui pourraient certes être pertinents si l'on réclamait des dommages et intérêts, mais qui, concernant la question du vice de consentement pour erreur sur la substance, sont inopérants. La question de l'erreur sur la substance, pour l'exprimer autrement, concerne moins la notion d'erreur (et les circonstances dans lesquelles elle s'ancre) que la notion de substance.

C. La question des garanties

218. Cour d'appel de Paris, 19 janvier 1898, *D.P.*, 1904. I, p. 611. Le 10 janvier 1898, la Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt concernant un tableau intitulé *La Moisson* vendu comme une œuvre de Corot par la dame veuve Tardif au sieur Bernheim. Cette œuvre était incluse dans un lot de sept tableaux vendus et livrés pour la somme totale de 30.000 fr., sans que la valeur des œuvres du lot ait été ventilée. *La Moisson* était en outre « garantie authentique, pure et sans retouche »[766] par la venderesse. Des doutes étant survenus quant à l'authenticité du tableau litigieux, des experts ont été commis pour l'examiner. La cour d'appel rapporte que « les experts estiment que ledit tableau a été conçu et exécuté par un autre que Corot, qui y aurait seulement fait des retouches et des additions importantes ; que la signature paraît être de la main de Corot »[767]. M. Bernheim demande l'annulation partielle du contrat de vente — ce qui, concrètement, se traduit par la restitution du tableau à la venderesse et le remboursement du prix à l'acheteur. La cour relève que, en principe, le défaut d'authenticité étant établi par un rapport d'expertise, le tableau

[766] Paris, 19 janvier 1898, *op. cit.*, p. 611.
[767] *Ibid.*

devrait être restitué et le prix remboursé (nous laisserons de côté la question de l'estimation du tableau). Néanmoins, elle va tirer argument de compétences propres à l'acheteur pour adapter cette solution de principe, déplaçant donc son examen de l'objet au sujet. Ainsi, elle précise : « Mais, attendu que le sieur Bernheim est choisi par des propriétaires de galeries de tableaux pour en vérifier l'authenticité ; qu'il est également pris comme expert par les commissaires-priseurs, ce qui indique qu'il possède une expérience spéciale justement appréciée des amateurs de tableaux ; que, dans ces conditions, il est difficile d'admettre qu'il ait été trompé sur l'authenticité parfaite du tableau *La Moisson* »[768]. La cour semble dès lors bien lier la possibilité d'annuler la vente du tableau à la relative ignorance de l'acheteur en matière d'œuvres d'art. En d'autres termes, pour annuler une vente, il faudrait que l'acheteur n'ait pas été en mesure d'apprécier lui-même l'authenticité de l'œuvre. Ainsi, dans cette logique, la cour opère bien un contrôle qui déborde de l'examen du tableau lui-même puisque, pour apprécier les conséquences d'une vente, elle examine les circonstances de cette vente, en sus des caractéristiques propres à l'œuvre contestée. La cour relève en particulier des *détails* d'exécution qui auraient dû attirer l'attention de l'acheteur : « Attendu que les experts constatent que Corot aurait repeint en entier le ciel qui manque d'effet à raison de la matière qui a formé les premiers dessous ; qu'il avait notamment exécuté au premier plan les trois personnages et la charrette attelée et chargée de gerbes ; que cette charrette a déterminé le titre *La Moisson* donné au paysage dont la disposition et les lignes avant les retouches et les additions faites par Corot devaient éveiller plutôt l'idée de solitude »[769]. Selon la cour, ces *détails* auraient dû éveiller l'attention de Bernheim sur l'authenticité du tableau. Elle ajoute que, « s'il a pris possession du tableau *La Moisson* comme étant de Corot seul, se rapportant à la garantie seule de la dame veuve Tardif, il a été imprudent, lui, connaisseur, de ne pas examiner attentivement le tableau, dont la composition aurait suffi à lui inspirer quelques doutes »[770]. Tirant les conséquences des connaissances particulières de l'acheteur, la cour estime

[768] *Ibid.*, pp. 611-612.
[769] *Ibid.*, p. 612.
[770] *Ibid.*

qu'il y a eu « imprudence de sa part » et « faute partagée avec la veuve Tardif »[771]. Elle ordonne dès lors la restitution du tableau à la veuve moyennant paiement par cette dernière « non pas de la somme de 4.285 fr. que réclame le sieur Bernheim, mais seulement de la somme de 2.000 fr. fixée par les experts comme valeur intrinsèque ou marchande de cette toile »[772]. La cour introduit donc dans son raisonnement des considérations relatives à une *faute* de l'acheteur qui a des répercussions sur la *valeur* de l'œuvre. En effet, une lecture *a contrario* de l'arrêt permet d'affirmer que, si l'acheteur avait été parfaitement novice en la matière, d'une part, et pour autant que la partie venderesse ait garanti l'authenticité du tableau, d'autre part, l'annulation de la vente aurait mené au remboursement du prix effectivement payé, soit le prix du marché pour un Corot authentique. Puisque, en l'occurrence, l'acheteur a commis une *faute* – laquelle se caractérise en particulier par une *imprudence* –, ce prix est ramené à la *valeur réelle* de l'œuvre. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 janvier 1898 semble donc bien pencher dans le sens de l'objection que nous anticipions : la vérité du droit n'a pas pour vocation première d'identifier la substance d'une œuvre, mais prend en compte d'autres paramètres. La vérité du droit, en d'autres termes, ne serait pas immanente à l'objet qu'elle examine. C'était sans compter sur l'appréciation de la Cour de cassation.

219. Cass. fr., 25 juillet 1900, *D.P.*, 1904.I, p. 612. Le sieur Bernheim, en effet, s'est pourvu en cassation pour violation des articles 1110 et 1644 du Code civil, défaut de base légale et excès de pouvoir. Selon lui, la cour d'appel n'a pas répondu à ses conclusions et a dénaturé sa demande, introduisant en particulier des considérations non pertinentes dans le cadre d'une demande d'annulation de vente. En effet, la demande de l'acheteur avait pour objet l'annulation partielle du contrat de vente – lequel portait sur *La Moisson* et six autres tableaux – ce qui, concrètement, impliquait la remise du tableau à la venderesse et le remboursement par celle-ci du septième du prix payé pour l'ensemble des tableaux, soit 4285 fr. La Cour de cassation relève « qu'au lieu d'allouer au demandeur en cassation la somme par lui réclamée, ou de rechercher quelle était exactement, dans le prix total, la part

[771] *Ibid*.
[772] *Ibid*.

afférente au tableau *La Moisson* et d'ordonner la restitution de cette part, les juges du fond ont condamné la veuve Tardif à payer seulement à l'acheteur la somme de 2.000 fr., représentant, d'après les experts, la valeur marchande du tableau reconnu non authentique »[773]. Cette décision n'était pas fondée sur une impossibilité de ventiler le prix global, mais bien sur une imprudence qu'aurait commise Bernheim, connaisseur éclairé, « en se rapportant à la seule garantie de la venderesse et en ne se livrant pas à un examen attentif du tableau qui lui eût, sans doute, révélé son caractère suspect, et sur ce que, dès lors, il y avait eu faute commune des parties »[774]. Or, la Cour de cassation juge « qu'un semblable motif, qui aurait pu être pris en considération dans une demande en dommages-intérêts, était absolument inopérant pour justifier la réduction d'un prix de vente restituable en vertu de la résolution du contrat prononcée pour cause d'erreur substantielle »[775]. Dès lors, « en statuant comme elle l'a fait, la cour de Paris n'a pas donné de base légale à sa décision et a violé les textes de loi susénoncés »[776]. En d'autres termes, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir évalué la valeur du tableau en tenant compte d'une faute commise par l'acheteur. La Cour de cassation casse donc l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la Cour d'appel d'Orléans.

220. Trib. civ. Seine, 30 novembre 1865, *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1866, p. 100. On remarque que, dans les différentes affaires étudiées, la nullité du contrat n'est prononcée que si le vendeur s'est suffisamment engagé quant à l'authenticité de l'œuvre. Il faut qu'une garantie ait été donnée en ce sens. Ces garanties sont du reste considérées avec méfiance par les juridictions qui y voient un engagement téméraire. Ainsi, dans un jugement du 30 novembre 1865, le Tribunal de la Seine considère que l'affirmation de l'authenticité reprise dans un catalogue, ne constitue pas une garantie justifiant la résolution de la vente : « Attendu que la quittance ne contient aucune stipulation de garantie ; que les énonciations qui s'y trouvent relatées ne sont que la reproduction

[773] Cass. fr., 25 juillet 1900, *D.P.*, 1904.I, p. 612.
[774] *Ibid*.
[775] *Ibid*.
[776] *Ibid*.

même affaiblie du catalogue ; qu'elles paraissent avoir eu pour objet entre les parties de constater la provenance et l'identité du tableau dont la livraison était ajournée, bien plus que de garantir l'originalité de l'œuvre »[777]. Le tribunal ajoute « qu'une telle garantie serait d'une témérité et d'une imprudence qui la rendrait invraisemblable »[778]. Il se fait ensuite historien de l'art et juge : « Que, parmi les œuvres magistrales de la peinture, il en est en effet de très accréditées, dont l'authenticité n'est cependant pas encore à l'abri de la controverse, et qui n'offrent aux transactions qu'une valeur de tradition plutôt que celle d'une origine susceptible d'être démontrée et garantie »[779]. Et de conclure de façon un peu étonnante, en assimilant le défaut d'authenticité et la médiocrité du tableau sans, du reste, nier l'appréciation purement esthétique qu'il porte : « *En ce qui touche la valeur artistique du tableau* [nous soulignons] : – Attendu que la médiocrité d'une œuvre de peinture n'est pas un défaut caché de la chose vendue, mais un vice apparent dont l'acheteur peut lui-même se convaincre et qui n'entraîne pas la nullité de la vente »[780].

D. « Ce qui n'est pas contesté »

221. Trib. civ. Seine, 1er juin 1866, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1866, p. 389. Il n'empêche que certains vendeurs n'hésitaient pas à s'engager formellement quant à l'authenticité de leur marchandise, ainsi qu'en attestent les quittances suivantes établies par M. Meffre aîné – expert en tableaux – à l'occasion d'une vente à M. Pierard – galeriste – à l'occasion de l'achat par ce dernier d'une toile attribuée à Adrien Van den Velde et d'une autre attribuée à Jean Steen :

> « Vendu à M. Pierard, pour le prix de 25.000 francs, un paysage peint sur toile par Adrien Van den Velde, dont je garantis l'originalité, haut de 68 centimètres, large de 56 centimètres, représentant un jeune homme assis auprès d'une femme, un chien endormi, à côté et à gauche trois vaches dont une couchée, une chèvre et

[777] Trib. civ. Seine, 30 novembre 1865, *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1866, p. 100.
[778] *Ibid*.
[779] *Ibid*.
[780] *Ibid.*, p. 101.

> deux agneaux également couchés ; à droite trois moutons dans l'ombre et une chèvre ; dans le fond, une fontaine où se trouve inscrit le nom d'Adrien Van den Velde, dont quittance à Paris le 21 mars 1857.
>
> Vendu à M. Pierard père un tableau de Jean Steen, intérieur représentant la signature d'un contrat de mariage, pour la somme de 14.000 francs : 4.000 en sa valeur de ce jour payables fin courant, et une marine de Backhuysen pour 10.000 francs. Je garantis l'originalité du tableau de Jean Steen, et m'engage à reprendre ledit tableau dans une année en cas de contestation sur son originalité, aux mêmes conditions que celles de la vente, c'est-à-dire 4.000 francs argent et 10.000 francs en tableaux à votre choix. Pour acquit. Paris, le 22 décembre 1858 »[781].

Au décès du galeriste, les experts chargés de liquider la galerie contestèrent l'authenticité des deux tableaux. Les héritiers Pierard demandèrent la restitution du prix de vente contre la remise des tableaux. M. Meffre étant lui-même décédé, l'action en résolution de la vente fut dirigée contre ses héritiers. Pour que le *faux* puisse se manifester, il a donc fallu que les objets soient pris dans un circuit d'échanges et, en l'occurrence, un circuit d'échanges solidement ancré dans un terreau juridique.

Dans cette affaire, la question ne porte pas tant sur l'authenticité des tableaux que sur ses conséquences. En effet, le caractère erroné de l'attribution n'est pas contesté. Ainsi, dans ce cas, le tribunal ne devrait être amené qu'à examiner la régularité de la vente au regard des critères antérieurement dégagés par la jurisprudence. La substance réelle des tableaux importe moins, aux yeux du droit, que sa substance *procédurale*. Le sujet n'étant pas contesté, une nouvelle expertise n'est pas nécessaire. Ce qui compte n'est pas de déceler l'histoire *réelle* de l'objet, mais bien de s'assurer que les formes prescrites par le droit sont respectées. Si un point n'est pas contesté, il n'est pas question pour le juge de le remettre en cause. La réalité dont il tient compte pour son raisonnement est forcément limitée. Ainsi, le droit a bien pour objectif d'assigner des places de manière stable et, si possible,

[781] Trib. civ. Seine, 1 juin 1866, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1866, p. 389.

irrévocable (*Cosmos*). Il cherche à stabiliser le réel plutôt qu'à en rendre compte. Ce faisant, il le transforme immanquablement.

Si le défaut d'authenticité n'est pas contesté, le contenu des quittances établies par le vendeur fait en revanche l'objet de discussions. Néanmoins, les parties s'étant également mises d'accord sur ce sujet, le juge se bornera à entériner ce qui n'est *pas contesté*. En effet, « il est reconnu entre les parties que l'énonciation de l'acte du 21 mars 1857 relativement au prix de vente du paysage attribué à Van den Velde n'est point exacte »[782] : Meffre n'a pas reçu la somme de 25.000 fr. en espèces, mais seulement la somme de 5.000 fr. plus trois tableaux cédés par Pierard. La contestation principale porte en fait sur l'estimation des tableaux utilisés pour l'achat des deux toiles litigieuses. Les trois tableaux cédés contre le (faux) Van den Velde avaient été estimés 15.000 fr. par l'acheteur et la marine de Backhuysen avait été estimée 10.000 fr. Le juge rapporta ces estimations respectivement à 12.000 fr. et 6.000 fr. Ces sommes devront être payées par les héritiers du vendeur contre restitution des toiles litigieuses, à défaut d'être en mesure de restituer les toiles effectivement fournies. Ainsi, le juge n'est intervenu que pour réduire l'estimation de l'acheteur. La question de l'authenticité des tableaux et des modalités de leur acquisition n'ayant pas été contestée devant lui, il n'a pas pu se prononcer sur ces questions. Si le juge a parfois le pouvoir de faire varier la substance d'une œuvre, il peut être contraint de se rallier à l'opinion des parties si celles-ci se sont préalablement entendues sur ce point. Il n'empêche que l'entérinement judiciaire reste nécessaire pour en tirer des conséquences pratiques… quitte à laisser la question de la vérité de côté.

222. Retour au droit romain. Loin d'être l'apanage du droit moderne, la prise en compte de l'accord des parties, indépendamment de la question de la vérité, par le droit remonte au moins aux origines romaines du droit privé. En effet, s'agissant tant des *res mancipi* (les choses les plus importantes dans une économie agricole : les immeubles, les bêtes de somme ou de trait et les esclaves) que des *res nec*

[782] *Ibid.*, p. 390.

mancipi (toutes les autres choses), il était possible d'en transférer la propriété par le biais d'une *in iure cessio*. Ce mode de transfert de la propriété est expliqué par Gaius dans ses *Institutes* :

> « La cession devant magistrat se pratique de la façon suivante : devant un magistrat du peuple romain, tel que le préteur ou le gouverneur de la province, celui à qui la chose est cédée, tenant la chose en main, s'exprime ainsi : "Je dis que cet homme [dans l'hypothèse où il s'agit d'un esclave] m'appartient en vertu du droit quiritaire". Ensuite, après que celui-ci a ainsi revendiqué, le préteur demande à celui qui cède s'il contrevendique [*sic*]. Si ce dernier s'en défend ou garde le silence, le préteur adjuge la chose au revendiquant. On appelle cela une action de la loi. La procédure est la même en province devant le gouverneur »[783].

Il s'agissait donc d'un simulacre de procès limité à la phase *in iure* au cours de laquelle les parties exposaient leurs prétentions. En l'absence de contradictions, le préteur n'avait d'autre choix que de prendre acte du transfert de propriété en attribuant l'objet du « litige » au demandeur. Tombé en désuétude à la fin de l'époque classique, ce mode de transfert de la propriété fut formellement abrogé par Justinien[784]. Il n'empêche qu'il nous semble emblématique de la relative indifférence de la procédure judiciaire à *la vérité* dans le champ du droit privé, du moins. Si vérité il y a, c'est la vérité du droit seulement, laquelle se contente d'un monde où certaines choses sont *vraies* simplement parce qu'elles ne sont *pas contestées*.

223. Critères de vérité du droit. Pour en revenir à la question des ventes d'œuvres d'art, il ressort de l'ensemble des décisions examinées que, si le droit cherche à discerner le vrai du faux et à attribuer à chaque objet la place qui lui revient, il ne le fait pas principalement au regard de critères « objectifs » ou « scientifiques » qui tendraient à saisir la substance réelle de l'œuvre. Au contraire, le droit impose sa vérité au regard de critères qui lui sont propres. Ce sont tantôt les règles en matière de preuve, tantôt des critères fondés sur la validité des garanties données par les

[783] GAIUS., 2, 24.
[784] Voy. P. PICHONNAZ, *Les Fondements romains du droit privé*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 2020, pp. 321-322.

vendeurs, tantôt le principe qui veut que le juge prenne pour vérité acquise *ce qui n'est pas contesté*, qui déterminent *ce qu'est* un tableau. Si la décision de justice a une réelle efficacité, ce n'est pas parce qu'elle dit le vrai (qui, en dernière instance, ne fait l'objet que de certitudes provisoires), mais parce qu'elle dit ce que le vrai devrait être et, dès lors, pose un jugement ayant pour lui ce qui fait défaut à la certitude scientifique – ou, plutôt à son incertitude constitutive : la stabilité fondée sur des critères ancrés dans la durée.

E. Le droit et la (fausse) pureté des œuvres

224. Trib. civ. Seine, 1er mai 1867, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1867, p. 416. Toutefois, il serait inexact de prétendre que le juge ne *lit* pas le tableau pour prendre sa décision. Lorsqu'il s'agit simplement de se prononcer sur la vérité de l'attribution, il pourrait être tentant d'affirmer que des critères purement procéduraux suffisent – ce qui serait, en dernière instance, erroné puisque certaines décisions n'hésitent pas à porter une appréciation sur d'autres critères, notamment esthétiques. Dans d'autres affaires, le juge est amené plus directement à s'emparer frontalement de l'œuvre : il ne s'agit alors plus d'un objet pris dans un certain contexte fait de catalogues, de garanties et de rapports d'expertise, mais bien d'un objet complexe renfermant en lui le travail de plusieurs mains – voire l'expression de plusieurs personnalités – dont il conviendra d'établir la prééminence relative. Si le droit affectionne les hiérarchies stables, il ne peut logiquement souffrir la coexistence des contraires : une même œuvre ne peut être *à la fois* celle d'un maître et celle d'un inconnu ; une œuvre ne peut être qu'achevée, sa processualité n'étant pas prise en compte. Ainsi, le juge est amené à discerner la *part* qu'occupent respectivement le maître et l'inconnu dans un même objet et à départager l'authentique du faux. En niant le caractère authentique d'un tableau retouché ou terminé par un autre, le juge contrarie l'affirmation de Wittgenstein selon laquelle « On n'infère pas comment sont les choses à partir de notre propre certitude »[785]. Si le tableau est attribué à un maître, il faut s'assurer qu'il en est digne.

[785] L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, p. 23.

Il faut, en d'autres termes, que l'œuvre soit conforme à nos attentes ; il faut que *l'être* de l'objet corresponde au *devoir être* du droit.

En octobre 1866, Detrimont a vendu à Verdier un tableau représentant *Goethe de Berlichnigen accueilli par les Bohémiens* comme une œuvre d'Eugène Delacroix. Le prix de la vente, fixé à 3500 fr., a été payé par un tableau de Jules Dupré, estimé 2000 fr., un tableau de Diaz, estimé 700 fr., et 800 fr. en argent liquide. Verdier soutient que son achat résulte de pratiques dolosives du vendeur à son égard. En effet, le tableau, bien qu'esquissé par Delacroix, aurait été terminé par un autre. De chef d'œuvre digne d'intérêt, l'objet devient alors rebut dont il faut se défaire. À nouveau, l'appréciation liée à l'authenticité ressemble bien à une quête de pureté : l'œuvre authentique aux yeux du droit ne peut souffrir d'ambiguïté quant à son statut.

Saisi de l'affaire, le Tribunal civil de la Seine relève, dans une décision du 1er mai 1867, « qu'il est hors de toute contestation qu'Eugène Delacroix, auquel est attribué le tableau vendu, est mort laissant le tableau *inachevé* ; que cette dernière qualification est celle sous laquelle ledit tableau a été inscrit au catalogue de la vente générale faite après le décès du peintre, en février 1864 ; que c'est aussi comme *tableau inachevé* qu'il a été adjugé lors de cette dernière vente au prix de 480 francs »[786]. Il ajoute que « diverses personnes qui l'ont vu à cette époque ont déclaré que "c'était une simple ébauche non signée, une toile à peine couverte, où l'on distinguait seulement le ciel, le paysage et quelques lignes au crayon blanc," que c'est en cet état que Detrimont l'a reçu de la personne qui, la première, en avait fait l'acquisition »[787].

Par ailleurs, il n'est pas contesté que le tableau vendu à Verdier est signé des initiales « E.D. » et est « entièrement terminé [...], verni sur le tout et présente tous les caractères extérieurs d'un tableau du maître auquel il est attribué »[788]. Ainsi, le tribunal souligne que le tableau n'a pas été simplement *retouché,* mais bien

[786] Trib. civ. Seine, 1 mai 1867, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1867, p. 416.
[787] *Ibid*.
[788] *Ibid*.

entièrement *repeint*. Bien que Detrimont soutienne que les « retouches » faites au tableau expliquent son prix faible (2500 fr. selon lui), « ce qu'on appelle *retouches* en peinture ne s'applique pas d'ordinaire à une simple esquisse ou ébauche, comme l'était l'œuvre originale, mais à une toile entièrement couverte, dont certains détails ont besoin, soit d'une correction légère, soit d'une restauration partielle »[789]. Du reste, le prix de vente de 2500 fr. allégué par le vendeur semble bien simulé « et d'autant plus inexact que l'un des tableaux donnés en paiement, celui de Jules Dupré, estimé 2.000 francs, a été revendu 4.500 francs par Detrimont, qui, dans une intention facilement appréciable, a cru devoir n'en faire figurer le prix sur son livre de vente que pour 2.800 francs »[790]. Enfin, le tribunal souligne que Verdier a bien cru acheter « une œuvre complète et authentique de Delacroix »[791] et non une simple esquisse. La combinaison de ces circonstances suffit à établir le dol et, dès lors, à permettre l'annulation du contrat de vente. La Cour d'appel de Paris confirma ce jugement par un arrêt du 15 février 1868[792].

Quelques années plus tard, une affaire relativement similaire aboutit devant le Tribunal de commerce de la Seine : Madame Bouqueton a acheté à M. Lannoy un paysage attribué à Théodore Rousseau, représentant le gros chêne du dormoir à l'entrée de la forêt de Fontainebleau, pour 1500 francs. Quelque temps après, alertée par de bienveillants connaisseurs, elle apprend que le paysage n'était pas de Rousseau et, par conséquent, assigne M. Lannoy en nullité de la vente. Celui-ci appelle alors en garantie la personne à laquelle il avait lui-même acheté le tableau, M. Rosenquest qui appelle lui-même en garantie M. Jacques qui lui avait vendu l'œuvre. Devant le Tribunal, M. Jacques affirme avoir fait entourer l'esquisse du chêne d'un paysage et avoir vendu l'œuvre en garantissant seulement que le chêne était de Rousseau. Le Tribunal relève toutefois « que les termes employés par lui ne

[789] *Ibid*.
[790] *Ibid*.
[791] *Ibid*.
[792] Paris, 15 février 1868, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1868, p. 300.

comportent aucune restriction et garantissent le tableau comme entièrement original »[793]. La vente est dès lors résolue.

225. Trib. civ. Seine, 25 janvier 1900, *Gaz. trib.*, 1900, p. 507. Alors qu'à l'occasion de l'affaire ayant donné lieu aux arrêts de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 1898 et de la Cour de cassation du 25 juillet 1900 déjà examinés[794], une vente est annulée au motif qu'un tableau avait été vendu comme « un Corot » alors qu'il n'avait été que retouché et signé par le peintre, une affaire portant sur un autre « faux Corot » nous permet d'envisager le problème autrement : cette fois-ci, c'est l'esquisse du maître qui est terminée par une main étrangère. MM. Beugnet fils et Bonjean ont acquis une toile à l'Hôtel des ventes de Paris le 9 juin 1895. Un rapport d'expertise ordonné avant dire droit conclut « que cette toile est une esquisse de Corot qu'une main étrangère a voulu parfaire dans le but d'en faire un tableau achevé et que la signature en est nécessairement fausse »[795]. Se fondant sur la pratique courante des peintres et de leurs élèves – sur laquelle nous allons revenir –, le défendeur, « tout en reconnaissant qu'une partie seulement du tableau a été peinte par Corot, soutient qu'il est généralement admis en jurisprudence qu'une œuvre d'art conçue et exécutée dans sa plus grande partie par le maître doit être considérée comme un original, même si l'artiste s'est fait aider par son élève, ou s'il a sous sa surveillance fait exécuter certains détails, et que, dès lors, il ne saurait être tenu de reprendre le tableau et d'en restituer le prix »[796]. Cet argument semble parfaitement recevable au vu du raisonnement tenu par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 16 mai 1890 que nous avons examiné. Dans cet arrêt où était en cause l'attribution d'un *Marat* à David, la Cour avait, on s'en souvient, jugé : « Considérant qu'il a été généralement admis à toutes les époques, qu'une œuvre d'art pouvait légitimement être attribuée à un maître, soit comme original, soit comme répétition, alors même qu'il était notoire que, pour son exécution, le maître s'était fait assister par un ou

[793] Tribunal de commerce de la Seine, 27 février 1873, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1873, p. 319.
[794] Voy. *supra*, n° 218 et 219.
[795] Trib. civ. Seine, 25 janvier 1900, *Gaz. trib.*, 1900, p. 507.
[796] *Ibid*.

plusieurs de ses élèves [...] »[797]. Pourtant, dans la décision du Tribunal civil de la Seine du 25 janvier 1900, la relative tolérance à la dimension nécessairement processuelle et partiellement collective d'une œuvre semble bien laissée de côté au profit d'une attribution unique fondée sur une intervention unique dans le tableau. En effet, le Tribunal civil de la Seine juge la demande de MM. Beugniet fils et Bonjean fondée et annule dès lors la vente.

226. Quand les faits contredisent le raisonnement juridique : le cas *Corot*. S'agissant de Corot en particulier, un examen superficiel de sa biographie et de sa correspondance suffit à convaincre du décalage existant entre la pratique des peintres et les décisions judiciaires : s'il existe des *faux*, ils ont été fabriqués par un juge. Avant son passage par le droit, le tableau n'était entaché d'aucune intention répréhensible.

À titre liminaire, il convient d'insister sur le fait que Corot est loin de la figure du peintre solitaire. Au contraire, il multiplie les voyages, en particulier en Italie et dans toute la France, afin de se former au contact d'œuvres et de paysages, mais aussi d'autres peintres. Jean Leymarie note que, « en contact avec tous les peintres de son temps, Corot a eu d'innombrables élèves et deux disciples originaux, Chintreuil et Lépine. Pissaro, Berthe Morisot, Puvis de Chavannes, Odilon Redon reçurent directement ses conseils et toute la génération impressionniste a subi son empreinte technique et son emprise morale. Son héritier le plus proche est sans doute Sisley. [...] Gauguin, Seurat, Van Gogh, Vuillard continuent de lui rendre hommage ; révélés après sa mort, ses tableaux de figures fascinent Degas et tous les peintres cubistes, qui les découvrent au Salon d'Automne de 1909 et s'en inspirent largement »[798]. Le travail du peintre est nécessairement processuel, rendant ainsi possibles les retouches et conseils prodigués par d'autres : « Je reconnais d'après l'épreuve qu'il est très utile de commencer par dessiner très purement son tableau sur une toile blanche, d'en avoir auparavant son effet écrit sur un papier gris ou blanc, ensuite de faire partie par partie son tableau, aussi rendu que possible du premier coup, afin de

[797] Paris, 16 mai 1890, *op. cit.*, p. 410.
[798] J. LEYMARIE, *Corot*, Genève, Skira, 1966, p. 118.

n'avoir que très peu de choses à faire lorsque tout est couvert »[799]. Au gré de ses voyages, Corot n'hésite pas à dispenser quelques conseils ou leçons, ainsi qu'en témoigne cette lettre d'Auguste Ravier :

> « J'établis mon principal domicile à Royat, chez la mère Gagnevin, qui, depuis 22 ans, a la pratique des artistes… La mère Gagnevin fait payer la chambre et la nourriture 3 fr. 50 c. par jour ; c'est au moins 50 centimes de plus que je ne pensais ; mais ce qui me décide irrévocablement à rester chez elle, c'est une bonne fortune à laquelle je ne m'attendais pas. Elle a dans ce moment un artiste de mérite, un des trois plus grands talents à mon avis, et qui, avec cela, est le meilleur enfant de tous, qui pourra me donner de bons conseils et que je verrai travailler ; c'est un nommé Corot. Voici un mois qu'il est ici. Il y est encore pour plus d'un mois. Je suis enchanté de l'aventure. C'est l'homme que j'aurais le plus désiré rencontrer. Un autre m'ennuierait »[800].

La correspondance entre Corot et Constant Dutilleux – également peintre et arrière-grand-père du compositeur Henri Dutilleux – met en évidence les bonnes relations que pouvaient entretenir les artistes, au point de se prêter des tableaux pour les copier : en mai 1847, après avoir vu des œuvres de Corot au Salon parisien, Dutilleux écrit à Corot pour lui faire part de son désir d'acquérir une toile. Corot envoya la réponse suivante :

> « Ville-d'Avray, ce 20 mai 1847
>
> Monsieur,
> J'ai reçu votre très gracieuse lettre par laquelle vous me communiquez l'intention d'avoir quelque chose de moi. Je suis très flatté de cette distinction de votre part, et je m'empresserai de vous remettre, selon vos indications, une petite toile. Je désirerais savoir s'il vous conviendrait d'avoir une étude d'après nature ou une composition. Les objets que je vous destinerais seraient du prix de 200 francs. Les études sont de 12 à 15 pouces.
> En attendant votre réponse, Monsieur, j'ai l'honneur d'être votre tout dévoué »[801].

[799] É. MOREAU-NELATON, *Corot raconté par lui-même*, I, Paris, Henri Laurens, 1924, p. 25.
[800] *Ibid.*, p. 42.
[801] *Ibid.*, p. 68.

Quelques jours après cette réponse, Dutilleux envoya un de ses élèves à l'atelier de Corot afin d'y prendre le tableau. Corot lui remit deux toiles afin que Dutilleux choisisse. Avec l'autorisation de Corot, il en acheta une et garda temporairement l'autre afin de l'étudier et d'en faire une copie. Dutilleux invita même Corot à venir travailler avec lui dans les campagnes du nord de la France. Ce dernier se montra enchanté par l'invitation, mais ne put l'honorer à cause de la mauvaise santé de son père. Ils développèrent par la suite une solide relation d'amitié[802]. Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans ce type d'échanges, il n'est jamais question de faux. Dutilleux a copié le tableau de Corot, il n'a pas réalisé un faux Corot.

Il ne serait pas plus sérieux de prétendre que les peintres terminaient eux-mêmes toutes leurs œuvres ou, plus généralement, qu'ils les terminaient toutes, tout court. Les études et esquisses pouvaient circuler et servir de base de travail à d'autres, voire être vendues telles quelles. Dans les *Nouvelles guêpes*, Alphonse Karr raconte les débuts du succès commercial de Corot. Bien que l'extrait soit un peu long, nous le reproduisons ici intégralement. Il illustre en effet à merveille le destin parfois contrarié du rapport entre l'auteur et son œuvre. Du reste, l'anecdote est savoureuse et il serait dommage d'en priver le lecteur.

> « Il y avait trente ans que Corot faisait de la peinture et vingt ans qu'il avait un grand talent lorsqu'un étranger, qu'un hasard avait amené dans son atelier, tomba éperdument épris d'une toile et lui en demanda le prix. – Corot n'avait pas prévu le cas. On ne l'aurait pas surpris davantage si on lui avait demandé combien il voulait vendre la lune. Il ne savait que répondre, il hésita… et finit par dire : "Ah ça ! pourquoi me demandez-vous cela ? – Parce que je trouve le tableau fort joli ! – Ce n'est pas une raison… Il y en a d'autres ici qui le valent bien et dont on ne m'a jamais demandé le prix. Qu'est-ce que ça vous fait, le prix ? … Voyez la couleur… Je vous recommande ces arbres… C'était l'aube du jour…" Et Corot, oubliant son tableau et se rappelant la scène qu'il avait reproduite, se mit à parler de la beauté du site, des ombres puissantes, des rayons chauds, etc. – "Mais enfin, ça vaut ? – Qu'est-ce que ça vous fait ? – C'est que j'achèterais le tableau s'il n'était pas trop cher." Corot se gratta la tête, ôta, remit, ôta et remit encore son bonnet de coton. Acheter ! Il y avait sans doute quelque chose là-dessous ! La situation était toute nouvelle. D'ailleurs, il aimait cette étude ; il la trouvait une de ses "fameuses", comme il dit naïvement de celles de ses toiles où il retrouve le mieux l'imitation de la nature. Celle-ci lui rappelait un endroit où

[802] *Ibid*.

une belle jeune fille lui avait servi un excellent déjeuner. Il avait heureusement reproduit le soleil jetant ses rayons par taches entre les larges feuilles des platanes : il aimait autant la garder. Il n'osait cependant pas le dire à l'étranger, mais, pour se tirer d'affaire sans avouer sa faiblesse, il dit, à tout hasard, quelque chose qui lui parut exorbitant, un prix auquel se vendaient les tableaux d'un de ses confrères qui, sans avoir autant de talent que lui, avait déjà une grande réputation. – Notez que Corot n'en était pas humilié : il ne trouvait pas ses tableaux plus mauvais pour cela. L'étranger tira sa bourse et son portefeuille, compta la somme en billets, fit l'appoint en or, mit le tout sur une table, prit le cadre et descendit rapidement les escaliers, ayant moins l'air de s'en aller que de s'enfuir. Le peintre resta quelques instants stupéfait, puis il se dit : "Ma foi, tant pis pour lui." Il serra l'argent dans un tiroir, renfonça son bonnet de coton et se remit à son chevalet en disant : " Un peu d'outremer ici... encore un peu ; éclairons cet arbre, etc."

Quelques jours après, Corot ne songeait pas à son accident, lorsqu'un de ses camarades vint le voir. Corot travaillait. – "Dis donc, Corot, je viens t'emprunter une de tes études d'arbres ; il n'y a pas moyen de peindre d'après nature l'hiver. – Prends ce que tu voudras, reprit Corot sans se déranger. – Mais, Corot, dit l'autre au bout d'un quart d'heure, je ne la retrouve plus... – Quoi ? – Et bien, l'étude d'arbres. – C'est que tu cherches mal. – J'ai cherché partout. – Excepté où elle est... Cherche ! – Elle n'y est pas. – Tu rêves. – Non, parole d'honneur ! – Quelle étude est-ce ? – Tu sais bien, une étude d'Italie, un soleil levant, des platanes sous lesquels tu mangeas ce fameux macaroni... – Ah diable ! dit Corot, tu n'es pas dégoûté : c'est une de mes plus fameuses. – Et bien ! Je ne la trouve plus." – Corot alors, se rappela et devint tout rouge. "Écoute, dit-il, tu as raison, elle n'y est pas... Il est arrivé quelque chose. – Quoi ? – Ça va te paraître drôle, mais c'est comme ça. – Mais quoi ? – J'en suis aussi abasourdi que tu vas l'être. Je crois bien que c'est un fou, ou au moins un original ; ça avait l'air d'un Anglais. – Mais qui ? – Celui qui... – Est-ce qu'on te l'aurait empruntée ? – Non. – Volée ? – Non. – Et bien de qui parles-tu ? – De l'homme qui l'a achetée. – Qui ça ?... quoi ! ton tableau ?... On t'a acheté ton tableau ?... – Et bien, oui. Ça me gênait de te dire, mais c'est comme ça. – Écoute, Corot, veux-tu que je te parle franchement ? – Tu sais que j'en donne l'exemple. – Et bien, je ne veux pas le garder sur le cœur : je n'aime pas ça. – Comment, tu n'aimes pas qu'on achète mes tableaux ? – Allons ! ne fais pas l'innocent... tu n'es pas forcé de prêter tes études ; tes études sont à toi ; tu les prêtes si tu veux, tu ne les prêtes pas si tu ne le veux pas. Quand je te demande quelque chose, je te donne, par le fait même, le droit de refuser. – Mais... – Il n'y a pas de mais... ça n'est pas avec un vieux camarade qu'on se conduit comme ça... – Mais, je t'assure... – On dit franchement : je ne veux pas prêter celle-là, et tout est dit. – Mais, puisque... – Crois-tu que je t'en aurais voulu de me la refuser ? Tu me crois donc un bien mauvais caractère ? – Ah ça ! tu n'as donc pas entendu ? – Si fait ! – Et bien ! l'étude est vendue et emportée. – Allons donc ! – C'est pourtant la vérité !" L'ami prit son chapeau, ouvrit la porte et allait la refermer en s'en allant lorsque Corot, se ravisant, lui dit : "Écoute un peu. – Ce n'est pas la peine, dit l'autre en rentrant : je n'en veux plus, il n'est plus temps. Je ne voulais pas prendre ton étude malgré toi. Ce qui me fâche, c'est que tu ne me dises pas la chose net,

> carrément, en bon garçon comme je t'ai toujours connu, au lieu de prendre un prétexte ridicule. – Ah ça ! voyons, ça m'ennuie à la fin, dit Corot ; c'est invraisemblable, je le sais ; j'y crois à peine moi-même ; mais, quand je me demande à moi-même si je rêve, j'ai un moyen de me convaincre… Fais comme moi, ouvre ce tiroir… Tiens ! des billets de banque et de l'or ! – Tu sais mon revenu ; je ne suis pas assez riche ni assez avare pour amasser cela ; cette sorte de champignon ne pousse pas sur la céruse, la terre de Sienne ou le bitume. Et bien, il s'est introduit ici un homme… de mauvaise mine ; il a laissé ça et il a emporté ma toile, la fameuse étude en question. Ça n'est pas ma faute, je ne l'ai pas fait pour te contrarier ; maintenant, fâche-toi si tu veux." L'ami, convaincu cette fois, s'en alla, disant partout : "Dites donc, une drôle de chose ! Corot qui a vendu un tableau !" Et partout on disait : "Allons donc ?" ou "Ah bah !" ou "Pas possible ?" Et il répondait : "J'ai vu l'argent, je l'ai touché… des billets de banque et de l'or !" »[803].

Ainsi, on se rend compte que, presque malgré lui, Corot vendait des études, c'est-à-dire des travaux préparatoires à une œuvre ou destinés à parfaire sa maîtrise technique. Pour remarquable que soit l'étude, le raisonnement des juges qui cherche à identifier une seule main dans le tableau pose problème eu égard à la fonction même de ces œuvres : documents de travail pour Corot, elles pouvaient également l'être pour d'autres. Si l'ami de Corot souhaitait emprunter la toile, c'était pour s'exercer lui-même. Cette fonction presque utilitaire des études rendait les interventions des uns sur les toiles des autres peu problématiques. En effet, si l'on veut apprendre et s'améliorer, il faut corriger, recommencer, montrer, essayer. Toujours pour travailler leur technique, les peintres pouvaient se faire aider de spécialistes concernant l'un ou l'autre motif particulier. Ces spécialistes pouvaient être amenés à intervenir sur une toile qui, ensuite, pouvait être à nouveau travaillée par le peintre. Si l'œuvre est une, les interventions sont alors nécessairement multiples. À l'approche du Salon de 1859, Corot travaille sur les œuvres qu'il souhaite y présenter et, en particulier, sur *Dante et Virgile* :

> « Les animaux de son Dante l'ont tant soi peu embarrassé et, ma foi, il a invoqué l'aide d'un spécialiste. Barye, avec qui il se rencontre de temps à autre au café de Fleurus, est venu lui donner un coup de main ; il lui a construit des fauves d'une anatomie impeccable. Mais Corot a trouvé que les bêtes de son camarade manquaient du je ne sais quoi que réclame la fantaisie du poète et, à force

[803] *Ibid.*, pp. 84-87.

> d'ajouter un détail par ci, un détail par là, il a fini par les repeindre entièrement lui-même avec son œil de créateur »[804].

Le peintre n'hésitait donc pas à se faire aider par des collègues en les faisant intervenir directement sur la toile, sans du reste sacraliser leur intervention, puisqu'il se réservait la possibilité de travailler à partir de ces esquisses.

227. Retour à Cassirer. Les « faux Corot » rencontrés au fil des affaires étudiées ne seraient-ils pas, avant tout, des témoins de la vie d'une œuvre et du processus de sa confection ? La caractéristique intrinsèque de ces œuvres est-elle réellement d'exprimer la personnalité d'un auteur ? En eux-mêmes, ces tableaux semblent bien plutôt rendre compte du caractère collectif de la création artistique que d'une intention de tromper. L'œuvre d'art est plus un processus, un cheminement, qu'un objet. C'est, en d'autres termes, une chose éminemment instable et fragile : une chose irréductible à la stabilité que réclame le droit.

Si l'esquisse réalisée par Corot et terminée par un autre n'est pas *un Corot*, l'esquisse de Barye terminée par Corot l'est-elle davantage ? Si Barye n'était pas intervenu sur la toile, l'œuvre n'aurait assurément pas été la même. Si les retouches faites par Corot ne suffisent pas à qualifier une toile de *Corot* alors qu'elles sont censées apporter au tableau ce petit plus qui en fera une œuvre aboutie, s'agit-il pour autant d'un *faux Corot* ? Finalement, l'œuvre authentique aux yeux du droit ne serait-elle pas avant tout l'œuvre exempte de toute ambiguïté ? L'œuvre sage ou encore *l'œuvre à sa place* ? Le jugement sur l'authenticité ne serait-il pas, ainsi que nous l'avons esquissé à plusieurs reprises, un jugement sur la pureté ? L'œuvre authentique ne serait-elle pas l'œuvre conforme à ce qu'on attend d'elle, l'œuvre conforme à notre propre certitude, conforme à une certaine logique juridique ? Le droit distribue les places, il met en rapport les choses et les personnes en veillant à ce que chacun ait la place qui lui revient. Ce faisant, la stabilité qu'il requiert ne permet sans doute pas de prendre en compte le caractère foncièrement mouvant et

[804] *Ibid.*, p. 121.

pluriel de la création artistique. S'il est bien vrai qu'« [on] n'infère pas comment sont les choses à partir de notre propre certitude »[805], l'œuvre authentique n'est finalement pas l'œuvre qui dit le vrai sur elle-même, mais bien l'œuvre conforme au modèle du droit, celui qui perpétue notre propre certitude. De là à affirmer que l'œuvre authentique est une fiction (juridique ?) ou un fantasme, le pas à franchir est petit, mais peut-être un peu téméraire.

Pour le dire avec Cassirer, l'œuvre authentique est celle qui ne perturbe pas une distribution des places qui ne s'accommode pas d'objets ou de situations « impures » ; l'œuvre authentique est celle qui se plie aux exigences de la triade *Dike – Cosmos – Logos*. Ainsi, l'œuvre authentique est l'œuvre *à sa place*, celle qui s'inscrit dans un *Cosmos* stabilisé par le droit ; celle qui ne perturbe pas les hiérarchies et certitudes déjà forgées. S'il fallait les contrarier – s'il fallait déclarer *fausse* une œuvre qui passait pour authentique ou *authentique* une œuvre qui passait pour fausse –, seul le droit pourrait le faire *via* des procédures propres, mettant ainsi en œuvre une dialectique du vrai et du faux reposant sur le droit lui-même (*Logos*) et faisant intervenir des textes et mécanismes connus et prévisibles, tendant à la stabilisation des places assignées (*Dike*).

F. Autonomisation de la substance

228. Tribunal de commerce de la Seine, 19 janvier 1878, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1878, p. 335. Nous avons étudié plusieurs décisions relatives à des ventes d'œuvres d'art. Certaines de ces décisions exigeaient une garantie d'authenticité formellement établie par le vendeur. Nous avons également examiné l'incidence sur la notion d'authenticité d'interventions multiples sur une même toile. Dans le cadre de ces différentes décisions, il est toujours possible de soutenir que, en dernière instance, l'erreur sur la substance qui permet l'annulation de la vente est contractuellement définie : si une garantie relative à l'authenticité de l'œuvre a été donnée, c'est bien que les parties entendaient accorder une importance particulière à cette notion. Néanmoins, la

[805] L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, p. 23.

réalité était parfois plus nuancée puisque certaines décisions, en plus d'examiner la validité de telles garanties, devaient se prononcer sur le caractère authentique d'œuvres sur lesquelles le maître était pourtant bien intervenu. L'authenticité ne serait-elle tributaire que de garanties contractuelles ? Si certaines décisions ont pu se montrer réticentes à admettre la validité des garanties, il semble toutefois que la notion se soit extraite des conventions.

À la fin du XIX[e] siècle, M. Tourreil, agent de change, créancier de M. Schwabacher, amateur et collectionneur de tableaux, a acquis douze toiles appartenant à ce dernier au titre de dation en paiement. Parmi ces tableaux figuraient un paysage attribué à Jules Dupré et une marine attribuée à Isabey. M. Tourreil, prétendant quelque temps après la vente que les signatures des deux tableaux étaient apocryphes, a demandé la restitution du prix de vente, à charge pour lui de rendre les œuvres. S'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence que nous avons étudiée, le Tribunal de commerce de la Seine juge que « la note acquittée, sur laquelle se trouvent désignés les tableaux [que M. Tourreil] a achetés au défendeur, est écrite de sa main ou de celle de son représentant et qu'il n'y est mentionné aucune garantie d'authenticité »[806]. Il est, par ailleurs, établi que le vendeur n'a jamais entendu donner une telle garantie. Au contraire, il est « établi que ces tableaux n'ont été achetés que sur le mérite qui leur a été reconnu à la suite de l'expertise que Tourreil a fait faire dans la galerie du défendeur »[807]. En conséquence de quoi, le Tribunal déboute M. Tourreil et refuse donc d'annuler une vente conclue sans qu'aucune garantie d'authenticité n'ait été fournie par le vendeur. La question du caractère réellement apocryphe des signatures n'est même pas examinée. Elle n'est, en l'occurrence, pas pertinente : ce sont des considérations internes à la logique juridique qui déterminent l'issue du litige.

M. Tourreil interjette toutefois appel de la décision devant la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 14 décembre 1878, infirme le jugement rendu par le tribunal. La

[806] Tribunal de commerce de la Seine, 19 janvier 1878, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1878, p. 335.
[807] *Ibid*.

cour commence par rétablir la vérité quant à l'attribution des toiles : « Il est constant au procès que les deux tableaux portant les signatures de Jules Dupré et d'Isabey ne sont pas l'œuvre de ces peintres »[808]. En d'autres termes, il s'agit là d'une affirmation non contestée et, dès lors, tenue pour vraie, indépendamment de toute expertise ou examen plus approfondi des œuvres. La cour poursuit en relevant que « le texte même de la facture acquittée par Schwabacher et l'importance des prix attribués à ces tableaux démontrent que, dans l'intention commune des parties, l'authenticité de la chose vendue a été la raison principale et déterminante de la convention, sans laquelle les parties n'auraient pas consenti à s'obliger »[809]. Dans ces circonstances, ajoute-t-elle, « l'authenticité de la signature des peintres désignés était de l'essence du contrat et constituait la substance même de la chose vendue »[810]. Bien que Schwabacher fût de bonne foi, l'erreur de l'acheteur était bien substantielle et donc de nature à vicier le contrat de vente. La cour annule la vente des deux tableaux.

Ainsi, la question de la garantie se trouve à présent déplacée. S'il est acquis qu'une vente a porté sur des tableaux inauthentiques, en l'occurrence, des tableaux dont les signatures étaient apocryphes, il n'est plus nécessaire d'avoir formellement obtenu la garantie du vendeur pour faire annuler la vente. L'authenticité est dès lors bien devenue une valeur autonome, indépendante des conventions qui formalisent l'échange des objets. Elle peut être déduite de textes ou de circonstances, alors même que le vendeur n'avait pas entendu s'en porter garant. Ainsi, la *substance* de l'objet et l'*essence* du contrat doivent toujours être déduites des circonstances de la vente, mais il est désormais permis de penser que le souci d'authenticité pourra toujours être mis au jour, sauf dans l'hypothèse où l'acheteur aurait expressément fait siens les risques existant à cet égard.

229. Jurisprudence, lucioles et dissidence. Que nous racontent ces histoires singulières, ces reliquats de vie sauvés de l'anonymat des notes de bas de page ? Leur intérêt ne réside pas tant dans un exercice d'histoire du droit visant à éclairer le

[808] Paris, 14 décembre 1878, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1878, p. 336.
[809] *Ibid*.
[810] *Ibid*.

droit positif – lequel n'est, d'ailleurs, pas abordé à dessein, si ce n'est dans l'ombre d'une note de bas de page, afin de ne pas donner au travail la possibilité d'une péremption liée à un objet qui n'est pourtant pas le sien – que dans la mise au jour d'un processus qui a donné à la notion d'authenticité une autonomie certaine. Cette autonomie ne repose pas tant sur une évolution des pratiques ou des discours à l'extérieur du droit que sur des ajustements mineurs, à la marge, au sein même du droit et de ses raisonnements. Lorsque les juges examinent la question de l'authenticité, ils ne regardent pas tant les œuvres que le droit lui-même – on se souvient que, lorsque les rapports d'expertise ne sont pas suspects par nature, ils sont, quoi qu'il en soit, subordonnés aux règles de procédure. En pénétrant, de manière très partielle, la vie qui soutient les principes, on voit mieux comment se dit le droit. Deux décisions portant sur une question juridique identique – l'annulation d'une vente – ne sont pas interchangeables, les raisonnements et solutions diffèrent tout de même, donnant peu à peu à l'authenticité une place de première importance. Dans les décisions examinées, rien ne permet d'identifier des moments de rupture dans l'évolution des raisonnements. La mise en œuvre de la triade cassirérienne reste identifiable à tout moment, mais, au fond, les solutions concrètes se forgent presque par hasard. Les textes restent identiques, les principes structurants également, mais le droit n'échappe jamais à la diversité constitutive de toute vie.

La nuit, tout est inerte. La pureté des principes qui devrait inonder de lumière toute décision particulière et « la placer sous son joug » est certainement aveuglante. Elle fait obstacle à la diversité ; elle fait obstacle au grouillement des notes de bas de page. Pourtant, l'élan vital des bas-fonds semble triompher – les principes étant, presque par accident, toujours redéfinis, jamais absolument figés. Aussi, plutôt qu'un soleil aveuglant, les principes constituent un fond nocturne. Un fond de nuit sur lequel tout peut encore être réinventé – car la nuit est bien sûr à la fois lieu et moment d'émancipation, celui de toutes les évasions. Si toute jurisprudence est une invitation à repenser ce qui semblait encore acquis (principes, jurisprudence antérieure…), si toute jurisprudence est donc par essence une possibilité de dissidence, alors, la nuit des principes peut peut-être se mettre en mouvement. Danser. Danser comme lorsque, sur fond aveuglant devenu obscur (trop de lumière

produit l'aveuglement), des lucioles apportent quelque sublime variation[811]. En musique, une variation est la reprise d'un même thème, mais traité différemment, modulé, toujours personnalisé. Au fond, le thème est un prétexte à la variation, et non l'inverse. Lorsqu'on fait du droit, fait-on autre chose ? Ne s'agit-il pas d'abord d'apporter du mouvement (danse, lucioles) quand tout semble désespérément uniforme ? Ne s'agit-il pas d'œuvrer les textes, de les travailler pour les rendre adéquats à la vie qui leur manque encore ? En un mot, ne s'agit-il pas de poétiser le monde ?

À l'heure de bientôt terminer ce travail, une certitude – s'il en existe aucune – se dessine : l'homogénéité d'un droit dicté par la clarté des textes est un pur fantasme – les nuances des notes de bas de page s'avérant, en dernière instance, plus riches que la fausse pureté des principes – et l'authenticité des œuvres découle (partiellement du moins) de ce fantasme. Qui a peint le *Marat* ? Qui est l'auteur du *Petit Cattelan de Rotterdam* ? Le droit semble apporter une réponse qui défie l'amour-propre de tout juriste : peu importe.

[811] On renvoie ici au motif pasolinien de la luciole tel qu'il a été exploité par Georges Didi-Huberman dans ce qui est peut-être l'un des plus beaux textes de philosophie contemporaine, *Survivance des lucioles* (voy. P.P. PASOLINI, « L'article des lucioles », in *Écrits corsaires*, Paris, Flammarion, 2018, pp. 196-205). Que sont ces lucioles ? Ce en quoi s'incarne une résistance, « une lumière pour toute pensée » – résistance qui révèle notre plus profonde humanité – saillance sur fond de nuit ou, ce qui revient au même, de l'aveuglante lumière de tous les totalitarismes (voy. G. DIDI-HUBERMAN, *Survivance des lucioles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2009, pp. 57 et 135).

Conclusion du chapitre 2

230. Rappel des développements qui précèdent. Dès lors que les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts, ainsi que nous l'avons mis en évidence au sein du chapitre premier du présent titre – dès lors, pour le dire autrement, qu'une vérité du droit existe indépendamment d'une vérité de type scientifique – il convenait de chercher à tracer les contours de cette vérité particulière. Cette question s'inscrit dans le prolongement direct de notre tentative de caractériser le droit comme forme symbolique. En effet, nous avons vu que cette dernière mobilise l'articulation de trois notions : *Cosmos*, *Dike*, *Logos*. Ces éléments, qui ne se laissent penser que dans leurs intrications, appellent tous une certaine idée d'équilibre : équilibre du monde (*Cosmos*), équilibre des relations (*Dike*), équilibre du discours en tant que discours vrai (*Logos*). La question de la vérité du droit, si elle semble *a priori* d'abord préciser la question du *Logos*, renvoie bien à chacune de ces notions. En distinguant le vrai du faux par son discours (*Logos*), le droit tend bien à stabiliser des situations et, ainsi, à œuvrer à la prévisibilité globale du monde (*Cosmos*). En se fondant sur des textes écrits pour dire la part qui doit revenir à chacun (*Dike*), les juges mobilisent cette vérité particulière.

Les travaux de Bruno Latour, qui ne font pas référence à Cassirer, nous ont permis de mieux cerner la spécificité de cette vérité, en particulier au regard de la logique scientifique. Alors que cette dernière n'est jamais apaisée – la logique de laboratoire impliquant de toujours tester, contredire, tenter de remettre en cause –, la vérité du droit vise d'abord à poser un *arrêt* – à figer irrévocablement un état du réel.

Ce cadre théorique précisé, nous pouvions recommencer à raconter des histoires et à chercher à comprendre comment se forge au sein du droit un concept qui semble pourtant lui échapper.

Si nous racontons des histoires depuis le début de ce travail – et si toute vie se résume peut-être à raconter et à se raconter des histoires –, il fallait sans doute attendre la fin de la démonstration pour mesurer la puissance heuristique de ces cas

singuliers. Le lien entre la discipline juridique et une forme de casuistique est ancien et, à la fois, actuel, tant l'importance de la jurisprudence est évidente. Pourtant, le cas singulier doit toujours lutter pour exister face à la force homogénéisatrice des principes. Nous avons tenté de mettre en avant la fécondité théorique que recelaient ces notes de bas de page et ces numéros d'arrêts afin d'aborder sereinement quelques décisions rendues en matière de demandes d'annulation de ventes d'œuvres d'art pour erreur sur la substance.

En examinant ces décisions, nous avons constaté que, si les principes existent toujours, ils se trouvent d'abord forgés, définis et redéfinis, au gré de préoccupations singulières. Les juges précisent un régime général d'abord pour répondre à une question singulière et jamais pour assurer la cohérence ou l'impossible unité du droit.

Au fond, toute jurisprudence est une invitation à la dissidence, mais les juridictions supérieures veillent à y garder *bon ordre*. Les principes évoluent à partir de leurs marges, dans l'ombre, subrepticement, et peut-être par hasard.

Conclusion du Titre 2

231. Rappel des développements qui précèdent. La seconde partie de ce travail propose un cheminement en trois étapes principales. Le Titre 1 de la présente partie en posait les extrémités : avant de chercher à décrire un processus, il apparaît en effet éclairant d'en souligner l'actualité et d'en expliciter les origines.

C'est au cheminement en tant que tel que le présent titre était consacré.

Afin de prendre la pleine mesure de ce parcours, nous avons pris le parti d'exposer un cas exemplaire, avant d'en venir à plusieurs cas peut-être moins spectaculaires, mais pas moins riches d'enseignements.

Le cas du *Marat* a en effet permis d'établir l'indépendance des juges au regard de conclusions de rapports d'expertises et de montrer que, sur la base de données factuelles pourtant identiques, un tableau peut être une chose et son contraire – c'est-à-dire, être tantôt *vrai* et tantôt *faux*. Cette fluidité apparente du vrai et du faux lorsque les juges manient ces concepts a été pensée par Bruno Latour et permet de préciser les contours du droit en tant que forme symbolique. La vérité de la science ne repose en effet pas sur les mêmes critères que la vérité du droit et, du reste, les finalités de ces deux disciplines divergent fondamentalement : la science veut comprendre toujours plus et ne se satisfait dès lors pas de réponses définitives ; le droit, à l'inverse, cherche la stabilité et, dès lors, une solution irrévocable.

Ces éléments posés, il était possible de prendre la mesure de l'évolution d'une notion du point de vue interne du droit. La vérité du droit est, en effet, celle qui se joue dans la procédure, la charge de la preuve, la recherche d'antécédents judiciaires…

Puisque, pour rendre compte d'un cheminement, on ne peut faire l'économie d'une certaine forme de récit, il importait de préciser la place accordée à des récits d'un type particulier dans notre démarche : les histoires qui fondent toute jurisprudence. Aussi, nous avons cherché à repenser succinctement la place traditionnellement

accordée aux histoires singulières par la discipline juridique. Celles-ci n'existent que dans l'ombre ou la lumière aveuglante de principes qui se veulent homogénéisateurs. Pourtant, il est peut-être enrichissant de les prendre au sérieux pour elles-mêmes. Telle était du moins notre démarche.

Au gré de l'examen de quelques décisions singulières, nous avons pu esquisser – sans prétention aucune à l'exhaustivité, ce qui reviendrait à retomber dans une démarche unifiante – la manière dont le concept d'authenticité a peu à peu gagné en autonomie, devant *in fine* la substance même de l'œuvre.

Ainsi, le contenu d'un même concept mobilisé en droit s'est vu peu à peu redéfini – non directement par l'application de principes ou la modification de grandes œuvres législatives unifiantes, mais, au contraire, par des déplacements presque imperceptibles dans l'application du droit lui-même.

Conclusion de la Seconde partie

232. Synthèse des principaux enseignements. Voyons où nous sommes avant de chercher d'où nous venons et, ensuite, de tenter de retracer un chemin.

Dans la première partie de ce travail, nous avons notamment caractérisé le droit comme forme symbolique. Dans la seconde partie, nous avons tâché d'appliquer ces enseignements à la question des œuvres d'art et, singulièrement, à la notion de *faux* qui, si elle touche d'abord des objets que l'on qualifie d'artistiques, permet aussi une réflexion plus globale sur la manière dont le droit distribue, précisément, le vrai et le faux – sur la manière dont le droit départage le vrai du faux. Cette question constitue le prolongement direct de notre étude du droit en tant que forme symbolique.

La question de l'authenticité est au cœur des préoccupations contemporaines, tant sur la scène artistique – l'engouement provoqué par le cas *Maurizio Cattelan* est bien le signe d'une attention aiguë à cette question – que sur le plan juridique. L'œuvre authentique n'est, au fond, que l'œuvre dont le caractère « faux » relève encore de la virtualité, mais qui, précisément, doit son authenticité à cette possibilité toujours latente. D'une manière plus générale, la question de l'authenticité renvoie à l'attention portée au lien existant entre une œuvre et une personne identifiée. Ainsi, en droit positif, le droit d'auteur et la notion d'erreur sur la substance attestent cette préoccupation. Si nous parlons aujourd'hui de préoccupation, la question a pu faire l'objet d'une véritable obsession – singulièrement, concernant les occurrences juridiques de cette obsession à la charnière des XIX^{e} et XX^{e} siècles. Cette obsession remonte à la Renaissance. À cette époque, le contenu des contrats de commandes d'œuvres d'art change. À travers l'examen de documents juridiques, ce sont ainsi les préoccupations d'une époque que l'on peut éprouver. Une attention de plus en plus aiguë est accordée à l'habileté personnelle d'un artiste identifié. Les contrats ne sont toutefois pas seulement les réceptacles d'inquiétudes nées par ailleurs. Ils sont aussi les outils qui serviront aux juges à redéfinir les concepts qui y sont mobilisés et qui, plus largement, permettront de redéfinir les places des contractants et de

certains objets dans le monde. Au fond, le contrat caractérise peut-être ce qui fait aussi le propre du droit envisagé comme forme symbolique : le droit ne se déploie jamais de manière aussi aboutie que lorsqu'il entre en interaction et, le cas échéant, en confrontation avec d'autres formes symboliques : il est l'outil à partir duquel tout peut être relu.

Ayant précisé d'où nous écrivions et d'où nous venions, il restait à ébaucher la manière dont le chemin fut parcouru.

L'intérêt du chemin dont nous avons esquissé le tracé ne tient pas tant au régime juridique qu'il met en évidence – l'état du droit positif à un certain moment – qu'à l'éclairage plus large qu'il permet de jeter sur le droit en tant que forme symbolique : les décisions examinées ont permis de penser la manière dont les concepts juridiques évoluent et la manière dont la *vérité* du droit est dégagée.

Aussi, avant d'en venir aux prises avec le réel – c'est-à-dire, avant d'en venir à l'examen des cas concrets qui font la vie du droit –, était-il nécessaire de poser quelques balises concernant la question d'une *vérité du droit* et, en particulier, d'apporter quelques éléments de contraste avec une *vérité* de type scientifique. La vérité de la science n'est, en effet, pas d'emblée exclue du raisonnement juridique. Au contraire, des experts sont souvent consultés par les juges. En matière d'œuvre d'art, des rapports d'expertise permettent en particulier aux juges de prendre en compte l'état de la science au regard de l'attribution d'une œuvre à un artiste.

À partir des travaux de Bruno Latour, nous avons mis en avant le caractère foncièrement – et même constitutivement – instable de toute vérité scientifique. La science ne cherche pas tant à arrêter un état de connaissance qu'à le questionner et à le prolonger sans cesse. Aussi, sans doute n'est-ce pas un hasard si Cassirer avait choisi la forme symbolique de la science pour penser la question de la variation : cette forme symbolique – et toutes les formes symboliques, du reste – porte en elle

la possibilité de son propre dépassement[812]. Le droit, à l'inverse, ne cherche pas tant à toujours repenser et rejouer ce qui est qu'à stabiliser un état du réel. Là où la science relance sans cesse, le droit arrête le mouvement. Il n'y a, au fond, pas de meilleure solution pour le juriste que celle *qui* pose (mais aussi celle *que* pose) un *arrêt*.

Science et droit poursuivent donc des finalités différentes : la première relance, le second arrête. Cette différence au niveau des *fins* justifie une différence du point de vue des *moyens*. Les critères de vérité du droit ne sont en effet pas ceux de la science et, si la science avance quelque *vérité*, le droit peut parfaitement s'en écarter sur la base de critères qui lui sont propres. La question de savoir qui a peint une toile est en effet subordonnée aux questions de charge de la preuve ou de formation valide du contrat. En outre, si la réalité est complexe à bien des égards, le droit ne peut se satisfaire que de réponses rendues adéquates à ses catégories.

Le cas du *Marat* a permis de mettre en évidence l'indépendance des juges au regard des conclusions d'experts. D'une part, en l'absence d'unanimité en matière d'attribution, c'était au droit qu'il revenait de trancher. D'autre part, la question de l'attribution, qui fondait pourtant le litige, s'est vite vue écartée au profit de considérations purement juridiques, en l'occurrence d'une question de charge de la preuve.

Il convenait à notre sens d'établir cette indépendance des logiques juridique et scientifique pour aborder, cette fois directement, la question du chemin parcouru. Il importait en effet de mettre en avant l'indépendance du raisonnement juridique au regard d'autres logiques pour prendre pleinement la mesure des variations apportées au sein même de ce raisonnement et, ainsi, de mieux comprendre ce qu'est, pour une large part, le droit : sa propre fabrique à concepts, lesquels embrassent pourtant la totalité du réel.

[812] Voy. *supra*, n° 118.

Comment mesure-t-on le chemin parcouru ? Comment le borne-t-on – c'est-à-dire comment fige-t-on juridiquement une situation d'abord factuelle ? En racontant les histoires qui le jalonnent. Si l'on veut éprouver l'aspérité d'un chemin pierreux et échapper au tarmac des autoroutes – si l'on veut, en des termes plus explicites, comprendre un processus au regard de la réalité et non de principes établis *a priori* ou dégagés *a posteriori*, il importe d'entrer dans le grain de l'apparente insignifiance. Ainsi, on s'est aperçu que, si les principes sont toujours là et orientent toute décision, ils ne sont jamais absolument figés. Ils permettent leur propre redéfinition ou adaptation à partir d'eux-mêmes et toujours grâce à des histoires singulières.

Si le droit est bien une forme symbolique, il doit porter en lui la possibilité de sa propre variation. Le droit positif change, mais les critères de compréhension du monde par le prisme du droit demeurent néanmoins. Si les décisions que nous avons examinées traduisent l'évolution du concept d'authenticité tel que reçu et forgé par le droit, nous avons vu qu'elles traduisaient néanmoins toujours la pertinence de la triade *Dike*, *Logos*, *Cosmos*.

Faire du droit, c'est donc raconter des histoires et transformer le monde. Mais peut-être seulement subrepticement.

« Toute décision est prise à l'aveuglette. Si même un jugement prononcé, la sentence rendue laissait les juges exsangues, exténués, leurs assesseurs décomposés, le public pantois et libre le criminel, liberté et jugement auraient eu comme racine le délire. Composer un jugement avec le même soin qu'un idiot compose un poème, quelle affaire ! Où trouver un homme décidé à ne pas juger pour gagner sa croûte ? Quels hommes vont quitter les couloirs du droit pour s'égarer, s'étioler dans la composition d'un jugement où ils risquent de comprendre que la préparation trop minutieuse d'un mauvais coup est une mise en scène qui empêche sa réussite ? Camouflé dans l'anonymat, le juge ne porte que le titre de sa fonction. À l'appel de son nom par le juge, le criminel se lève. Relié sur-le-champ par une étrangeté biologique qui oppose, mais complète le magistrat, le criminel ne peut être sans lui. Lequel est l'ombre et lequel le soleil ? On sait qu'il y eut de grands criminels. [...]

Que le droit en soit arrivé à ce qu'il est : murmure à peine audible de ce qui furent délires fastueux, acceptés comme éclaboussures du hasard, le droit, résidu d'un délire à peine audible n'est pas la raison. Fatigué, lassé, exténué, de plus en plus imprécis, le tribunal doit savoir que cette imprécision, cette presque invisibilité ne sont pas la raison. L'austérité de ses rides et l'usure de la friperie ne sont pas le détachement. Le seraient-elles, la sentence aurait le même relief, éclaboussure visible du hasard. Aurait-elle été pleinement exprimée, cette sentence, élaborée par des légistes disposant de mots restés encore vifs après la débâcle de la fortune et l'effondrement des citations latines, des légistes gardes des biens, puis, la sentence enfermée dans les alinéas d'un code, d'une forme assez floue quand elle parvient à la cervelle des juges, enfin prononcée dans un charabia qui la rendait irréelle et terrible – donc, si, gravement

D'UNE FAÇON DOULOUREUSE, ET PENDANT DES ANNÉES, LE CONDAMNÉ NE L'AVAIT ÉCRITE, JOUR APRÈS JOUR ET À CHAQUE SECONDE, DANS LES DISPOSITIONS RECTANGULAIRES DES CELLULES, DES COURS, DES CORRIDORS, DE BEAUCOUP DE PRISONS ?

Il aura collaboré avec la magistrature ; l'exécution de sa peine n'était que le paraphe de la séance, paraphe apposé par lui-même, en relief, ou si l'on veut, éclaboussure en relief du hasard ; paraphe sans lequel la sentence fût restée nulle.

Cela doit être répété avec d'autres mots, ou les mêmes dans d'autres phrases. "Il doit accomplir sa peine." Celle du condamné. Le magistrat indique une peine, usant de mots encore vifs, arrachés à d'anciens grimoires, inventés pour l'application de la torture. Le magistrat opère sur fond de nuit, mais précisons : cette nuit, ces ténèbres, il doit les rendre plus épaisses, plus opaques puisqu'en aucune façon des mots composant la sentence ne peuvent arriver à la cervelle des magistrats autrement qu'arrachés à la célèbre "immémoriale nuit". Ces gardes des biens veillent, on peut écrire jalousement, sur les mots et sur les formules qui survivent encore un peu, arrachés d'une nuit qu'ils sont chargés d'épaissir. Quant aux vols du condamné, sa main, se posant sur les objets, sa fonction était de les profaner. Voulait-il la profanation afin d'exalter la sacralisation des biens et au-delà rechercher une peine qui l'éloignerait des hommes et le rapprocherait de dieu ? »[813].

[813] J. GENET, *La sentence*, Paris, Gallimard, 2010, pp. 16-18.

Conclusions générales

233. Le mouvement du droit. Au terme d'une réflexion visant à déconstruire le fantasme de l'unité du droit – manière, en quelque sorte, de proclamer l'impureté constitutive de toute manifestation juridique –, Rainer Maria Kiesow pose un diagnostic : « [Le] droit, dans sa manière judiciaire de traiter la vie des hommes, ressemble beaucoup plus à une œuvre d'art de Tinguely qu'à autre chose. Un fatras irraisonnable sans borne. L'histoire du droit serait donc, en résumé, une histoire de l'anarchie »[814]. Pourtant, les œuvres de Tinguely fonctionnent. Pour anarchiques qu'elles puissent paraître, elles restent mues par un moteur qui, grâce à une mécanique artisanale (c'est-à-dire, certes, *bricolée*), assure le mouvement de ces appareils tonitruants et poétiques. Si l'histoire du droit peut être ramenée à une histoire de l'anarchie – ce que nous ne questionnerons pas à ce stade de l'exposé[815] –, il importe toutefois de constater que l'infinie diversité des *cas* ne fait nullement obstacle à la découverte ou à l'actualisation de certains principes organisateurs, lesquels se situent à l'horizon de toute décision, là où l'articulation du singulier et du général produit quelque chose comme une connaissance.

L'étude du droit à travers la *Philosophie des formes symboliques* d'Ernst Cassirer permet de penser le droit comme une œuvre de Tinguely : les parties ne sont pas au service d'un tout identifié. Elles ne sont, en même temps, pas nettement séparées les unes des autres. Ces éléments – parties et totalité – se réconcilient, en dernière instance, dans le mouvement qui les porte et que, à la fois, ils provoquent et permettent. Les œuvres-machines de l'artiste suisse sont mues par une source productrice d'énergie. Envisagé comme forme symbolique, le droit doit être étudié comme énergie ou force de la vie culturelle. Cela permet d'éviter deux écueils. D'une part, l'étude du droit comme forme symbolique empêche l'approche casuistique –

[814] R.M. KIESOW, *L'unité du droit*, *op. cit.*, p. 205.
[815] Voy. à ce sujet les actes de la journée d'études « Utopies concrètes » organisée le 1er décembre 2021 à l'École de droit de Sciences Po (Paris) et les nombreuses références y citées : C. ANCEAU *et al.*, *Les juristes anarchistes*, Paris, Classiques Garnier, 2024.

celle qui réduirait le droit à la seule accumulation de ses manifestations. D'autre part, l'étude du droit comme forme symbolique empêche l'approche totalisante, celle qu'avait certainement à l'esprit Thomas Bernhard en écrivant que « le monde est une unique jurisprudence monstrueuse [...,] une prison »[816]. À rebours de ces deux approches, l'étude du droit comme forme symbolique permet de penser le singulier dans un mouvement global. Elle permet également de penser les principes dans leurs variations et donc leur relativité. Elle abolit dès lors toute relation d'antécédence logique ou hiérarchique du général sur le singulier, sans toutefois permettre le relativisme juridique. Elle permet l'expression de l'intrinsèque intérêt du particulier sans permettre son expansion déraisonnable (sauf, peut-être à se laisser imprégner de pensée mythique – ce que la *Philosophie des formes symboliques* permet de comprendre et tend à combattre). En cela, l'approche que nous avons défendue et à laquelle nous tenons constitue une épistémologie politiquement émancipatrice.

L'étude du droit comme forme symbolique nécessiterait bien sûr d'autres développements, mettant notamment l'accent sur les conditions culturelles et intellectuelles de la genèse et du déploiement des concepts forgés par Cassirer. Il n'empêche que l'étude que nous avons menée a déjà permis de mettre au jour les grandes orientations de la forme symbolique du droit, laquelle se caractérise par la triade *Dike*, *Logos*, *Cosmos*. Nous avons entrepris de chercher à comprendre la rationalité sous-jacente de cas *a priori* épars au regard de cette triade et, d'une certaine manière, nous l'avons ainsi empiriquement mise à l'épreuve. Si notre recherche présente certainement des lacunes en termes d'histoire de la philosophie et de pure histoire des idées, la perspective pratique qu'implique la confrontation de la philosophie des formes symboliques aux objets concrets de la vie juridique a permis de porter un regard singulier sur les concepts cassiériens, regard que n'aurait pas permis une étude centrée sur le développement des concepts en eux-mêmes et pour eux-mêmes. Les œuvres-machines de Tinguely sont toutes différentes, tant dans leur aspect global que dans les parties qui les composent. Elles

[816] R.M. KIESOW, *L'unité du droit*, *op. cit.*, p. 204.

sont néanmoins toutes portées par un même mouvement. Elles sont, précisément, toujours et d'abord en mouvement. De même, le contenu des concepts juridiques (celui d'authenticité, par exemple) n'est pas immuable. Il évolue. Il est en mouvement. S'il existe une unité du droit, ce n'est certainement pas dans son contenu, mais dans sa dynamique et ses orientations. Au fond, il n'y a d'unité que dans l'instabilité.

234. La nuit du droit. Comment peut-on comprendre Genet quand il écrit, dans *La sentence*, que tout magistrat opère sur fond de nuit[817] ? La nuit, c'est la nuit des temps (l'« immémoriale nuit »[818], écrit Genet). Tout magistrat mobilise des concepts juridiques nouveaux, voire innovants – adaptés à des problèmes contemporains – mais, pourtant, on peut les comprendre à l'aune de la pensée présocratique. Pensée qui continue d'irriguer les manifestations de ce qu'on appelle (sans toujours pouvoir le définir précisément) « droit ». La nuit, c'est une obscurité enveloppante. Tout magistrat doit être capable de comprendre juridiquement toute situation quitte, bien sûr, à n'en apercevoir qu'une partie ou à *perdre de vue* certains pans. La nuit, écrit Genet, s'épaissit toujours un peu plus. Les concepts s'ajoutent aux concepts, sont précisés et nuancés, évoluent. Parfois, ils deviennent opaques. Forment-ils pour autant des ténèbres ? Si, contrairement à la nuit – propice à l'évasion –, les ténèbres sont impénétrables, alors le droit ne devrait pas les laisser advenir. Nous avons vu qu'à l'obscurité trop absolue répondent toujours des lucioles[819], insectes proches du sol qui permettent dès lors de s'orienter, insectes comme surgis d'en bas, d'un cas, d'une tranche de réel – de la vie irriguant tout principe. La nuit, c'est une opposition au jour – manière de penser un moment de vérité moins abouti, un moment de veille des sens et du sens. La nuit serait-elle alors du côté du faux, là où le vrai et l'authentique seraient du côté du jour ? Pour bancale qu'elle paraisse, l'opposition permet de rappeler que le droit opère à tout le moins comme outil de *mise au jour* du faux. En matière d'œuvres d'art, le faux est une qualité intrinsèquement virtuelle qui ne se manifeste que lorsque son échec est acté

[817] J. GENET, *La sentence*, *op. cit.*, p. 18.
[818] *Ibid.*
[819] Voy. *supra*, n° 229.

et seul le droit a la capacité de donner à cette virtualité une réalité tant concrète que contraignante – fût-elle, par ailleurs, encore contestée et contestable depuis d'autres points de vue. La nuit, enfin, tous les chats sont gris : vus de loin, ils se ressemblent tous. Pourtant, chaque chat conserve son irréductible personnalité et celle-ci peut être perçue à condition d'oser s'approcher, voire, pour certains, d'oser les affronter. Il en va de même des cas : s'ils semblent abîmés, comme déjà dissipés, dans une certaine homogénéité, ils demeurent tous singuliers. Une lecture de l'obscurité depuis les cas doit permettre, en dernière instance, d'y voir plus clair. Car les chats voient dans la nuit.

235. Le juriste, spéléologue ou entomologiste. En partant du cas – ou, plus précisément, du (non-)cas – *Maurizio Cattelan*, nous entendions nous engouffrer dans une brèche – une faille dans le cours ordinaire de l'expérience théorique. Manière d'examiner une luciole d'abord aperçue sur un tapis nocturne. D'emblée, nous savions que les lucioles brillent toujours en groupe (elles clignotent d'ailleurs parfois au même rythme – vibrant certes chacune, mais en relation nécessaire aux autres). Il fallait dès lors choisir celle sur laquelle nous pencher. Le cas *Maurizio Cattelan* présentait *a priori* les atours d'une luciole vacillante, un peu moins brillante que les autres : il n'apportait rien de neuf aux concepts juridiques mobilisés, la question de fond n'ayant pas été examinée. Pourtant, la frustration peut être dépassée et, à mieux y regarder, le cas *Maurizio Cattelan* présentait d'autres vertus : luciole vacillante, il a néanmoins permis de jeter une lumière particulièrement crue sur les mécanismes qui, précisément, ont fait de ce cas un (non-)cas et, en dernière instance, sur un premier exemple de la manière dont le droit met en forme la réalité qui lui est soumise. En outre, la question (non résolue) dont le Tribunal judiciaire de Paris avait à connaître était, d'emblée, une question de principe : une personne qui a matériellement exécuté un objet manufacturé en est-elle, du point de vue du droit, l'auteur exclusif ? La simplicité de la question (certes, peut-être parce qu'elle était mal ou trop grossièrement posée) était en soi remarquable : aucun élément factuel ne devait interférer dans le cours de la théorie. Au fond, Daniel Druet avait intenté un procès *de principe* – principe qui, bien sûr, appellerait des conséquences concrètes. Mais le réel s'accommode généralement mal de la simplicité qui, comme c'était le

cas en l'espèce, peut procéder d'une simplification abusive de questions complexes. Aussi, nous a-t-il fallu tirer les conséquences d'une décision résultant d'une question mal posée en pratique mais qui offrait en revanche bien des avantages pour la réflexion théorique.

Qu'avons-nous découvert en pénétrant cette brèche ? Que toute brèche contient en puissance un monde théorique, c'est certain. Que les approches du phénomène juridique sont multiples. Celle que nous avons entrepris de déplier peut être questionnée et d'autres approches auraient été possibles. Peut-être auraient-elles d'ailleurs mené à d'autres conclusions. Qu'en envisageant le droit comme forme symbolique, on comprend mieux le phénomène juridique en lui-même mais aussi, et peut-être surtout, dans ses interactions avec d'autres formes symboliques ou, plus généralement, avec d'autres discours et modes d'intelligibilité porteurs de leurs propres rationalités. À cet égard, nous avons dégagé les contours d'une *vérité du droit* qui arrête le questionnement et détient le privilège – officiel – du dernier mot. Nous avons, en particulier, pensé cette vérité singulière en lien avec une vérité de type scientifique qui, dans le cadre de litiges relatifs à l'authenticité d'œuvres d'art, se manifeste à travers des rapports d'expertise. Ainsi, nous avons étudié l'indépendance des juges par rapport aux conclusions des experts et, par-là, avons mis en lumière la prééminence de la vérité du droit lorsqu'on cherche à tirer des conséquences concrètes (c'est-à-dire essentiellement économiques) de l'attribution d'un tableau à un artiste plutôt qu'à un autre. Nous avons, enfin, mis au jour la manière dont les contours d'une notion au départ artistique se dessinent en droit : à partir de revendications singulières, sans cohérence particulière, presque par hasard mais, en dernière instance, dans le cadre d'une cohérence globale, celle que caractérise la triade *Dike*, *Logos*, *Cosmos*.

236. Limites de la recherche – Cassirer. Du point de vue des études cassirériennes, notre recherche est incomplète. Elle ne constitue pas un traitement exhaustif de la question du droit chez Cassirer. Nous n'avons, en particulier, pas mobilisé les textes traitant du droit dans le contexte singulier des Lumières. D'une

part, d'autres l'ont fait[820]. D'autre part, ces textes constituent, à notre sens, davantage l'étude d'un moment particulier qu'une base pour une étude du phénomène juridique en général et, singulièrement, comme forme symbolique[821]. Nous n'avons en outre mobilisé qu'une littérature secondaire limitée et francophone et n'avons généralement pas travaillé au départ des textes originaux en allemand ou en anglais. Les raisons de ces choix ont été exposées dans l'introduction générale[822].

Toutefois, nous pensons que l'approche par application d'une question à un problème (le droit comme forme symbolique à partir d'un cas) a d'autres vertus et que les implications concrètes d'une possible forme symbolique du droit ressortent mieux de l'approche que nous avons retenue que d'une approche plus directement historique, par exemple.

237. Limites de la recherche – les aspects juridiques. Du point de vue des développements directement juridiques, en particulier jurisprudentiels, présentés dans notre dissertation, la recension et la présentation des divers points de droit est nécessairement incomplète, la visée du présent travail n'étant pas de faire l'analyse complète d'une notion juridique en droit positif ou même d'un point de vue historique. Nous n'avons ainsi pas opéré une analyse exhaustive du régime du droit d'auteur. Au regard de la condition d'originalité, qui a en particulier retenu notre attention, nous n'avons mentionné ou examiné que quelques décisions connues de la Cour de justice de l'Union européenne et de quelques autres juridictions. Au regard des questions de classification en matière de droits de douane, nous nous sommes limité à certaines décisions sélectionnées de la Cour de justice de l'Union européenne. Au regard de l'étude de la prise en compte de la notion d'authenticité par le droit, nous avons examiné pour elles-mêmes certaines décisions principalement rendues par des juridictions françaises sur une période relativement restreinte, correspondant *grosso modo* à la charnière de XIX^e^ et XX^e^ siècles. Les

[820] Voy. D. COSKUN, *Law as Symbolic Form. Ernst Cassirer and the Anthropocentric View of Law*, *op. cit.*
[821] Voy. *supra*, n° 142.
[822] Voy. *supra*, n° 6.

raisons de ce choix tiennent à l'approche par cas d'une question qui ne touche pas une discipline juridique en particulier[823].

Si nous pensons que les cas sélectionnés et, plus généralement, la jurisprudence citée ont suffi à traiter rigoureusement notre question de recherche, il n'empêche qu'une étude davantage exhaustive aurait certainement permis d'affiner nos conclusions et de faire émerger certaines nuances, voire de mettre au jour des contre-exemples. Il en va de même, sinon *a fortiori*, de l'étude d'autres systèmes juridiques, en particulier de droit non continental ou de droits coutumiers parfois qualifiés de « traditionnels ». Concernant ces systèmes, le rapport aux questions que nous traitons – à savoir en particulier les œuvres d'art et la notion d'auteur – apparaît tellement différent qu'une étude poussée du contexte culturel aurait été nécessaire, or nous n'avions ni l'ambition ni les compétences pour une telle recherche.

238. Limites de la recherche – Cassirer et les aspects juridiques. Une troisième série de limites découle des deux catégories précédemment identifiées. Une ouverture des systèmes juridiques étudiés aurait en effet permis de penser plus en nuance la forme symbolique du droit et, d'une certaine manière, de mettre à l'épreuve les éléments que nous avons identifiés. L'ambition cassirérienne étant d'identifier des formes *universelles* de structuration de la connaissance pour les différentes sphères de la vie culturelle, les éventuelles limites de ces formes devraient être éprouvées par une confrontation à des contextes culturels aussi différents que possible (les droits continentaux et non continentaux, les droits coutumiers, les droits anciens, voire les formes de juridicité auxquels d'aucuns refusent de reconnaître la qualification de « droit », tels le droit nazi ou les règles imposées au sein d'une mafia ou en dehors de celle-ci, en concurrence avec un droit étatique). Cassirer lui-même, dans les trois volumes de la *Philosophie des formes symboliques*, se livre d'ailleurs à un travail approfondi de comparaison entre des cultures très différentes.

[823] Voy. *supra*, n° 8.

Notre ambition n'était certes pas de réaliser un travail sur le droit comme forme symbolique, mais de dégager des outils pour penser la manière dont le droit appréhende l'œuvre d'art et certaines notions artistiques ; des outils pour penser un mode d'intelligibilité proprement juridique de certains objets et notions. Il n'empêche que nous l'avons mené d'un point de vue continental en ce qui concerne les systèmes juridiques étudiés et d'un point de vue occidental en ce qui concerne les conceptions – notamment philosophiques – de l'art mobilisées. Une autre approche, ouverte sur d'autres systèmes juridiques et d'autres modes de compréhension artistique, serait possible et enrichirait considérablement la réflexion.

239. Perspectives. Les limites que nous venons de relever peuvent être lues *a contrario* comme des invitations à prolonger un travail ici seulement amorcé. Ainsi, l'élargissement à d'autres systèmes juridiques, d'autres traditions juridiques et d'autres modes de pensée artistique – le cas échéant en collaboration avec des chercheurs familiers de ces éléments d'altérité – serait certainement extrêmement fécond. Il serait aussi – et c'est peut-être là le principal – passionnant.

Quoi qu'il en soit, l'étude du droit par le prisme des formes symboliques permet de penser la relation du droit à d'autres modes de rationalité. Nous avons vu que, si Cassirer proclame ne pas hiérarchiser les formes symboliques entre elles, une certaine téléologie existe. Il ne s'agit nullement d'une téléologie nécessaire mais d'un idéal avant tout politique. L'articulation du droit avec les autres formes symboliques mériterait d'être approfondie. Une telle réflexion apparaît d'autant plus urgente que le droit ne semble pas imperméable à un retour de la pensée mythique, ce que Cassirer a démontré dans *Le Mythe de l'État*.

Cassirer a laissé plusieurs textes sur l'art et avait en projet un quatrième volume de la *Philosophie des formes symboliques* qui aurait été consacré à la forme symbolique de l'art[824]. Une analyse des rapports entre droit et art au double prisme de la

[824] J.M. KROIS, « Introduction », in *Écrits sur l'art*, Paris, Les éditions du Cerf, 1995, p. 7.

philosophie des formes symboliques du droit et de l'art gagnerait à être menée. Une telle étude nécessiterait de circonscrire précisément les caractéristiques de la forme symbolique de l'art, dans un premier temps, pour étudier, dans un second temps, l'articulation du droit et de l'art de ce point de vue. Il est certain qu'une telle entreprise apporterait beaucoup aux études cassirériennes. Elle permettrait en outre de répondre à l'invitation formulée par Cassirer lui-même d'approfondir les liens qu'entretiennent les différentes formes symboliques entre elles[825], tout en précisant les contours de deux formes symboliques seulement amorcées par l'auteur.

240. Vœux. Dans un courriel qu'elle m'avait adressé alors qu'elle était encore très affectée par les résultats des élections rectorales de septembre 2018 de l'Université de Liège, Ann Lawrence Durviaux avait formulé ses ambitions pour l'avenir – forme de programme personnel qu'elle m'invitait alors à embrasser : « On va se donner un mal de chien pour former des étudiants responsables et révolutionnaires ». Quoi de plus cohérent avec l'enseignement du droit administratif – droit formaliste par excellence – qu'elle dispensait alors ? On se souvient en effet, avec Jhering, qu'« ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »[826].

Sans être une recherche de droit administratif, ce travail a entendu faire sienne cette invitation à conjuguer rigueur (responsabilité) et questionnement incessant (manière de réfléchir à la révolution).

Même si formalisme et forme symbolique ne se confondent pas, la formule de Jhering pourrait être investie d'une portée plus large. La *Philosophie des formes symboliques* ne porte-t-elle pas en son cœur un idéal profondément émancipateur ? Un idéal politique qui cherche à contenir la pensée mythique, celle par laquelle l'individu se fond dans une totalité indistincte, et à promouvoir, en contrepoint, la construction d'un sujet autonome – et, partant, libre. Dans cette perspective, penser

[825] Voy. *supra*, n° 192.
[826] R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2e éd., Paris, A. Marescq, 1880, p. 158.

le droit ne se réduit pas à un exercice académique. Penser le droit, c'est aussi adopter un regard capable d'appréhender le phénomène juridique dans la diversité de ses manifestations, y compris les plus iniques, sans s'abandonner à une lecture idéologique. Penser le droit, c'est l'envisager comme un système ouvert à la critique, à la résistance, voire à la révolution. Le droit, dès lors, ne saurait être isolé : il doit être mis en relation avec d'autres formes de connaissance qui ne lui sont pas subordonnées mais qui, en dernière instance, permettent d'évaluer sa désirabilité à l'aune de l'autonomie qu'il rend possible. Ce regard impose de reconnaître la nécessité de la variation, inhérente à toute forme symbolique, et, ainsi, de rejeter tout fatalisme – non par posture morale, mais par exigence théorique.

S'il fallait à notre tour formuler des ambitions pour l'avenir au départ de la présente recherche, elles pourraient se décliner en quatre points :

Se donner un mal de chien. Car la nuance et la complexité constituent le meilleur terreau pour toute réflexion et toute action.

pour former des étudiants. Car la conscience de la finitude devrait inciter à transmettre ce que l'on croit important.

responsables. Car la conscience de nos actions et de leurs conséquences est indispensable à toute cohabitation.

et révolutionnaires. Car il ne peut y avoir de fatalité.

Épilogue

« Cela doit être répété avec d'autres mots, ou les mêmes, dans d'autres phrases [....] »[827].
« Cela doit être répété avec d'autres mots, ou les mêmes dans d'autres phrases »[828].
« Cela doit être répété avec d'autres mots, ou les mêmes, dans d'autres phrases »[829].
« Cela peut être répété avec d'autres mots ou les mêmes dans d'autres phrases »[830].
« Cela doit être répété avec d'autres mots, ou les mêmes, dans d'autres phrases »[831].
« Cela doit être dit avec d'autres mots ou les mêmes dans d'autres phrases »[832].

« **5 juin 2024**
Cour d'appel de Paris
RG n° 22/14922

Pôle 5 – Chambre 1

TEXTE DE LA DÉCISION

[...]

Décision déférée à la Cour : Jugement du 08 juillet 2022 – Tribunal judiciaire de PARIS 3e chambre – 2e section – RG n° 18/05382

APPELANT

Monsieur [I] [X]
Né le 06 octobre 1941
De nationalité française
Demeurant [Adresse 2]
[Localité 7]

Représenté par [...]

INTIMÉS

Monsieur [O] [Z]
Né le 21 septembre 1960 à [Localité 11] (Italie)
De nationalité italienne
Demeurant [Adresse 13]
[Localité 3]

[827] J. GENET, *La sentence*, *op. cit.*, p. 20.
[828] *Ibid.*
[829] *Ibid.*, p. 22.
[830] *Ibid.*, p. 24.
[831] *Ibid.*
[832] *Ibid.*, p. 26.

ITALIE

Représenté par [...]
Assistée de [...]

S.A.R.L. MAGIS SRL
Société au capital de 10 200 euros
Immatriculée sous le numéro BG 328280
Prise en la personne de ses représentants légaux
Domiciliée [Adresse 10]
[Localité 4] – Italie et également domiciliée
[Adresse 14]
[Localité 3]
ITALIE

Représentée par [...]
Assistée de [...]

S.A.R.L. TURENNE ÉDITIONS
Société au capital de 5000 euros
Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de PARIS sous le numéro 524 310 000
Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège
[Adresse 8]
[Localité 5]

Représentée par [...]
Assistée de [...]

S.A.R.L. GALERIE [T] [L]
Société au capital de 8 000 euros
Immatriculée au registre de commerce et des sociétés de PARIS sous le numéro 378 834 055
Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège
[Adresse 8]
[Localité 5]

Représentée par [...]
Assistée de [...]

E.P.I.C. LA MONNAIE DE [Localité 12]
Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège
[Adresse 1]
[Localité 6]

Représentée par [...]
Assistée de [...]

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 23 avril 2024, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme Isabelle DOUILLET, présidente de chambre, et Mme Françoise BARUTEL, chargée d'instruire l'affaire, laquelle a préalablement été entendue en son rapport.

Ces magistrates ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Mme Isabelle DOUILLET, présidente de chambre
Mme Françoise BARUTEL, conseillère
Mme Déborah BOHÉE, conseillère.

Greffier, lors des débats : Mme Karine ABELKALON

ARRÊT :

Contradictoire

par mise de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

signé par Isabelle DOUILLET, Présidente de chambre, et par Karine ABELKALON, Greffière, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

M. [I] [X] est un sculpteur, grand prix de Rome 1968, ayant notamment réalisé des bustes de personnalités françaises, ainsi que de nombreux personnages en cire pour le musée [9] à [Localité 12], dont il a été le sculpteur attitré de 1973 à 1983.

M. [O] [Z] est un artiste contemporain italien, chantre de l'art conceptuel et de l'hyperréalisme, principalement révélé par le galeriste [T] [L] qui en assure la promotion et procède à la vente de ses œuvres, notamment via la société Turenne Éditions.

[I] [X] expose avoir été contacté en 1999 par [T] [L], à la demande de [O] [Z], afin de réaliser huit sculptures en cire entre 1999 et 2006, lesquelles ont été ensuite exposées sous les intitulés :

- « La Nona Ora » (version 1999), représentant le Pape [V], les yeux fermés ;

- « La Rivoluzione Siamo Noi » (2000), représentant [O] [Z] en taille réduite, en costume de laine suspendu à un portemanteau ;
- « Sans titre » ou « Le petit [Z] de Rotterdam » (2000), représentant le visage de [O] [Z] et ses deux mains transperçant le plancher d'une salle d'exposition pour rejoindre les spectateurs ;
- « Him » (2001), représentant un petit garçon à genoux, dont le visage est celui d'[H] [J] ;
- « Frank and Jamie » (2002), représentant deux policiers américains en uniforme, tête à l'envers et pieds au ciel ;
- « [U] » (2002 », représentant le buste du mannequin [U] [P], seins nus, façon « trophée de chasse » ;
- « Betsy » (2003), représentant une grand-mère assise dans un congélateur, porte ouverte ;
- « Now » (2004), représentant [A] [S] [K] dans son cercueil.

Au début des années 2000, [I] [X] a vainement sollicité auprès de la Galerie [T] [L] que « toute diffusion au sujet de [ses] œuvres mentionne [son] nom en tant que sculpteur réalisateur des personnages de cire (cela au même titre que figure le nom du photographe, auteur des images qui sont diffusées) ».

La Monnaie de [Localité 12], établissement public industriel et commercial, a accueilli du 21 octobre 2016 au 8 janvier 2017 une exposition intitulée « [Z], not afraid of love », dans laquelle ont été exposées quatre des œuvres précitées à savoir « La Nona Ora », « La Rivoluzione Siamo Noi », « Him » et « Le petit [Z] de Rotterdam » sans mention du nom de [I] [X].

S'estimant lésé dans sa qualité d'auteur, selon lui exclusif, des œuvres précitées, M. [X] a, par actes des 24 avril et 3 mai 2018, fait assigner la Galerie [T] [L], la société Turenne Éditions et la Monnaie de [Localité 12] devant le tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire de Paris, en contrefaçon de droits d'auteur.

Par exploits d'huissier des 6 et 10 décembre 2018, la Monnaie de [Localité 12] a fait assigner en intervention forcée et en garantie M. [O] [Z] et la société Magis au titre du contrat de partenariat, de prêt d'œuvre et de cession de droits conclus pour les quatre œuvres litigieuses exposées. Les deux procédures ont été jointes par ordonnance du 10 janvier 2019.

La Galerie [L] et la société Turenne Éditions ont notifié des conclusions aux fins d'irrecevabilité du fait notamment que [O] [Z] bénéficie d'une présomption de titularité sur les droits d'auteur revendiqués, n'a pas été assigné par M. [X]. L'incident a été renvoyé par le juge de la mise en état devant le tribunal.

Par jugement en date du 28 février 2020, le tribunal, après avoir indiqué dans les motifs du jugement, « Il ressort de ce qui précède qu'à ce stade de la procédure (') [*sic*] et alors qu'il n'appartient pas encore au tribunal de statuer sur la question de la titularité des droits sur les œuvres litigieuses, ni de se prononcer sur le bien-fondé de

l'action en contrefaçon, [I] [X] est bien recevable en ses demandes vis-à-vis de la société Turenne Éditions et de la Galerie [L]. », a notamment :

- débouté la société Turenne Éditions et la Galerie [T] [L] de leur fin de non-recevoir,
- dit que la poursuite de l'instance sera régularisée par décision judiciaire séparée, laquelle renverra les parties vers le juge de la mise en état pour réouverture des débats sur les autres points du litige en cours.

Par jugement rendu le 8 juillet 2022, dont appel, le tribunal judiciaire de Paris :

- dit M. [I] [X] irrecevable en ses demandes de contrefaçon de droits d'auteur ;
- condamne M. [I] [X] à verser les sommes de 10 000 euros à la Galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions ensemble, et de 10 000 euros à la Monnaie de [Localité 12] sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamne M. [I] [X] aux entiers dépens, dont distraction au profit de la SCP Normand et associés, pour ceux dont elle aurait fait l'avance sans en avoir reçu provision, conformément à l'article 699 du code de procédure civile ;
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire.

M. [X] a interjeté appel de ce jugement le 5 juillet 2022.

Dans ses dernières conclusions numérotées 2, transmises le 12 janvier 2024, M. [X], appelant, demande à la cour de :

Vu les articles 122, 480 et 1355 du Code de procédure civile,
Vu l'article L.335-3 du Code de la propriété intellectuelle ;

- juger que le jugement incident du Tribunal judiciaire de Paris du 28 février 2020 était revêtu de l'autorité de la chose jugée ;

À titre subsidiaire :

- juger que le jugement incident du Tribunal judiciaire de Paris du 28 février 2020 était mal fondé ;

En conséquence :

- infirmer la décision dont appel en ce qu'elle a déclaré irrecevable l'action de Monsieur [I] [X] et l'a condamné à verser 10 000 € à la Galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions ensemble et 10 000 € à la Monnaie de [Localité 12] ;

Statuant à nouveau :

- débouter toutes les parties de leurs demandes fins et conclusions ;

- condamner solidairement les parties défenderesses à verser à Monsieur [I] [X] la somme de 35.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- condamner solidairement les parties défenderesses aux entiers dépends dont recouvrement au profit de Maître Jeanne Baechlin, Avocat au Barreau de Paris, en application des dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Dans leurs uniques conclusions, transmises le 14 avril 2023, M. [Z] et la société Magis, intimés, demandent à la cour de :

- confirmer le jugement dont appel en toutes ses dispositions.

Dans leurs uniques conclusions, transmises le 14 avril 2023, la Galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions, intimées, demandent à la cour de :

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement du tribunal judiciaire de Pari du 8 juillet 2022 ;
- débouter Monsieur [I] [X] de l'ensemble de ses demandes ;
- condamner Monsieur [I] [X] à payer la somme de 18.000 € à la galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions au titre de l'art. 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens qui seront directement recouvrés par FTMS Avocats conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

Dans ses uniques conclusions, transmises le 14 avril 2023, la Monnaie de [Localité 12], intimée, demande à la cour de :

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement du tribunal judiciaire de Paris du 8 juillet 2022 ;
- débouter Monsieur [I] [X] de l'ensemble de ses demandes ;
- condamner Monsieur [I] [X] à payer à la MONNAIE DE [Localité 12] la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, du chef de la procédure devant la cour d'appel ;
- condamner Monsieur [I] [X] aux dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de la SELARL RECAMIER conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 13 février 2024.

MOTIFS DE LA DÉCISION

En application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, il est expressément renvoyé, pour un exposé exhaustif des prétentions et moyens des parties, aux conclusions écrites qu'elles ont transmises, telles que susvisées.

Sur l'autorité de la chose jugée du jugement du 28 février 2020

M. [X] fait valoir que la société Turenne Éditions et la Galerie [T] [L] ont été déboutées par le jugement incident du 28 février 2020 de leur fin de non-recevoir, et ont à nouveau soulevé les mêmes arguments aux fins d'irrecevabilité lors de la procédure au fond ; qu'un jugement qui statue dans son dispositif sur la fin de non-recevoir a autorité de la chose jugée ; que le tribunal aurait dû relever d'office l'autorité de la chose jugée ; qu'il y a une triple identité de parties, d'objet et de cause entre le jugement du 28 février 2020 et le jugement dont appel ; que l'ensemble des parties présentes sont identiques ; que la société Turenne Éditions et la Galerie [T] [L] tentent à nouveau lors de la procédure au fond de se voir accorder la fin de non-recevoir dont elles ont été déboutées ; que lorsqu'une juridiction d'une même instance rend une décision, elle n'acquiert pas le simple statut d'autorité de la chose jugée, mais devient une autorité de la chose jugée d'ordre public ; que le jugement incident du 28 février 2020 rendu par le tribunal judiciaire de Paris remplit les conditions de l'autorité de la chose jugée.

M. [Z] et la société Magis soutiennent que le jugement est un jugement « en l'état » rendu « à ce stade de la procédure » ; que ce jugement ne tranche donc pas définitivement la question de le [*sic*] recevabilité des demandes de M. [X] au sens de l'article 480 du code de procédure civile et n'a pas autorité de la chose jugée ; que le jugement estime que la fin de non-recevoir est à ce stade de la procédure prématurée ; que M. [Z] et la société Magis, qui ne sont présents à la procédure qu'à la suite de l'appel en garantie de la Monnaie de [Localité 12], ne pouvaient pas contester la recevabilité de l'action initiale à laquelle ils n'étaient pas parties ; que les différentes écritures des parties ont sensiblement modifié la cause du litige ; que les jugements statuant sur une fin de non-recevoir ne mettant pas fin à l'instance ne sont pas susceptibles d'appel immédiat ; que, par conséquent, aucune autorité de la chose jugée n'était attachée au jugement du 28 février 2020 ; que cela exclut subséquemment tout prétendu caractère d'ordre public de l'autorité de la chose jugée.

La Galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions rappellent qu'il n'y a pas d'autorité de la chose jugée attachée à un jugement dont la juridiction a exprimé qu'il est rendu à titre provisoire, ou en l'état, ce qui s'applique aux fins de non-recevoir, tel le défaut de qualité pour poursuivre l'instance ; que cela s'applique au jugement du 28 février 2020, qui a statué en l'état, remplaçant ladite formule par l'expression « à ce stade » ; que le fait que la formule « à ce stade » figure dans les motifs et non dans le dispositif est indifférent ; que le jugement du 8 juillet 2022 a statué dans le cadre d'une identité de parties, mais pas d'une identité de cause par rapport au jugement du 28 février 2020 puisqu'en l'état du premier jugement ni La Monnaie de [Localité 12], ni M. [O] [Z], ni la société Magis n'avaient conclu ; qu'elles l'ont fait en vue du second jugement à la fois sur l'irrecevabilité de la demande et aussi sur le fond, ce qui a fait considérablement évoluer la cause du litige ; que le jugement n'est pas un jugement mixte en ce qu'il n'a pas tranché de question de fond, et il ne s'est prononcé qu'à titre provisoire sur les moyens de fin de non-recevoir.

La Monnaie de [Localité 12] estime qu'il est évident que le tribunal a considéré par l'expression « en l'état », qu'il fallait attendre que toutes les parties en présence concluent ainsi que les débats sur la titularité des droits pour pouvoir apprécier la recevabilité de l'action de M. [X], étant observé qu'en matière de contrefaçon de droit d'auteur la recevabilité et le fond sont étroitement liés ; que la mention relative au caractère prématuré de la fin de non-recevoir n'avait pas à figurer dans le dispositif du jugement rendu le 28 février 2020 en ce que la motivation est le soutien du dispositif de telle sorte que le second se comporte à l'aune de la première ; qu'il n'y a pas d'identité de cause puisque le litige a évolué en cours de procédure ; que le jugement du 28 février 2022 n'ayant pas mis fin à l'instance n'était pas susceptible d'être immédiatement frappé d'appel en application de l'article 544 du code de procédure civile.

Sur ce,

Aux termes de l'article 480 alinéa premier du code de procédure civile : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. »

L'article 1355 du code civil énonce que « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

Le jugement qui déclare une demande irrecevable « en l'état » parce que prématurée, est dépourvu de toute autorité de chose jugée (Cass. Civ. 2, 21 mars 2013, n° 11-21495).

La portée du dispositif d'un jugement peut être éclairée par ses motifs (Cass. Civ. 2, 3 juillet 2008 n° 0716.398 ; Cass. Com. 17 février 2015 n° 13-27749).

En l'espèce, il est constant que le jugement du 28 février 2020, statuant sur la fin de non-recevoir opposée par la société Turenne Éditions et la Galerie [T] [L] à l'encontre de M. [X] au motif qu'il n'avait pas assigné M. [Z] lequel bénéficiait pourtant d'une présomption de titularité sur les œuvres en cause, a dit « qu'à ce stade de la procédure » et « alors qu'il n'appartient pas encore au tribunal de statuer sur la question de la titularité des droits sur les œuvres litigieuses », « [I] [X] est recevable en ses demandes vis-à-vis des sociétés Turenne Éditions et Galerie [T] [L] », ces éléments éclairant la portée du dispositif qui a débouté les sociétés Turenne Éditions et Galerie [T] [L] de leur fin de non-recevoir.

Il se déduit de ces mentions expresses que le tribunal a jugé prématuré de statuer sur les questions de titularité des droits sur les œuvres litigieuses, et donc de recevabilité à agir ainsi qu'il résulte des expressions « à ce stade de la procédure » et « alors qu'il n'appartient pas encore au tribunal de statuer ». Ce jugement, en ce qu'il a débouté les sociétés Turenne Éditions et Galerie [T] [L], de leur fin de non-recevoir,

est donc dépourvu de toute autorité de la chose jugée, et n'avait pas, en conséquence, un caractère d'ordre public.

La demande de M. [X] d'opposer l'autorité de la chose jugée du jugement du 28 février 2020 sera donc rejetée.

Sur la recevabilité de M. [X]

M. [X] soutient que le tribunal a, en déclarant irrecevable son action, méconnu les dispositions de l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle relatives au délit de contrefaçon ; qu'une telle action, pour être recevable, doit nécessairement contenir la preuve que le demandeur justifie de l'appartenance des droits qu'il invoque ; qu'il a rempli cette obligation en développant dans ses écritures et en versant de nombreuses pièces prouvant qu'il était bien le titulaire des droits ; qu'en rajoutant une obligation non prévue par la loi, et alors que celui qui s'est présenté comme l'auteur véritable des œuvres apportait des éléments en ce sens, le tribunal ne pouvait s'exonérer d'examiner la validité des preuves avant de statuer sur le fond ; qu'il est exceptionnel que l'auteur d'une œuvre contrefaite connaisse l'identité du faussaire ; que l'absence de mise en cause initiale de M. [Z] n'est pas un motif d'irrecevabilité alors qu'il a longuement exposé les motifs qui justifient selon lui qu'il est le réel créateur des titulaires des droits sur les œuvres ; que l'analyse consistant à dire qu'il n'existe pas de lien juridique entre lui et M. [Z] est erronée ; qu'une fois que M. [Z] et la société Magis sont devenues parties à la procédure, il a présenté des demandes directement dirigées contre M. [Z] ; qu'un lien juridique direct est bien né.

M. [Z] et la société Magis soutiennent que l'ensemble du raisonnement fondé sur une violation de l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle est biaisé ; que [O] [Z] est l'auteur des œuvres revendiquées et que c'est précisément parce que M. [X] n'établit pas sa propre qualité d'auteur qu'il n'est pas recevable à agir ; que l'appel en garantie ne crée pas de lien d'instance entre le demandeur à l'instance principale et le défendeur à l'instance en garantie ; qu'aucun lien procédural n'unit [I] [X] et [O] [Z] puisque [O] [Z] et la société Magis ont été assignés par la seule Monnaie de [Localité 12] aux fins de la relever et garantir de toutes condamnations prononcées à son encontre s'agissant de quatre œuvres qu'elle a exposées en vertu d'un contrat.

La Galerie [T] [L] et la société Turenne Éditions sollicitent la confirmation du jugement en ce qu'il a considéré qu'il n'y a pas de lien d'instance entre [I] [X] et [O] [Z], ce qui justifie l'irrecevabilité du demandeur, puisque [I] [X] qui revendique un droit d'auteur exclusif devait renverser la présomption dont bénéficie [O] [Z].

La Monnaie de [Localité 12] demande la confirmation du jugement en ce qu'il a tiré toutes les conséquences de l'article L.113-1 du code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée », qu'il a constaté que M. [Z] n'était dans la cause que comme garant de La Monnaie de [Localité 12], et que M. [X] ne prétendait même pas démontrer sa paternité sur les œuvres qu'il revendique pourtant à titre exclusif.

Aux termes de l'article 32 du code de procédure civile, « Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ».

Conformément à l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle, « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

L'auteur est donc présumé être celui ayant divulgué l'œuvre pour la première fois sous son nom, cette présomption simple étant réfragable.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les œuvres litigieuses, sur lesquelles [I] [X] revendique la titularité des droits à titre exclusif, à savoir les œuvres dénommées « La Nona Ora, 1999 », « La Rivoluzione Siamo Noi, 2000 », « Sans titre, 2000 », « Him, 2001 », « Frank and Jamie, 2002 » (2002) ; « [U], 2002 », « Betsy, 2003 » et « Now, 2004 », ont toutes été divulguées sous le seul nom de [O] [Z], aussi bien dans la presse où il est présenté comme leur unique auteur, qu'à l'occasion des expositions. En application de l'article L. 113-1 susvisé, M. [Z] est donc présumé être l'auteur desdites œuvres.

M. [Z], la société Magis, la Galerie [T] [L], la société Turenne Éditions et La Monnaie de [Localité 12] opposent l'irrecevabilité à agir de M. [X] aux motifs qu'il n'a pas assigné [O] [Z], lequel a été assigné en garantie par la Monnaie de [Localité 12], qu'aucun lien procédural n'existe entre M. [X] et M. [Z], qu'il ne peut donc revendiquer des droits visant à évincer ce dernier du bénéfice de la présomption de titularité, outre que M. [X] ne cherche même pas à démontrer sa paternité sur les œuvres qu'il revendique.

Le tribunal a justement retenu que la recevabilité des demandes de M. [X] formées en contrefaçon de droit d'auteur est soumise à la démonstration par ce dernier de sa qualité d'auteur des œuvres litigieuses, laquelle est contestée et nécessite de renverser la présomption de titularité dont bénéficie M. [Z], M. [X] revendiquant une titularité exclusive sur lesdites œuvres.

Il est pourtant constant que M. [X] n'a pas assigné M. [Z]. Ce dernier a été attrait dans la cause par La Monnaie de [Localité 12] au titre d'un appel en garantie.

Cependant l'appel en garantie simple ne crée de lien juridique qu'entre l'appelant en garantie et l'appelé, à l'exclusion de tout lien entre le demandeur à l'action principale et l'appelé en garantie (Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 14-11.685).

M. [Z] et la société Magis sont devenus parties à l'instance du fait de leur intervention forcée par La Monnaie de [Localité 12], qui les a appelés en garantie sur le fondement de la responsabilité contractuelle au titre des seules œuvres exposées, à savoir « La Nona Ora », « La Rivoluzione Siamo Noi », « Him » et « Le petit [Z] de Rotterdam », aucun lien juridique n'étant pour autant créé, du fait de cette intervention forcée,

entre M. [Z], la société Magis, appelés en garantie, et le demandeur principal, M. [I] [X].

Dès lors, et ainsi que l'a retenu le tribunal par des motifs que la cour adopte, faute d'avoir assigné en personne [O] [Z], auteur présumé des œuvres dont il revendique la titularité des droits, [I] [X] doit être déclaré irrecevable en toutes ses demandes en contrefaçon de droits d'auteur.

DISPOSITIF

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

Rejette la demande de M. [X] de dire que le jugement du 28 février 2020 est revêtu de l'autorité de la chose jugée ;

Condamne M. [I] [X] aux dépens d'appel, et vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à verser à ce titre, aux sociétés Galerie [T] [L] et Turenne Éditions, la somme globale de 5 000 euros, et à La Monnaie de [Localité 12], la somme de 5000 euros ».

Bibliographie

Ouvrages

ANCEAU, C. *et al.*, *Les juristes anarchistes*, Paris, Classiques Garnier, 2024.
AUROUX, S., *La Philosophie du langage*, Paris, PUF, 1996.
AUSTIN, J.L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.
BAXANDALL, M., *L'Œil du Quattrocento. L'usage de la peinture dans l'Italie de la Renaissance*, Paris, Gallimard, 1985.
BERENBOOM, A., *Le nouveau droit d'auteur*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2022.
BERGEL, J.-L., *Méthodologie juridique*, Thémis droit, Paris, PUF, 2001.
BERTRAND, A., *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 2012 2011.
BETA TANK, *Taxing Art. When Objects Travel*, Berlin, Gestalten, 2011.
BOURDIEU, P., *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.
BOURDIEU, P., *Les Règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil, 1992.
BOURDIEU, P., *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012.
BOURDIEU, P., *Manet. Une révolution symbolique*, Paris, Seuil, 2013.
BUYDENS, M., *La Propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
CASSIRER, E., *The Myth of the State*, Londres, Oxford University Press, 1946.
CASSIRER, E., *La Philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1966.
CASSIRER, E., *La philosophie des formes symboliques. 1. Le langage*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972.
CASSIRER, E., *La philosophie des formes symboliques. 2. La pensée mythique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972.
CASSIRER, E., *La philosophie des formes symboliques. 3. La phénoménologie de la connaissance*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1972.
CASSIRER, E., *Langage et mythe. À propos du nom des dieux*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973.
CASSIRER, E., *Essai sur l'homme*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975.
CASSIRER, E., *Substance et fonction*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977.
CASSIRER, E., *Le Mythe de l'État*, Paris, Gallimard, 1993.
CASSIRER, E., *Écrits sur l'art*, Paris, Les éditions du Cerf, 1995.
CASSIRER, E., *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, Paris, Les éditions du Cerf, 1996.
CASSIRER, E., *Liberté et forme. L'idée de la culture allemande*, Paris, Les éditions du Cerf, 2001.
CAUQUELIN, A., *Aristote. Le Langage*, Paris, PUF, 1990.
CIORAN, E., *Ébauches de vertige*, Paris, Gallimard, 1979.
CORNU, G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998.
CORNU, M. et MALLET-POUJOL, N., *Droit, œuvres d'art et musées. Protection et valorisation des collections*, Paris, CNRS, 2006.
COSKUN, D., *Law as Symbolic Form. Ernst Cassirer and the Anthropocentric View of Law*, Dordrecht, Springer, 2007.

DEBRAS, F., *Le chant des sirènes. Quand l'extrême droite parle de démocratie*, Bruxelles, Peter Lang, 2022.
DE LIBERA, A., *La Querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Paris, Seuil, 1996.
DE LIBERA, A., *La Philosophie médiévale*, Paris, PUF, 2014.
DE ROMILLY, J., *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les belles lettres, 2002.
DESBOIS, H., *Le droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 1950.
DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978.
DIDI-HUBERMAN, G., *L'image survivante. Histoire de l'art et temps des fantômes selon Aby Warburg*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2002.
DIDI-HUBERMAN, G., *Survivance des lucioles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2009.
ENCINAS DE MUÑAGORRI, R. *et al.*, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016.
FOUCAULT, M., *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971.
FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
FRANÇOIS, L., *Le Cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001.
FRANK, L., *La femme avocat*, Paris, Giard et Brière, 1898.
GAVRAY, M.-A., *Histoire de la philosophie de l'Antiquité*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2015.
GENET, J., *La sentence*, Paris, Gallimard, 2010.
GENETTE, G., *Mimologiques. Voyage en Cratylie*, Poétique, Paris, Seuil, 1976.
GERVAIS, D., *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1998.
GINZBURG, C., *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Lagrasse, Verdier, 1997.
GIRAUDOUX, J., *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935.
GŒTHE, J.W., *Traité des couleurs*, Paris, Triades, 2000.
GRIENER, P., *La République de l'œil. L'Expérience de l'art au siècle des Lumières*, Paris, Odile Jacob, 2010.
GUILLAUME D'OCKHAM, *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre précédé du proême du commentaire sur les livres de l'art logique*, Sherbrooke, Centre d'Études de la Renaissance, 1978.
GURVITCH, G., *La Magie et le droit*, Paris, Dalloz, 2004.
HAGELSTEIN, M., *Origine et survivances des symboles. Warburg, Cassirer, Panofsky*, Hildesheim, OLMS, 2014.
HART, H.L.A., *Le concept de droit*, 2e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
HERVE, F., *Théorie des matières féodales et censuelles*, I, Paris, Knapen & Fils, libre.-impr., 1785.
ICKOWICZ, J., *Le droit après la dématérialisation de l'œuvre d'art*, Paris, Les presses du réel, 2013.
JAEGER, W., *Paideia*, Paris, Gallimard, 1964.
JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2004.
KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962.
KIESOW, R.M., *L'unité du droit*, Paris, EHESS, 2014.

KURZ, O., *Faux et faussaires*, Paris, Flammarion, 1983.
LAHIRE, B., *Ceci n'est pas qu'un tableau. Essai sur l'art, la domination, la magie et le sacré*, Collection Laboratoire des sciences sociales, Paris, La Découverte, 2015.
LATOUR, B., *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.
LENAIN, T., *Art Forgery. The History of a Modern Obsession*, Londres, Reaktion Books, 2011.
LEQUETTE-DE KERVENOAËL, S., *L'authenticité des œuvres d'art*, Paris, L.G.D.J., 2006.
LEYMARIE, J., *Corot*, Genève, Skira, 1966.
LORIES, D., *Expérience esthétique et ontologie de l'œuvre d'art*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1989.
MAIGNE, C., *Ernst Cassirer*, Paris, Belin, 2013.
MOREAU-NELATON, É., *Corot raconté par lui-même*, I, Paris, Henri Laurens, 1924.
PERELMAN, C., *Logique et argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968.
PERELMAN, C., *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1999.
PICHONNAZ, P., *Les Fondements romains du droit privé*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 2020.
POPPER, K.R., *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973.
POUILLET, E., *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Paris, Marchal et Billard, 1908.
RAY, J., *Essai sur la structure logique du code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926.
TROPLONG, R.T., *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*, I, Paris, C. Hingray, 1837.
VAN VLIET, M., *La forme selon Ernst Cassirer. De la morphologie au structuralisme*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013.
VASARI, G., *Vies des plus excellents peintres, sculpteurs et architectes*, 1, Paris, Grasset, 2007.
VIGNAUX, P., *Nominalisme au XIVe siècle*, Paris, Vrin, 1948.
VILLEY, M., *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2006.
VON JHERING, R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2e éd., Paris, A. Marescq, 1880.
WALRAVENS, N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Paris, Economica, 2005.
WERY, P., *Droit des obligations*, 1, Bruxelles, Larcier, 2021.
WITTGENSTEIN, L., *De la certitude*, Paris, Gallimard, 2006.
Brancusi contre États-Unis. Un procès historique, 1928, Paris, Adam Biro, 1995.
MoMA Highlights. 375 œuvres du Museum of Modern Art, New York, New York, MoMA et El Viso, 2019.

Articles et chapitres de livres

AGACINSKI, D., « Présentation », in *Sur la justice. Éthique à Nicomaque, livre V*, Paris, Flammarion, 2008, p. 126.
BENABOU, V.-L., « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Légicom*, 2014, vol. 53, n° 2, pp. 5-15.
BOUDOT, M., « Les programmes scientifiques des revues juridiques des XIXe et XXe (et XXIe) siècles », in *Coutumes, doctrine et droit savant*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 307-318.
BOURDIEU, P., « La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, vol. 64, pp. 3-19.
CABAY, J., « La condition d'originalité en droit d'auteur : in abstracto, in concreto », in *Propriété intellectuelle et secrets d'affaires*, C.U.P., s.l., Anthemis, 2024, pp. 7-58.
CABAY, J., « L'originalité, entre merger doctrine et multiplicité des formes (Ou : quand la Cour de justice fait l'expérience de l'équilibre sur un vélo pliable) », *Ing.-Cons.*, s.d., n° 2020/3, pp. 617-650.
CABAY, J. et GOTZEN, F., « Une saveur n'est pas une œuvre : "Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute" », *R.D.C.*, s.d., vol. 2019/6, pp. 793-811.
CAPEILLERES, F., « Sur le néo-kantisme de E. Cassirer », 1992, n° 4, pp. 517-546.
CASSIRER, E., « Vom Wesen und Werden des Naturrechts », *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 1932, pp. 1-27.
CASSIRER, E., « Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie », *Göteborgs Högskolas Årsskrift*, 1941, pp. 1-31.
CASSIRER, E., « Critical Idealism as a Philosophy of Culture (1936) », *in* D.P. VERENE (éd.), *Symbol, Myth, and Culture. Essays and Lectures of Ernst Cassirer 1935-1945*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1979, pp. 64-91.
CASSIRER, E., « The "Tragedy of Culture" », in *The Logic of the Cultural Sciences. Five Studies*, New Haven et Londres, Yale University Press, 2000, pp. 103-127.
CAYLA, O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1994, pp. 3-18.
CAYLA, O., « Austin John Langshaw », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 14-24.
CAYLA, O., « Kelsen Hans », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 320-332.
CLEMENTZ, F., « Remarques sur l'irréalité de l'art et la réalité des propriétés esthétiques », in *Les Définitions de l'art*, Bruxelles, La lettre volée, 2004.
DE BROGNIEZ, M., « Le Fabuleux destin de Marie Popelin et Jeanne Chauvin ou l'histoire de l'accès des femmes au barreau en droit belge », *Rev. Dr. Ulg*, 2016, n° 1, pp. 189-207.
DEMOSTHENE, « Contre Aristogiton I », in *Plaidoyers politiques*, Paris, Les belles lettres, 2002, pp. 129-170.
DICKIE, G., « La nouvelle théorie institutionnelle de l'art », *Tracés. Revue de sciences humaines*, 2009, n° 17, pp. 211-227.
DIRKX, P., « Champ », in *Le Lexique socius*, s.d., disponible sur http://ressources-socius.info/index.php/lexique/21-lexique/37-champ (Consulté le 12 juin 2020).
ENCINAS DE MUÑAGORRI, R., HERRERA, C.M. et LECLERC, O., « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explication », *Droit et Société*, 2019, n° 103, pp. 609-628.
FRANÇOIS, L., « La Révolution selon le droit », in *Le Droit sans la justice. Actes de la*

rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des Tempêtes de Lucien François, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2004, pp. 112-130.
GAUBERT, J., « Fondation critique ou fondation herméneutique des sciences de la culture ? », in *Logique des sciences de la culture. Cinq études*, Paris, Les éditions du Cerf, 1991, p. 72.
GINZBURG, C. et PONI, C., « La micro-histoire », *Débat*, 1981, n° 17, disponible sur https://www.cairn.info/revue-le-debat-1981-10-page-133.htm (Consulté le 18 juillet 2024).
GŒTHE, J.W., « De l'expérience considérée comme médiatrice entre l'objet et le sujet », in *Œuvres d'histoire naturelle de Gœthe*, Paris, AB. Cherbuliez et Cie., Libraires, 1837, p. 468.
HELIE, F., « Avant-propos », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. I-VIII.
HERITIER, A., « L'Œuvre d'art et sa copie. Le faux artistique différemment considéré », in *Le Faux, le juste et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 349-379.
IMBERT, C., « Le cadastre des savoirs. Figures de connaissance et prises de réel », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, pp. 255-279.
KROIS, J.M., « Introduction », in *Écrits sur l'art*, Paris, Les éditions du Cerf, 1995, pp. 7-26.
LABOULAYE, É., « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, n° 1, pp. 1-23.
LAFLEUR, C. et CARRIER, J., « Abélard et les universaux : édition et traduction du début de la Logica "Ingredientibus" : Super Porphyrium », *Laval théologique et philosophique*, février 2012, vol. 68, n° 1, pp. 129-210.
LENAIN, T., « Le Faux en art. Approche narratologique », *CeROArt*, 2013, disponible sur http://journals.openedition.org/ceroart/2947 (Consulté le 3 mai 2019).
LENAIN, T., « The Narrative Structure of Forgery Tales », in *Cultural Property Crime. An Overview and Analysis of Contemporary Perspectives and Trends*, Leyde, Brill, 2015, pp. 39-60.
LENAIN, T., « Le geste auctorial », *Revue Philosophique de Louvain*, s.d., vol. 2022, pp. 342-370.
LEVINSON, J., « Artworks as Artifacts », *in* E. MARGOLIS et S. LAURENCE (éds.), *Creations of the Mind: Theories of Artifact and their Representation*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
LEVINSON, J., « Refining Art Historically », *The Journal of Æsthetics and Art Criticism*, s.d., n° 47.
LORIES, D., « Introduction », in *Philosophie analytique et esthétique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, pp. 11-21.
LOUSSOUARN, Y., « Obligations et contrats spéciaux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, pp. 126-128.
LUCAS, A., « Droit d'auteur en France (2017-2022) », *Auteurs & Média*, 2022, n° 2-3, pp. 181-248.
MAGDELAIN, A., « L'acte "per aes et libram" et l'"auctoritas" », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1981, vol. 28, pp. 127-161.
MAUSS, M., « Esquisse d'une théorie générale de la magie », in *Sociologie et anthropologie*, Quadrige, Paris, PUF, 1950, p. 482.
MCCONNELL, M.W., « Textualism and Democratic Legitimacy: Textualism and the

Dead Hand of the Past », 1998, vol. 66, pp. 1127 et s.
MICHAUX, B., « Qu'est-ce qu'une œuvre en droit d'auteur ? L'arrêt Levola et au-delà », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 17-70.
MICHAUX, C. et MICHAUX, B., « L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres : perspectives croisées de droit, de philosophie de l'art et d'esthétique », *R.I.E.J.*, 2023, vol. 90, pp. 81-107.
MONOD, J., « Préface », in *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973, pp. 1-6.
PASOLINI, P.P., « L'article des lucioles », in *Écrits corsaires*, Paris, Flammarion, 2018, pp. 196-205.
PASSERON, J.-C. et REVEL, J., « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, pp. 9-44.
PFISTER, L., « Le Tournant du XX^e^ siècle berceau des droits contemporains de l'œuvre d'art », in *L'Art en mouvement. Regards de droit privé*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 15-50.
PIC, M., « Qu'est-ce que s'orienter dans les images ? », *Europe*, mai 2018, n° 1069, pp. 1-17.
PONTIER, J.-M., « La notion d'œuvre d'art », *Revue du droit public*, 1990, pp. 1402-1437.
ROYAL, R., « La règle du précédent, méthode d'identification de normes jurisprudentielles : concepts, applications et limites », *Jurisdoctoria*, 2016, n° 13, pp. 109-139.
VALCKE, L., « Introduction : Occam et Porphyre », in *Commentaire sur le livre des prédicables de Porphyre précédé du proême du commentaire sur les livres de l'art logique*, Sherbrooke, Centre d'Études de la Renaissance, 1978, pp. 7-48.
WEITZ, M., « The Role of Theory in Æsthetics », *The Journal of Æsthetics and Art Criticism*, 1956, pp. 27-35.
WEITZ, M., « Le rôle de la théorie en esthétique », in *Philosophie analytique et esthétique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988.
WENIN, C., « La signification des universaux chez Abélard », *Revue Philosophique de Louvain*, 1982, n° 47, pp. 414-448.
ZIMMERMANN, F., « La casuistique dans la bioéthique américaine », in *Penser par cas*, Paris, EHESS, 2005, pp. 159-170.

Articles grand public

BINDE, J., « Maurizio Cattelan attaqué par son sculpteur… ou le procès de l'art conceptuel », *Beaux Arts Magazine*, 3 juillet 2024, disponible sur: https://www.beauxarts.com/vu/maurizio-cattelan-attaque-par-son-sculpteur-ou-le-proces-de-lart-conceptuel/ (Consulté le 15 juillet 2024).
COHEN, B., « Daniel Druet vs. Maurizio Cattelan : le non-procès de l'art conceptuel », *Conseil des maisons de vente*, 1 septembre 2022, disponible sur: https://conseilmaisonsdevente.fr/fr/daniel-druet-vs-maurizio-cattelan-le-non-proces-de-lart-conceptuel (Consulté le 30 décembre 2024).
DUMONT, É., « Maurizio Cattelan reste l'auteur de ses œuvres », *Bilan*, 9 juillet 2022, disponible sur https://www.bilan.ch/story/maurizio-cattelan-reste-lauteur-de-ses-uvres-165821530728 (Consulté le 20 novembre 2023).
NIVELLE, P., « Le sculpteur de Maurizio Cattelan se rebiffe contre l'artiste-star », *Le Monde*, 1er mai 2022, disponible sur: https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/05/01/le-sculpteur-de-maurizio-cattelan-se-rebiffe-contre-l-artiste-star_6124313_4500055.html (Consulté le 16 juillet 2024).
SOUCHARD, P.-A., « Maurizio Cattelan, père de ses œuvres », *Dalloz Actualité*, 12 juillet 2022, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/flash/maurizio-cattelan-pere-de-ses-oeuvres?web=1&wdLOR=cFC098D9C-EDDC-5B46-A8DB-A1BFB9DEC6D7 (Consulté le 20 novembre 2023).
« Tribune. Affaire Daniel Druet - Maurizio Cattelan : "C'est bien la question de la paternité de l'art qui est au cœur de cette dispute et de ce qui fait œuvre" », *Le Monde*, 14 mai 2022, disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/05/14/affaire-daniel-druet-maurizio-cattelan-c-est-bien-la-question-de-la-paternite-de-l-art-qui-est-au-c-ur-de-cette-dispute-et-de-ce-qui-fait-uvre_6126061_3232.html (Consulté le 20 novembre 2023).

Jurisprudence

Cour impériale de Paris, 17 juin 1813, *Sirey*, 1814, p. 85.
Trib. civ. Seine et Paris, 29 mars 1856, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1855, p. 120, note J.P.
Tribunal de commerce de la Seine, 1 juillet 1856, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1855, p. 206.
Trib. civ. Seine, 30 novembre 1865, *Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1866, p. 99.
Trib. civ. Seine, 1 juin 1866, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1866, p. 388.
Trib. civ. Seine, 1 mai 1867, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1867, p. 415.
Paris, 15 février 1868, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1868, p. 300.
Tribunal de commerce de la Seine, 27 février 1873, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1873, p. 318.
Tribunal de commerce de la Seine, 19 janvier 1878, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1878, p. 335.
Paris, 14 décembre 1878, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1878, p. 335.
Trib. civ. Seine, 24 mai 1889, *Gazette des tribunaux*, 16 et 17 mai 1890, p. 465.
Paris, 16 mai 1890, *Gazette des tribunaux*, 16 et 17 mai 1890, p. 465.
Cass. fr., 23 décembre 1891, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelles*, 1892, p. 409.
Paris, 19 janvier 1898, *D.P.*, 1904.I, p. 611.
Trib. civ. Seine, 25 janvier 1900, *Gaz. trib.*, 1900, p. 506.
Cass. fr., 25 juillet 1900, *D.P.*, 1904.I, p. 611.
Cour des douanes des États-Unis, *Brancusi c. Etats-Unis*, 26 novembre 1928.
Trib. civ. Marseille, 11 avril 1957, *JCP*, 1957, p. 10334.
Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1968, p. 812.
Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1972, *J.C.P.*, 1973, p. 17377, note R. LINDON.
Trib. gr. inst. Paris, 13 décembre 1972, *D.*, 1973 J, p. 410, note J. GHESTIN et P. MALINVAUD.
Cass. fr., 13 novembre 1973, *D.*, 1974.
Trib. gr. inst. Paris, 21 janvier 1976, *D.*, 1977, p. 478, note P. MALINVAUD.
Paris, 2 février 1976, *J.C.P.*, 1976 II, p. 18358, note R. LINDON.
C. cass. fr., 22 février 1978, *D*, 1978 J, p. 601, note P. MALINVAUD.
Cass. fr., 26 février 1980, *Bull. civ.*, 1980.I.
Cass., 22 mai 1980, *Ing.-Cons.*, 1981, p. 354.
Amiens, 1 février 1982, *Gaz. pal.*, 1982, p. 134.
Trib. gr. inst. Paris, 21 janvier 1983, *D.*, 1984.
Versailles, 13 avril 1983, *Gaz. Pal., somm.*, 1984, p. 60.
Cass. fr., 13 décembre 1983, *D.*, 1984 J, p. 340, note J.-L. AUBERT.
Cass. fr., 13 décembre 1983, *J.C.P.*, 1984 II, p. 20186.

CJCE, *Reinhard Onnasch et Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 15 mai 1985, C-155/84.
Cass. fr., 12 novembre 1985, *RIDA*, 1986, p. 128.
Cass. fr., 18 mai 1986, *RIDA*, 129/1986, p. 138.
Versailles, 7 janvier 1987, *D.*, 1987 J, p. 485, note J.-L. AUBERT.
Bruges (réf.), 27 mai 1987, *Ing.-Cons.*, 1987, p. 292.
CJCE, *Ingrid Raab c. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 13 décembre 1989, C-1/98.
CJCE, *Farfalla Flemming und Partner c. Hauptzollamt München-West*, 18 septembre 1990, C-228/89.
CJCE, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, 8 novembre 1990, C-231/89.
Cass. fr., 3 mars 1992, *D.*, 1993, p. 358.
Cass. fr., 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 138, p. 221.
Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 1995, *A&M*, 1997, p. 57.
Civ. Bruxelles (réf.), 22 mai 1996, *RGDC*, 1997, p. 133.
Civ. Arlon (3e ch.), 3 octobre 1996, *A&M*, 1997, p. 185.
Mons, 2 octobre 1997, *J.T.*, 1998/8, p. 168.
Cass. fr., 5 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 162, p. 108.
Cass. fr., 25 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 568.
Bruxelles (9e ch.), 27 avril 2006, *A&M*, 2006, p. 333.
CJUE, *Infopaq International*, 16 juillet 2009, C-5/08.
CJUE, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH et al.*, 1 décembre 2011, C-145/10.
CJUE, *Levola Hengelo BV c/ Smilde Foods BV*, 13 novembre 2018, C-310/17.
Cass., 29 avril 2019, R.G. n° C.18. 0439.N.
CJUE, *Cofemel c/ G-Star Raw*, 12 septembre 2019, C-683/17.
CJUE, *Brompton Bicycle Ltd c/ Chedech/Get2Get*, 11 juin 2020, C-833/18.
Tribunal judiciaire de Paris, 8 juillet 2022, *A&M*, 2023/1, p. 51, note M. DE BROGNIEZ.