

**AUTHORS' RIGHTS,
HUMAN RIGHTS?**

Michel VIVANT

Professor University of Montpellier

1. - "Authors' rights are human rights". This is a well-known, often repeated slogan which rings loud and clear.

In 1989, a symposium on "Authors' Rights and Human Rights" was even organized by the Association of Copyright Lawyers (1). However, a quite remarkable aspect, for anyone looking at things with a critical eye (in the true and correct sense of the term critical), was that the problem was assumed resolved, since the "facts" on which the work of the symposium was to be based included precisely the proposition "authors' rights are human rights" (2). There was nothing more to add; this proposition was not subject to debate.

2. - But, precisely, why such a statement? And why not a similar statement for patents, which are "related" in intellectual property law, when in France, for example, patents and authors' rights were both born under the same sign of natural law and human rights?

Indeed, everyone knows that Le Chapelier, the rapporteur before the Constituent Assembly, declared that "the

**¿ES EL DERECHO DE AUTOR
UNO DE LOS DERECHOS
HUMANOS?**

Michel VIVANT

Profesor Universidad de Montpellier

1. - "El derecho de autor es uno de los derechos humanos". Es un eslogan conocido, que se repite con frecuencia, y que suena con fuerza.

Incluso fue organizado en 1989 un coloquio sobre el tema "Derechos de autor y derechos humanos", por la Asociación de Abogados del Derecho de autor (1). Pero lo que es de señalar, para el que observaba las cosas con una mirada crítica (en el verdadero y mejor sentido de la palabra crítica), era que el problema se suponía resuelto, ya que en el capítulo de los "datos" en los que debían basarse las tareas del Coloquio figuraba precisamente la proposición: "El derecho de autor es uno de los derechos humanos" (2). La causa estaba pues vista. La proposición no se sacaba a debate.

2. - Pero, precisamente, ¿por qué tal afirmación? ¿Y por qué no una afirmación análoga con respecto al derecho de patentes, "primo" en propiedad intelectual, siendo que, por ejemplo, en Francia, ambos nacieron bajo el mismo signo del derecho natural y de los derechos humanos?

Nadie ignora, en efecto, que Le Chapelier, ponente de la Constituyente, declaró que "la obra, fruto del pensamiento

**LE DROIT D'AUTEUR,
UN DROIT DE L'HOMME ?**

Michel VIVANT

Professeur à l'Université de Montpellier

1. - "Le droit d'auteur est un droit de l'Homme". Voilà un slogan bien connu et souvent répété qui claque haut et fort.

Un colloque fut même organisé en 1989 sur ce thème : "Droits d'auteur et droits de l'Homme" par l'Association des Avocats du Droit d'auteur (1). Mais un point tout à fait remarquable, pour qui regardait les choses d'un œil critique (au vrai et bon sens du mot critique), était que le problème était supposé résolu, puisqu'au chapitre des "données" sur lesquelles devaient s'appuyer les travaux du Colloque figurait précisément la proposition : "Le droit d'auteur est un droit de l'Homme" (2). Cause entendue. Proposition hors débat.

2. - Mais, justement, pourquoi une telle affirmation ? Et pourquoi pas une affirmation semblable à propos du droit de brevet, "cousin" en propriété intellectuelle, alors que, par exemple, en France, l'un et l'autre sont nés sous le même signe du droit naturel et des droits de l'Homme ?

Nul n'ignore, en effet, que Le Chapelier, rapporteur à la Constituante, déclara que "l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain" est "la plus sacrée, la

work, the fruit of a writer's thoughts", is "the most sacred, the most legitimate, the most unattackable and (...) the most personal of all properties" (3). And in his report to the Convention, Lakanal echoed him, declaring with the same vigour: "Of all properties, the least disputable, the one whose growth can neither undermine republican equality nor offend freedom, is unquestionably that of productions of genius; and if anything is surprising, it is that it should have been necessary to recognize this property and ensure that it may be exercised freely by statute." (4)

But can one disregard the fact that, in connection with patents, Boufflers described this (future) property before the National Assembly as "the most unattackable, the most sacred, the most legitimate and the most personal"? In his view, "the tree which takes root in a field does not belong as unquestionably to the owner of the field as the idea which forms in the mind of a man belongs to its author" (5). You would think you were listening to Le Chapelier! Nor did the National Assembly contradict him in the preamble to its decree introducing the new "patent" right (6): "The National Assembly, considering that any new idea, the expression or development of which may be of use to society, belongs initially to the person who conceived of it and that human rights would be attacked in their essence if a discovery were not regarded as the property of its author; (...) considering, lastly, that principles of justice, public policy and national interest compel it to enlighten French citizens henceforward about this kind of property through a law which enshrines and protects it..." (7).

del escritor" est "la propiedad más sagrada, más inatacable y (...) más personal de todas" (3). Y, en su informe a la Convención, Lakanal le hizo eco, declarando con igual vigor: "De todas las propiedades, la que es menos susceptible de ser discutida, aquella cuyo aumento no puede ni dañar la igualdad republicana, ni hacer sombra a la libertad, es sin duda la de las producciones del ingenio; y si hay algo de que sorprenderse, es de que haya sido necesario reconocer esa propiedad, garantizar su libre ejercicio por una ley positiva" (4).

Pero ¿puede ignorarse que con respecto a la patente, Boufflers, en la Asamblea nacional, saludó esta propiedad (que iba a nacer) como "la más inatacable, la más sagrada, la más legítima, la más personal"? Para él, "el árbol que nace en un campo no pertenece al dueño de ese campo de modo tan incontestable como la idea que surge en la mente de un hombre pertenece a su autor" (5). ¿Se diría que habla Le Chapelier! La representación nacional no dirá nada distinto en el preámbulo de su decreto que instauraba el nuevo derecho de patentes (6): "La Asamblea nacional, considerando que toda nueva idea, cuya manifestación o desarrollo puede resultar útil para la sociedad, pertenece primitivamente al que la ha concebido, y sería atacar a los derechos humanos en su esencia no considerar un descubrimiento como propiedad de su autor; (...) considerando en fin que los principios de justicia, de orden público y de interés nacional le imponen fijar en lo sucesivo la opinión de los ciudadanos franceses sobre este género de propiedad, por una ley que la consagra y la protege..." (7).

plus légitime, la plus inattaquable et (...) la plus personnelle de toutes les propriétés" (3). Et, dans son rapport à la Convention, Lakanal lui fit écho, déclarant avec la même vigueur : "De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive" (4).

Mais peut-on négliger qu'à propos du brevet, Boufflers, à l'Assemblée nationale, saluait cette propriété (à naître) comme "la plus inattaquable, la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle" ? Pour lui, "l'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur" (5). On croirait entendre Le Chapelier ! La représentation nationale ne dira pas autre chose dans le préambule de son décret instaurant le nouveau droit de "patente" (6) : "L'Assemblée nationale, considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte comme la propriété de son auteur ; (...) considérant enfin que les principes de justice, d'ordre public et d'intérêt national lui commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des citoyens français sur ce genre de propriété, par une loi qui la consacre et la protège..." (7).

3. - Sacred, unattackable, personal property in both cases. So why such a clear difference between the language spoken today by specialists of the two kinds of rights: patent and authors' rights? Why, in the latter case, is there a strong assertion that authors' rights are human rights? Why, in the case of patents, is there - at best - polite ignorance of such a problematization?

Is it because two logics, one mercantile and the other not, oppose one another in terms of their very principles? This would be a bit limited as an explanation, you will agree, and would make light of the extraordinary development of the "cultural industries" which mobilize considerable funds. Is it because the objectives of those who use this conflicting language (or non-language) are different? Perhaps. But the difference certainly needs to be considered less than absolute. Even within the field of authors' rights, there are people who take frankly mercantile options. Having said that, we shall not try and draw a parallel between authors' rights and patents here (8).

We would simply (but is that the appropriate word?) like to try and discern what reality lies behind the phrase that we recalled in the opening paragraph: "authors' rights are human rights". We would like to try and consider the question with complete independence of mind, that is without assuming the problem to be resolved - in one way or the other.

The fact that, in works devoted to public liberties and human rights, there is *never* any reference to intellectual property rights in general or authors' rights in particular (9) can only make, if

3. - *Propiedad sagrada, inatacable, personal... en ambos casos. ¿Por qué pues una ruptura tan flagrante entre los discursos de especialistas de los dos derechos, de patentes y de autor? ¿Por qué aquí una afirmación vigorosa del derecho de autor como derecho humano? ¿Por qué allí, en materia de patentes, una ignorancia cortés -en el mejor de los casos- de tal problematización?*

¿Quizás porque se opondrían dos lógicas en su mismo principio, una mercantil y la otra no? Sería algo flojo como explicación, habrá que admitirlo, que ignora el formidable desarrollo de las "industrias culturales" que movilizan presupuestos considerables. Quizás porque los fines buscados por los que profieren esas afirmaciones (o negaciones) contrarias son opuestos? Quizás. Pero la oposición merecería sin duda ser matizada. En el campo mismo del derecho de autor hay gente con opciones francamente mercantiles. Una vez dicho esto, no trataremos de establecer aquí un paralelismo entre derecho de autor y derecho de patentes (8).

Deseñaríamos simplemente (¿pero es el término adecuado?) discernir qué realidad recubre la fórmula que hemos recordado al principio: "El derecho de autor es uno de los derechos humanos". Querriamos tratar de considerar la cuestión con total libertad de espíritu, es decir sin suponer resuelto el problema -en un sentido o en el otro.

El hecho de que en las obras consagradas a las libertades públicas y derechos humanos, nunca se trate ni de las propiedades intelectuales en general ni del derecho de autor en particular (9)

3. - Propriété sacrée, inattaquable, personnelle... dans l'un et l'autre cas. Pourquoi donc une rupture aussi flagrante entre les discours aujourd'hui tenus par les spécialistes des deux droits : de brevet et d'auteur ? Pourquoi ici une affirmation forte du droit d'auteur comme droit de l'Homme ? Pourquoi là, en matière de brevets, une ignorance polie - au mieux - d'une telle problématisation ?

Parce que deux logiques s'opposeraient dans leur principe même, l'une mercantile et l'autre non ? Ce serait un peu court comme explication, on en conviendra, et ferait peu de cas de l'extraordinaire développement des "industries culturelles" qui mobilisent des budgets considérables. Parce que les fins poursuivies par ceux qui tiennent ces discours (ou non-discours) contraires sont opposées ? Peut-être. Mais l'opposition mériterait certainement d'être nuancée. Il y a, dans le champ même du droit d'auteur, des gens aux options franchement mercantiles. Cela dit, nous n'essaierons pas de mener ici un parallèle entre droit d'auteur et brevet (8).

Nous voudrions essayer simplement (mais est-ce le mot qui convient ?) de discerner quelle réalité recouvre la formule que nous avons rappelée en ouverture : "Le droit d'auteur est un droit de l'Homme". Nous voudrions essayer d'envisager la question en toute liberté d'esprit, c'est-à-dire sans supposer le problème résolu - dans un sens ou dans l'autre.

Le fait que, dans les ouvrages consacrés aux libertés publiques et droits de l'Homme, il n'est *jamais* question ni des propriétés intellectuelles en général

not the discussion of this question, at least the option of free inquiry easier for us!

4. - The question still needs to be put as it should be, which is not as evident as it might seem at first glance.

4.1. - Thus, when a link is made between authors' rights and human rights, it often has to do with access to culture.

It is natural that such a link should be made.

- The international texts encourage it themselves.

Do we need to recall what is proclaimed in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948?

"Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."

The language of Article 15 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted in 1966 is similar.

"Indeed, the States Parties to the Covenant recognize in everyone the right to participate in cultural life, to benefit from scientific progress and its applications and to enjoy the protection of the moral

no podrá sino facilitarnos, si no es el examen de la cuestión, al menos la opción que hemos hecho de una investigación libre.

4. - *Queda por formular la cuestión como debe serlo, lo cual no es tan evidente como podría parecer a primera vista.*

4.1. - *Así, cuando se consideran juntos derecho de autor y derechos humanos, se trata generalmente de acceso a la cultura.*

Es natural que se establezca tal vínculo.

- *Los textos internacionales incitan a ello.*

¿Es necesario recordar lo que proclama la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 27?

"Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar de las artes y a participar en la vida científica y de los beneficios resultantes. Cada uno tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artística de que es autor."

El artículo 15 del Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales de 1966 se sitúa al mismo nivel.

"Los Estados partes en el presente pacto reconocen a cada uno el derecho a participar en la vida cultural, a beneficiar del progreso científico y de sus aplicaciones, a beneficiar de la protección de los

ni du droit d'auteur en particulier (9), ne pourra que nous faciliter, sinon l'examen de ladite question, du moins l'option faite d'une libre recherche !

4. - Reste à poser la question comme elle doit l'être, ce qui n'est pas aussi évident qu'il pourrait sembler de prime abord.

4.1. - Ainsi, quand le rapprochement est fait entre droit d'auteur et droits de l'Homme, il est fréquemment question d'accès à la culture.

Il est naturel que ce lien soit fait.

- Les textes internationaux y poussent eux-mêmes.

Faut-il rappeler ce que proclame la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 en son article 27 ?

“Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer à la vie scientifique et aux bienfaits qui en résultent. Chacun a le droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.”

L'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 se situe dans le même registre :

“Les États parties au présent pacte reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle, de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications, de bénéficier de la protection des intérêts moraux et

and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author”.

- Beyond the simple consideration of the texts, this link between authors' rights and access to culture is fully justified, moreover, in substance, whether one argues in terms of complementarity or opposition.

It can be said that creators must be granted rights at least to protect them or, better, to encourage them in their projects and thus ensure the promotion of intellectual activities and the dissemination of culture (10) - even if it means finding the “extension” of this freedom in authors' rights (11).

Conversely, it can be claimed that, by building fortresses and by allowing authors to object to the reproduction of works, authors' rights impede the spread of ideas and knowledge and, in the end, culture (12).

Article 10 of the European Convention on Human Rights can be brought into the discussion...

But that is clearly *another problem* (13).

4.2. - The question that we wish to pose here is not where do authors' rights come in the “big set” of fundamental rights (authors' rights as against other rights, authors' rights as against freedoms), but *whether we are entitled to speak of human rights in connection with authors' rights, whether authors' rights as such can in fact be considered to be human rights.*

intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artística de que es autor.”

- Rebasada la simple consideración de los textos, ese vínculo entre derecho de autor y acceso a la cultura está, por otro lado, plenamente justificado, razónese en términos de complementariedad o de oposición.

Se dirá que hay que reconocer un derecho a los creadores para, al menos, protegerles, o mejor, estimularles en su actividad y asegurar así la promoción de la actividad intelectual y de la difusión de la cultura (10). Aunque haya que encontrar en el derecho de autor la “prolongación” de esta libertad (11).

En el caso opuesto, se pretenderá que el derecho de autor, al crear “ciudadelas”, al permitir oponerse a la reproducción de las obras, pone trabas a la difusión de las ideas y del saber y, finalmente, de la cultura (12).

Se introducirá en el debate el artículo 10 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos...

Pero éste es claramente otro problema (13).

4.2. - *La cuestión que queremos plantear aquí consiste, no en interrogarse sobre el lugar del derecho de autor en el “gran juego” de los derechos fundamentales (derecho de autor contra otros derechos, derecho de autor contra las libertades), sino saber si se puede hablar de derechos humanos a propósito del derecho de autor, si el derecho de autor como tal puede ser considerado efectivamente como un derecho humano.*

matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.”

- Dépassée la simple considération des textes, ce lien fait entre droit d'auteur et accès à la culture est, d'ailleurs, quant au fond pleinement justifié, qu'on raisonne en termes de complémentarité ou d'opposition.

On dira qu'il faut reconnaître un droit aux créateurs pour, au moins, les protéger, ou, mieux, les encourager dans leur démarche et ainsi assurer la promotion de l'activité intellectuelle et la diffusion de la culture (10). Quitte à trouver dans le droit d'auteur le “prolongement” de cette liberté (11).

A l'opposé, on prétendra que le droit d'auteur, en ménageant des “bastilles”, en permettant de s'opposer à la reproduction des œuvres, entrave la diffusion des idées et du savoir et, au final, de la culture (12).

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme sera introduit dans le débat...

Mais c'est manifestement un *autre problème* que celui-là (13).

4.2. - La question que nous entendons poser ici consiste, non à s'interroger sur la place du droit d'auteur dans le “grand jeu” des droits fondamentaux (droit d'auteur contre autres droits, droit d'auteur contre libertés), mais à *savoir si l'on est fondé à parler de droits de l'Homme à propos du droit d'auteur, si le droit d'auteur en tant que tel peut être effectivement considéré comme étant un droit de l'Homme.*

Doubtless, the beginnings of an answer are to be found in the international texts cited earlier (14). Even then, it should be noted that they merely refer to the "protection" of the interests of those who engage in "scientific, literary or artistic production" and that this is both very vague (what protection is required?) and very broad (the creativity covered by authors' rights is only an island in this "production").

But if one wants to go further, it is undoubtedly necessary to opt for a more technical approach.

5. - This means that we must ask what is encompassed by the terms "human rights" which are used so frequently that this question, though fundamental, is never really posed.

And if a specialist would be needed to answer it pertinently, non-specialists are obliged to note that the specialist literature is not of much help to them. They can find the observation that a distinction must be made between public liberties and human rights... which is very good, or a list of freedoms drawn up (we are told) from the definition adopted... but which is not actually formulated. Rare are the texts which really try to define the conditions that are required for it to be possible to speak at once of a human right (15). It is necessary, therefore, to glean a bit here and there.

As we do not know, for our part, what is natural law (we shall return to this), we shall thus accept, at the end of a possibly risky "doctrinal selection" (16), that it is possible to speak of a human right:

Sin duda se encuentra un esbozo de respuesta en los textos internacional antes citados (14). Pero hay que notar que se trata únicamente de "protección" de los intereses de los que participan en la "producción científica, literaria o artística" y que eso es al mismo tiempo bastante vago (¿quid de la protección exigida?) y muy amplio (la creación cubierta por el derecho de autor no es más que una isla en esa "producción").

Pero si se quiere ir más lejos, es necesario sin duda optar por un enfoque más técnico.

5. - *Esto quiere decir que hay que preguntarse lo que recubren esos términos de "derechos humanos" tan corrientemente utilizados que esta pregunta, tan elemental, nunca se plantea realmente.*

*Y, aunque haría falta un especialista para responder a ella con pertinencia, es forzoso para el no especialista reconocer que las obras especializadas no le son de gran ayuda. Se encontrará en ellas que hay que distinguir las libertades públicas y los derechos humanos... lo cual está muy bien, o una lista de las libertades establecida a partir (según se nos dice) de la definición adoptada... a decir verdad no formulada. Son escasos los trabajos que tratan verdaderamente de definir las condiciones necesarias para poder hablar *hic et nunc* de derechos humanos (15). Hay pues que entresacar cosas aquí y allá.*

Ignorando por nuestro lado lo que es el derecho natural (sobre lo cual volveremos más adelante), admitiremos así, tras una "mezcla doctrinal" quizás arriesgada (16), que es posible hablar de derecho humano:

Sans doute, une ébauche de réponse se trouve-t-elle dans les textes internationaux plus haut cités (14). Encore convient-il de noter qu'il est seulement question de "protection" des intérêts de ceux qui participent à la "production scientifique, littéraire ou artistique" et que cela est à la fois bien vague (*quid* de la protection exigée ?) et bien large (la création couverte par le droit d'auteur n'est qu'un îlot dans cette "production").

Mais, si l'on veut aller plus loin, il faut sans nul doute opter pour une approche plus technique.

5. - Cela veut dire qu'il faut se demander ce que recouvrent ces termes de "droits de l'Homme" si couramment utilisés que cette question pourtant élémentaire n'est jamais vraiment posée.

Et, s'il faudrait un spécialiste pour y répondre de manière pertinente, force est pour le non-spécialiste de constater que les ouvrages spécialisés ne lui sont pas d'un grand secours. On y trouvera l'observation qu'il faut distinguer libertés publiques et droits de l'Homme... ce qui est fort bien, ou une liste des libertés établies à partir (nous dit-on) de la définition retenue... à dire vrai informulée. Rares sont les travaux qui essaient véritablement de définir les conditions requises pour qu'on puisse parler *hic et nunc* de droit de l'Homme (15). Il faut donc glaner à droite et à gauche.

Ignorant quant à nous ce qu'est le droit naturel (ce sur quoi nous reviendrons), nous retiendrons ainsi, au terme d'un "panachage doctrinal" peut-être hasardeux (16), qu'il est possible de parler de droit de l'Homme :

- when a pre-normative state of a claim has become a normative state "recognized by the social group" (17),

- provided firstly that the norm fits coherently into the existing normative order (18),

- secondly that it is considered to represent a basic freedom, i.e. one of the essential social conditions for the better development of the individual (19),

- and thirdly that it is perceived as being (the term is important: that it is *perceived* as being, not that it is) of universal reach (20).

This is, in any case, the definition that we shall adopt.

6. - We now have to apply it to authors' rights...

As far as the first two criteria are concerned (recognized normative state and coherent incorporation in the general legal order), it is clear that authors' rights and, more broadly, intellectual property rights satisfy them (21).

On the other hand, what about what could be called the symbolism of these rights? In what way do they have the nature of basic freedoms? Can they be considered universal?

To attempt to answer this question - without assuming it to be settled - and thereby (at last) the question whether it is really possible to talk of authors' rights

- cuando se ha pasado de un estado *prenormativo de reivindicación a un estado normativo "sustentado por el conjunto social"* (17),

- con la condición de que la norma se incluya coherentemente en el orden normativo existente (18),

- que esa norma sea considerada como representativa de una libertad fundamental, es decir constitutiva de las condiciones sociales esenciales que permiten el mejor desarrollo de la persona (19),

- y que sea percibida con vocación a la universalidad (20) (la formulación es importante: que sea percibida con esa vocación, no que la tenga).

Esta es, en todo caso, la guía de lectura que seguiremos.

6. - No queda sino aplicarla al derecho de autor...

En lo tocante a los dos primeros puntos: estado normativo reconocido e inserción coherente en el orden jurídico general, está claro que el derecho de autor, como más generalmente los derechos de propiedad intelectual, los satisfacen (21).

¿Qué ocurre con lo que se podría denominar el carácter simbólico de esos derechos? ¿Cómo participan de las libertades fundamentales? ¿Cabe pensarlos como universales?

Para intentar responder a esta pregunta -sin suponerla resuelta- y por lo tanto (finalmente) a la cuestión de saber si se puede hablar seriamente de derechos

- quand on est passé d'un état pré-normatif de revendication à un état normatif "porté par l'ensemble social" (17),

- à la condition que la norme s'insère avec cohérence dans l'ordre normatif existant (18),

- qu'elle soit considérée comme représentative d'une liberté fondamentale c'est-à-dire constitutive des conditions sociales essentielles permettant le meilleur développement de la personne (19),

- et qu'elle soit perçue comme ayant (le mot est important : qu'elle soit *perçue* comme ayant, non pas qu'elle ait) vocation à l'universalité (20).

Telle est, en tout cas, la grille de lecture que nous suivrons.

6. - Reste à l'appliquer au droit d'auteur...

Pour ce qui est des deux premiers points : état normatif reconnu et insertion cohérente dans l'ordre juridique général, il est clair que le droit d'auteur comme, plus largement, les droits de propriété intellectuelle y satisfont (21).

Qu'en est-il, en revanche de ce qu'on pourrait appeler la symbolique de ces droits ? En quoi participent-ils des libertés fondamentales ? Peut-on les penser comme universels ?

A tenter de répondre à cette interrogation - sans la supposer résolue - et donc (enfin) par là à la question de savoir si l'on peut sérieusement parler de

as being human rights, it is certainly necessary to consider the two characteristics that it is possible to attribute to them at the same time ("possible" because it is also possible to deny them these characteristics), as emerges clearly, moreover, from the French revolutionary speeches cited earlier, namely that they are rights:

1) which, since it is a question of "literary and artistic property", can be classified as property (22),

2) but which, above all, arise from an act of creation.

This naturally leads us, in the end, to split the initial question:

- can authors' rights be considered human rights as property rights?

- can authors' rights be considered human rights as rights arising from a creation?

It is to be noted, however, that this is for convenience since there obviously cannot be a watertight frontier between these two terms.

I. - AUTHORS' RIGHTS, HUMAN RIGHTS AS PROPERTY RIGHTS?

7. - Obvious facts are deceptive. To consider authors' rights, the cornerstone of literary and artistic *property*, as property rights (23) may, indeed, incite us to judge the problem we are dealing

humanos a propósito del derecho de autor, hay que considerar seguramente los dos caracteres que es posible reconocerles al mismo tiempo ("posible" ya que también cabe denegárselos), tales y como, por otro lado, los manifestaban los discursos revolucionarios franceses antes citados, a saber que se trata de derechos.

1) que se pueden, puesto que se trata de "propiedad literaria y artística" declinar sobre el tema de la propiedad (22),

2) pero sobre todo nacidos de un acto de creación.

Esto lleva, naturalmente, a desdoblar finalmente la cuestión inicial:

- ¿puede considerarse que el derecho de autor es un derecho humano, como derecho de propiedad?

- ¿puede considerarse que el derecho de autor es un derecho humano, como derecho nacido de una creación?

Apuntanto de pasada que se trata de una comodidad ya que no puede haber, evidentemente, una frontera impermeable entre esos dos términos.

I. - EL DERECHO DE AUTOR ¿ES UN DERECHO HUMANO COMO DERECHO DE PROPIEDAD?

7. - *Las evidencias engañan. Considerar que el derecho de autor, figura central de la propiedad literaria y artística, es un derecho de propiedad (23) puede, en efecto, incitar a juzgar resuelto el problema*

droits de l'Homme à propos du droit d'auteur, il faut certainement considérer les deux caractères qu'il est possible dans le même temps de leur reconnaître ("possible" : car il est également possible de leur dénier), tels que, d'ailleurs, les manifestaient bien les discours révolutionnaires français plus haut rapportés, à savoir qu'il s'agit de droits :

1) qu'on peut, puisqu'il s'agit de "propriété littéraire et artistique", décliner sur le thème de la propriété (22),

2) mais surtout nés d'un acte de création.

Cela conduit, tout naturellement, au final à dédoubler la question initiale :

- le droit d'auteur peut-il être considéré comme un droit de l'Homme, en tant que droit de propriété ?

- le droit d'auteur peut-il être considéré comme un droit de l'Homme, en tant que droit né d'une création ?

Sauf à noter qu'il s'agit de commodité car il ne saurait y avoir, à l'évidence, de frontière étanche entre ces deux termes.

I. - LE DROIT D'AUTEUR, DROIT DE L'HOMME, COMME DROIT DE PROPRIÉTÉ ?

7. - Les évidences sont choses trompeuses. Considérer le droit d'auteur, figure centrale de la *propriété* littéraire et artistique, comme un droit de propriété (23) peut, en effet, pousser à juger résolu le problème qui nous

with here to be resolved, since the right of property is considered a human right (24). The argument has been advanced, moreover (25).

Yet the debate is not closed. None of the elements of the reasoning put forward are beyond discussion. And, to play the devil's advocate, why therefore does the patent right - which virtually all specialists term without hesitation a property right - remain, as we pointed out, particularly resistant to any talk of it being a human right (when this is not the case with authors' rights which are rarely reduced purely to their property right dimension)?

As always, it is a good thing not to take obvious facts to be truths...

8. - Property as a human right?

This point appears to be settled and the interrogative form of the proposition may seem surprising. It is true that conceptions of property vary and we recalled ourselves that the terms of the Universal Declaration were not devoid of ambiguity. However, although the specialist texts all disregard intellectual property (26), they do say at least a few words about property (without any qualifying adjective), even if understandable variations are to be noted, depending on whether the accent is placed on public liberties or fundamental rights (27).

We would be incomplete, however, if we did not refer to the theory of a brilliant and ardent champion of property - private property - Christian Mouly (28) who, while granting it a central place in the legal edifice, classified it not as a fundamental right, but as a favoured "mode of

que nos ocupa, desde el momento en que se considera que el derecho de propiedad es uno de los derechos humanos (24). El argumento ha sido ya empleado (25).

Sin embargo, el asunto dista mucho de estar zanjado. Ninguno de los elementos del razonamiento formulado está libre de discusión. Y para hacerse abogado del diablo, ¿por qué el derecho de patentes -que prácticamente todos los especialistas califican, sin remilgos, de derecho de propiedad- permanece rebelde, como antes recordamos, a todo discurso hecho en términos de derechos humanos (y siendo que no ocurre así con el derecho de autor, que escasas veces se reduce a su única dimensión de derecho de propiedad)?

Como siempre, conviene no tomar las evidencias por verdades...

8. - ¿La propiedad como derecho humano? *Este punto parece seguro y la forma interrogativa de la proposición puede sorprender. Es cierto que las concepciones de la propiedad son variables y nosotros mismos hemos recordado que los términos de la Declaración universal no dejaban de ser ambiguos. Pero las obras especializadas, que ignoran la propiedad intelectual (26), no dejan de decir al menos algunas palabras sobre la propiedad (sin otro calificativo), con la salvedad de que hay que observar variaciones comprensibles según se ponga el acento en libertades públicas o en derechos fundamentales (27).*

Seríamos incompletos, sin embargo, si no evocásemos la tesis de un brillante y ardiente defensor de la propiedad -de la propiedad privada- Christian Mouly (28) que, al mismo tiempo que le da un lugar central en el edificio jurídico, hace de ella, no un punto de derecho fundamental, sino un "modo de gestión" privilegiado de

occupe, dès lors que le droit de propriété est tenu pour un droit de l'Homme (24). L'argument a, d'ailleurs, été avancé (25).

Pourtant, la cause n'est point entendue. Aucun des éléments du raisonnement avancé n'est à l'abri de la discussion. Et, pour se faire l'avocat du diable, pourquoi donc le droit de brevet - que quasiment tous les spécialistes qualifient, sans états d'âme, de droit de propriété - reste-t-il, comme nous l'avons rappelé, spécialement rebelle à tout discours mené en termes de droits de l'Homme (quand tel n'est pas le cas du droit d'auteur qui est rarement réduit à sa seule dimension de droit de propriété) ?

Comme toujours, il est bon de ne pas tenir les évidences pour vérités...

8. - De la propriété comme droit de l'Homme ? Ce point paraît acquis et la forme interrogative de la proposition peut surprendre. Il est vrai que les conceptions de la propriété sont variables et nous avons rappelé nous-mêmes que les termes de la Déclaration universelle ne manquaient pas d'ambiguïté. Mais les ouvrages spécialisés, qui ignorent tous la propriété intellectuelle (26), ne manquent pas de dire au moins quelques mots de la propriété (sans autre qualificatif), sauf à enregistrer de compréhensibles variations selon que l'accent est mis sur libertés publiques ou droits fondamentaux (27).

Nous serions incomplets, toutefois, en n'évoquant pas la thèse d'un brillant et ardent défenseur de la propriété - de la propriété privée - Christian Mouly (28) qui, dans le même temps qu'il lui accordait une place centrale dans l'édifice juridique, en faisait, non point un droit fondamental, mais un "mode

management" of scarcity and thus a favoured instrument for regulating relations between men. The theory deserves more than these few words which can only impoverish it. We will recall a few phrases which are perfectly clear: "The place given to it in all the charters from the 13th century onwards can only ... be explained by analysing it as a *legal procedure for protecting the other human rights*. Property is not the expression of one of the three fundamental values [freedom, equality, dignity], it is a guarantee of the human rights which are the expression of them." (29)

True, this does not mean that the right of property *must not* be considered a human right. But it at least shatters the nice simplicity of an agreed discourse. One can reasonably "bank on" the idea that the right of property is one of the human rights, while knowing that another reading is possible.

However, one reading or another, is it necessary to persist in the idea that authors' rights must be analysed as being property rights?

9. - Authors' rights as property?

To tell the truth, this is not a new question.

9.1. - Although intellectual property rights were born under the sign of property (30), in the 19th century there was lively discussion as to their true nature, even in connection with patents where the issue is now the least debated. Thus, to leave the arena in which jurists confront one another, while John Stuart Mill gave patents his blessing or while Le Hardy de Beaulieu wrote:

lo raro o escaso y por lo tanto un instrumento privilegiado de solución de las relaciones entre los hombres. La tesis merecería más que estas pocas palabras que no pueden sino empobrecerla. Retendremos estas fórmulas de una claridad perfecta: "No se puede ... explicar el lugar que se le da en todas las Cartas, desde el siglo XIII hasta hoy en día, más que analizándola como un procedimiento jurídico de protección de los demás derechos humanos. La propiedad no es la expresión de uno de los tres valores fundamentales (libertad, igualdad, dignidad), es una garantía de los derechos humanos que son la expresión de éstos" (29).

Esto no es, ciertamente, decir que el derecho de propiedad no deba ser considerado como un derecho humano. Pero es al menos romper la sencillez de un discurso convencional. Puede adoptarse razonablemente la idea de que el derecho de propiedad es uno de los derechos humanos, pero a sabiendas de que cabe otro punto de vista.

Pero, en cualquier caso, ¿hay que persistir en la idea de que el derecho de autor deba analizarse como un derecho de propiedad?

9. - ¿El derecho de autor como propiedad? *A decir verdad la cuestión no es nueva.*

9.1. - *Aunque los derechos de propiedad intelectual nacieron bajo el signo de la propiedad (30), en el siglo pasado hubo vivos debates sobre su verdadera naturaleza, abí mismo donde la cuestión está hoy menos sujeta a controversia, es decir a propósito de las patentes. Así, para salir del campo en que se enfrentan los juristas, aunque John Stuart Mill diera su bendición a la patente*

de gestion" privilégié de la rareté et donc un instrument privilégié de règlement des relations entre les hommes. La thèse mériterait plus que ces quelques mots qui ne peuvent que l'appauvrir. Nous retiendrons ces formules d'une parfaite netteté : "On ne peut ... expliquer la place qui lui est faite dans toutes les chartes, du XIIIe siècle à nos jours, qu'en l'analysant en une *procédure juridique de protection des autres droits de l'homme*. La propriété n'est pas l'expression d'une des trois valeurs fondamentales [liberté, égalité, dignité], elle est une garantie des droits de l'homme qui en sont l'expression" (29).

Ce n'est, certes, pas dire que le droit de propriété *ne doive pas* être tenu pour un droit de l'Homme. Mais c'est au moins briser la belle simplicité d'un discours convenu. On peut raisonnablement "tableer" sur l'idée que le droit de propriété est un des droits de l'Homme, mais sachant qu'une autre lecture est possible.

Mais, lecture pour lecture, faut-il persister dans l'idée que le droit d'auteur doive être analysé comme un droit de propriété ?

9. - Du droit d'auteur comme propriété ? A dire vrai la question n'est pas neuve.

9.1. - Si les droits de propriété intellectuelle sont nés sous le signe de la propriété (30), au cours du siècle passé le débat a été vif quant à leur véritable nature et là même où la question est aujourd'hui le moins controversé c'est-à-dire à propos du droit de brevet. C'est ainsi que, pour sortir du champ où s'affrontent les juristes, si John Stuart Mill donna sa bénédiction au brevet ou

"The property of inventions is property like any other" (31), there were economists who argued keenly to the contrary.

It is interesting to examine the criticism as expressed by economists or taken up by jurists fascinated by the economic analysis of law. Indeed, the classification of these rights as property appeared to them to mask the fact - which is a major "sin" in the hyper-liberal system - that these rights give rise to monopolies.

It is interesting to note that, in response to the observation that *all* property (private property) is a monopoly (32), the debate's curious shift to the terrain of natural law was to be witnessed. A 19th century economist, Charles Coquelin, expressed this well when, on the subject of patents (33), he wrote: "The possession of land is a monopoly (...) But it is nature which created this monopoly (...) Can the same be said for industrial processes. No, because they can be used in a hundred different places... By according this or that person the exclusive possession of a piece of land, the law merely respects the nature of things which does not allow that land to be exploited by several people (...) By reserving the exploitation of an industrial invention for a single man, it violates the nature of things." (34)

Far from being a natural right, intellectual property, even in the form of industrial property referred to here, thus astonishingly becomes censurable because contrary to natural law! Doubtless, the way out could be, in the case of authors' rights, to argue that they

o aunque Le Hardy de Beaulieu escribiera "La propiedad sobre los inventos es una propiedad como las demás" (31), hubo economistas que adoptaron con firmeza una posición opuesta.

Es interesante examinar la crítica. Encabezada por economistas o retomada por juristas apasionados por el análisis económico del derecho, la calificación de esos derechos en términos de propiedad parece, en efecto, ocultar a esos autores el hecho - "pecado" grave en la opción hiperliberal- de que esos derechos conllevan un monopolio.

Es interesante notar que como respuesta a la observación hecha de que toda propiedad (privada) es un monopolio (32), se asiste a un curioso deslizamiento del debate al terreno del derecho natural. Un economista del siglo XIX, Charles Coquelin, lo expresó bien, al escribir a propósito de la patente (33): "La posesión de un terreno es un monopolio (...) Pero ese monopolio... ¿Ocurre lo mismo para los procesos industriales? No, puesto que éstos se pueden utilizar en cien lugares diferentes... Al atribuir a éste o a aquél la posesión exclusiva de un terreno, la ley no hace más que respetar la naturaleza de las cosas, que no permite que ese terreno sea explotado por varios (...) Al reservar a un solo hombre la explotación de un invento industrial, la ley viola la naturaleza de las cosas" (34).

La propiedad intelectual, aunque sea bajo la forma aquí de la propiedad industrial, lejos de ser un derecho natural, es entonces de modo sorprendente susceptible de ser condenada por contraria al derecho natural. Sin duda, la escapatoria podría ser, en lo tocante al derecho de

si Le Hardy de Beaulieu écrit : "La propriété des inventions est une propriété comme une autre" (31), il y eut des économistes pour prendre avec vivacité une position opposée.

La critique est intéressante à examiner. Menée par des économistes ou reprise par des juristes passionnés par l'analyse économique du droit, la qualification de ces droits en termes de propriété paraît, en effet, masquer pour ces auteurs le fait - "péché" majeur dans l'option hyper-libérale - que ces droits sont porteurs de monopoles.

Il est intéressant de noter qu'en réponse à l'observation faite que *toute* propriété (privée) est un monopole (32), on assiste à un curieux déplacement du débat sur le terrain du droit naturel. Un économiste du XIXe, Charles Coquelin, l'exprime bien, quand il écrit à propos du brevet (33) : "La possession d'un fonds de terre est un monopole (...) Mais ce monopole... c'est la nature qui l'a créé (...) En est-il de même pour des procédés industriels ? Non, puisqu'on peut s'en servir en cent lieux différents ... En attribuant à celui-ci ou à celui-là la possession exclusive d'un fonds de terre, la loi ne fait que respecter la nature des choses, qui ne permet pas que ce fonds soit exploité par plusieurs (...) En réservant à un seul homme l'exploitation d'une invention industrielle, elle viole la nature des choses" (34).

La propriété intellectuelle, fût-ce sous la forme ici de la propriété industrielle, loin d'être un droit naturel, devient ainsi étonnamment condamnable parce que contraire au droit naturel ! Sans doute, l'échappatoire pourrait être, s'agissant du droit d'auteur, de faire valoir que celui-ci ne peut

cannot be reduced to property rights. We shall return to this (35). But precisely it is not here that the question lies; it is not in the choice of words but in the rejection of the creation of a monopoly - which authors' rights unquestionably do create (36). So, natural right against natural law? That is indeed the whole dilemma of natural law. One only has to look at what this name covers. It is always what the person who claims to express it makes it cover (37).

This remark will undoubtedly shock (even if that is not its aim). But may we at least be granted the credit of consistency if we refuse to be satisfied with a ready-made dialogue which would seem, in one way or the other, to come within the sphere of revealed truth.

9.2. - It is true that, if things are specifically recentred around authors' rights, it is in other terms that the theory put forward in the form of premisses may appear to invite criticism. Whether intellectual properties are or are not generically properties, what does it matter if authors' rights, for their part, do not come within the nature of property.

Everything has been said and written on this subject. While there are few authors who would fundamentally challenge the very concept of property as being inconsistent with the idea of creation which cannot be detached from the person (38), opinion in France is divided, as is well known, between "classic" thinkers, who have the very structure of the Code (and tradition) on their side, who do not wish to reduce all authors' rights to property rights and who stress forcefully the moral

autor, hacer valer que éste no puede reducirse a un derecho de propiedad. Volveremos sobre esto (35). Pero precisamente la cuestión no está ahora ahí, no está en la elección de las palabras, sino que reside en el rechazo de la instauración de un monopolio -que indiscutiblemente el derecho de autor realiza (36). Entonces, ¿derecho natural contra derecho natural? Es efectivamente el dilema del derecho natural. Basta con mirar lo que se recubre bajo este término. Es siempre lo que le hace decir el que pretende expresarlo (37).

Estas palabras resultarán chocantes sin duda (aunque no sea ese su objetivo). Pero, al menos, hay que reconocernos el mérito de ser coherentes si nos negamos a declararnos satisfechos con un discurso ya hecho que parecería, en un sentido como en el opuesto, corresponder a la verdad revelada.

9.2. - *Es cierto que, centrando las cosas específicamente en el derecho de autor, son otros los términos en que la tesis expuesta en las premisas parece suscitar críticas. Qué importa que las propiedades intelectuales sean o no genéricamente propiedades, si el derecho de autor no es del orden de la propiedad.*

Todo ha sido dicho y escrito a este respecto. Aunque haya pocos autores para rechazar radicalmente el concepto mismo de propiedad juzgando que esta es contradictoria con la idea de una creación inseparable de la persona (38), la opinión, en Francia, está dividida, como es sabido, entre "clásicos", que tienen de su lado la economía misma del Código (y la tradición), que no quieren reducir todo el derecho de autor a un derecho de propiedad y ponen énfasis en el derecho moral (39) y "modernos" que privilegian

être réduit à un droit de propriété. Nous reviendrons là-dessus (35). Mais précisément la question n'est pas présentement là, elle n'est pas dans le choix des mots, elle est dans le rejet de l'instauration d'un monopole - ce que réalise indiscutablement le droit d'auteur (36). Alors : droit naturel contre droit naturel ? C'est bien là tout le dilemme du droit naturel. Il n'est qu'à regarder ce qu'on recouvre de ce nom. Il est toujours ce que lui fait dire celui qui prétend l'exprimer (37).

Sans nul doute, ce propos choquera (même si tel n'est pas son but). Mais, au moins, qu'on veuille bien nous reconnaître le mérite de la cohérence si nous refusons de nous satisfaire d'un discours tout fait qui semblerait, dans un sens comme un autre, relever de la vérité révélée.

9.2. - Il est vrai que, les choses spécifiquement recentrées sur le droit d'auteur, c'est en d'autres termes que la thèse posée en prémisses pourra paraître appeler la critique. Que les propriétés intellectuelles soient ou ne soient pas génériquement des propriétés, qu'importe si le droit d'auteur n'est pas, lui, de l'ordre de la propriété.

Tout a été dit et écrit à ce propos. S'il y a peu d'auteurs pour récuser radicalement le concept même de propriété jugeant celle-ci contradictoire avec l'idée d'une création indétachable de la personne (38), l'opinion, en France, est partagée, comme on le sait, entre "classiques", qui ont pour eux l'économie même du Code (et la tradition), ne voulant pas ramener tout le droit d'auteur à un droit de propriété et mettant en avant avec force le droit moral (39) et "modernes" privilégiant la dimension économique et donc la propriété (40) -

rights (39), and "modern" thinkers (the contrast between the terms chosen does not, of course, reflect any value judgment between these schools of thought) who give greater place to the economic dimension and thus to property (40). For the purpose in hand, it could be advanced that, in the process, the idea of property is (almost) always there (41) and can thus be accepted.

To play the devil's advocate again, it would still be necessary, however, to ask whether the dualist conception means simple co-existence or transmutation through this co-existence (42). Above all, however, if one must think in universal terms (43), it has to be acknowledged that, paradoxically, Anglo-American *copyright* can be classified as property (44) but that German *Urheberrecht*, for example, is first and foremost a right of the person (45). What is the value, then, of this approach to authors' rights, which is supposed to give a universal "key" and which is anything but really shared (46)?

Authors' rights doubtless have much of the nature of property rights (47). We are inclined, in any case, to think so. But this cannot easily justify their classification as human rights.

10. - The phrase "authors' rights are human rights" finds it hard to justify itself in the assertion that authors' rights are or are said to be property rights. One can dispute that property is a human right; one can dispute that authors' rights are property rights; property is not conceptualized in univocal terms... What is left, then, of a syllogism whose premisses are so uncertain and which permits of every possible variation? What is left perhaps is that we must look elsewhere.

la dimensión económica y por lo tanto la propiedad (40) -la oposición de los términos adoptados no traduce evidentemente ningún juicio de valor entre esas escuelas de pensamiento-. Para lo que necesitamos para nuestra tesis, se podría afirmar que la idea de propiedad está presente (casi) siempre (41) y puede ser pues adoptada.

Haciéndose una vez más el abogado del diablo, habría que preguntarse sin embargo si la concepción dualista significa simple coexistencia o transmutación por esa coexistencia (42). Pero sobre todo, si hay que pensar desde una perspectiva universalista (43), es forzoso reconocer que paradójicamente el copyright puede recibir esta calificación de propiedad (44) pero que el derecho de autor, concebido por ejemplo como en Alemania, es en primer lugar un derecho de la persona (45). ¿Qué valor tiene este enfoque del derecho de autor; que se supone da una "clave" universal, que aunque pueda ser todo, está muy lejos de ser compartida realmente (46)?

El derecho de autor tiene mucho sin duda del derecho de propiedad (47). Nos inclinamos, en todo caso, a pensarlo. Pero eso puede difícilmente servir de base para su calificación como derecho humano.

10. - *La fórmula según la cual el derecho de autor es un derecho humano tiene dificultad para basarse en la afirmación de que el derecho de autor es o sería un derecho de propiedad. Se puede discutir que la propiedad sea un derecho humano, se puede discutir que el derecho de autor sea un derecho de propiedad, la propiedad no está conceptualizada en términos unívocos... ¿Qué queda entonces de un silogismo cuyas premissas están tan mal establecidas y que permite todo tipo de variaciones? Queda quizás que hay que buscar otra cosa.*

l'opposition des termes choisis ne traduisant bien évidemment aucun jugement de valeur entre ces écoles de pensée -. Pour les besoins de la thèse, on pourrait avancer que, ce faisant, l'idée de propriété est (presque) toujours là (41) et peut donc être retenue.

A se faire une fois encore l'avocat du diable, encore faudrait-il toutefois se demander si la conception dualiste signifie simple coexistence ou transmutation de par cette coexistence (42). Mais surtout s'il faut penser dans une perspective universaliste (43), il faut bien reconnaître que paradoxalement le *copyright* peut recevoir cette qualification de propriété (44) mais que le droit d'auteur, conçu par exemple à l'allemande, est d'abord un droit de la personne (45). Que vaut alors cette approche du droit d'auteur, censée donner une "clef" universelle, qui est tout sauf réellement partagée (46) ?

Le droit d'auteur a sans doute beaucoup du droit de propriété (47). Nous sommes, en tout cas, enclins à le penser. Mais cela peut difficilement fonder sa qualification en droit de l'Homme.

10. - La formule selon laquelle le droit d'auteur est un droit de l'Homme trouve mal à se fonder dans l'affirmation que le droit d'auteur est ou serait un droit de propriété. On peut discuter que la propriété soit un droit de l'Homme, on peut discuter que le droit d'auteur soit un droit de propriété, la propriété n'est pas conceptualisée en des termes univoques... Que reste-t-il alors d'un syllogisme dont les prémisses sont si mal assurées et qui permet toutes les variations ? Il en reste peut-être qu'il faut chercher ailleurs.

II. - AUTHORS' RIGHTS, HUMAN RIGHTS AS RIGHTS ARISING FROM A CREATION?

11. - René Cassin put forward the idea that creators can claim rights *by the fact of their creation*: "The *vocation* for *creative* intellectual activity may arise", he wrote, "in completely different human beings, regardless of social category. It thus deserves to be respected and *protected* in the same way as other basic faculties that are *common to all men*." (48)

It will have been noted, however, that the terms used by this prestigious author are as broad as those appearing in the Universal Declaration of Human Rights (49). Should we be surprised? But is Cassin's remark sufficient? Must all creations be considered equally? Does every creation justify a right in the first place and a right that can be called a human right in the second place? More circumspection is almost certainly required.

12. - **Authors' rights, fruit of a creation.** As is well known, Locke considered that property was justified to the extent that it was the fruit of work (50): the field belongs to the farmer and the harvest from the field because the farmer ploughed it and made it productive. Whether or not authors' rights are property (51), the fact is that the work is the product of the author's creation - and more intimately so than the farmer's wheat. Let us not forget the revolutionary language: "The tree which takes root in a field does not belong as unquestionably to the owner of the field as the idea which forms in the mind of a man belongs to its author...." (52) From

II - ¿ES EL DERECHO DE AUTOR UN DERECHO HUMANO COMO DERECHO NACIDO DE UNA CREACION?

11. - *Se encuentra en René Cassin la idea de que los creadores pueden pretender ciertos derechos por sur creación: "La vocación para la actividad intelectual, creadora, puede nacer", escribe, "en los seres humanos más diversos, sin distinción de categoría social. Merece pues ser respetada y protegida como las demás facultades esenciales comunes a todos los hombres" (48).*

No habrá dejado de notarse, sin embargo, que lo escrito por el prestigioso autor es una fórmula tan amplia como la que figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos (49). ¿Cabe extrañarse? ¿Pero es suficiente eso? ¿Toda creación debe ser considerada del mismo modo? ¿Toda creación permite basar un derecho y calificarlo de derecho humano? Seguramente que hay que ser más circunspecto.

12. - **El derecho de autor, fruto de una creación.** Como es sabido, para Locke, la propiedad se justificaba con tal de ser el fruto de un trabajo (50): el campo es del agricultor, así como la cosecha de ese campo, porque lo ha cultivado baciéndolo fructificar. Ahora bien, sea o no una propiedad el derecho de autor (51), el hecho es que la obra resulta de la creación del autor -y más íntimamente que el trigo del agricultor. No se olvide el discurso revolucionario: "el árbol que nace en un campo no pertenece tan indiscutiblemente al dueño de ese campo como la idea que surge en la mente de un hombre pertenece a su autor..." (52). Del trigo al árbol y del árbol a la viña, se

II. - LE DROIT D'AUTEUR, DROIT DE L'HOMME, COMME DROIT NÉ D'UNE CRÉATION ?

11. - On trouve chez René Cassin l'idée que les créateurs peuvent prétendre à des droits *de par leur création* : "La *vocation* à l'activité intellectuelle, *créatrice*, peut naître", écrit-il, "chez les êtres humains les plus différents, sans distinction de catégorie sociale. Elle mérite donc d'être respectée et *protégée* au même titre que d'autres facultés essentielles *communes à tous les hommes*" (48).

On n'aura pas manqué de noter, toutefois, que, sous la plume du prestigieux auteur, se retrouve une formule aussi large que celle figurant dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (49). S'en étonnera-t-on ? Mais ce propos suffit-il ? Toute création doit-elle être également appréhendée ? Toute création permet-elle de fonder un droit et pour celui-ci de parler de droit de l'Homme ? Il faut certainement être plus circonspect.

12. - **Le droit d'auteur, fruit d'une création.** Comme on le sait, pour Locke, la propriété se justifiait pour autant qu'elle fût le fruit du travail (50) : le champ est au paysan et la récolte de ce champ, parce qu'il l'a labouré et fait fructifier. Or, que le droit d'auteur soit ou non une propriété (51), le fait est que l'œuvre procède de la création de l'auteur - et plus intimement que le blé du laboureur. Qu'on n'oublie pas le discours révolutionnaire : "L'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur..." (52). Du blé à l'arbre et de l'arbre à la vigne, on pourrait même dire

wheat to tree and tree to vine, one could even say that it is no longer a question then, to use the evangelical image, of "wine, fruit of the vine and the work of men", but rather of the fruit of the pure - intellectual, spiritual... - work of man. Moreover, it was expressly by reference to the theory of Locke that, in 1747, W. Warburton, the Archbishop of Gloucester, defended the idea of "literary property" deriving from intellectual work (53).

Again, is the debate closed? Should authors' rights, as concerning creations, "naturally" be considered human creators' rights?

Perhaps. But to accept this, it would also be necessary to accept that the argument applied, for example, to patents. Moreover, the tree which, in the words of Boufflers, belongs less to the owner of the field than the idea to the man who forms it in his mind was mentioned in connection with the nascent patent right. However, we recalled how foreign human rights language was to contemporary patent law specialists (54). In our societies and as our legal systems currently stand, work does not imply the recognition of a right in its fruit (we are a long way from Locke's scheme of things). Nor does intellectual creation imply *per se*, in our legal systems, the recognition of a right in its fruit. This is the case of inventions where, significantly, the profit from a patent goes to the company and not to the inventor if the latter is an employee (55). In this case, a right does indeed arise, but not in favour of the creator. And then there are all the situations in which no right is granted: in a recipe, a commercial process, etc.

podría incluso decir que ya no se trata entonces, según la imagen evangélica, del "vino, fruto de la viña y del trabajo de los hombres", sino de un puro fruto del trabajo -intelectual, espiritual, ...- del hombre. Es precisamente con una referencia expresa a la teoría de Locke que W. Warburton, arzobispo de Gloucester, defendió en 1747 la idea de una "literary property" derivada del trabajo intelectual (53).

Una vez más ¿está todo resuelto? Como el derecho de autor se refiere a una creación, ¿debería ser pues concebido "naturalmente" como un derecho del hombre creador?

Quizás. Pero si se admite eso, habrá que admitir también que el mismo argumento vale por ejemplo para el derecho de patentes. Además, ese árbol evocado por Boufflers que pertenece menos al dueño del campo que la idea al hombre que la tiene se refería a la patente entonces naciente. Pero ya hemos recordado que el discurso de los derechos humanos es ajeno a los especialistas contemporáneos del derecho de patentes (54). El trabajo no implica, en nuestras sociedades y en el estado actual de nuestros sistemas jurídicos, el reconocimiento de un derecho sobre el fruto de ese trabajo (estamos lejos del esquema de Locke). La creación intelectual no implica tampoco, per ipse, en nuestros sistemas jurídicos, el reconocimiento de un derecho sobre su fruto. Tal es el caso del invento, cuyo beneficio, a través de la patente, revierte significativamente, cuando la creación la realiza un asalariado, a la empresa y no al inventor (55). En esta hipótesis, nace efectivamente un derecho, pero no en beneficio del creador. Hay además todas las situaciones en que no se reconoce derecho alguno; sobre una receta culinaria, sobre un procedimiento comercial, ...

qu'il ne s'agit plus alors, selon l'image évangélique, du "vin, fruit de la vigne et du travail des hommes", mais d'un fruit du pur travail - intellectuel, spirituel,... - de l'homme. C'est d'ailleurs expressément par référence à la théorie de Locke que W. Warburton, archevêque de Gloucester, défend en 1747 l'idée d'une "*literary property*" dérivant du travail intellectuel (53).

Une fois encore, la cause serait-elle entendue ? Le droit d'auteur comme portant sur une création devrait-il être "naturellement" conçu comme un droit de l'homme créateur ?

Peut-être. Mais à l'admettre, il faudrait admettre aussi que l'argument valût par exemple pour le droit de brevet. D'ailleurs, cet arbre évoqué par Boufflers qui appartient moins au maître du champ que l'idée à l'homme qui la porte le fut à propos du brevet naissant. Mais nous avons rappelé combien le discours des droits de l'Homme était étranger aux spécialistes contemporains du droit des brevets (54). Le travail n'implique pas, dans nos sociétés et en l'état actuel de nos systèmes juridiques, la reconnaissance d'un droit sur son fruit (nous sommes loin du schéma de Locke). La création intellectuelle n'implique pas, non plus, *per ipse*, dans nos systèmes juridiques, la reconnaissance d'un droit sur son fruit. Tel est le cas de l'invention dont le profit, *via* le brevet, revient significativement, lorsque la création est le fait d'un salarié, à l'entreprise et non à l'inventeur (55). En cette hypothèse, un droit naît bien mais non au profit du créateur. Et puis il y a toutes les situations où aucun droit n'est reconnu : sur une recette de cuisine, sur un procédé commercial,...

It is not sufficient, therefore, to have created for the creator to be able to claim a right in his or her creation. It is not sufficient, therefore, that authors' rights should "recompense" creation for one to be able to consider them to be human rights (56).

But perhaps it should be accepted then that there may be various "orders" of creation which call for different analyses.

13. - Authors' rights, fruit of a creation intimately linked to man. If it is not enough to be a creator in order to be granted a right, perhaps things are different when the creation in question can be considered intimately linked to the creator, to man the creator.

The fact remains that, against the initial feeling - particularly that of persons who have been practising copyright law for a long time (57) - the question deserves to be raised as to whether thought is ever separable from the mind which produces it. Or, if it is true that the "product" of thought is always and necessarily capable of being objectified in one form or another, without which there would be no object capable of being apprehended by the law and of forming the subject matter of legal commerce (58), can it be said that there are special cases in which the link (59) cannot really be broken? In other words again, must authors' rights really be considered a special case?

René Cassin did not seem to think so when he worded Article 42 of the preliminary draft of the Universal Convention in the following terms: "The author of any artistic or scientific work

No basta pues en absoluto haber creado para poder pretender un derecho sobre su creación. No basta pues que el derecho de autor "recompense" una creación para que pueda considerársele como un derecho humano (56).

Pero quizás haya que admitir entonces que pueda haber diversos "órdenes" de creación que requieran análisis diferentes.

13. - El derecho de autor, fruto de una creación vinculada íntimamente al hombre. Si no basta con ser creador para que se reconozca un derecho, quizás puedan o deban verse las cosas de modo diferente cuando la creación en cuestión pueda ser considerada como íntimamente vinculada al creador, al hombre creador.

Aunque, contra el primer sentimiento -especialmente el de los que practican desde largo tiempo (57) el derecho de autor- merezca la pena plantear la cuestión de saber si el pensamiento puede acaso ser disociado del ingenio que lo ha producido. O, si es cierto que el "producto" del pensamiento es siempre y obligatoriamente objetivable en una forma u otra sin lo cual no habría objeto de derecho, susceptible de comercio jurídico (58) ¿puede decirse que existen casos en que el vínculo (59) no puede ser verdaderamente roto? O dicho de otro modo, ¿hay que considerar realmente que el derecho de autor está aparte?

René Cassin no parecía creerlo, cuando redactaba en los siguientes términos el artículo 42 del anteproyecto de Declaración Universal: "El autor de toda obra artística, científica y el inventor

Il ne suffit donc point d'avoir créé pour pouvoir prétendre à un droit sur sa création. Il ne suffit donc pas que le droit d'auteur vienne "récompenser" une création pour qu'on puisse le tenir pour un droit de l'Homme (56).

Mais peut-être faut-il admettre alors qu'il puisse y avoir divers "ordres" de création appelant des analyses différentes.

13. - Le droit d'auteur, fruit d'une création intimement liée à l'homme. S'il ne suffit pas d'être créateur pour pouvoir se voir reconnaître un droit, peut-être peut-on voir ou faut-il voir différemment les choses quand la création en cause peut être tenue pour intimement liée au créateur, à l'homme créateur.

Encore est-il que, contre le premier sentiment - spécialement celui de ceux qui pratiquent de longue date (57) le droit d'auteur -, la question mérite d'être posée de savoir si la pensée est jamais dissociable de l'esprit qui la produit. Ou, s'il est vrai que le "produit" de la pensée est toujours et nécessairement objectivable en une forme ou une autre sans quoi il n'y aurait pas d'objet saisissable par le droit et susceptible de commerce juridique (58), peut-on dire qu'il est des cas particulier où le lien (59) ne saurait être vraiment rompu ? Autrement dit encore, faut-il vraiment considérer que le droit d'auteur soit à part ?

René Cassin ne semblait pas le croire, quand il rédigeait en ces termes l'article 42 de l'avant-projet de Déclaration universelle : "L'auteur de toute oeuvre artistique, scientifique et l'inventeur conservent, indépendamment des

and the inventor shall, independently of the legitimate revenue from their work, retain a moral right in their works and discoveries which is not extinguished even when the work has become part of the common heritage of all men", where we find the undifferentiated approach to intellectual productions present in the international texts that were finally adopted (60).

The counterpoint is obviously to be found in the whole philosophy which is that of authors' rights in the strict sense (i.e. as opposed to copyright), that is to say authors' rights which postulate the *continuum* between the author and the work. We know that, outside the legal sphere, this thinking finds its source (61) in Kant and Hegel. If a book is a material object, it is also a "speech" which the publisher delivers to the public on the author's behalf and as such constitutes "a personal right" (62). As to the "qualities of intellect, science, art,..." , the question can be raised as to how, being linked to the person, they can enter legal commerce (63).

All this was exacerbated in German and French legal literature (64), for which the work "reflects the author's personality and hence publication in any form 'commits' the man at the same time as the work" (65), so that, in the end, "Madame Bovary is me" is both a literary phrase and a true legal maxim capable of explaining authors' rights, considered according to a personalist approach, better than long, scholarly treatises (66). The more so as this conception is far more radical in fact than the one it claims to derive from (67).

conservan, independientemente de los beneficios legítimos de su trabajo, un derecho moral sobre su obra o su descubrimiento, derecho que no desaparece, aunque esa obra haya caído en el patrimonio común de la humanidad". Se encuentra aquí este enfoque indiferenciado de las producciones del ingenio que estará presente en los textos internacionales finalmente adoptados (60).

Hay que encontrar evidentemente el contrapunto en toda la filosofía del derecho de autor stricto sensu (es decir por oposición al copyright), un derecho de autor que postula el continuum entre el autor y la obra. Es sabido que este enfoque tiene su fuente (61), fuera del campo jurídico, en Kant y Hegel. Aunque el libro es un objeto material, es también un "discurso" que el editor dirige al público en nombre del autor y a ese título constituye "un derecho personal" (62). En cuanto a las "cualidades de ingenio, ciencia, arte, ...", cabe preguntarse cómo, vinculadas a la persona, pueden entrar en el comercio jurídico (63).

Todo esto fue exacerbado en las doctrinas jurídicas alemana y francesa (64) para las que la obra "refleja la personalidad del autor de modo que la publicación, en cualquier forma que sea, 'compromete' al hombre, al mismo tiempo que la obra" (65), de forma que finalmente, "Madame Bovary, soy yo" es tanto una fórmula literaria como una verdadera máxima jurídica susceptible de explicar mejor el derecho de autor considerado en un enfoque personalista que muchos discursos largos y llenos de sapiencia (66). Tanto más cuanto que esta concepción es en definitiva más radical que aquella de que pretende prevalecerse (47).

revenus légitimes de leur travail, un droit moral sur leur œuvre ou leur découverte, droit qui ne disparaît pas, même lorsque cette œuvre est tombée dans le patrimoine commun de tous les hommes". Où l'on retrouve cette approche indifférenciée des productions de l'esprit qui sera présente dans les textes internationaux finalement adoptés (60).

Le contrepoint est évidemment à trouver dans toute la philosophie qui est celle du droit d'auteur *stricto sensu* (c'est-à-dire par opposition au *copyright*), un droit d'auteur qui postule le *continuum* entre l'auteur et l'œuvre. On sait que cette pensée trouve sa source (61), hors le champ juridique, chez Kant et Hegel. Si le livre est un objet matériel, il est aussi un "discours" que l'éditeur adresse au public au nom de l'auteur et à ce titre constitue "un droit personnel" (62). Quant aux "qualités d'esprit, science, art,...", on peut se demander comment liées à la personne elles peuvent entrer dans le commerce juridique (63).

Tout cela fut exacerbé dans les doctrines allemande et française (64) pour qui l'œuvre "réfléchit la personnalité de l'auteur si bien que la publication, sous quelque forme que ce soit, "engage" l'homme, en même temps que l'ouvrage" (65), de telle sorte qu'au final, "Mme Bovary, c'est moi" est tout autant une formule littéraire qu'une véritable maxime juridique susceptible de mieux expliquer le droit d'auteur considéré dans une approche personnaliste que de longs et savants discours (66). D'autant que cette conception est en définitive bien plus radicale que celle dont elle entend se prévaloir (67).

13.1. - However, to continue not to play the game of conventional support, two questions must be raised.

- The first is whether this position is really tenable whatever the work in question.

As every work that is original in the legal sense (68) is eligible for protection since neither its merit nor its purpose must be taken into account (69), is it necessary to consider that this "intimate link" which would be able to establish the creator's right as a human right must be recognized in every case? Must the salad basket, the directory and the pornographic film really be lumped together with *La recherche* or *Les Demoiselles d'Avignon*?

Of course, the obvious reply is that substantive law does not permit such distinctions.

However, in the first place, such an assertion is doubtless true from a French viewpoint but not, for example, from a German one which, as is well known, separates out works of "small change".

Above all, in the second place, if one looks at things serenely, how is the theory that authors' rights must be considered human rights to be defended effectively and convincingly by supporting it when the works in question are those symbolic salad baskets or nuts and bolts? There is something laughable in this. But there is also something contradictory about the fact that the engineer who creates a bolt with new

13-1. - Siguiendo con la postura de no aceptar la adhesión de conveniencia, hay que formular sin embargo dos cuestiones.

- La primera consiste en preguntarse si se puede mantener el mismo argumento para cualquier obra que se considere.

Como toda obra -original en el sentido del derecho (68)- es susceptible de protección puesto que no deben tenerse en cuenta ni el mérito ni el destino (69), ¿debe considerarse que ese "vínculo íntimo" que sería susceptible de dar base al derecho del creador como derecho humano deba ser reconocido en cualquier hipótesis? ¿Debe el mismo velo cubrir el cesto para la ensalada, la guía alfabética y el filme pornográfico, al igual que *En busca del tiempo perdido* o *Las señoritas de Avignon*?

Se responderá, claro está, que el derecho positivo no autoriza tales distinciones.

Pero, en primer lugar, es sin duda cierta la afirmación desde un punto de vista francés, pero no, por ejemplo, desde un punto de vista alemán que pone de lado, como es sabido, las obras "de poco monto".

Y sobre todo, en segundo lugar, examinando las cosas con serenidad, ¿cómo defender eficazmente y de modo convincente la tesis según la cual el derecho de autor debe considerarse como un derecho humano, manteniéndola cuando las obras en cuestión son esos emblemáticos cestos para la ensalada o tornillos? Hay algo irrisorio en eso. Pero también hay algo contradictorio con el hecho de que el ingeniero que crea un tornillo con nuevas

13.1. - A continuer à ne pas jouer le jeu de l'adhésion convenue, deux questions doivent cependant être posées.

- La première consiste à se demander si le discours est réellement tenable quelle que soit l'œuvre en cause.

Toute œuvre - originale au sens du droit (68) - étant susceptible de protection puisque ne doivent être pris en considération ni le mérite ni la destination (69), faut-il considérer que ce "lien intime" qui serait susceptible d'asseoir le droit du créateur comme droit de l'Homme doit être reconnu en toutes hypothèses ? Le panier à salade, l'annuaire et le film pornographique doivent-ils vraiment être couverts du même voile que *La recherche* ou *Les Demoiselles d'Avignon* ?

Bien sûr, on répondra à cela que le droit positif n'autorise pas de telles distinctions.

Mais, en premier lieu, l'affirmation est sans doute vraie d'un point de vue français mais non, par exemple, d'un point de vue allemand qui met à part, comme on le sait, les œuvres "de petite monnaie".

Et surtout, en second lieu, à examiner sereinement les choses, comment défendre efficacement et de manière convaincante la thèse selon laquelle le droit d'auteur doit être tenu pour un droit de l'Homme, en la soutenant lorsque les œuvres en cause sont ces emblématiques paniers à salades ou boulons ? Il y a quelque chose de dérisoire à cela. Mais il y a aussi quelque chose de contradictoire avec le fait que l'ingénieur créateur d'un boulon ayant des

qualities will not be rewarded with a "human right" that will justify a right in his creation. As to replying that, in the first case, this right is justified for the reason that the work, having been judged original, bears the stamp of the author's personality, besides the fact that we have strong doubts about any originality in such a very... strange case, we would regard this argument as highly scholastic: the creation is a creation because it is said to be a creation - and the rabbit called a carp...

What is more, and leaving any value judgment aside this time, how do you explain, for example, that a collective creation does not give rise to the full grant of rights or the grant of "full" rights (as you wish) to the authors when the conditions under which it was produced make it a collective work within the meaning of the French Code (70)? What is to be said about a human right which may not be recognized on account of the way in which the work was made?

- Second question: if the classification of authors' rights as human rights postulates, if not universality, at least a striving towards it (71), how does one account for the Anglo-Saxon approaches and the traditions of so-called archaic cultures?

While the laws of *copyright* recognize the *author*; this word does not necessarily refer to the creator of the work in the continental sense. For example, the decision handed down in 1973 by the United States Supreme Court in *Goldstein v. California* states that, while an "author" can be understood as an individual who writes a musical

características no se verá gratificado con un "derecho humano" propio para justificar un derecho sobre su creación. En cuanto a responder que en el primer caso ese derecho está justificado por la razón de que la obra, juzgada original, lleva la impronta de la personalidad del autor, además de que abrigamos reservas en cuanto a una originalidad en tal caso muy ... singular, este argumento nos parecería muy escolástico: la creación es tal porque así se dice -y se bautiza carp a conejo...

Además, y dejando ahora de lado cualquier juicio de valor, ¿cómo explicar, por ejemplo, que una creación, sin duda colectiva, no desemboca en el pleno reconocimiento de derechos a los autores o en el reconocimiento de derechos "plenos" a los autores (como se quiera) cuando las condiciones de aquélla hacen que sea una obra colectiva en el sentido del código (70)? ¿Quid de un derecho humano que puede no ser reconocido cuando se consideran las modalidades de elaboración de la obra?

- Segunda pregunta: si la calificación en términos de derecho humano postula, cuando no la universalidad, al menos una tendencia hacia ella (71), ¿cómo dar cuenta de los enfoques anglosajones y de las tradiciones y culturas denominadas arcaicas?

Si los derechos de copyright reconocen, en efecto, al autor (author), la palabra no remite obligatoriamente al creador de la obra en el sentido continental. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal supremo americano en el pleito Goldstein v. California de 1973 declara que "aunque un 'autor' pueda entenderse como un individuo que redacta una composición

qualités nouvelles ne se verra pas gratifier d'un "droit de l'Homme" propre à justifier d'un droit sur sa création. Quant à répondre qu'au premier cas ce droit est justifié pour la raison que l'œuvre, jugée originale, porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur, outre que nous restons très réservé quant à une originalité en pareil cas bien... singulière, cet argument nous semblerait fortement scolastique : la création est telle parce qu'elle est dite telle - et le lapin baptisé carpe...

Qui plus est, et tout jugement de valeur laissé de côté cette fois-ci, comment expliquer, par exemple, qu'une création, sans doute collective, ne débouche pas sur la pleine reconnaissance de droits aux auteurs ou sur la reconnaissance de droits "pleins" aux auteurs (comme on voudra) quand les conditions de celle-ci en font une œuvre collective au sens du code (70) ? *Quid* d'un droit de l'Homme qui peut ne pas être reconnu en considération des modalités d'élaboration de l'œuvre ?

- Seconde question : si la qualification en termes de droit de l'Homme postule, sinon l'universalité, du moins une tension vers celle-ci (71), comment rendre compte des approches anglo-saxonnes et des traditions des cultures dites archaïques ?

Si les droits de *copyright* connaissent, en effet, l'auteur (*author*), le mot ne renvoie pas nécessairement au créateur de l'œuvre au sens continental. C'est, par exemple, la décision de la Cour Suprême américaine *Goldstein v. California* de 1973 déclarant que si "un 'auteur' peut être entendu comme un individu qui rédige une composition musicale, le terme, dans son acception

composition, the term, in its constitutional sense, has been interpreted as denoting the "originator", the "person to whom something owes its origin" (72) and this may thus be the investor. Therefore, it is not the person who can boast a special link with the work who has a "natural" calling to be vested with a right in it. Truth on this side of the Atlantic? Error on the other side?

But why do traditional African, Amerindian and Polynesian societies, for their part, recognize only collective rights (73) belonging to the group, caste or clan? The answer is doubtless that a state of law is also, necessarily, a state of culture. Today, what would have appeared meaningless to the Indians of the plains is, for their grandchildren, a natural thing accepted by a Kevin Costner or a Leslie Silko (74).

13.2. - Perhaps the two questions raised should thus be considered the other way round and differently.

- Firstly, it is not uninteresting to note that in places where the rights of creators - authors in the proper sense - are not recognized, this refusal is often perceived as a denial of the creator's person.

It is true that U.S. practice, to take it as an example, is such that the fact that the copyright in films vests in the "studios" is not fundamentally questioned.

Yet we know that film directors seek to have their eminent place recognized, if need be by referring to the continental European model (75). Within

musical, el término, en su acepción constitucional, se ha interpretado para designar 'al que está en el origen', 'al que algo debe su origen'" (72) y puede por tanto ser el que invierte. No es pues el que puede prevalecerse de un vínculo privilegiado con la obra el que tiene vocación "natural" a estar investido de un derecho sobre ésta. ¿Verdad de este lado del Atlántico? ¿Error del otro lado?

Pero ¿por qué, por su lado, las sociedades tradicionales, africanas, amerindias, polinesias, sólo conocen derechos colectivos reconocidos al grupo, a la casta, al clan? La respuesta es sin duda que un estado de derecho es también, y obligatoriamente, un estado de cultura. Lo que parecería sin sentido al indio de las llanuras es hoy, para sus descendientes, algo natural en lo que se transforman Kevin Costner o Leslie Silko (74).

13.2. - *Quizás haya pues que considerar al revés las dos cuestiones planteadas.*

- En primer lugar, no deja de ser interesante observar que donde se ignoran los derechos del creador -del autor propio sensu-, ese rechazo es con frecuencia percibido como una denegación de su persona.

Es cierto que la práctica americana, por tomarla como ejemplo, es tal que el hecho de que el copyright sobre los filmes corresponda a los "studios" no se discute fundamentalmente.

Pero es sabido que los realizadores tratan de hacer que se reconozca su posición eminente, incluso haciendo referencia al modelo europeo continental (75). En el

constitutionnelle, a été interprété pour désigner 'celui qui est à l'origine', 'celui à qui quelque chose doit son origine'" (72) et ce peut être ainsi l'investisseur. Ce n'est donc point celui qui peut se targuer d'un lien privilégié avec l'œuvre qui a vocation "naturelle" à être investi d'un droit sur celle-ci. Vérité en deçà de l'Atlantique ? Erreur au-delà ?

Mais pourquoi, de leur côté, les sociétés traditionnelles, africaines, amérindiennes, polynésiennes, ne connaissent-elles que des droits (73) collectifs reconnus au groupe, à la caste, au clan ? La réponse est sans doute qu'un état de droit est aussi, et nécessairement, un état de culture. Ce qui eût paru dépourvu de sens à l'Indien des plaines est aujourd'hui, pour ses petits-enfants, une chose naturelle dans laquelle se coulent un Kevin Costner ou une Leslie Silko (74) .

13.2. - Peut-être faut-il donc prendre les deux questions posées à rebours et autrement.

- Premièrement, il n'est pas inintéressant de noter que là où sont ignorés les droits du créateur - de l'auteur *proprio sensu* -, ce refus est souvent perçu comme une dénégation de sa personne.

Il est vrai que la pratique américaine, pour la prendre en exemple, est telle que le fait que le *copyright* sur des films revienne aux "studios" n'est pas fondamentalement discutée.

Mais on sait que les réalisateurs cherchent à faire reconnaître leur place éminente, au besoin en faisant référence au modèle européen continental (75).

the framework of the European Community, directors have succeeded in securing recognition as authors, whether the legal context is that of authors' rights or copyright (since the rule must apply in the same way in the various Member States of the European Union) (76). And it is noteworthy that the *Huston* heirs, who were subject *ab initio* to U.S. law, should have chosen to invoke in France a moral right that they did not enjoy under U.S. law (77), a right which is the perfect expression of this link between author and work and which, incidentally, could be put forward only if they were classified as authors in the full sense of the creator entitled to claim a special link with the work (78) - this being proof of their preference for this status.

The state of a "claim" is the first state of a human right (79).

- But then, secondly, as nothing is simple, we must take up once again our Penelope's web. If authors' rights must be recognized as having the character of human rights, is it possible, as we suggested earlier (80), to give them variable geometry depending on the "product" to which they apply?

Are freedoms - and, for example, in a sphere which is close to the one we are discussing, freedom of expression - "divisible"? A negative answer would be hard to imagine. A freedom is or is not a fundamental freedom (freedom of expression *is* a fundamental freedom, whatever the limitations to which it is subject, moreover). Consequently, it seems difficult to consider that "our" authors' rights can be classified

marco comunitario, esos mismos realizadores consiguieron ser reconocidos como autores, en un contexto que puede ser de derecho de autor o de copyright (puesto que la regla debe aplicarse también en los diferentes Estados de la Unión europea) (76). Y es de notar que los herederos Huston, que dependen ab initio del derecho americano, hayan decidido invocar en Francia un derecho moral que no les reconocía su ley de origen (77), un derecho que es la expresión última de ese vínculo entre el autor y su obra y que no podía ser invocado, por otro lado, más que a condición de calificarles de autores en el pleno sentido de creador con fundamento para hacer valer un vínculo particular con la obra (78) -prueba de la preferencia que tenían por ese estatuto.

El estado "de reivindicación" es el primer estado de un derecho humano (79).

Pero entonces, en segundo lugar, como nada es sencillo, hay que volver de nuevo a nuestro telar de Penélope. Si debe reconocerse al derecho de autor el carácter de un derecho humano, ¿puede pretenderse, como lo hicimos antes (80), imprimirle una geometría variable según el "producto" a que se aplique?

¿Son "divisibles" las libertades y por ejemplo, en un campo próximo al que tratamos, la libertad de expresión? Difícilmente se puede imaginar una respuesta negativa. Una libertad es o no una libertad fundamental (la libertad de expresión es una libertad fundamental, cualquiera que sea por otro lado su régimen). Por lo tanto, parece difícil considerar que "nuestro" derecho de autor pueda ser calificado de modo diferente

Dans le cadre communautaire, ces mêmes réalisateurs sont parvenus à se faire reconnaître comme auteurs, que par hypothèse le contexte soit de droit d'auteur ou de *copyright* (puisque la règle doit s'appliquer également dans les différents États de l'Union européenne) (76). Et il est remarquable que les héritiers *Huston*, relevant *ab initio* du droit américain, aient choisi d'invoquer en France un droit moral que ne leur reconnaissait pas leur loi d'origine (77), un droit qui est l'expression achevée de ce lien entre l'auteur et son œuvre et qui ne pouvait, au demeurant, être mis en avant qu'à la condition de les qualifier d'auteurs au plein sens de créateur fondé à faire valoir un lien particulier avec l'œuvre (78) - preuve de la préférence qui était la leur pour ce statut.

L'état "de revendication" est le premier état d'un droit de l'Homme (79).

- Mais alors, secondement, comme rien n'est simple, il faut reprendre une fois encore notre toile de Pénélope. Si l'on doit reconnaître au droit d'auteur le caractère d'un droit de l'Homme, peut-on, comme nous l'avons fait plus haut (80), prétendre lui imprimer une géométrie variable selon le "produit" auquel il s'applique ?

Les libertés et par exemple, dans un registre proche de celui qui nous occupe, la liberté d'expression sont-elles "divisibles" ? On imagine mal une réponse négative. Une liberté est ou n'est pas une liberté fondamentale (la liberté d'expression *est* une liberté fondamentale, quel que soit par ailleurs son régime). Partant, il semble difficile de considérer que "notre" droit d'auteur puisse être qualifié différemment selon qu'il aurait vocation à s'appliquer à tel

differently according to whether they apply to one kind of object or another, as we suggested earlier. Thus authors' rights should or should not be human rights - with no possible let-out or middle course.

But must they really? Must the answer be a straight yes or no? Consideration of the most authoritative sources, like the case law of the Constitutional Council in France, may lead us to depart from such a radical vision. "There are degrees of virtue, just as there are degrees of vice" and scholars, like the decisions of the Council, do indeed suggest a "gradation" of freedoms. We have just mentioned that freedom of expression is subject to limitations. It is not the same for every citizen or every individual. The same holds for the right to strike. And the interesting thing for us here is that, while it is a question of the conditions under which freedoms, which are not disputed in themselves, may be exercised, the result is that, in certain circumstances, the enjoyment of a particular freedom, despite the fact that it is classified as a fundamental one, may be taken away to a very great extent from such and such a category of persons in a given situation. This is the case with the two rights we have just referred to: some people only have the right to say nothing just as others do not have the right to go on strike (81).

It is thus far from being incongruous to say, *at one and the same time*, that authors' rights could be considered human rights and that this classification could remain a purely formal one in certain borderline cases (82).

14. - The analysis would have the merit of being able to reconcile those who are bent on viewing authors' rights as human rights and those who, on the

según tenga vocación para aplicarse a un objeto y no a otro como en la hipótesis que sugeríamos antes. Así pues, el derecho de autor debería ser, o no ser, un derecho humano. Sin escapatoria posible ni término medio.

¿Debe verdaderamente serlo? ¿Debe ser calificado por un sí o un no? La consideración de la doctrina más autorizada como, en Francia, la del Consejo constitucional, puede llevar a apartarse de una visión tan radical. "Como el vicio, la virtud tiene grados" y tanto los autores como las sentencias del Consejo dan efectivamente la imagen de una "gradación" de las libertades. Acabamos de recordar que la libertad de expresión estaba delimitada, no es la misma para todo ciudadano o todo individuo. Lo mismo ocurre con el derecho de huelga. Y lo interesante, para nosotros aquí, es que si se trata de modalidades de ejercicio de libertades que por otro lado no se discuten, el resultado es que, en ciertas hipótesis, el beneficio de una libertad dada, sin embargo calificada de fundamental, puede ser suprimido radicalmente para tal o cual categoría de personas en una situación dada. Así ocurre con los dos derechos que acabamos de evocar: hay quienes no tienen más que el derecho a guardar silencio, igual que otros no tienen derecho a hacer huelga (81).

Dista pues mucho de ser una incongruidad decir que el derecho de autor podría, al mismo tiempo, ser considerado como un derecho humano y tal calificación ser puramente formal en determinados casos límite (82).

14. - *El análisis tendría el mérito de poder reconciliar a los que quieren absolutamente ver en el derecho de autor un derecho humano y los que, basados en*

objet et non point à tel autre comme nous en suggérons plus haut l'hypothèse. Ainsi, le droit d'auteur devrait être, ou ne pas être, un droit de l'Homme. Sans échappatoire possible ni moyen terme.

Le doit-il vraiment ? Doit-il être qualifié par un oui ou un non ? La considération de la doctrine la plus autorisée comme celle, pour la France, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peuvent conduire à s'écarter d'une vision aussi radicale. "Comme le vice, la vertu a des degrés" et auteurs comme décisions du Conseil donnent bien l'image d'une "gradation" des libertés. Nous venons de rappeler que la liberté d'expression était encadrée, elle n'est pas la même pour tout citoyen ou tout individu. Il en va de même du droit de grève. Et l'intéressant, pour nous, ici est que, s'il s'agit là de *modalités* d'exercice de libertés qui ne sont pas, par ailleurs, discutées, le résultat est que, dans certaines hypothèses, le bénéfice d'une liberté donnée, pourtant qualifiée de fondamentale, peut très radicalement être ôté à telle ou telle catégorie de personnes dans une situation donnée. Ainsi en va-t-il des deux droits à l'instant évoqués : certains n'ont que le droit de se taire comme d'autres n'ont pas le droit de faire grève (81).

Il est donc loin d'être incongru de dire que le droit d'auteur pourrait, *dans le même temps*, être tenu pour un droit de l'Homme et cette qualification rester de pure forme dans certains cas limites (82).

14. - L'analyse aurait le mérite de pouvoir réconcilier ceux qui veulent absolument voir dans le droit d'auteur un droit de l'Homme et ceux qui, sur

basis of various considerations, are more or less highly sceptical about this idea.

Whether the hypothesis of this "variable geometry" (83) is accepted or rejected, it nevertheless remains to be seen whether or not, at the end of the day, authors' rights should be proclaimed human rights... However, it must be acknowledged at this stage of our discussion that, if there are good reasons to favour a positive answer, nothing decisive imposes such an answer on anyone who wishes to reason freely...

MUCH ADO ABOUT NOTHING?

15. - All this, therefore, in order to say that nothing is certain? Doubtless... and it is the first stage of science (knowing that you do not know), even though some people would consider this frustrating.

However, a few facts seem to us to stand out and to be able to be considered established.

Thus it is to be noted that if authors' rights arise from a creation, this is the ordinary lot of all intellectual properties (84).

But not all creations give rise to property. Moreover, some do not necessarily even give rise to formalized rights: for example, there is *as such* no recognition of the rights of scientists exploring new universes; nor, to tell the truth, are any such rights even claimed by them (85).

consideraciones diversas, manifiestan un escepticismo más o menos fuerte hacia tal idea.

Queda sin embargo por saber, acéptese o no la hipótesis de esta "geometría variable" (83), si, finalmente, debe o no proclamarse que el derecho de autor es uno de los derechos humanos... Pero hay que reconocer, a este nivel de nuestra reflexión que, si existen buenas razones para inclinarse hacia una respuesta positiva, no hay nada decisivo que imponga tal respuesta a quien quiere razonar libremente...

¿MUCHO RUIDO PARA NADA?

15. - *¿Todo esto para decir pues que no hay nada seguro? Sin duda... y es el principio de la ciencia (saber que no se sabe), aunque haya quien pueda juzgar que esto es frustrante.*

Hay algunos datos que nos parecen sin embargo imponerse y que pueden ser tenidos por seguros.

Así, hay que constatar que aunque el derecho de autor procede de una creación, lo mismo ocurre con todas las propiedades intelectuales (84).

Pero todas las creaciones no dan lugar a propiedad. Ni incluso además obligatoriamente a derechos formalizados: no hay pues, como tales, reconocimiento de los derechos de los científicos que exploran nuevos universos ni tampoco, a decir verdad, reivindicaciones reales por parte de éstos (85).

des considérations diverses, manifestent un scepticisme plus ou moins fort à l'égard de cette idée.

Reste néanmoins à savoir, qu'on accepte ou non l'hypothèse de cette "géométrie variable" (83), si, au final, on doit ou non proclamer le droit d'auteur droit de l'Homme... Mais il faut bien reconnaître, à ce stade de nos réflexions que, si de bonnes raisons peuvent faire incliner vers une réponse positive, rien de décisif n'impose celle-ci à qui veut raisonner librement...

BEAUCOUP DE BRUIT POUR RIEN ?

15. - Tout cela donc pour dire que rien n'est sûr ? Sans doute... et c'est le début de la science (savoir que l'on ne sait pas), quand bien même certains jugeraient cela frustrant.

Quelques données nous semblent toutefois s'imposer et pouvoir être tenues pour acquises.

C'est ainsi qu'il faut constater que si le droit d'auteur procède d'une création, c'est le lot normal de toutes les propriétés intellectuelles (84).

Mais toutes les créations ne donnent pas lieu à propriété. Ni même d'ailleurs nécessairement à des droits formalisés : il n'y a pas ainsi, *comme tels*, de reconnaissance des droits des scientifiques explorant de nouveaux univers ni même, à dire vrai, de réelles revendications de la part de ceux-ci (85).

When property is recognized, the situation changes of course. But are human rights always involved in this case? As we have seen, it is difficult to generalize.

That there is a right to *express* the fruit of *one's creation* (based on freedom of expression or a related freedom) is indisputable.

That there is a right to recognition of the *status* and *dignity of creators* (both authors and inventors) also appears indisputable.

But that the *intellectual property* (and let us leave here the question of the pertinence and exact meaning of this expression) arising from the creation is a human right in this relationship with the creation is less certain. Inventors, who create in their own way, do not receive rights in their inventions as a result of their status alone. Undoubtedly, authors' rights lend themselves better - indeed the best among the various categories of intellectual property - to such an analysis if one accepts the idea of an intimate link between author and work. Nevertheless, the fact remains that, in our view, it is very difficult to assert this in absolute terms. The present heterogeneousness of authors' rights, which has doubtless made them lose some of their soul (86), certainly has something to do with this feeling which is ours. Perhaps, at the end of the day, if it is accepted that a right is something that is constructed, the proposition that "authors' rights should be human rights" - if we want them to be, of course (87) - is to be preferred to the phrase "authors' rights are human rights".

Will it be considered that this is to lack faith? *Poil de Carotte* narrowly escapes having his ears boxed for having

Quando se reconocen las propiedades, los datos evidentemente cambian. ¿Pero se trata entonces siempre de derechos humanos? Como hemos visto, es difícil generalizar.

No es discutible que haya un derecho a expresar el fruto de su creación (a título de la libertad de expresión o de una libertad próxima).

Tampoco parece discutible que haya un derecho al reconocimiento de la calidad y de la dignidad de creador, autor y también inventor.

Pero que la propiedad intelectual (y dejemos de lado aquí la cuestión de la pertinencia y del sentido exacto de esta denominación) procedente de la creación sea, en esa relación con la creación, uno de los derechos humanos, las cosas son menos seguras. El inventor, que crea a su manera, no recibe derechos sobre su invento por esa única calidad. Sin duda alguna, el derecho de autor se presta mejor -es el que más se presta de todas las propiedades intelectuales- a tal análisis si se admite la idea de un vínculo íntimo entre autor y obra. Aunque nuestro sentimiento sea que es difícil dejar eso sentado de forma absoluta. La heterogeneidad presente del derecho de autor que le ha hecho perder sin duda una parte de su alma (86) no es seguramente ajena a nuestro sentimiento. Quizás, finalmente, si se admite que el derecho es algo construido, a la fórmula "El derecho de autor es uno de los derechos humanos" haya que preferirle la proposición "el derecho de autor debe ser uno de los derechos humanos". Si se quiere, claro está (87).

¿Se encontrará que esto es carecer de fé? Poil de Carotte escapa por poco a una bofetada por haber dicho a su padre que

Quand des propriétés sont reconnues, les données changent évidemment. Mais s'agit-il alors toujours de droits de l'Homme ? Comme nous l'avons vu, on peut difficilement généraliser.

Qu'il y ait un droit à *exprimer* le fruit de *sa création* (au titre de la liberté d'expression ou d'une liberté voisine), ce n'est pas discutable.

Qu'il y ait un droit à la reconnaissance de la *qualité* et de la *dignité de créateur*, auteur mais aussi inventeur, cela ne le paraît pas non plus.

Mais que la *propriété intellectuelle* (et laissons ici la question de la pertinence et du sens exact de cette appellation) procédant de la création soit, dans ce rapport avec la création, un droit de l'Homme, les choses sont moins assurées. L'inventeur, qui crée à sa manière, ne reçoit pas de droits sur son invention de par sa seule qualité. Sans nul doute, le droit d'auteur se prête-t-il mieux - et le mieux parmi les propriétés intellectuelles - à une telle analyse si l'on admet l'idée d'un lien intime entre auteur et œuvre. Reste qu'à notre sentiment il est bien difficile de poser cela en absolu. L'hétérogénéité présente du droit d'auteur qui lui a sans doute fait perdre une partie de son âme (86) n'est certainement pas étrangère à ce sentiment qui est le nôtre. Peut-être, au final, si l'on admet que le droit est quelque chose de construit, faut-il préférer à la formule : "Le droit d'auteur est un droit de l'Homme", la proposition : "Le droit d'auteur doit être un droit de l'Homme". Si on le veut bien sûr (87).

Trouvera-t-on que c'est manquer de foi ? *Poil de Carotte* échappe de peu à une gifle pour avoir dit à son père qu'il ne l'aimait pas car il était son père

said to his father that he did not love him because he was his father but because of the "great friendship" that his father felt towards him and "did not owe him". "What wrong do you see in my words? [...] Instead of being banal, this affection is voluntary and reasoned." (88)

(English translation by
Margaret PLATT-HOMMEL)

no le quería porque fuera su padre sino por la "gran amistad" que éste el tenía y "no le debía". "¿Qué mal ves en lo que digo? (...) Este afecto, en lugar de ser trivial, es deseado, razonado" (88).

(Traducción española de
Antonio MUNOZ)

NOTES

(1) *Droit d'auteur & Droits de l'Homme*, INPI ed., 1990.

(2) *Op. cit.*, p. 10.

(3) Quoted by Renouard, vol. 1, p. 309.

(4) Quoted by Renouard, vol. 1, p. 326.

(5) National Assembly, session of 30 December 1790.

(6) Decree of 31 December 1790 and 7 January 1791.

(7) A quick foray into the United States: it is to be noted that the "copyright clause" of the U.S. Constitution also gives the Congress power to intervene to "promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries" (Constitution, Art. I, Section 8, clause 8).

(8) We began to do so in a report which formed the starting point of this article: "Peut-on parler de droits de l'Homme à propos des propriétés intellectuelles?", to be published: Publications du Pôle universitaire européen de Montpellier. The subject is rarely broached as it stands. Nevertheless we will cite the following authors: R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1959, p. 225; G. Béguin, "La déclaration universelle des droits de l'homme et la protection de la propriété intellectuelle", *Le droit d'auteur/Copyright 1963*, 317. Reference should also be made to the dissertation by S. Carre, *Droits du créateur et droit de l'homme : conditions de qualification*, DEA de Droit des créations immatérielles, Montpellier, 1996.

(9) The point is worth emphasizing.

(10) On a justification for literary and artistic property which is both humanist (rewarding the author) and "instrumental through its economic effectiveness" (intellectual rights as instruments of the market), see the fascinating book by A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant & LGDJ, 1993, p. 173 et seq.

NOTAS

(1) *Droit d'auteur & Droits de l'Homme*, INPI ed., 1990.

(2) *Op. cit.*, p. 10.

(3) Citado por Renouard, tomo 1, p. 309.

(4) Citado por Renouard, tomo 1, p. 326.

(5) Asamblea nacional, Sesión del 30 de diciembre de 1790.

(6) Decretos del 31 de diciembre de 1790 y del 7 de enero de 1791.

(7) Incurción en Estados Unidos de América: se observará que la "cláusula" de la constitución americana da también al Congreso el poder de intervenir para "promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles garantizando por un tiempo limitado a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus obras escritas e inventos respectivos" (Constitución, art. I, sección 8, cláusula 8).

(8) Lo hemos esbozado en un informe que ha sido el punto de partida del presente artículo: "Peut-on parler de droits de l'homme à propos des propriétés intellectuelles?", a publicar, Publications du Pôle Universitaire européen de Montpellier. El tema se aborda raras veces en esa forma. Citaremos sin embargo: R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1959, p. 225; G. Béguin, "La déclaration universelle des droits de l'homme et la protection de la propriété intellectuelle", *Le droit d'auteur 1963*, p. 317. Hay que evocar también la Memoria de S. Carre, *Droits du créateur et droit de l'homme : conditions de qualification*, DEA de Derecho de las creaciones inmateriales, Montpellier, 1996.

(9) Este punto merece ser subrayado.

(10) Sobre la justificación de la propiedad literaria y artística tanto humanista (recompensar al autor) como "instrumental por la eficacia económica" (los derechos intelectuales como instrumentos del mercado), ver la apasionante obra de M. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant & LGDJ, 1993, p. 173 y s.

mais en raison de la "haute amitié" que ce dernier lui portait et "ne lui (devait) pas". "Quel mal vois-tu à mes propos ? [...] Cette affection, au lieu d'être banale, est voulue, raisonnée" (88).

NOTES

(1) *Droit d'auteur & Droits de l'Homme*, INPI éd., 1990.

(2) *Op. cit.*, p. 10.

(3) Cité par Renouard, tome 1, p. 309.

(4) Cité par Renouard, tome 1, p. 326.

(5) Assemblée nationale, Séance du 30 décembre 1790.

(6) Décret des 31 déc. 1790 et 7 janv. 1791.

(7) Incursion aux États-Unis : on relèvera que la "clause" de la Constitution américaine donne également pouvoir au Congrès d'intervenir pour "promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant pour un temps limité aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives" (Constitution, art. 1, section 8, clause 8).

(8) Nous l'avons ébauché dans un rapport qui a été le point de départ du présent article : "Peut-on parler de droits de l'Homme à propos des propriétés intellectuelles ?", à paraître : publications du Pôle universitaire européen de Montpellier. Le sujet est rarement abordé tel quel. On citera toutefois : R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1959, p. 225 ; G. Béguin, "La déclaration universelle des droits de l'homme et la protection de la propriété intellectuelle", *Le droit d'auteur 1963*, 317. On ne manquera pas non plus d'évoquer le mémoire de S. Carre, *Droits du créateur et droit de l'homme : conditions de qualification*, DEA de Droit des créations immatérielles, Montpellier, 1996.

(9) Le point vaut d'être souligné.

(10) Sur une justification de la propriété littéraire et artistique tout autant humaniste (récompenser l'auteur) qu'"instrumentale par l'efficacité économique" (les droits intellectuels comme instruments du marché), voir le passionnant ouvrage de M. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant & LGDJ, 1993, p. 173 et s.

(11) Thus on authors' rights as "the extension of freedom to create", see D. Cohen, "La liberté de créer", in *Droits et libertés fondamentaux*, edited by R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche and T. Revet, Dalloz, 2nd ed., 1995, p. 239 and particularly p. 248. But "extension" is a term which remains very vague...

(12) Today, such an idea is a "pet theme" of those who, without admitting it, would view favourably the demise of authors' rights perceived as a nuisance, especially in relation to the development of databases, multimedia and the Internet. But one cannot neglect the - more serious - fact that traces of it are to be found in the International Conventions themselves; for example, when the Berne Convention provided for compulsory licence mechanisms in favour of developing countries - in an Appendix which, admittedly, has not been applied. And in fact, leaving aside the publicity-seeking and fashionable game played by some, it is a real issue today to determine how to combine freedom of expression (and the circulation of ideas) and authors' rights (see, for example, the stands of the Legal Advisory Board set up by the European Commission's DG XIII).

(13) It is true that one or two decisions have made a connection between the principles expressed in the Universal Declaration and substantive copyright law, but from the very specific angle of moral rights protection. This was the case in a ruling handed down on 1 February 1989 by the Paris Court of Appeal which held that any definitive relinquishment of these rights was contrary to international public policy by reference "to the international legal order established by the Universal Declaration of Human Rights" (JDI 1989, 1005, Edelman note, RIDA 1989, no. 142, 301, Sirinelli note). On these few decisions, see J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, no. 361 *et seq.* The connection made is certainly not incongruous. But without even having to note that the Universal Convention does not have any binding force (as Mr Bergé points out, *op. cit.*, no. 362), since it can have symbolic value, one has to acknowledge that the "protection of moral interests" does not imply the recognition of a moral right or moral rights in accordance with a national law's own canons. It implies that this moral aspect should not be ignored, which is not insignificant in itself.

(14) In the case of the French texts which are both political and "programmatic", they are of such a special nature, their purpose being to have these new rights accepted by distinguishing them from the former privileges, that it is difficult to read them as reflecting a true legal enunciation. They are more an expression of the prevailing atmosphere. Both the Declaration of the Rights of Man and these declarations are, in the Enlightenment spirit, *iusnaturalistes...* quite naturally.

(15) The article by Professor Rousseau discussing the reality (or lack of reality) of the so-called "third generation" rights is, to our knowledge, one of the few examples to the contrary (D. Rousseau, "Les droits de l'homme de la troisième génération", *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques* 1987, no. 19, p. 19). He has, in any case, been a great help to us.

(16) We hope that our colleagues in the field of public law will not hold it against us.

(17) Idea taken from Professor Rousseau.

(18) Another idea borrowed from Professor Rousseau.

(19) To be related here to what Rawls says about "basic freedoms" in *Libéralisme politique*, PUF, 1995.

(20) An idea which is present implicitly or explicitly in all the major declarations like the American Declaration of Independence, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 and the Universal Declaration.

(11) Así, sobre el derecho de autor como "prolongación de la libertad de crear", ver D. Cohen, "La liberté de créer", in *Droits et libertés fondamentaux*, bajo la dirección de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche y T. Revet, Dalloz, 2ª ed., 1995, p. 239, y en especial p. 248. Pero "prolongación" es muy vago...

(12) Tal idea es hoy un tópico que no se privan de manipular los que, sin confesarlo, venían con buenos ojos la muerte de un derecho de autor concebido como una traba, especialmente con relación al desarrollo de las bases de datos, del multimedia y de Internet. Pero no se puede ignorar -dato más serio- que los Convenios internacionales llevan también su huella; así cuando el Convenio de Berna preveía, en beneficio de los Estados en vías de desarrollo -en un anexo que en verdad no se aplicó- fórmulas de licencia obligatoria. Y, de hecho, es hoy en día, al lado del juego mediático y mundano practicado por algunos, un verdadero debate el de saber cómo articular libertad de expresión (y circulación de las ideas) y derecho de autor (ver, por ejemplo, las posturas adoptadas por el *Legal Advisory Board* instalado en la DG XIII).

(13) Es cierto que unas pocas sentencias han establecido la relación entre los principios expresados en la Declaración universal y el derecho de autor positivo, pero con una óptica bien particular de defensa del derecho moral. Así la sentencia del tribunal de París del 1 de febrero de 1989 que juzgó contrario al orden público internacional toda renuncia definitiva a ese derecho haciendo referencia "al orden jurídico internacional consagrado por la Declaración universal de los derechos humanos" (JDI 1989, 1005, nota Edelman, RIDA 1989, nº 142, 301, nota Sirinelli). Sobre esas sentencias, ver J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, nº 361 y s. La relación establecida está lejos de ser una incongruencia. Pero, sin siquiera tener que subrayar que el Convenio universal no tiene fuerza obligatoria (como lo recuerda el Sr. Bergé, *op. cit.*, nº 362) ya que puede tener un valor simbólico, es forzoso admitir que la "protección de los intereses morales" no implica el reconocimiento de un derecho moral o de derechos morales según los cánones propios de un derecho nacional. Ese Convenio implica que este aspecto moral no sea ignorado -lo que es ya apreciable.

(14) Para los textos franceses, son de un género tan particular, con la finalidad de hacer aceptar esos nuevos derechos singularizándolos con respecto a los antiguos privilegios, a la vez políticos y "programáticos", que es difícil entenderlos como la traducción de un verdadero enunciado jurídico. Son más bien la expresión del espíritu de la época. La Declaración de los Derechos Humanos, como esas declaraciones son, en el espíritu del siglo de las Luces, *iusnaturalistes...* naturalmente.

(15) El artículo del profesor Rousseau, que se interroga sobre la realidad (o la falta de realidad) de los derechos denominados "de la tercera generación", es, que nosotros sepamos, uno de los escasos ejemplos contrarios (D. Rousseau, "Les droits de l'homme de la troisième génération", *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques* 1987, nº 19, p. 19). Nos ha sido, en cualquier caso, de gran ayuda.

(16) Y que esperamos nuestros colegas publicistas consideren con indulgencia.

(17) Idea tomada del profesor Rousseau.

(18) Idea tomada también del profesor Rousseau.

(19) Hay que relacionar esto aquí con lo que dice Rawls de las "libertades básicas" in *Libéralisme politique*, ed. PUF, 1995.

(20) Idea presente, implícita o explícitamente, en todas las grandes declaraciones como la Declaración de independencia americana, la Declaración de Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, la Declaración universal.

(11) Ainsi sur le droit d'auteur "prolongement de la liberté de créer", voir D. Cohen, "La liberté de créer", in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Dalloz, 2^{me} éd., 1995, p. 239, spécialement p. 248. Mais "prolongement", voilà qui reste bien vague...

(12) C'est aujourd'hui une "tarte à la crème" qu'une telle idée que ne se privent pas de manier ceux qui, sans l'avouer, verraient d'un bon œil la mort d'un droit d'auteur conçu comme une gêne, spécialement par référence au développement des bases de données, du multimédia et de l'Internet. Mais on ne peut négliger - donnée plus sérieuse - que les Conventions internationales en portent elles-mêmes trace ; ainsi quand la Convention de Berne prévoyait, au profit des États en voie de développement - dans une annexe il est vrai restée inappliquée - des formules de licence obligatoire. Et, de fait, c'est aujourd'hui, à côté du jeu médiatique et mondain pratiqué par certains, un vrai débat que de savoir comment articuler liberté d'expression (et circulation des idées) et droit d'auteur (voir, par exemple, les prises de position du *Legal Advisory Board* installé auprès de la DG XIII).

(13) Certes, quelques rares décisions ont fait le lien entre les principes exprimés dans la Déclaration universelle et le droit d'auteur positif, mais cela dans une optique bien particulière de défense du droit moral. Ainsi de cet arrêt de la cour de Paris du 1er février 1989 jugeant contraire à l'ordre public international toute renonciation définitive à ce droit par référence "à l'ordre juridique international consacré par la Déclaration universelle des droits de l'Homme" (JDI 1989, 1005, note Edelman, RIDA 1989, n° 142, 301, note Sirinelli). Sur ces quelques décisions, voir J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n° 361 et s. Le lien fait n'est certainement pas incongru. Mais, sans même devoir relever que la déclaration universelle n'a pas de force contraignante (comme le rappelle M. Bergé, *op. cit.*, n° 362) car elle peut avoir une valeur symbolique, il faut bien admettre que la "protection des intérêts moraux" n'implique pas la reconnaissance d'un droit moral ou de droits moraux selon les canons propres d'un droit national. Elle implique que cet aspect moral ne soit pas ignoré - ce qui n'est déjà pas négligeable.

(14) Pour les textes français, ils sont d'un genre si particulier, avec pour fin de faire accepter ces nouveaux droits en les démarquant des privilèges anciens, tout à la fois politiques et "programmatiques", qu'il est difficile de les lire comme traduisant un véritable énoncé juridique. Ils sont plutôt expression de l'air du temps. La Déclaration des Droits de l'Homme comme ces déclarations sont, dans l'esprit des Lumières, jusnaturalistes... tout naturellement.

(15) L'article du professeur Rousseau, s'interrogeant sur la réalité (ou le défaut de réalité) des droits dits "de la troisième génération", est, à notre connaissance, un des rares exemples contraires (D. Rousseau, "Les droits de l'homme de la troisième génération", *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques* 1987, n° 19, p. 19). Il nous a, en tout cas, été d'un grand secours.

(16) Et dont nous espérons que nos collègues publicistes ne nous tiendront pas rigueur.

(17) Idée reprise du professeur Rousseau.

(18) Idée encore empruntée au professeur Rousseau.

(19) A rapprocher ici de ce que dit Rawls des "libertés de base" in *Libéralisme politique*, édité aux PUF, 1995.

(20) Idée présente, implicitement ou explicitement, dans toutes les grandes déclarations comme la Déclaration d'Indépendance américaine, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la Déclaration universelle.

(21) Even then the fact should not be disregarded that it may be authors' rights in the strict sense or *copyright* which is incorporated in the accepted legal order - and not necessarily authors' rights specifically.

(22) Of course, this is far from being an accepted analysis and we shall return to the debate between specialists. However, the intention here is to indicate a possible trail to follow (even if it may not lead anywhere).

(23) Is it necessary to recall, in the French context, the terms of the first paragraph of Article L. 111-1 of the Intellectual Property Code under which "the author of a work of authorship shall, by the mere fact of its creation, enjoy an exclusive incorporeal property right in the work, effective against all persons"?

(24) With the skilful ambiguity cultivated in connection with the private character or otherwise of property, this is indeed what the Universal Declaration of Human Rights says in its Article 17.1: "Everyone has the right to own property alone as well as in association with others." The French Declaration of 1789 is even more radical: "The purpose of any political association is the preservation of the imprescriptible natural rights of man: these rights are freedom, property, security and resistance to oppression" (Art. II) and "as property is a sacred, inviolable right, no one may be deprived of it except where lawfully established public necessity clearly requires it and subject to fair, prior compensation" (Art. XVII).

(25) Discreetly, it is true, but unequivocally by the Council of Europe's Director of Human Rights, Mr Leuprecht, at the Symposium "*Droits d'auteur et droits de l'Homme*" referred to earlier (note 1). Proceedings, p. 67.

(26) Our remark *supra* no. 3 *in fine*.

(27) Thus, for example, property is mentioned only in passing by J. Robert (in *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien) and J. Morange (*Libertés publiques*, PUF). Judge Costa devotes a few pages to it (*Les libertés publiques en France et dans le Monde*, STH ed.). Private law specialists are the ones who show the most interest in it, even if in doing so they consider it from their own perspective (witness the book, which has a very practical function because it is intended to prepare for the CRFPA entrance examination, *Droits et libertés fondamentaux*, cited earlier, in which a study, written by C. Mouly, is devoted specifically to "property").

(28) May we take this opportunity to pay tribute not only to a talented young professor who died too soon, to use a conventional phrase but one, sadly, that is true, all too true, but also to a man of passion who was fierce in the defence of his ideas but open to dialogue and who could be warm.

(29) C. Mouly, "Place de la propriété parmi les droits de l'Homme", Aix-en-Provence, 1996.

(30) Cf. the quotations given at the beginning of this study.

(31) In *Le Journal des Economistes*, 1868

(32) Cf., for example, J. Foyer and M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 266.

(33) Which, in fact, attracted the attention of economists to a greater extent.

(34) See "Brevet d'invention", in *Dictionnaire d'Economie politique*, 1854.

(35) *Infra*, no. 9.2.

(36) It is true that, in an article by Professor Lemennicier, authors' rights are "cleared" of the sin of monopolization ("La propriété intellectuelle est-elle une propriété ordinaire?", *Le Communicateur* 1995, no. 31, p. 45) but a reading of the article, which is very interesting, shows clearly that its author, a learned economist, does not have a

(21) *Habría que hablar en plural, es decir no ignorar que, según los casos, es el derecho de autor stricto sensu o el copyright lo que se introduce en el orden jurídico recibido -no el derecho de autor con su carácter específico.*

(22) *Claro está que el análisis está lejos de ser aceptado y volveremos a considerar el debate que opone a los especialistas. Pero se trata aquí de indicar una posible pista (aunque pueda no llevar a ningún sitio).*

(23) *¿Es necesario recordar, en el contexto francés, el contenido del párrafo 1º del artículo L. 111-1 del Código de la propiedad intelectual según el cual "el autor de una obra del ingenio goza sobre esa obra, por el sólo hecho de su creación, de un derecho de propiedad incorpórea exclusivo y oponible a todos"?*

(24) *Con la ambigüedad mantenida a sabiendas sobre el carácter privado o no de la propiedad, es lo que dice efectivamente en su artículo 17.1 la Declaración universal de los derechos humanos: "Toda persona, tanto sola como en colectividad, tiene derecho a la propiedad". Más radical aún es la Declaración francesa de 1789 según la cual "el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (art. II) y "como la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, constatada legalmente, lo exige evidentemente, y con la condición de una indemnización previa justa" (art. XVII).*

(25) *Discreetamente pero sin equívocos, por el director de los derechos humanos del Consejo de Europa, Sr. Leuprecht, en el Coloquio "Droits d'auteur et droits de l'homme" antes citado (nota 1). Actas, p. 67.*

(26) *Nuestra observación supra nº 3 in fine.*

(27) *Así, a simple título de ilustración, la propiedad no es sino evocada de modo incidental por J. Robert (in Libertés publiques et droits de l'homme, Montchrestien) o J. Morange (Libertés publiques, PUF). El consejero Costa consagra a ello unas páginas (Les libertés publiques en France et dans le Monde, STH ed.). Y son los juristas de derecho privado los que manifiestan mayor interés por ella, aunque sea utilizando su propia guía de lectura (lo atestigua la obra, de función muy práctica puesto que está destinada a servir para la preparación al examen de entrada en el CRFPA: Droits et libertés fondamentaux, antes citada, donde un estudio de C. Mouly está consagrado especialmente a "La propriété").*

(28) *Esta evocación nos da ocasión para rendir homenaje no sólo a un joven profesor de talento, desaparecido demasiado pronto según la fórmula convencional mas por desgracia cierta, sino también a un hombre apasionado, vigoroso defensor de sus ideas pero también abierto al diálogo y que sabía ser cordial.*

(29) C. Mouly, "Place de la propriété parmi les droits de l'homme", Aix-en-Provence, 1996.

(30) *Cf. las citas hechas al comienzo del estudio.*

(31) *In Le Journal des Economistes, 1868.*

(32) *Cf. por ejemplo, J. Foyer y M. Vivant, Le droit des brevets, PUF, 1991, p. 266.*

(33) *Que de hecho ha atraído más la atención de los economistas.*

(34) *V. "Brevet d'invention", in Dictionnaire d'Economie politique, 1854.*

(35) *Más adelante nº 9.2.*

(36) *Es cierto que el profesor Lemennicier escribe que el derecho de autor está "lavado" del pecado de monopolización ("La propriété intellectuelle est-elle une propriété ordinaire?", *Le Communicateur* 1995, nº 31, p. 45) pero la lectura del artículo, que además es muy interesante, muestra que el autor, sabio economista, no tiene de esa derecho*

(21) Encore faudrait-il parler au pluriel, c'est-à-dire ne pas méconnaître que, selon les cas, c'est le droit d'auteur *stricto sensu* ou le *copyright* qui viennent s'insérer dans l'ordre juridique reçu - non le droit d'auteur dans sa spécificité.

(22) Bien sûr, l'analyse est loin d'être reçue et nous reviendrons sur le débat qui oppose les spécialistes. Mais il s'agit ici d'indiquer une piste possible (cette piste devrait-elle ne mener à rien).

(23) Faut-il rappeler, dans le contexte français, la teneur de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-1 du Code de la Propriété intellectuelle aux termes duquel "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" ?

(24) Avec la savante ambiguïté cultivée sur le caractère privé ou non de la propriété, c'est bien ce que dit en son article 17.1 la Déclaration universelle des droits de l'Homme : "Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété." Plus radicale encore est la Déclaration française de 1789 selon laquelle "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme : ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression" (art. II) et "la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" (art. XVII).

(25) Il est vrai discrètement mais sans équivoque par le directeur des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, M. Leuprecht, lors du Colloque "*Droits d'auteur et droits de l'Homme*" cité plus haut (note 1) : Actes, p. 67.

(26) Notre remarque *supra* n° 3 *in fine*.

(27) Ainsi, à simple titre d'illustration, la propriété n'est que très incidemment évoquée par J. Robert (*in Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien) ou J. Morange (*Libertés publiques*, PUF). Le conseiller Costa y consacre quelques pages (*Les libertés publiques en France et dans le Monde*, STH éd.). Et ce sont les juristes de droit privé qui manifestent le plus d'intérêt pour elle, quitte ce faisant à user de leurs propres grilles de lecture (témoin cet ouvrage, à fonction très pratique puisque destiné à assurer la préparation à l'examen d'entrée au CRFPA : *Droits et libertés fondamentaux*, précité, où, sous la plume de C. Mouly, une étude est spécialement consacrée à "La propriété").

(28) Que cette évocation soit ici l'occasion de rendre hommage non seulement à un jeune professeur talentueux, trop tôt disparu selon une formule convenue mais hélas vraie, trop vraie, mais aussi à un homme de passion, farouche dans la défense de ses idées mais ouvert au dialogue et qui savait être chaleureux.

(29) C. Mouly, "Place de la propriété parmi les droits de l'Homme", Aix-en-Provence, 1996.

(30) Cf. les citations faites en début d'étude.

(31) *In* Le Journal des Économistes, 1868.

(32) Cf. par exemple, J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 266.

(33) Qui, de fait, a davantage retenu l'attention des économistes.

(34) V^e "Brevet d'invention", *in Dictionnaire d'Économie politique*, 1854.

(35) Ci-après n° 9.2.

(36) Il est vrai que, sous la plume du professeur Lemennicier, le droit d'auteur est "lavé" du péché de monopolisation ("La propriété intellectuelle est-elle une propriété ordinaire ?", *Le Communicateur* 1995, n° 31, p. 45) mais la lecture de l'article, par ailleurs plein d'intérêt, montre bien que son auteur, savant économiste, n'a pas de ce droit une vision conforme au droit positif

vision of authors' rights which is consistent with substantive law, a fact which makes him disregard what the rights of reproduction and performance, which form its hard core, really cover.

(37) God is on our side! But God is on the other side too... If we were absolutely determined to remain within the context of natural law, we would accept that it can - reasonably... - be understood in the terms in which Professor Ambrosetti spoke of "Christian natural law", i.e. in terms of a project of reason to be constructed ("Y a-t-il un Droit naturel chrétien?", Archives de Philosophie du Droit 1973, p. 77), in other words in terms of fully cultural nature...

(38) Such an opinion was notably expressed firmly by Mr Edelman at the seminar on *Le droit d'auteur aujourd'hui* organized by Madame de Lamberterie (although, unfortunately, it does not appear in the records which do not include the debates: Ed. du C.N.R.S., 1991).

(39) For example, C. Colombat: "The legal nature of authors' rights is thus hybrid: property right for the economic right aspect; personal right for the moral right aspect" (*Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 6th ed., 1992, no. 20); A. and H.-J. Lucas: "Apart from the fact that Article L. 111-1 mentions distinctly the two categories of attributes, it should be observed in particular that the system is clearly dualist. Thus the moral right is expressly declared perpetual and inalienable (...) Consequently, we share the opinion of Desbois that 'the protection of the moral interests and the satisfaction of the economic interests represent two objectives which reason and the observation of facts enable us to dissociate'" (*Traité de la Propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, no. 29).

(40) Of course, it is particularly Professor J. Raynard who must be cited here and his thesis: *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

(41) If need be, property of a particular kind - as we argued ourselves ("Le contenu du droit d'auteur", in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 73).

(42) Put more simply, are authors' rights as conceived thus property rights "in part" or, through this duality of prerogatives, are they rights of a "different nature" (still to be determined)?

(43) See *supra* no. 5.

(44) To tell the truth, moreover, this classification would doubtless be accepted more easily by a continental jurist than by a common law one. The question of what is the exact nature of *copyright* is perhaps not settled any more conclusively than that of the nature of *droit d'auteur* or authors' rights. The theory of natural law appears to have been abandoned in England and the United States and commentators oscillate between monopoly and/or "property right" analyses. But the terms "property right" are skillfully ambiguous and it could still be a question sometimes of a "natural law property right" (see, in this regard, from an American viewpoint, L. Ray Patterson and S.W. Lindberg, *The Nature of Copyright*, University of Georgia Press, 1991; and again, of course, A. Strowel, *op. cit.*, no. 87 et seq.). With regard to English copyright, Dworkin and Taylor call it a property right, but one which does not seem to be a property right without ambiguity since they consider that it often confers less powers than those usually associated with the notion of property, notably because of the need to take account of the contradictory requirements of Article 27 of the Universal Declaration (*Copyright, Designs & Patents Act 1988*, Blackstone, 1989, p. 3).

(45) See A. Strowel, *op. cit.*, no. 401 et seq. Reference could also be made in this regard to Mr J.-S. Bergé's thesis of great quality, *op. cit.*, no. 95.

una visión conforme con el derecho positivo, lo cual le lleva a ignorar lo que recubren efectivamente los derechos de reproducción y de representación que constituyen su núcleo duro.

(37) ¡Dios está con nosotros! Pero también está enfrente... Si se quiere permanecer a todo trance en el registro del derecho natural, admitiríamos que se entienda -en razón...- en los términos en que el profesor Ambrosetti ha hablado del "derecho natural cristiano", es decir en términos de proyecto de razón a construir ("Y a-t-il un Droit naturel chrétien ?" Archives de Philosophie du Droit 1973, p. 77). Dicho de otro modo, en términos de naturaleza plenamente cultural...

(38) Tal opinión fue en particular expresada con firmeza por el Sr. Edelman en el seminario organizado por la Sra. de Lamberterie sobre *Le droit d'auteur aujourd'hui* (aunque desgraciadamente las actas, que no recogen los debates, no lo muestren: Ed. CNRS, 1991).

(39) Por ejemplo, C. Colombat: "La naturaleza jurídica del derecho de autor es pues híbrida: derecho de la propiedad, para el aspecto de derecho patrimonial, derecho de la personalidad, para el aspecto de derecho moral" (*Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 6^e ed., 1992, n^o 20); A. y H.-J. Lucas: "Además de que el artículo L. 111-1 apunta indistintamente a las dos categorías de atributos, conviene sobre todo observar que el régimen es claramente dualista. Así el derecho moral está declarado expresamente como perpetuo e inalienable (...) Nos sumamos pues a la opinión de Desbois según la cual "la protección de los intereses morales y la satisfacción de los intereses de orden patrimonial representan dos objetivos, que la razón y la observación de los hechos permiten disociar" (*Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n^o 29).

(40) Hay que citar aquí expresamente al profesor J. Raynaud y su Tesis, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

(41) Si es necesario: propiedad de un tipo particular -como lo hemos afirmado ("Le contenu du droit d'auteur" in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, antes citado, p. 73).

(42) Dicho más sencillamente, el derecho de autor así concebido ¿es entonces un derecho de propiedad "en parte" o, por esta dualidad de prerogativas, se convierte en un derecho de "otra naturaleza" (que quedaría por determinar)?

(43) Ver *supra* n^o 5.

(44) A decir verdad, además, esta calificación será sin duda más fácilmente admitida por un jurista continental que por un jurista de la *Common Law*. La cuestión de saber cuál es la naturaleza exacta del *copyright* no está quizás mejor resuelta que la de la naturaleza del derecho de autor. La teoría del derecho natural parece abandonada tanto en Inglaterra como en Estados Unidos y los comentaristas oscilan entre análisis en términos de monopolio y/o de "property right". Pero estos últimos términos son ambiguos y podrá tratarse además a veces de "natural law property right" (ver, desde un punto de vista americano, L. Ray Patterson y S. W. Lindberg, *The nature of copyright*, University of Georgia Press, 1991; y también claro está A. Strowel, *op. cit.*, n^o 87 y s.). En lo tocante al *copyright* inglés, Dworkin y Taylor lo califican de *property right*, pero que parece ser efectivamente un derecho de propiedad, sin ambigüedad, puesto que juzgan que confiere frecuentemente poderes menores que los asociados habitualmente a la noción de propiedad, en particular a causa de la necesidad de tener en cuenta los imperativos contradictorios del artículo 27 de la Declaración universal (*Copyright, Designs & Patents Act 1988*, Blackstone, 1989, p. 3).

(45) Ver A. Strowel, *op. cit.*, n^o 401 y ss. También se podrá consultar sobre esto la Tesis de gran calidad del Sr. J.-S. Bergé, antes citada, p. 95.

qui lui fait ignorer ce que recouvrent effectivement les droits de reproduction et de représentation qui en constituent le noyau dur.

(37) Dieu est avec nous ! Mais il est en face aussi... A vouloir à tout prix rester dans le registre du droit naturel, nous admettrions qu'il puisse - en raison... - être compris dans les termes où le professeur Ambrosetti a parlé du "droit naturel chrétien", c'est-à-dire en termes de projet de raison à construire ("Y a-t-il un Droit naturel chrétien ?", Archives de Philosophie du Droit 1973, p. 77). Autrement dit en termes de nature pleinement culturelle...

(38) Une telle opinion fut notamment exprimée avec fermeté par M. Edelman lors du séminaire organisé par Mme de Lamberterie sur *Le droit d'auteur aujourd'hui* (quoi qu'hélas les actes, qui ne reprennent pas les débats, ne le fassent pas apparaître : Éd. du C.N.R.S., 1991).

(39) Par exemple C. Colombet : "La nature juridique du droit d'auteur est donc hybride : droit de la propriété, pour l'aspect de droit patrimonial, droit de la personnalité, pour l'aspect de droit moral" (*Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 6ème éd., 1992, n° 20) ; A. et H.-J. Lucas : "Outre que l'article L. 111-1 vise distinctement les deux catégories d'attributs, il convient surtout d'observer que le régime est clairement dualiste. C'est ainsi que le droit moral est expressément déclaré perpétuel et inaliénable (...) Nous nous rallions donc à l'opinion de Desbois selon laquelle 'la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts d'ordre patrimonial représentent deux objectifs, que la raison et l'observation des faits permettent de dissocier'" (*Traité de la Propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n° 29).

(40) C'est bien sûr tout spécialement le professeur J. Raynard qu'il faut ici citer et sa thèse : *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

(41) Au besoin : propriété d'un genre particulier - comme nous l'avons nous-mêmes soutenu ("Le contenu du droit d'auteur", in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, précité, p. 73).

(42) Dit plus simplement, le droit d'auteur ainsi conçu est-il de la sorte un droit de propriété "pour partie" ou, par cette dualité de prérogatives, devient-il un droit d'une "autre nature" (qu'il resterait à déterminer) ?

(43) Voir *supra* n° 5.

(44) A dire vrai, d'ailleurs, cette qualification sera sans doute plus facilement acquise aux yeux d'un juriste continental qu'à ceux d'un juriste de *Common Law*. La question de savoir quelle est l'exacte nature du *copyright* n'est peut-être pas mieux tranchée que celle de la nature du droit d'auteur. La théorie du droit naturel paraît abandonnée en Angleterre comme aux États-Unis et les commentateurs oscillent entre des analyses en termes de monopole et/ou de "*property right*". Mais ces derniers termes sont savamment ambigus et il pourra encore être question parfois de "*natural law property right*" (voir ainsi, d'un point de vue américain, L. Ray Patterson et S. W. Lindberg, *The nature of copyright*, University of Georgia Press, 1991 ; et encore bien sûr A. Strowel, *op. cit.*, n° 87 et s.). S'agissant du *copyright* anglais, Dworkin et Taylor qualifient celui-ci de *property right*, mais qui semble bien être un droit de propriété, sans ambiguïté, puisqu'ils le jugent comme conférant souvent des pouvoirs moindres que ceux usuellement associés à la notion de propriété, ce notamment en raison de la nécessité de prendre en compte les impératifs contradictoires de l'article 27 de la Déclaration universelle (*Copyright, Designs & Patents Act 1988*, Blackstone, 1989, p. 3).

(45) Voir A. Strowel, *op. cit.*, n° 401 et ss. On pourra encore se référer là-dessus à la thèse de grande qualité de M. J.-S. Bergé, précitée, n° 95.

(46) Without masking the paradox which could make *copyright* more easily a human right as a property right because, in the case of *copyright*, the property right classification does not trigger off the passions that it does when *droit d'auteur* or authors' rights are involved!

(47) The young Portalis who was not one for dogmatizing was surprised that, already, so much ardour could be put into challenging the idea by reference to specificities which in today's language would be labelled techniques: "The need to subject enjoyment to conditions does not imply the need to distort the title on which such enjoyment is based. One can own property for a term of years or own property carrying a usufruct, a right of use, an incumbrance or a mortgage, but one still owns property. Therefore, nothing prevents an author who possesses an exclusive right in his works throughout his lifetime, or his heir or representative who will enjoy the right for thirty years after his death, from possessing this right as property" (Session of the Chamber of Peers, 25 May 1839, *Moniteur* 26 May, p. 774).

(48) R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", *op. cit.*, particularly p. 229.

(49) Article 27, quoted *supra* no. 4.1.

(50) A fact which, moreover, made it hard for him to justify capitalist property (in the proper sense).

(51) See *supra* no. 9.2.

(52) Cited earlier, no. 2.

(53) Cited by E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer Verlag, 1980, 3rd ed., p. 55, and taken up by A. Strowel, *op. cit.*, no. 145. The latter, incidentally, brings out well the relationship that can still be established between Locke, Louis d'Héricourt's report of 1725 - arguing that the property of ideas is derived from work - and the options (and language) of the French revolutionaries.

(54) See *supra* no. 3.

(55) Even under the American law fiction of the *first and true inventor*.

(56) While, within the Anglo-American context, there were many who defended very early on the idea of a *copyright* created by the law (i.e. "statutory"), the theory of an "author's right" *copyright* as a natural right was also defended very early on to justify such a right against that of publishers, but we know that a ruling handed down in 1774 by the House of Lords - *Donaldson v. Beckett* (4 Burr. 2408) - put an end to the natural right theory. Almost 50 years later, moreover, the same House of Lords spoke expressly of a "positivist vision" concerning its own doctrine.

(57) For a long time or with ardour.

(58) Cf. our study: "Création de l'esprit: la reconnaissance des créations par le droit", in *Dictionnaire de la Communication*, PUF, 1993, vol. 2, p. 1244.

(59) Professor Gautier speaks colourfully of the "umbilical cord" in connection with authors' rights.

(60) Quoted *supra* no. 4.1. The commentary, written by R. Cassin himself, is extremely interesting, moreover, being true to an "all-embracing" philosophy of creation but attached to the personal link that may exist between creator and creation: "On reading these lines, one discerns immediately that their original purpose was not to define as human rights the various rights of an economic nature that an inventor or author may derive from the exploitation of his patented

(46) Sin esconder la paradoja que podría hacer más fácilmente del *copyright* un derecho humano como derecho de propiedad, puesto que a su respecto esta calificación no suscita las pasiones que surgen cuando se trata del derecho de autor.

(47) Portalis el Joven que no era dogmático se sorprendía ya de que se pudiera poner tanto ardor en rechazar la idea haciendo valer especificidades que hoy en día se calificarían de técnicas: "La necesidad de introducir condiciones para el disfrute no implica la de desnaturalizar el título que da derecho a ese disfrute. Se puede ser propietario temporal, propietario gravado por un usufructo, por un derecho de uso, una servidumbre, una hipoteca, pero no se deja de ser propietario. Nada impide pues que un autor que posee un derecho exclusivo sobre sus obras durante toda su vida, o que su heredero o su representante que disfrutará durante treinta años iras la muerte del que representa, no posean ese derecho a título de propiedad" (Sesión de la Cámara de los Pares, 25 de mayo de 1839, *Moniteur* 26 de mayo, p. 774).

(48) R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", antes citado, especialmente p. 229.

(49) Art. 27 citado *supra* nº 4.1.

(50) Lo cual, por otro lado, no dejaba de hacerle difícil la justificación de la propiedad capitalista (*proprio sensu*).

(51) Ver *supra* nº 9.2.

(52) Antes citado nº 2.

(53) Citado por E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer Verlag, 1980, 3ª ed., p. 55 - y retomado por A. Strowel, *op. cit.*, nº 145. Este, por lo demás, pone bien de relieve la filiación que se puede establecer entre Locke, la memoria de 1725 de Louis d'Héricourt que sostiene la tesis de que la propiedad de las ideas se deriva del trabajo y las opciones (y fórmulas) de los revolucionarios franceses.

(54) Ver *supra* nº 3.

(55) Incluso en la ficción del derecho americano del *first and true inventor*.

(56) Aunque en el contexto angloamericano fueron muchos los que defendieron muy pronto la idea de un *copyright* creado por la ley ("estatutario"), la tesis de un *copyright* "author's right" y derecho del autor como derecho natural fue también defendida muy pronto para justificar tal derecho contra el de los editores ("publishers"); pero es sabido que una sentencia dictada por la Cámara de los Lores en 1774, *Donaldson c. Beckett* (4 Burr. 2408), condenó la tesis del derecho natural. Casi cincuenta años después, la misma Cámara de los Lores iba a hablar expresamente de "visión positivista" a propósito de su propia doctrina.

(57) Desde largo tiempo o con fervor.

(58) Cf. nuestro estudio "Création de l'esprit : la reconnaissance des créations par le droit", in *Dictionnaire de la Communication*, PUF, 1993, t. 2, p. 1244.

(59) El profesor Gautier habla utilizando la imagen, a propósito del derecho de autor, de "cordón umbilical".

(60) Citados *supra* nº 4.1. El comentario, hecho por el propio R. Cassin, es de gran interés, fiel a una filosofía "globalizadora" de la creación pero apegado al vínculo personal que puede existir entre creador y creación: "La sola lectura de esas líneas permite discernir inmediatamente que su objetivo original no era definir como derechos humanos los derechos diversos de naturaleza pecuniaria que un inventor o un autor puede sacar de la explotación de su invento

(46) Sans masquer ce paradoxe qui pourrait faire plus aisément du *copyright* un droit de l'Homme comme droit de propriété, puisqu'à son égard cette qualification ne déclenche pas les passions qu'elle suscite quand il s'agit de droit d'auteur !

(47) Portalis jeune qui ne dogmatisait pas s'étonnait que, déjà, on pût mettre tant de fougue à récuser l'idée en faisant valoir des spécificités que l'on qualifierait dans le langage d'aujourd'hui de techniques : "La nécessité d'apporter des conditions dans la jouissance n'entraîne point celle de dénaturer le titre qui donne droit à cette jouissance. On peut être propriétaire à temps, propriétaire grevé d'un usufruit, d'un droit d'usage, d'une servitude, d'une hypothèque, on n'en est pas moins propriétaire. Rien n'empêche donc que l'auteur qui possède un droit exclusif sur ses ouvrages pendant toute la durée de sa vie, que son héritier ou son représentant qui en jouira pendant trente ans après la mort de celui qu'il représente, ne possèdent ce droit à titre de propriété" (Séance de la Chambre des Pairs, 25 mai 1839, *Moniteur* 26 mai, p. 774).

(48) R. Cassin, "L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit", précité, spéc. p. 229.

(49) Art. 27 cité *supra* n° 4.1.

(50) Ce qui, d'ailleurs, ne manquait pas de lui rendre difficile la justification de la propriété capitaliste (*proprio sensu*).

(51) Voir *supra* n° 9.2.

(52) Précité n° 2.

(53) Cité par E. Ulmer, *Urheber - und Verlagsrecht*, Springer Verlag, 1980, 3^{me} éd., p. 55 - et repris par A. Strowel, *op. cit.*, n° 145. Celui-ci, au demeurant, met bien en lumière la filiation qu'on peut encore établir entre Locke, le mémoire de 1725 de Louis d'Héricourt soutenant la thèse que la propriété des idées est dérivée du travail et les options (et formules) des révolutionnaires français.

(54) Voir *supra* n° 3.

(55) Même sous la fiction du droit américain du *first and true inventor*.

(56) Si, dans le contexte anglo-américain, nombreux furent ceux qui défendirent très tôt l'idée d'un *copyright* créé par la loi ("statutaire"), la thèse d'un *copyright* "author's right" et droit de l'auteur comme droit naturel fut aussi très tôt défendue pour justifier un tel droit contre celui des éditeurs ("publishers") mais on sait qu'un arrêt rendu par la Chambre des Lords en 1774, *Donaldson v. Beckett* (4 Burr. 2408), vint condamner la thèse du droit naturel. Près de cinquante ans plus tard, la même Chambre des Lords allait d'ailleurs parler expressément de "vision positiviste" à propos de sa propre doctrine.

(57) De longue date ou avec ferveur.

(58) Cf. notre étude : "Création de l'esprit : la reconnaissance des créations par le droit", in *Dictionary de la Communication*, PUF, 1993, T. 2, p. 1244.

(59) Le professeur Gautier parle, de manière imagée, à propos du droit d'auteur, de "cordon ombilical".

(60) Cités *supra* n° 4.1. Le commentaire, fait par R. Cassin, lui-même, est d'ailleurs plein d'intérêt, fidèle à une philosophie "globalisante" de la création mais attaché au lien personnel pouvant exister entre créateur et création : " La simple lecture de ces lignes permet de discerner immédiatement que leur but originare n'était pas de définir comme droits de l'homme, les droits divers de nature pécuniaire qu'un inventeur ou auteur peut tirer de l'exploitation de son invention brevetée ou de son œuvre (...) mais

invention or his work (...) but rather to proclaim the eminently personal character of any intellectual work and the lasting link which subsists between the author and his work or the inventor and his discovery even when the latter has become the common heritage of all men" (aforementioned article, at p. 227).

(61) Or wanted to find it.

(62) Kant, *Metaphysics of Morals (Metaphysik der Sitten)*, *Doctrine of Right*, § 31, II, "What is a book?"

(63) Hegel, *Elements of the Philosophy of Right (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, § 43: "The question can be raised as to whether the artist, scientist, etc. has legal ownership of his art, his science, his gift of preaching, of saying mass, etc., that is to say whether such objects are things." § 69: "The purchaser [of an object arising from an intellectual production] is thus fully and freely the owner of that particular object although the author of the writing or the inventor of the technical device continues to be the owner of the universal process which enables such products to multiply, since he has not alienated this process but has reserved it as an expression which remains his own."

(64) Von Gierke, who is often cited for Germany, placed such emphasis on personal rights (like others today imagine nothing outside property) that his thesis is rather weakened as a result (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895). French authors, for their part, tend to be dualist, like A. Morillot who was very critical as regards the theory of property (*De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies...* Cotillon ed., 1878) or H. Desbois (cited in the main text). The idea that Roubier also formulates in the text that we cite is expressed well, in any case, by Mr Nast who wrote: "The author's right in his work consists in enjoying control over his work, i.e. his thoughts and ideas, even when the work has been published. And as his thoughts and ideas are only the expression of his intellectual thought, the author's right is a personal right (...) By protecting it, the law merely protects the author's personality itself" (D. 1936, 2, p. 65). On this question, the scholarly and interesting thesis (which is in the process of being completed) by Ms A. Maffre-Beaugé (Montpellier) on the work as the projection of the author's personality will be required reading.

(65) Desbois, "Aspects essentiels de la jurisprudence française", in *Mélanges Ripert*, LGDJ 1950, vol. II, no. 4.

(66) Even though, in actual fact, things are less simple. Madame Bovary is also the reader; take Andrei Makine, for example: "My heart resounded in unison. 'Emma Bovary is me'" (*Le testament français*).

(67) Thus one cannot ignore the fact that Hegel, contrary to what sometimes certain people would be tempted to make him say, and whatever the importance he attaches to the author, accepts the "objectivation" of literary and artistic production which he even makes the condition for it entering legal commerce (*op. cit.*). If, he says, "knowledge, learning and talent are characteristic of a free mind and are internal and not external, [...] he can also give them an external existence through expression and alienate them" (§ 43). And again: "What is original in intellectual production can be transformed, through the process of expression, into an external object..." (§ 68). More significantly, one will have noted that, when he employs the intimacy-objectivation dialectic, his discourse does not really give literary and artistic activity a special place: "One must not begin to look for the substance of the writer's or the inventor's right in a condition which is laid down arbitrarily..." (§ 69, cf. also *supra* note 63). We are a long way from the truth as (often) taught. It is true, on the other hand, that the Kantian conception may seem more radically personalist, as the philosopher speaks of an "innate" right, "inherent in the person of the author" (quoted by A. Strouel, *op. cit.*, no. 75)... but says little more, which removes some of the force from the remark.

patentado o de su obra (...) sino más bien proclamar el carácter eminentemente personal de toda obra del ingenio y el vínculo duradero que persiste entre el autor y su obra o entre el inventor y el descubrimiento aun cuando este haya pasado a ser patrimonio común de todos los hombres" (artículo antes citado, especialmente p. 227).

(61) O se ha querido encontrarla ahí.

(62) Kant, *Metafísica de las costumbres. Doctrina del derecho*, § 31, II, "¿Qué es un libro?"

(63) Hegel, *Principios de filosofía del derecho* (Gallimard, traducción francesa de A. Kaan), § 43: "Cabe preguntarse si el artista, el sabio, etc., tienen la posesión jurídica de su arte, de su ciencia, de su facultad de predicar, de decir misa, etc., es decir si tales objetos son cosas." § 69: "El que adquiere (un objeto nacido de una producción intelectual) es pues plena y libremente propietario del objeto particular aunque el compositor del escrito o el inventor del dispositivo técnico siga siendo propietarios del procedimiento universal que permite multiplicar tales productos puesto que no ha alienado ese procedimiento, sino que lo ha reservado como expresión que le sigue siendo propia."

(64) Von Gierke, con frecuencia citado para Alemania, otorga tal lugar a los derechos de la personalidad (como hoy quienes no imaginan nada fuera de la propiedad) que su tesis resulta bastante debilitada (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895). Los autores franceses son por su lado más bien dualistas, como A. Morillot, muy crítico para la tesis de la propiedad (*De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies...* Cotillon ed., 1878) o H. Desbois (citado en el texto). M. Nast expresa bien, en cualquier caso, la idea que formula también Roubier en el texto que evocamos, puesto que escribe: "El derecho del autor sobre su obra consiste en la posesión de su obra, es decir de su pensamiento y de sus ideas, aun cuando la obra haya sido publicada. Y como su pensamiento y sus ideas no son sino la manifestación de su pensamiento intelectual, el derecho del autor es un derecho personal (...) Protegiéndolo, la ley no hace más que proteger la personalidad misma del autor" (D. 1936, 2, p. 65). Sobre esta cuestión habrá que leer la erudita e interesante Tesis (a punto de terminar) de la Sra. A. Maffre-Beaugé sobre la obra como proyección de la personalidad (Montpellier).

(65) A. Desbois, "Aspects essentiels de la jurisprudence française", in *Mélanges Ripert*, LGDJ, 1950, vol. II, nº 4.

(66) Aunque en realidad las cosas no sean tan sencillas. Madame Bovary es también el lector; Andrei Makine por ejemplo: "Mi corazón latía al unísono. 'Emma Bovary soy yo'" (*Le testament français*).

(67) Así, no se puede ignorar que Hegel, al contrario de lo que a veces se tiene la tentación de hacerle querer decir, y sea cual sea el lugar que reconoce al autor, admite efectivamente la "objetivación" de la producción literaria y artística de la que hace incluso la condición de su entrada en el comercio jurídico (*op. cit.*). Si, dice "los conocimientos, el saber, un talento son propios del espíritu libre y le son interiores y no exteriores, (...) puede también darles una existencia exterior por la expresión y alienarlos" (§ 43). Y también: "Lo que hay de original en la producción intelectual puede, gracias al procedimiento de la expresión, transformarse en un objeto exterior..." (§ 68). Aún más, se habrá notado que su razonamiento, cuando pone en juego la dialéctica intimidad-objetivación, no da realmente un espacio aparte a la actividad literaria y artística: "No hay que comenzar a buscar la sustancia del derecho del escritor o del inventor en una condición puesta de modo arbitrario..." (§ 79; cf. también *supra* nota 63). Estamos lejos de la verdad (con frecuencia enseñada). Es cierto, por el contrario, que la concepción kantiana puede parecer más radicalmente personalista, ya que el filósofo habla de un derecho "innato, inherente a la persona del autor" (citado por A. Strouel, *op. cit.*, nº 75)... pero tampoco dice mucho más, lo que quita algo de fuerza a la afirmación.

bien plutôt de proclamer le caractère éminemment personnel de toute œuvre de l'esprit et le lien durable qui persiste entre l'auteur et son œuvre ou l'inventeur et sa découverte même lorsque celle-ci est devenue le patrimoine commun de tous les hommes" (article précité, spéc. p. 227).

(61) Ou a voulu la trouver.

(62) Kant, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, § 31, II, "Qu'est-ce qu'un livre ?"

(63) Hegel, *Principes de philosophie du droit* (Gallimard, traduction A. Kaan). § 43 : "On peut se demander si l'artiste, le savant, etc., a la possession juridique de son art, de sa science, de sa faculté de prêcher, de dire la messe, etc., c'est-à-dire si de tels objets sont des choses." § 69 : "L'acquéreur [d'un objet né d'une production intellectuelle] est donc pleinement et librement propriétaire de l'objet particulier quoique le compositeur de l'écrit ou l'inventeur du dispositif technique reste propriétaire du procédé universel qui permet de multiplier de tels produits puisqu'il n'a pas aliéné ce procédé, mais qu'il l'a réservé comme expression qui lui reste propre."

(64) Von Gierke, souvent cité pour l'Allemagne, donne une telle place aux droits de la personnalité (comme d'autres aujourd'hui n'imaginent rien en dehors de la propriété) que sa thèse s'en trouve assez affaiblie (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895). Les auteurs français sont, eux, plutôt dualistes, tels que A. Morillot très critique à l'égard de la thèse de la propriété (*De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies...* Cotillon éd., 1878) ou H. Desbois (cité au texte). M. Nast exprime bien, en tout cas, l'idée que formule aussi Roubier dans le texte que nous rapportons, puisqu'on peut lire sous sa plume : "Le droit de l'auteur sur son œuvre consiste dans la maîtrise de son œuvre, c'est-à-dire de sa pensée et de ses idées, même lorsque l'œuvre a été publiée. Et comme sa pensée et ses idées ne sont que la manifestation de sa pensée intellectuelle, le droit de l'auteur est un droit personnel (...). En le protégeant, la loi ne fait que protéger la personnalité même de l'auteur" (D. 1936, 2, p. 65). Sur la question, il faudra lire la savante et intéressante thèse (en voie d'achèvement) de Mlle A. Maffre-Beaugé sur l'œuvre, projection de la personnalité (Montpellier).

(65) A. Desbois, "Aspects essentiels de la jurisprudence française", in *Mélanges Ripert*, LGDJ, 1950, vol. II, n° 4.

(66) Encore qu'en réalité, les choses soient moins simples. Mme Bovary, c'est aussi le lecteur ; Andréï Makine par exemple : "Mon cœur résonnait à l'unisson. 'Emma Bovary, c'est moi'" (*Le testament français*).

(67) Ainsi, on ne peut méconnaître qu'Hegel, contrairement à ce que parfois certains seraient tentés de lui faire dire, et quelle que soit la place qu'il reconnaît à l'auteur, admet bien l'"objectivation" de la production littéraire et artistique dont il fait même la condition de son entrée dans le commerce juridique (*op. cit.*). Si, dit-il, "des connaissances, un savoir, un talent sont propres à l'esprit libre et lui sont intérieurs et non extérieurs, [...] il peut aussi bien leur donner une existence extérieure par l'expression et les aliéner" (§ 43). Et encore : "Ce qu'il y a d'original dans la production intellectuelle peut, grâce au procédé de l'expression, se transformer en un objet extérieur..." (§ 68). Bien plus, on aura noté que son discours, quand il joue de la dialectique intimité - objectivation, ne fait pas réellement une place à part à l'activité littéraire et artistique : "Il ne faut pas commencer à chercher la substance du droit de l'écrivain ou de l'inventeur dans une condition posée arbitrairement..." (§ 69 ; cf. aussi *supra* note 63). Nous sommes loin de la vérité (souvent) enseignée. Il est vrai, en revanche, que la conception kantienne peut sembler plus radicalement personnaliste, le philosophe parlant d'un droit "inné, inhérent à la personne de l'auteur" (cité par A. Strowel, *op. cit.*, n° 75)... mais aussi ne disant guère plus, ce qui enlève un peu de force au propos.

(68) That is to say, developments being what they are, often very little.

(69) For France, the rule is laid down in Article L. 112-1 of the Intellectual Property Code. But the principle, though not universal, is very widespread (see C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, 2nd ed., 1992, p. 15).

(70) Articles L. 113-2 and L. 113-5 of the French Code.

(71) See *supra* no. 5 *in fine*.

(72) Quoted by A. Strowel, *op. cit.*, no. 277.

(73) And even then the word does not have the technical sense implied by our legal systems.

(74) Kevin Costner, for the cinema, who claims his "25%" Cherokee blood, or Leslie Silko, for literature, a pueblo Indian, both taken here as symbolic examples because many others could be cited.

(75) In the field of neighbouring rights, the same movement can be noted in Canada, moreover, in connection with performers.

(76) The director of a cinematographic or audiovisual work is thus proclaimed an author through the "Rental" Directive 92/100 of 19 November 1992 (Art. 2 § 2), the "Satellite" Directive 93/83 of 27 September 1993 (Art. 1 § 5) and the "Term" Directive 93/98 of 29 October 1993 (Art. 2 § 1).

(77) In which regard the Court of Cassation was to prove them right: Cass. civ. 1, 28 May 1991, JCP 1991, II, 21731, Françon note, and JCP 1991 ed. E, II, 220, Sirinelli and Ginsburg note; D. 1993, 197, Raynard note; RIDA 1991, no. 149, p. 161, Kéréver obs.; Rev. crit. DIP 1991, 752, Gautier note.

(78) Something that the "play" of the classification according to the rules of private international law did not necessarily imply. On the difficulty, see notably J. Ginsburg, "La loi applicable à la titularité du droit d'auteur...", Rev. crit. DIP 1994, 603.

(79) See *supra* no. 5 and the references to Professor Rousseau's work.

(80) No. 13.1.

(81) As we already used Professor Rousseau's work at the beginning of this discussion, let us continue to do so here. In his treatise *Droit du contentieux constitutionnel* (L.G.D.J. and Montchrestien, 4th ed., 1996, p. 115 *et seq.*), one will find ample material to justify what we state in the text, which might seem gratuitous to those who are not familiar with these questions. Under a title which is significant in itself, namely "Permanent Arbitration of the Constitutional Principles", the two headings dealt with are "A general relativization of rights and freedoms" and "A continuous modulation of rights and freedoms". On the right to strike, the following is stated, with relevant references to the Council's decisions (which we will not give here): "The sacrifices imposed on the right to strike are never uniform, but vary depending on the services in question: they are substantial when the right applies to corporations in which nuclear matter is held, weaker when they apply to broadcasting organizations and are refused when, by their general nature, limitations on the right to strike consider neither the nature of the various services concerned nor the harmful consequences that concerted stoppages of work may have for the community" (p. 117). In France, men and women serving in the armed forces do not have the right to strike...

(82) The hypothesis we put forward *supra* in 13.1 *in limine* nuts and bolts and computer software...

(68) Es decir, tal como evolucionan las cosas, a menudo muy poca cosa.

(69) Para Francia, la regla está fijada en el artículo L. 112-1 del Código de la propiedad intelectual. Pero el principio, aunque no sea universal, está ampliamente extendido (ver C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, 2ª ed., 1992, p. 15).

(70) Artículos L. 113-2 y 113-5 del Código francés.

(71) Ver *supra* nº 5 *in fine*.

(72) Citado por A. Strowel, *op. cit.*, nº 277.

(73) Y además el término no tiene el sentido técnico implicado por nuestros sistemas jurídicos.

(74) Kevin Costner, para el cine, que reivindica su "25 %" de sangre cheroquee o Leslie Silko, para la literatura, india de la tribu pueblo, tomados ambos aquí de manera emblemática, ya que se podría citar a muchos otros.

(75) En lo tocante a los derechos conexos, se puede además observar el mismo movimiento en Canadá con respecto a los artistas-intérpretes.

(76) El realizador de una obra cinematográfica o audiovisual está proclamado autor mediante las directivas: nº 92/1000 "Alquiler" del 19 de noviembre de 1992, art. 2, § 2; nº 93/83 "Satélite" del 27 de septiembre de 1993, art. 1 § 5; nº 93/98 "Duración" del 29 de octubre de 1993, art. 2 § 1.

(77) En lo que el Tribunal de casación le daría la razón: Cass. civ. 1, 28 de mayo de 1991, JCP 1991, II, 21731, nota Françon, y JCP 1991 ed. E, II, 220, nota Sirinelli y Ginsburg; D. 1993, 197, nota Raynard; RIDA 1991, nº 149, p. 161, obs. Kéréver; Rev. crit. DIP 1991, 752, nota Gautier.

(78) Lo que no implicaba obligatoriamente el juego de la calificación según las reglas del derecho internacional privado. Sobre esta dificultad, ver en particular J. Ginsburg, "La loi applicable à la titularité du droit d'auteur...", Rev. crit. DIP 1994, 603.

(79) Ver *supra* nº 5 y las referencias a los trabajos del profesor Rousseau.

(80) Nº 13.1.

(81) Puesto que hemos utilizado ya, en el origen de esta reflexión, los trabajos del profesor Rousseau, continuemos aquí. Se encontrará en su tratado de *Droit du contentieux constitutionnel* (IGDJ y Montchrestien, 4ª ed., 1996, p. 115 y s.) la base de lo que afirmamos en el texto y que pudiera parecer gratuito a los que estas cuestiones no les son familiares. Bajo un título que es en sí mismo significativo "Un arbitraje permanente de los principios constitucionales", se tratan dos rúbricas: "Una relativización general de los derechos y libertades" y "Una modulación continua de los derechos y libertades". Sobre el derecho de huelga, se puede leer, con todas las referencias útiles a las decisiones del Consejo (que no daremos aquí): "Los sacrificios impuestos al derecho de huelga no son nunca uniformes sino que varían según los servicios en cuestión: son importantes cuando el derecho se aplica a los establecimientos en que hay materias nucleares, más débiles cuando se aplican a las empresas de radio-televisión, y rechazados cuando, por su generalidad, las limitaciones del derecho de huelga no tienen en cuenta ni la naturaleza de los diversos servicios concernidos, ni las consecuencias perjudiciales que pueden tener para la colectividad los paros concertados del trabajo" (p. 117). Los militares no tienen en Francia derecho de huelga...

(82) Nuestra hipótesis avanzada *supra* en 13.1 *in limine*: del tornillo y del programa de ordenador...

(68) C'est-à-dire, l'évolution des choses étant ce qu'elle est, souvent bien peu.

(69) Pour la France, la règle est posée à l'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle. Mais le principe, quoi que non universel, est très largement répandu (voir C. Colombat, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, 2^{me} éd., 1992, p. 15).

(70) Articles L. 113-2 et L. 113-5 du code français.

(71) Voir *supra* n° 5 *in fine*.

(72) Cité par A. Strowel, *op. cit.*, n° 277.

(73) Et encore le mot n'a-t-il pas le sens technique impliqué par nos systèmes juridiques.

(74) Kevin Costner, pour le cinéma, qui revendique ses "25%" de sang cherokee ou Leslie Silko, pour la littérature, indienne pueblo, pris ici l'un et l'autre de manière emblématique, car beaucoup d'autres pourraient être cités.

(75) S'agissant des droits voisins, on peut, d'ailleurs, enregistrer le même mouvement au Canada à propos des artistes-interprètes.

(76) Le réalisateur d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle est ainsi proclamé auteur, à travers les directives : - n° 92/100 "Location" du 19 novembre 1992, art. 2 § 2 ; - n° 93/83 "Satellite" du 27 septembre 1993, art. 1 § 5 ; - n° 93/98 "Durée" du 29 octobre 1993, art. 2 § 1.

(77) Ce en quoi la Cour de cassation devait leur donner raison : Cass. civ. 1, 28 mai 1991, JCP 1991, II, 21731, note Françon, et JCP 1991 éd. E, II, 220, note Sirinelli et Ginsburg ; D. 1993, 197, note Raynard ; RIDA 1991, n° 149, p. 161, obs. Kéréver ; Rev. crit. DIP 1991, 752, note Gautier.

(78) Ce que n'impliquait pas nécessairement le jeu de la qualification selon les règles du droit international privé. Sur la difficulté, voir notamment J. Ginsburg, "La loi applicable à la titularité du droit d'auteur...", Rev. crit. DIP 1994, 603.

(79) Voir *supra* n° 5 et les références aux travaux du professeur Rousseau.

(80) N° 13.1.

(81) Puisque nous avons déjà, à la source de cette réflexion, utilisé les travaux du professeur Rousseau, continuons ici. On trouvera dans son traité de *Droit du contentieux constitutionnel* (L.G.D.J. et Montchrestien, 4^{me} éd., 1996, p. 115 et s.) de quoi fonder ce que nous affirmons au texte et qui pourrait sembler gratuit à ceux qui ne sont pas familiers avec ces questions. Sous un intitulé déjà significatif en soi : "Un arbitrage permanent des principes constitutionnels", les deux rubriques traitées sont l'une : "Une relativisation générale des droits et libertés", l'autre : "Une modulation continue des droits et libertés". Sur le droit de grève, on peut lire, avec toutes références utiles aux décisions du Conseil (que nous ne rapporterons pas ici) : "Les sacrifices imposés au droit de grève ne sont jamais uniformes mais varient selon les services en cause : ils sont importants quand le droit s'applique aux établissements où sont détenus des matières nucléaires, plus faibles quand ils s'appliquent aux entreprises de radio-télévision, et refusés quand, par leur généralité, les limitations au droit de grève ne prennent en compte 'ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail'" (p. 117). Les militaires n'ont pas en France de droit de grève...

(82) Notre hypothèse avancée *supra* in 13. 1 *in limine* : du boulon et du logiciel...

(83) Which is, in its principle, more than a hypothesis: see *supra* no. 13.2 *in fine* and note 81.

(84) This point is disputed in connection with trademarks but, contrary to the opinion of many, we think that the right also arises from a creation here (see our contribution "Pour une épure de la propriété intellectuelle" in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 415) and that if trademarks are denied this trait it is because, as is all too often the case, jurists are satisfied with "good sense" which is not that of Descartes and does not stem from a critical reading of things. See also on this subject: *Les créations immatérielles et le droit*, by the ERCIM team, Ellipses ed., 1997.

(85) On this question, one can consult a recent (and very interesting) study which shows that the subject, which was widely debated before the war, has not lost all of its topicality: X. Strubel, *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS ed. 1997.

(86) The inevitable salad basket or the nuts and bolts referred to earlier, but also, for example, computer software, the irruption of which in the sober world of authors' rights has not finished making its effects felt.

(87) In fact, human rights are not rigid. Moreover, it is common to refer to "generations" of human rights. Jacques Robert, who was dealing purely with the contemporary period, described the Constitutional Council's case law as making choices and arbitrations develop "in the light of the evolution of society and its march towards progress" (J. Robert, "Le Conseil constitutionnel en question", *Le Monde* 8 December 1981). What is and what should be...

(88) J. Renard, *Poil de Carotte*, "Personal ideas" (those ideas which are "thus named because one should keep them to oneself").

(83) Que es, en su principio, más que una hipótesis: ver *supra* nº 13.2 *in fine* y la nota 81.

(84) Este punto se discute a propósito de la marca pero, contra la opinión de muchos, estimamos que ese derecho procede también de una creación (ver nuestra contribución "Pour une épure de la propriété intellectuelle" in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 415) y que si ese rasgo se le niega es porque, como ocurre frecuentemente, los juristas se declaran satisfechos con un "sentido común" que no es en modo alguno el de Descartes y que no acompaña una lectura crítica de las cosas. Ver también sobre este tema: *Les créations immatérielles et le droit*, por el equipo del ERCIM, Ellipses ed., 1997.

(85) Sobre esta cuestión se podrá consultar un estudio reciente (y de gran interés) que muestra que el tema, ampliamente debatido antes de la guerra, no ha perdido toda su actualidad: X. Strubel, *La protection des oeuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS ed., 1997.

(86) El inevitable cesto para la ensalada o el tornillo ya evocados pero también, por ejemplo, el programa de ordenador cuya irrupción en el mundo prudente del derecho de autor no ha terminado de hacer notar sus efectos.

(87) De hecho, los derechos humanos no tienen nada de inmutable. Se habla además corrientemente de las "generaciones" de los derechos humanos. Y Jacques Robert, considerando únicamente el período contemporáneo, describió que la jurisprudencia del Consejo constitucional hacía evolucionar las decisiones y arbitrajes "a la luz de la evolución de la sociedad y de su marcha hacia el progreso" (J. Robert, "Le Conseil constitutionnel en question", *Le Monde*, 8 de diciembre de 1981). Ser y deber ser...

(88) J. Renard, *Poil de Carotte*, "Las ideas personales" (esas ideas "así llamadas porque hay que guardárselas").

(83) Qui est, dans son principe, plus qu'une hypothèse : voir *supra* n° 13. 2 *in fine* et la note 81.

(84) Le point est discuté à propos de la marque mais, contre l'avis de beaucoup, nous estimons que ce droit aussi procède d'une création (voir notre contribution : "Pour une épure de la propriété intellectuelle" in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 415) et que si ce trait lui est dénié c'est que, comme trop souvent, les juristes se satisfont d'un "bon sens" qui n'est en rien celui de Descartes et qui ne participe pas d'une lecture critique des choses. Voir aussi sur ce thème : *Les créations immatérielles et le droit*, par l'équipe de l'ERCIM, Ellipses éd., 1997.

(85) Sur la question, on pourra consulter une étude récente (et pleine d'intérêt) qui montre que le sujet, largement débattu avant-guerre, n'a pas perdu toute actualité : X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS éd., 1997.

(86) L'inévitable panier à salade ou le boulon déjà évoqués mais aussi par exemple le logiciel dont l'irruption dans le monde sage du droit d'auteur n'a pas fini de faire ressentir ses effets.

(87) De fait, les droits de l'Homme n'ont rien de figé. On parle, d'ailleurs, couramment des "générations" de droits de l'Homme. Et Jacques Robert, s'attachant à la seule période contemporaine, décrit la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme faisant évoluer choix et arbitrages "à la lumière de l'évolution de la société et de sa marche vers le progrès" (J. Robert, "Le Conseil constitutionnel en question", *Le Monde* 8 décembre 1981). Être et devoir être...

(88) J. Renard, *Poll de Carotte*, "Les idées personnelles" (ces idées "ainsi nommées parce qu'il faut les garder pour soi").