UNIVERSITE DE DIJON
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

179474 Bis

L'INDISPONIBILITE DES DROITS DE LA PERSONNALITE

UNE APPROCHE CRITIQUE DE LA THEORIE DES DROITS DE LA PERSONNALITE

THESE
POUR LE DOCTORAT D'ETAT EN DROIT
SOUTENUE EN FEVRIER 1978
11 février

par

PASCAL ANCEL

assistant à la faculté de droit

8

JURY M. Gérard COUTURIER, Professeur, Directeur de recherche
M. André DECOCQ, Professeur
M. Ibrahim FADLALLAH, Maître de conférences agrégé
M. Roger NERSON, Professeur
M. André PONSARD, Conseil[illegible] à la Cour de Cassation

I N T R O D U C T I O N .

I - La formule selon laquelle les droits de la personnalité sont indisponibles, hors du commerce ou, d'une manière plus générale, insusceptibles de conventions est de celles que la plupart des juristes reproduisent mécaniquement, pour les avoir lues sous la plume des auteurs de la génération précédente, et sans s'interroger vraiment sur leur utilité. Or, au tout premier abord, cette utilité peut paraître discutable : tous les auteurs, en effet, après avoir posé en principe l'indisponibilité des droits de la personnalité, s'empressent de relever de nombreuses exceptions qui en ruinent à peu près complètement la portée. Ce paradoxe n'est pas apparu récemment dans les développements doctrinaux : déjà en 1909, E.H. Perreau, dans un des premiers articles consacrés en France aux droits de la personnalité, remarquait que l'indisponibilité de ces droits était un principe fâcheux en pratique et que, d'ailleurs, il existait de nombreuses conventions relatives aux droits de la personnalité dont nul n'avait jamais contesté la validité (1).

La formule survit cependant, et elle est invoquée, en une sorte d'incantation, dans les domaines les plus divers - qu'il s'agisse par exemple de justifier l'illicéité de certaines opérations portant sur le corps humain, les restrictions apportées à la validité

-ooOoo-

) E.H. Perreau, Des droits de la personnalité, Rev. trim. dr. civ. 1909 p. 501.

des clauses de celibat, la révocabilité de l'autorisation donnée par une personne à une autre de faire usage de son nom patronymique, etc... C'est dire qu'au delà du problème de savoir si un individu peut, stricto sensu, disposer de ses droits de sa personnalité, les aliéner, la doctrine pose, sous la rubrique de l'indisponibilité de ces droits, un problème plus général : celui de l'influence de la volonté d'un individu sur la protection de sa personnalité. Dans quelle mesure un individu peut-il consentir à ce qu'il soit porté atteinte à sa personnalité, ou s'engager dans un contrat qui implique, ou risque d'entraîner une telle atteinte ? Ces questions seront au centre de nos développements.

2 - Ces problèmes ont déjà fait l'objet d'un nombre important d'études doctrinales, et les solutions du droit positif sont aujourd'hui relativement bien établies. La plupart des auteurs s'accordent sur la mesure dans laquelle une personne peut disposer de son propre corps, autoriser des immixtions dans sa vie privée, ou encore limiter contractuellement sa liberté (I).

Sans doute subsiste-t-il encore quelques incertitudes ; par exemple la licéité de certaines opérations sur le corps humain, la validité des clauses d'irresponsabilité pour les dommages causés à la personne, la validité des clauses de célibat... suscitent encore quelques controverses. Par ailleurs, les solutions, liées à l'état des moeurs, évoluent sans cesse : l'interruption volontaire de grossesse, réprimée d'une manière générale jusqu'en 1975, est aujourd'hui légalisée sous certaines conditions ; plus récemment encore, le législateur est intervenu pour autoriser les prélèvements d'organes à usage thérapeutique (loi du 22 décembre 1976). En outre de nouveaux problèmes apparaissent : le développement de la pornographie, par exemple, amène à s'interroger sur la validité des conventions passées par les acteurs de certains films ou par les modèles qui posent pour certaines revues obscènes. Les conventions par lesquelles certaines personnes monnayent la divulgation de leur vie privée sont également apparues assez récemment en pratique.

Toutes ces incertitudes ou ces problèmes nouveaux, cependant, ne suffiraient pas à justifier une nouvelle étude d'ensemble sur les conventions relatives à la personnalité, dans la mesure où les principes

-ooOoo-

(I) voir pour une synthèse : A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, L.G.D.J. 1960.

généraux de solution sont connus et n'ont pas été sensiblement modifiés ces dernières années.

C'est pourquoi notre propos n'est pas, essentiellement, de procéder à une nouvelle étude des solutions du droit positif. Ce qui nous a paru surtout intéressant, c'est de nous interroger sur la manière dont la doctrine appréhende habituellement ces solutions, dans le cadre de la théorie générale des droits de la personnalité, dont elle en rend compte en affirmant l'indisponibilité de ces droits. En définitive, à travers le problème particulier des conventions relatives à la personnalité, c'est une nouvelle approche de la construction doctrinale relative aux droits de la personnalité que nous voudrions tenter.

*

* *

3 - D'origine germanique, la théorie des droits de la personnalité a été introduite en France à la fin du XIXème siècle (I). Elle n'a cessé, depuis, de se développer tant à travers de nombreuses monographies consacrées à tel ou tel de ces droits (2), que grâce à de remarquables études d'ensemble dont la principale reste la thèse du doyen Nerson, publiée en I939 (3). Et il n'est guère aujourd'hui d'ouvrage général de droit civil qui ne consacre quelques développements aux droits de la personnalité (4).

L'expression "droits de la personnalité" est cependant restée, en France tout au moins, exclusivement doctrinale. Sans doute trouve-t-on, dans la loi et dans la jurisprudence, mention de quelques uns de ces droits : la loi du II mars I957 sur la propriété littéraire et artistique affirme ainsi que l'auteur d'une oeuvre de l'esprit "jouit du droit au

-ooOoo-

(I) Le premier auteur à avoir introduit la théorie des droits de la personnalité en France semble Boistel, Cours de philosophie du droit, I899, t I n° I3I et s. - voir ensuite Perreau, article précité à la Rev. trim. dr. civ. I909.

(2) Parmi les ouvrages qui ont marqué le point de départ du développement de la théorie en France voir : E.H.Perreau, Le droit au nom en matière civile I9I0 ; Fougerol, La figure humaine et le droit, thèse, Paris, I9I3.

(3) Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, I939 - depuis voir notamment les Travaux de l'Association Henri Capitant I946 (journées suisses) et I959 (journées espagnoles) ; P. Kayser, Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, Rev. trim. dr. civ.I97I p.445 et s. ; R. Lindon, Une création prétorienne, Les droits de la personnalité, Dalloz I974.

(4) Carbonnier, Droit civil, t I, n° 70-73 ; Weill, Droit civil, Les personnes n°25 et s. Mazeaud de Juglart, Leçons de droit civil tI vol.2 n°62I et s. ; Marty et Raynaud, Droit civil, Les personnes, 3ème ed. par P. Raynaud, n°5 et s. - D.Tallon, V° Droits de la personnalité, Encyclopédie Dalloz, 2ème ed. I974.

respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre" (article 6) - ce que la doctrine désigne sous le nom de "droit moral" ; plus récemment, la loi du 17 juillet 1970 a proclamé que "chacun a droit au respect de sa vie privée" (article 9 du Code civil) (1). Par ailleurs, la jurisprudence affirme depuis longtemps que "toute personne a un droit sur son image et sur l'utilisation qui peut en être faite" (2) - droit qui, parfois assimilé par les tribunaux à une sorte de propriété, est aujourd'hui unanimement rangé par la doctrine parmi les droits de la personnalité (3). Mais, si la loi et la jurisprudence consacrent ainsi formellement certains de ces droits, il n'existe actuellement, en droit français, aucune disposition générale relative aux droits de la personnalité (4). La commission de réforme du Code civil avait consacré à ces droits un chapitre de son avant-projet, où étaient précisés leur mode de protection ainsi que leurs principaux caractères (5). Mais ces dispositions, dont l'opportunité avait été sérieusement contestée, n'ont pas été reprises par la suite.

On ne saurait,du reste, en tirer la conclusion que l'existence de ces droits n'est pas reconnue par le droit positif. La théorie des droits de la personnalité ne s'est jamais présentée, en effet, comme un ensemble de propositions de lege ferenda, dont le législateur ou les tribunaux pourraient s'inspirer. Elle a toujours été conçue, au moins dans la doctrine française, comme une manière de rendre compte des solutions existantes du droit positif ; les différents droits de la personnalité sont

-ooOoo-

(1) voir avant la loi de 1970 : P. Kayser, Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, Mélanges R. Savatier 1965, p. 405-422 ; R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, J.C.P. 1968-I-2136 - commentaires de la loi de 1970 : Lindon, J.C.P. 1970-I-2357 ; Pradel, D 1971 - chr. III ; Chavanne, Rev. sc. crim. 1971-605 - adde : D. Ferrier, La protection de la vie privée, thèse dact., Toulouse, 1973.

(2) voir parmi les décisions les plus récentes : T.G.I. Paris 25 avril 1975, GP 1975-2-680 ; T.G.I. Paris ref. 22 décembre 1975, J.C.P. 1976-II-18410 ; T.G.I. Nancy ref. 15 octobre 1976, J.C.P. 1977-II-18526 etc...

(3) la classification du droit à l'image parmi les droits de la personnalité était déjà faite par Fougerol, thèse précitée - voir plus récemment : J. Stoufflet, Le droit de la personne sur son image, J.C.P. 1957-I-1374 ; P. Kayser, Le droit dit "à l'image", Mélanges Roubier, 1961, p. 73 et s. ; D. Bécourt, Le droit de la personne sur son image, 1969 ; J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, thèse dact. Aix Marseille, juin 1977.

(4) de telles dispositions se rencontrent dans certaines législations étrangères ; voir par exemple en droit suisse l'art. 10 du Code des obligations, les art. 27 et 28 du Code civil.

(5) art. 148 à 165 de l'Avant-projet ; Travaux de la commission de réforme du Code civil, t VI, années 1950-1951, p. 31 et s.

donc, pour les auteurs, une réalité indépendante de leur consécration formelle par la loi ou la jurisprudence.

4 - L'idée générale de la théorie est que la protection de la personnalité en droit privé repose sur l'existence d'un certain nombre de droits subjectifs qui permettent à tout individu de s'opposer aux atteintes qui peuvent être portées à ses intérêts personnels. Dans la conception la plus large, ces droits sont tous ceux "qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personnalité" (I). C'est dire que la théorie des droits de la personnalité rend compte aussi bien de la protection, traditionnelle, de la vie et de l'intégrité corporelle, que de celle, plus récente des éléments moraux de la personnalité (2). Dans ce domaine, à côté du droit moral de l'auteur, du droit au respect de la vie privée, et du droit à l'image - auxquels, nous l'avons vu, la loi ou la jurisprudence font expressément référence - on cite généralement le droit à l'honneur et à la considération, le droit au nom qui permet à l'individu d'obtenir la reconnaissance de son identité (3). On ajoute parfois le droit au mariage, le droit à la liberté intellectuelle (4), le droit à l'intégrité sexuelle... Par ailleurs, selon certains auteurs, tous ces droits ne seraient que l'émanation d'un "droit général de la personnalité" qui permettrait de faire sanctionner toute atteinte à n'importe quel aspect de la personnalité (5) ; mais ce concept, directement issu de la doctrine allemande, n'est accueilli qu'avec réserve par la plupart des auteurs français (6). En fait, tous les auteurs s'accordent à reconnaître la difficulté qu'il y a, aujourd'hui encore, à dresser une liste indiscutée des droits de la personnalité ; comme le remarque M. Tallon dans une étude récente : "Geny écrivait en I9II que la catégorie des droits de la personnalité est en formation. Elle n'a guère aujourd'hui dépassé ce stade" (7).

Cette incertitude - qui peut surprendre s'agissant d'une théorie aussi solidement ancrée dans la doctrine - se retrouve à propos des caractères attribués aux droits de la personnalité, et qui les distinguent des droits visant à la défense des intérêts pécuniaires. On

-ooOoo-

(I) J. Dabin, Le droit subjectif, Dalloz I952, p. I69.
(2) voir cependant Lindon, Les droits de la personnalité ; précité n° 9, qui se limite à la protection des intérêts moraux de la personne.
(3) cette liste est celle de Marty et Raynaud, op cit, n° 6.
(4) Mazeaud-de Juglart, op cit n° 635.
(5) Marty-Raynaud op cit n° 6.
(6) Tallon, op.cit. n° I3 ; Kayser, art. précité n° 3I.
(7) Tallon, op. cit. n° 6.

affirme généralement que les droits de la personnalité, parce qu'ils ont pour objet la défense d'intérêts spirituels et moraux, ne sont pas évaluables en argent, qu'ils sont extrapatrimoniaux ; par ailleurs, ces droits sont, dit-on, attachés à la personne et, par suite, imprescriptibles, intransmissibles à cause de mort et indisponibles entre vifs (I). Mais en réalité ces différents caractères ne sont affirmés qu'avec de multiples nuances. Nous l'avons constaté, d'emblée, pour l'indisponibilité, et nous aurons tout loisir de montrer, au cours de nos développements, que cette indisponibilité n'a qu'une portée très réduite. L'intransmissibilité des droits de la personnalité est, pareillement, sujette à discussion : non seulement la jurisprudence admet très largement la transmissibilité de l'action en réparation des atteintes portées à la personnalité du défunt de son vivant (2), mais encore les proches se voient reconnaître le droit de s'opposer aux atteintes qui sont portées, après la mort, à la mémoire ou à certains aspects de la personnalité de leur parent décédé (3). On peut, dès lors, se demander s'il n'y a pas là une survivance post mortem de certains droits de la personnalité (4). Quant au caractère extrapatrimonial de ces droits, sa portée exacte est de plus en plus controversée : d'une part nous aurons l'occasion de constater que de nombreuses conventions touchant la personnalité comportent une contrepartie pécuniaire, sans que leur validité soit pour autant contestée (5) ; d'autre part et surtout la sanction principale de l'atteinte aux droits de la personnalité consiste dans la réparation pécuniaire du préjudice subi par la victime. Il existe donc des liens certains entre les droits de la personnalité et le patrimoine (6).

-ooOoo-

(I) Marty et Raynaud, op cit n° 7 ; Carbonnier t I n° 70 ; Tallon, op cit n°22I et s.
(2) Cass. ch. mixte 30 avril I976, 2 arrêts, D I977 - I85 note M. Contamine-Raynaud.
(3) voir à propos du droit pour la famille de s'opposer à la publication de l'image du défunt sur son lit de mort : Trib. civ. Seine I6 juin I858, D I858-3-62 (ce jugement rendu dans l'affaire Rachel constitue d'ailleurs la première affirmation jurisprudentielle du "droit à l'image") ; voir un jugement récent sur le même problème : T.G.I. Paris II janvier I977, D I977-83 note Lindon, J.C.P. I977-II-I87II. note D Ferrier.
(4) sur l'ensemble du problème voir : P. Blondel, La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, Dijon, I967 (L.G.D.J. I969).
(5) voir infra n° 205 et s.
(6) sur les difficultés de la distinction entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux voir :Ghestin et Goubeaux, Traité de droit civil, t I, Introduction générale, I976, n° 205-207.

5 - Toutes les hésitations qui entourent encore la théorie des droits de la personnalité, ne font que refléter, en réalité, l'incertitude qui existe quant au fondement même de cette théorie : on se demande encore, en effet, si les droits de la personnalité sont de véritables droits subjectifs.

Au niveau du langage courant, sans doute, il est possible et même souhaitable d'affirmer que tout individu a droit à la vie, à son intégrité corporelle, à son honneur, à l'intimité de sa vie privée... en ce sens que ces aspects de la personnalité sont ou doivent être protégés par le droit positif. C'est en ce sens que l'on parle des "droits primordiaux de la personne humaine" ou, lorsqu'on envisage la protection de l'individu contre l'Etat, des "droits de l'homme" dont les droits de la personnalité ne sont, au fond, que le prolongement dans les rapports entre personnes privées (I).

Mais, lorsqu'on affirme l'existence des "droits de l'homme", on ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit là de véritables droits subjectifs. On pose simplement le principe d'une protection juridique de certains intérêts de l'individu, du respect nécessaire de certaines prérogatives qui, dans notre civilisation, sont considérées comme inhérentes à la personne humaine, sans s'interroger sur la nature juridique de ces prérogatives. Par contre, dans le cadre de la théorie des droits de la personnalité, on est amené à s'interroger sur le bien-fondé de l'utilisation du mot "droit", au niveau de la technique juridique. Il apparaît en effet que la reconnaissance au profit des individus, de véritables droits subjectifs devrait se traduire, en droit privé, par l'instauration de modes spécifiques de protection de la personne. Dès lors, il semble que toute étude relative aux droits de la personnalité doive commencer par une confrontation entre les prérogatives qu'ils confèrent et la notion de droit subjectif (2).

6 - La difficulté tient à ce que, comme le relèvent les auteurs d'un récent traité de droit civil, le terme de droit subjectif recouvre

-ooOoo-

(I) Mazeaud- de Juglart (op cit n° 626) observent cependant que tous les droits de la personnalité n'ont pas le caractère primordial des droits de l'homme - sur les rapports entre les deux notions voir : La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, René Cassin Amicerum discipliorumque liber, t III, Pedone, I97I - adde : M. Fromont, Les droits de la personnalité dans la jurisprudence administrative française, Zeitschift f Auslandischer Offentliches Recht, nov. I968.

(2) Kayser, art. précité n° 2 et s.

"une notion sur la définition de laquelle personne ou presque ne parvient à s'accorder" (I). Nous ne reviendrons pac ici sur les définitions bien connues de la doctrine allemande du XIXème siècle - celle de Ihering pour qui le droit subjectif est un "intérêt légitime juridiquement protégé" (2), ou celle de Windscheid qui met l'accent sur le "pouvoir de volonté" du titulaire du droit (3). Ces définitions ont pu être justement ccritiquées (4) et, si quelques auteurs ont tenté d'élaborer une définition "mixte" combinant intérêt et volonté (5), la doctrine du XXème siècle a plutôt essayé de poser le problème sur des bases nouvelles. Malheureusement, on constate que les différentes définitions qui ont pu être données aboutissent à des conclusions opposées en ce qui concerne la nature juridique des droits de la personnalité.

La définition de M. Dabin, pour qui "le droit subjectif est essentiellement appartenance - maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise" (6) semblerait, de prime abord, exclure les droits de la personnalité : l'homme n'est pas, vis à vis de son corps ou de ses intérêts moraux, dans la situation d'un propriétaire, et on pose en principe qu'il n'en a pas la libre disposition. Cependant, pour M. Dabin, l'appartenance ne doit pas être conçue comme la seule appartenance d'une chose, d'un bien matériel ; elle peut aussi porter sur "des biens ou valeurs inhérentes à la personne, physique ou morale du sujet (vie, intégrité du corps, liberté)"(7). Quant à la maîtrise, elle ne suppose pas nécessairement l'accomplissement d'actes de disposition : "même si la possibilité matérielle de disposer fait défaut, la maîtrise demeure avec la possibilité morale de disposer" (8). M. Dabin admet donc, en définitive, que les droits de la personnalité sont de veritables droits subjectifs (9). La thèse contraire a été soutenue par Roubier (I0) : pour l'émi-

-ooOoo-

(I) Ghestin-Goubeaux, Traité de droit civil, précité, n°I63 - voir Michaelides - Nouaros, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, Rev. trim. dr. civ. I966, p. 2I6 et s.
(2) L'esprit du droit romain, trad. Meulenaere, t III, 3ème ed. I888.
(3) Pandektenrecht, tI, 8ème ed., I900 - L'idée se trouvait déjà chez Savigny Traité de droit romain I840, t I, p. 326-327.
(4) voir le résumé des principales critiques dans Ghestin-Goubeaux,op cit n°I65 et s.
(5) L. Michaoud, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 3ème ed. par L.Trotabas t I p.I07 ; R.Saleilles, De la personnalité juridique, 2ème ed. préface H. Capitant, spec. p. 545 et s.
(6) J. Dabin, Le droit subjectif, précité, p. 80.
(7) op cit p. 83.
(8) ibid p. 9I-92.
(9) ibid p.
(I0) P. Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz,I963 ; Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs, Archives de philosophie du droit, t IX, I964 p. 83 et s.

nent auteur, toutes les situations protégées par le droit ne supposent pas la reconnaissance de véritables droits subjectifs ; il existe un grand nombre de situations juridiques objectives qui confèrent des devoirs plutôt que des droits. Ce terme doit être réservé, selon Roubier, pour désigner certaines prérogatives appropriées à la manière d'un bien, ce qui suppose qu'elles soient normalement transmissibles et susceptibles de renonciation (I). Dès lors, les droits subjectifs n'existeraient que dans le domaine patrimonial (2).

Aucune de ces deux conceptions n'est pleinement admise par la doctrine civiliste française. La définition de M. Dabin se révèle, aux yeux de la plupart des auteurs, peu utilisable au niveau de la technique juridique (3). Quant à la définition de Roubier, elle est généralement jugée trop restrictive ; on lui reproche d'être démentie par l'usage, et, finalement, assez arbitraire : "on peut toujours, observent M.M. Ghestin et Goubeaux, convenir de limiter l'usage du mot "droit" à telle et telle hypothèse, mais Roubier n'a pas démontré que cette conception soit imposée par la logique ou la nature des choses" (4). Ces derniers auteurs, dans leur récent traité de droit civil, proposent un nouveau critère de délimitation de la catégorie des droits subjectifs, à partir d'une comparaison de cette notion et de celle de liberté : les droits subjectifs, comme les libertés,constituent des prérogatives reconnues aux individus par le système juridique ; mais, alors que les libertés sont attribuées uniformément, de manière inégalitaire à tous les citoyens, les droits subjectifs sont des avantages reconnus à certains individus, qui bénéficient d'un "domaine réservé" limitant la liberté d'autrui (5). M.M. Ghestin et Goubeaux en concluent que les droits de la personnalité sont de véritables droits subjectifs : le droit à l'image, le droit à l'intimité de la vie privée, le droit au nom etc... confèrent bien à leurs titulaires un "domaine réservé" limitant la liberté des tiers de prendre des photographies, de s'immiscer dans la vie privée, ou d'utiliser un nom qui ne leur appartient pas (6). Nous ferons remarquer, cependant, qu'on

-ooOoo-

(I) Droits subjectifs et situations juridiques, p. 38, p. I28-I29.
(2) ibid n° 44 p. I45 et s.
(3) Ghestin-Goubeaux op cit n°
(4) ibid n° I84.
(5) ibid n° I89 et s.
(6) ibid n° 2I6.

ne retrouve pas ici l'idée d'inégalité qui caractériserait le droit subjectif : inhérents à la personne humaine, les droits de la personnalité sont en effet reconnus à toute personne, ce qui les rapproche des libertés (I). Le critère proposé conduit donc en définitive, dans le débat qui nous occupe, à des résultats fort incertains.

Nous ne nous attarderons pas davantage sur la controverse relative au droit subjectif. En réalité, la confrontation entre les droits de la personnalité et la notion abstraite, préalablement définie, de droit subjectif, nous paraît non seulement vouée à l'échec en raison de l'incertitude qui entoure cette notion, mais encore assez inutile. Laissons aux philosophes du droit le soin de rechercher une définition du droit subjectif qui soit "logique et conforme à la nature des choses". Au niveau de la technique juridique, ce qui importe, à notre avis, c'est seulement de savoir s'il est ou non utile de recourir à la notion de droit subjectif pour rendre compte de telle ou telle solution du droit positif. Il ne nous semble pas nécessaire de déterminer ici si la classification des droits de la personnalité dans la catégorie des droits subjectifs est ou non exacte, mais seulement de savoir si cette classification est fonctionnelle. Plus précisément, la protection de certains aspects de la personnalité présente-t-elle une spécificité telle que cela impose de parler de droits subjectifs portant sur ces aspects de la personnalité ?

7 - Pour comprendre le problème, il faut voir que la notion de "droits de la personnalité" est utilisée par beaucoup d'auteurs pour rendre compte de la protection de la personnalité par la technique classique de la responsabilité délictuelle ou par le droit pénal. La plupart des "droits de la personnalité" auxquels il est fait référence dans les développements doctrinaux ne confèrent à leur titulaire, ordinairement, aucune prérogative déterminée ; ils lui permettent seulement, lorsqu'une atteinte est portée à l'aspect de la personnalité concerné, d'en obtenir réparation sur le fondement des articles I382 et suivants du Code civil, et, éventuellement, de déclencher des poursuites pénales contre l'auteur de l'atteinte (2). Ainsi, l'affirmation du "droit à l'intégrité physique" signifie simplement que la personne qui est victime d'une atteinte injustifiée à son corps peut en obtenir réparation, et qu'une telle atteinte

-ooOoo-

(I) cet argument était déjà utilisé par Roubier pour montrer que les droits de la personnalité ne sont pas de véritables droits subjectifs (op cit n° 44).
(2) Marty et Raynaud, op cit n° 5 ; Carbonnier t I n° 70 p. 308.

est pénalement répréhensible.

L'utilisation de la notion de droit subjectif pour rendre compte de telles solutions se comprend parfaitement dans les systèmes juridiques qui ne connaissent pas un principe général de responsabilité. C'est le cas du droit allemand où le § 823 du B G B dispose que "celui qui intentionnellement ou par négligence porte atteinte injustement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté ou à tout autre droit d'une autre personne est obligé envers cet autre à la réparation du dommage causé" (I). Les juristes allemands ont donc été amenés à rechercher quels étaient ces autres droits dont la lésion injuste donnait lieu à réparation ; c'est ainsi qu'ont été mis en évidence, à côté des droits à la vie, à la liberté, à la santé, énumérés par le texte, d'autres droits portant sur les éléments constitutifs de la personnalité, comme le droit au nom, le droit à sa propre image... (2) Quant à la reconnaissance d'un droit général de la personnalité, elle apparaît nécessaire si l'on veut protéger, sur le fondement de la responsabilité civile, tous les aspects de la personnalité, l'énumération des différents droits particuliers ne permettant pas nécessairement d'appréhender toutes les hypothèses d'atteintes injustes à la personnalité.

Une telle utilisation de la notion de droit subjectif paraît s'imposer avec beaucoup moins d'évidence en droit français, où l'article I382 du Code civil pose un principe général de responsabilité pour faute, et l'article I384 un principe général de responsabilité du fait des choses. Bien que cela ait parfois été méconnu par la doctrine française, ces textes permettent d'obtenir réparation de tout dommage alors même qu'il ne consisterait pas dans l'atteinte à un droit déterminé de la victime. L'atteinte à un intérêt quelconque suffit (3). Par ailleurs, il n'est nullement nécessaire, pour qu'un fait soit pénalement répréhensible, qu'il y ait atteinte à un droit subjectif, la loi pénale pouvant très bien appréhender des comportements qui ne portent préjudice qu'à la collectivité tout entière. Dès lors, n'est-ce pas pur verbalisme que

-ooOoo-

(I) "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".

(2) sur la théorie des droits de la personnalité en droit allemand : Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, I963, § 58. - H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2ème ed. Köln, I967.

(3) voir infra n° 27.

de désigner sous le vocable "droit subjectif" tous les intérêts dont la lésion donne lieu à une action fondée sur les articles I382 et suivants du Code civil ou à une sanction pénale ? Est-il bien nécessaire, par exemple, de parler d'un "droit à la voix" pour expliquer l'allocation de dommages-intérêts à un comédien dont la voix est imitée, sans son consentement, dans un but publicitaire ? (I) Et faut-il absolument, pour expliquer la réparation du préjudice subi par des comédiens dont la prestation a été utilisée à leur insu dans un film pornographique (2), faire état d'un droit moral des interprètes sur leur interprétation, analogue au droit moral de l'auteur (3) ? Comme le remarque fort justement M. Lindon, "le droit moral de l'interprète n'est à la vérité qu'une superstructure, une appellation commode mais dont on s'était longtemps et sans difficulté passé pour la défense des intérêts moraux de l'interprète" (4). Et il ne semble pas davantage nécessaire d'affirmer, dans notre système juridique, l'existence d'un "droit général de la personnalité", les textes relatifs à la responsabilité délictuelle permettant, en raison de leur généralité, de protéger a priori tous les aspects de la personnalité (5).

8 - C'est dans cette optique, et non seulement à la suite de la définition restrictive préalable qu'il donne de la notion de droit subjectif, que Roubier a pu critiquer la notion de droits de la personnalité. Roubier estime en effet que tous ces droits ne sont en réalité que de simples intérêts protégés par une action en responsabilité délictuelle ; si cette action trouve un support dans un droit subjectif de la victime, c'est dans le droit à réparation, apparu postérieurement à l'atteinte portée à la personnalité, et non dans un droit extrapatrimonial préexistant à cette atteinte (6). Sous cet angle, la conception restrictive de Roubier n'a pas été sans influence sur l'évolution actuelle de la théorie des droits de la personnalité. La majeure partie de la doctrine actuelle reconnaît qu'il est inutile de recourir à la notion de "droit de la personnalité" lorsque la protection de la personnalité repose exclusivement sur les techniques classiques du droit pénal et de la responsabilité

-oo0oo-

(I) T.G.I. Paris 3 décembre I975, D I977-2II note Lindon.
(2) T.G.I. Paris 20 avril I977, D I977.J.6I0 note Lindon.
(3) cf R. Badinter, Le droit de l'artiste sur son interprétation (L'arrêt Furtwängler), J.C.P. I964-I-I844 spec. n° 27.
(4) Lindon, note D I977-6II.
(5) dans ce sens Kayser, art précité, n° 3I.
(6) Droits subjectifs et situations juridiques, précité, n° 44.

délictuelle (I) ; en une formule significative, M. Kayser a pu parler à ce propos de "faux droits de la personnalité" (2).

Cependant, à la différence de Roubier, la plupart des auteurs actuels ne nient pas complètement l'existence des droits de la personnalité. La tendance de la doctrine est de considérer que certains intérêts d'ordre personnel, à l'origine protégés par une simple action en responsabilité civile auraient, à la longue, acquis une configuration plus précise de droits subjectifs. Ces droits conféreraient à leur titulaire, avant toute atteinte, certaines prérogatives positives, et, d'autre part, ils seraient protégés par des actions spécifiques distinctes de l'action en responsabilité délictuelle (3). C'est ainsi que l'on pourrait parler, sans abus de langage, du droit de la personne sur son image, du droit au respect de la vie privée, ou du droit moral de l'auteur. Mais il ne serait pas exclu que d'autres intérêts liés à la personnalité s'élèvent au niveau de la catégorie des "vrais droits de la personnalité" (4).

*

* *

9 - Nous devrons, dans la suite de nos développements, prendre parti sur l'existence de ces vrais droits de la personnalité (5). On peut penser, en effet, que le problème de l'influence de la volonté sur la protection de la personnalité ne se pose pas de la même manière selon que cette protection est assurée uniquement par les techniques classiques de la responsabilité délictuelle, ou par la reconnaissance de véritables droits subjectifs.

Précisément, l'un des principaux intérêts de notre sujet est de révéler les dangers d'une utilisation abusive de la notion de "droits de la personnalité". Cette notion a en effet conduit les auteurs à envisager le problème de l'influence de la volonté individuelle sur la protection de la personnalité sous le seul angle de la disponibilité des droits de la personnalité, de la validité des conventions qui

-ooOoo-

(I) voir déjà Nerson, thèse précitée, 2ème partie, passim ;
(2) Les droits de la personnalité, art. précité, n° I0-II.
(3) Kayser, article précité, et : Le droit dit "à l'image", Mélanges Roubier, t II p. 73 ; Tallon, op cit n° I0.
(4) Nerson thèse précitée n° ; Tallon, op cit n° I0 qui souligne le caractère évolutif de la notion.
(5) voir infra n° 30 et s.

portent sur eux. Or ce point de vue nous paraît doublement contestable.

D'une part, le problème ne se pose pas uniquement dans une catégorie de conventions "relatives aux droits de la personnalité". De nombreux actes juridiques mettent en cause la personnalité d'un contractant sans avoir pour objet tel ou tel "droit de la personnalité". La théorie des droits de la personnalité rend ici très mal compte de toutes les limitations qui sont apportées à la liberté contractuelle dans l'intérêt de la personnalité des contractants. L'indisponibilité des droits de la personnalité n'est qu'un aspect - et non le plus important - de cet ordre public de protection de la personne, que nous essaierons de situer au sein de la notion générale d'ordre public (I).

D'autre part et surtout, le problème des rapports entre la volonté individuelle et la protection de la personnalité ne se pose pas, le plus souvent, sous l'angle de la validité des conventions qui mettent en cause la personnalité. Il s'agit rarement de savoir dans quelle mesure ces conventions peuvent créer ou transférer des droits ou faire naître des obligations à la charge des parties ; on se demande en réalité, dans la plupart des cas, si le consentement donné par un individu à un acte touchant sa personnalité exclut la responsabilité civile ou, éventuellement, pénale, de l'auteur de cet acte. Cela est particulièrement net dans les développements consacrés aux "conventions relatives à la personne physique" : les auteurs ne se demandent pas, en général si ces conventions peuvent transférer un droit sur le corps, ou quelles obligations elles mettent à la charge des parties. Ils s'interrogent uniquement sur la responsabilité civile ou pénale de celui qui pratique une intervention sur le corps d'une personne avec son consentement. On constate le même phénomène à propos des conventions sur l'image, sur la vie privée ou sur le nom patronymique : là encore, il s'agit principalement de savoir si la personne qui a consenti à la publication de son image ou de certains éléments de sa vie privée, ou à l'utilisation de son nom, peut, malgré ce consentement, se plaindre d'une atteinte à sa personnalité.

La doctrine a parfois vu, sans doute, que le problème se trouvait ainsi déplacé : "La convention, remarque un auteur à propos des atteintes consenties à l'intégrité corporelle, se trouve disparaître,

-ooOoo-

(I) voir infra 2ème partie.

absorbée dans le problème de responsabilité" (I). Mais, pour la plupart des auteurs, il s'agit là de deux aspects indissociables d'une même question : la disparition éventuelle de la responsabilité civile ou pénale de l'auteur de l'acte dépend de la validité de la convention passée entre lui et la personne qui subit l'atteinte - ce qui conduit à faire intervenir le principe d'indisponibilité des droits de la personnalité pour la solution du problème de responsabilité.

IO - Ce point de vue est, à notre avis, complètement erroné. L'influence du consentement donné par un individu à une atteinte portée à sa personnalité sur la responsabilité de l'auteur de l'atteinte ne dépend en aucune manière de la validité de la convention passée entre ce dernier et la victime. C'est que, nous le verrons, la volonté en tant qu'elle justifie une atteinte à la personnalité est une simple circonstance de fait, et non l'élément d'un acte juridique, alors que c'est en tant qu'élement d'un acte juridique qu'on l'envisage lorsqu'on se demande si elle est source de droits ou d'obligations pour l'auteur de l'atteinte ou pour la victime.

C'est l'équivoque de la règle de l'indisponibilité des droits de la personnalité que d'être invoquée pour résoudre deux problèmes essentiellement différents. Il nous faudra, dans la première partie de nos développements, essayer de dissiper cette équivoque en montrant que le principe d'indisponibilité n'a aucun rôle à jouer lorsqu'on s'interroge sur la valeur du consentement en tant que fait justificatif des atteintes à la personne. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrons rechercher la portée exacte de ce principe d'indisponibilité dans le cadre où il doit normalement s'appliquer : celui des actes juridiques touchant la personne.

PREMIERE PARTIE - L'équivoque de l'indisponibilité : le consentement, fait justificatif des atteintes à la personne.

DEUXIEME PARTIE - Le cadre de l'indisponibilité : les actes juridiques touchant la personne.

-ooOoo-

(I) A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. jur. 1933, p. 362 n° II.

- PREMIERE PARTIE -

--ooOoo--

L'EQUIVOQUE DE L'INDISPONIBILITE:

LE CONSENTEMENT, FAIT JUSTIFICATIF

DES ATTEINTES A LA PERSONNE

II - Dans quelle mesure un comportement touchant les aspects physiques ou moraux de la personnalité d'un individu, et normalement constitutif d'une infraction pénale ou civilement sanctionné - sur le fondement de la responsabilité civile ou en tant qu'atteinte à un droit de la personnalité (I) - cesse-t-il de l'être si l'individu concerné y consent ? Par exemple une opération chirurgicale, pratiquée avec le consentement du patient, constitue-t-elle le délit de coups et blessures volontaires ? La personne qui consent à la publication de son image, ou à la divulgation de faits se rapportant à sa vie privée, peut-elle encore se plaindre d'une atteinte à son droit à l'image ou à son droit au respect de sa vie privée, et obtenir des dommages-intérêts ?

Ces questions - qui sont examinées par la plupart des auteurs sous la rubrique consacrée à l'indisponibilité des droits de la personnalité (2) - constituent un aspect particulier du problème du "consentement de la victime". A vrai dire, elles en constituent même l'aspect essentiel car, bien que ce problème se pose théoriquement d'une manière générale en droit pénal (3) et au regard des règles de la responsabilité civile (4), on en rencontre, en pratique, fort peu d'illustrations dans le domaine patrimonial. Aussi la théorie générale du consentement de la victime est-elle presque entièrement construite, dans la doctrine française tout au

-ooOoo-

(I) si l'on admet que l'atteinte à un droit de la personnalité ouvre à celui qui en est victime une action spécifique distincte de l'action en réparation du dommage fondée sur la responsabilité civile - voir infra n° 30 et s.

(2) Marty-Raynaud, Les personnes, n° 8 ; Nerson, thèse précitée n° 181 et; Kayser, article précité à la Rev. trim. dr. civ. 1971 n° 37.

(3) sur le consentement de la victime en droit pénal : Merle et Vitu, Traité de droit criminel, 2ème ed., 197 , n° 348 et s. ; Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, 2ème ed., 1970, t I n° 302 et s. ; Stefani, A. et Decocq [illegible], Droit pénal général, A. Colin, 1971, p.296 et s. ; M.A. Badr, L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale, Paris, 1928 ; A. Fahmy Abdou, Le consentement de la victime, L.G.D.J. 1971, préface de R. Vouin ; R. Doublier, Le consentement de la victime in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris, 1956 p.187 et s.

(4) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français 2ème ed. t VI par Eismein, n° 572 ; Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t II, 1957, n° 981 ; Aubry et Rau 6ème ed. t VI par Ponsard et Dejean de la Batie, n° 364 ; Beudant, Cours de droit civil français, 2ème ed., t IX bis par R. Rodière, n° 1415 ; Carbonnier, Droit civil t IV n°95 ; Weill et Terré, Les obligations, Dalloz, 1976, N° 640 ; R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français 2ème ed. 1951 t I n°190 et s. H.etL. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t II n° 1490.

moins, autour des atteintes consenties à la personne (I). Il faut donc s'attendre à ce que l'étude de ce problème particulier nous amène à reconsidérer l'ensemble de la théorie du consentement de la victime.

I2 - Le consentement de celui qui subit une atteinte à ses biens ou à sa personne peut être pris en considération à des titres divers. Il peut être, tout d'abord, constitutif d'une faute de la victime et influer à ce titre sur son droit à réparation. Il en est ainsi, tout particulièrement lorsque la victime, sans consentir directement au dommage, s'est exposée, en connaissance de cause, à des risques inutiles (2). Il faut remarquer que la volonté de la victime n'a ici qu'un effet limité : elle aboutit, non à une exonération totale de l'auteur du comportement dommageable, mais à un simple partage de responsabilité. Par ailleurs, cette volonté n'a d'influence que sur la responsabilité civile, la faute de la victime étant tout à fait indifférente au niveau de la répression pénale de l'acte consenti (3). Il en va de même lorsque le consentement au dommage ou l'acceptation des risques est considérée comme une cause d'indignité de la victime, entraînant l'irrecevabilité de sa demande en réparation (4). L'absence d'intérêt légitime de la victime consentante à agir en justice, si elle empêche la mise en oeuvre de la responsabilité civile de l'auteur du dommage, ne met évidemment pas obstacle aux poursuites du ministère public si l'acte dommageable est pénalement répréhensible.

Le consentement de la victime peut également avoir une influence au niveau du préjudice subi, spécialement dans le domaine qui nous intéresse. Dans bien des cas, en effet, le préjudice moral résultant d'une atteinte à la personne consiste uniquement dans la violation de la liberté du sujet,

-ooOoo-

(I) voir par exemple la thèse de M. Fahmy Abdou (op. cit) : examinant dans une partie spéciale de 300 pages les différentes infractions qui peuvent être justifiées par le consentement de la victime, l'auteur n'en consacre que 7 aux infractions contre les biens - adde : les nombreuses monographies uniquement consacrées au problème du consentement aux atteintes corporelles : Halleux, Le consentement de la victime justifie-t-il l'auteur de coups, Rev. dr. pen. I933 p. I22 ; Simon, Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles Rev. dr. pen. I933 p.457-476 ; Hemard, Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures. Rev. crit. leg. jur. I939 p. 293 et s.

(2) sur l'acceptation des risques en tant que faute de la victime voir : J. Honorat, L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile, L.G.D.J., I9 Ière partie, titre I.

(3) si ce n'est que la victime consentante pourra être considérée comme complice ou même - si cela est expressément prévu par la loi pénale - comme auteur principal de l'infraction consentie (ex: art.3I7 C.Pen. pour l'avortement consenti) ; mais, en toute hypothèse, cela ne modifie pas la responsabilité pénale de l'auteur principal ou du coauteur.

(4) pour quelques applications de cette idée voir infra n° 66 et s.

ou, pour reprendre une expression significative de M. Carbonnier, de son "quant-à-soi" (I) ; l'accord donné par le sujet exclut alors, en fait, le préjudice, qui est une des conditions de la responsabilité civile (2). Il faut remarquer, à ce propos, que l'expression "consentement de la victime" n'est peut être pas la mieux appropriée au problème qui nous intéresse ; il vaudrait mieux parler, comme la doctrine italienne, de "consentement de l'ayant-droit" (3) ou, mieux encore, de "consentement de l'intéressé"(4). Par exemple, il est bien difficile de dire, dans la plupart des cas, que l'individu qui autorise la publication de son image, ou la divulgation de faits relatifs à sa vie privée est une "victime" qui consent à une "atteinte" à un aspect de sa personnalité. Hâtons nous de préciser, cependant, que la disparition du préjudice par l'effet du consentement n'est pas une règle générale : le dommage qui résulte d'une atteinte à l'intégrité corporelle (pretium doloris, incapacité permanente ou temporaire, préjudice esthétique) est tout à fait indépendant de la volonté de la personne qui subit l'atteinte ; et même s'agissant d'atteintes aux aspects moraux de la personnalité, il est impossible d'affirmer a priori, d'une manière générale, que la personne consentante ne subit aucun préjudice. Celui qui autorise la divulgation de ses traits ou de sa vie privée peut fort bien, par la suite, regretter cette décision et ressentir cette divulgation comme contraire à sa dignité. L'existence ou l'absence du préjudice est, dans chaque espèce, une question de fait.

Cette constatation suffirait à justifier que nous ne nous attardions pas davantage sur ce mode d'efficacité du consentement de la victime. Mais surtout, plus généralement, il est évident que l'influence du consentement sur l'existence du préjudice, tout comme sa prise en considération pour l'appréciation de la faute ou de l'indignité de la victime, ne dépendent en aucune manière de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits de cette dernière. Le consentement n'est pas ici considéré comme l'élément d'un acte juridique relatif aux droits de la victime, c'est une simple circonstance de fait dont il faut tenir compte,soit pour porter un jugement

-ooOoo-

(I) Carbonnier, note sous Trib. corr. Grasse 8 février I950, Dalloz I950 J. 7I3.
(2) là encore, l'influence du consentement ne se fait sentir qu'au niveau de la responsabilité civile, le préjudice n'étant pas une condition de la responsabilité pénale.
(3) "consenso dell'avento diritto" - avec, toutefois, cette réserve, importante dans l'optique de nos développements, que l'acte consenti ne consiste pas toujours dans l'atteinte à un droit de la victime.
(4) c'est l'expression utilisée par Mme A.M. Larguier (Certificats médicaux et secret professionnel, thèse, Lyon I96I, n° I03-I04) à propos du consentement à la révélation d'un fait normalement couvert par le secret professionnel.

sur la conduite de l'auteur du dommage, soit pour apprécier si les intérêts de la personne consentante ont été vraiment lésés. Son efficacité dépend donc uniquement, dans le premier cas du contenu des notions de faute et d'indignité, dans le second cas, d'une recherche de pur fait sur l'existence du préjudice.

I3 - Aussi bien, sous la rubrique consacrée à l'indisponibilité des droits de la personnalité, n'est ce pas sur l'influence du consentement en tant que faute de la victime ou fait exclusif du préjudice que l'on s'interroge. On se demande, très différemment, si le consentement de la victime rend licite l'acte autorisé. Le problème - qui est à proprement parler celui de la valeur justificative du consentement - se pose, cette fois, aussi bien en droit pénal qu'au regard des sanctions civiles : il s'agit de savoir, en droit civil, si le consentement fait disparaître la faute ou l'atteinte aux droits de la victime et, en droit pénal, s'il exclut le caractère délictueux de l'acte. Ici, parce qu'il s'agit de déterminer l'influence du consentement sur la licéité d'un acte, les auteurs sont naturellement amenés à penser que l'accord de la victime, pour être efficace, doit être lui-même licite, qu'il ne doit pas être contraire à l'ordre public - donc, en particulier, à la règle d'indisponibilité des droits de la personnalité.

Cette règle devrait donc impliquer que le consentement aux atteintes à la personne n'ait pas, en principe, de valeur justificative. Cependant il apparaît assez vite que cela ne correspond nullement aux solutions du droit positif : de nombreuses atteintes à la personne sont en effet licites dès lors qu'elles sont consenties. Il est certain, par exemple, que le consentement de l'intéressé à la publication de son image ou à la divulgation de faits relatifs à sa vie privée exclut toute atteinte au droit à l'image ou au droit au respect de la vie privée. Le consentement justifie, de même, diverses atteintes à l'intégrité corporelle : opérations chirugicales, prélèvements d'organes en vue de greffes, interruption de grossesse... La doctrine en tire généralement la conclusion que la règle de l'indisponibilité des droits de la personnalité est, sinon inexacte, du moins loin d'être absolue, qu'elle comporte de nombreuses exceptions (I). Ainsi, l'efficacité du consentement à la publication de son image, à la divulgation de sa vie privée, ou à certaines atteintes corporelles montrerait que le

-ooOoo-

(I) voir par exemple Nerson, thèse précitée n° I8I et s. ; Kayser, article précité Rev. trim. dr. civ. I97I n° 37 ; Honorat, thèse précitée.

droit à l'image, le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'intégrité physique sont susceptibles de certaines conventions, contrairement aux principes traditionnellement affirmés.

La distorsion entre ces principes et les solutions du droit positif nous semble bien plutôt tenir à ce que la règle de l'indisponibilité est invoquée à tort pour la solution du problème qui nous intéresse. Pas plus que lorsqu'il est exclusif du préjudice ou constitutif d'une faute de la victime, le consentement n'est ici pris en considération en tant qu'élément d'un acte juridique relatif aux droits de la victime. C'est, là encore, une simple circonstance de fait qui influe sur l'appréciation de la conduite de l'auteur du dommage. En effet, les règles de conduite qui interdisent de porter atteinte aux biens ou à la personne d'autrui permettent parfois de tenir compte de la volonté de l'intéressé. La valeur justificative du consentement dépend, dès lors, exclusivement du contenu des règles de conduite relatives au comportement autorisé ; elle est complètement indépendante de la disponibilité des droits de la victime. C'est ce qu'il conviendra de montrer dans un titre premier, avant d'en faire application au problème qui nous intéresse ; il s'agira alors, dans un titre second, de déterminer la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne à partir du contenu des règles de conduite prohibant ces atteintes.

TITRE PREMIER - La valeur justificative du consentement, indépendante de la disponibilité des droits de la victime.

TITRE SECOND - La valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne, liée au contenu des règles prohibant ces atteintes.

TITRE PREMIER

-ooOoo-

LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT, INDEPENDANTE DE LA DISPONIBILITE DES DROITS DE LA VICTIME

I4 - Il nous est apparu nécessaire, avant de nous interroger sur la licéité des atteintes consenties à la personnalité, de reconsidérer complètement la théorie générale du consentement de la victime, afin de montrer que la valeur justificative de ce consentement ne dépend nullement de la disponibilité des droits de la victime. Bien qu'il s'agisse là de développements généraux, nous avons cru bon de ne pas en faire la matière d'un titre préliminaire, et de les intégrer davantage dans notre recherche. C'est que, nous l'avons déjà signalé, la théorie générale du consentement de la victime a été presque exclusivement construite autour du problème du consentement aux atteintes à la personne.

On peut se demander, du reste, si cela n'explique pas, dans une large mesure, les conceptions erronées de la doctrine relativement au consentement de la victime. Beaucoup d'auteurs, en effet, ont tendance à mettre en oeuvre, pour la solution de ce problème, les modes de raisonnement propres à la théorie des droits de la personnalité. Or cette théorie constitue, à notre avis, une déformation des principes du droit pénal et de la responsabilité civile - principes à partir desquels, précisément, il faut rechercher le fondement (CHAPITRE PREMIER) et, partant, les conditions (CHAPITRE SECOND) de la valeur justificative du consentement de la victime.

CHAPITRE PREMIER - LE FONDEMENT DE LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME.

15 - En droit civil comme en droit pénal, le consentement de la victime est très justement étudié parmi les faits justificatifs de la faute ou de l'infraction. Nous pensons que l'expression "fait justificatif" doit ici recevoir sa pleine signification : tout comme la légitime défense, l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité, le consentement de la victime est une simple circonstance de fait qui influe sur la qualification d'un comportement normalement fautif ou punissable (I).

La doctrine a généralement, on le sait, une tout autre conception : elle analyse le consentement de la victime soit comme l'élément d'un contrat entre la victime et l'auteur du dommage, soit comme un acte juridique unilatéral émanant de la victime. Cette analyse se comprend aisément : on est naturellement porté à voir un acte juridique dans toute manifestation de volonté produisant des effets juridiques. Cette tendance est encore renforcée lorsqu'il s'agit du consentement aux atteintes à la personnalité : plaçant le fait générateur de responsabilité dans une atteinte aux droits de la victime, la théorie des droits de la personnalité conduit à voir dans le consentement, qui exclut la responsabilité, un acte juridique relatif à ces droits.

La théorie des droits de la personnalité contribue ainsi à masquer la nature purement factuelle du consentement de la victime, laquelle apparaît au contraire avec évidence si, au lieu de partir des droits de la victime (SECTION I) on se place, conformément aux principes généraux du droit pénal et de la responsabilité civile, du côté des devoirs de l'auteur du dommage (SECTION 2).

SECTION I - VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT ET DROITS DE LA VICTIME.

I6 - A première vue, sans doute, le consentement de la victime, lorsqu'il est efficace, entraîne une restriction des droits de la personne consentante. Celle-ci perd le droit de s'opposer à l'activité dommageable ou d'en obtenir réparation, et indirectement le droit substantiel lésé par l'acte autorisé s'en trouve en quelque sorte altéré. A un niveau très général, on peut sans doute dire que le consentement de la victime implique une "limitation volontaire" de ses droits, pour reprendre une formule de la Commission de Réforme du Code Civil (2).

La doctrine a tenté, dans cette optique, de déterminer plus précisément la

-ooOoo-

(I) sur le particularisme du consentement de la victime par rapport aux autres faits justificatifs du droit pénal voir cependant infra n° 44-45.

(2) article I64 de l'avant-projet, Travaux I950 - I95I p. 3I et s.

nature juridique du consentement de la victime, mais aucune des qualifications retenues n'est satisfaisante. Cela révèle que le point de départ de l'analyse est erroné. Lorsqu'on s'interroge sur l'effet justificatif du consentement de la victime, il ne s'agit de rien d'autre que d'apprécier le caractère licite ou illicite du comportement autorisé. Or, nous le verrons, il est parfaitement irrationnel de prétendre faire cette appréciation à partir des droits de la victime. L'impossibilité de définir le consentement de la victime comme un acte juridique relatif aux droits de cette dernière (§ I) n'est que le reflet de l'impossibilité d'apprécier, à partir de ces droits, la licéité du fait dommageable (§ 2).

§ I - L'impossibilité de déterminer la nature juridique du consentement par rapport aux droits de la victime.

I7 - Les auteurs français ne consacrent pas de longs développements au problème de la nature juridique du consentement de la victime, à la différence de la doctrine étrangère (I). On ne trouve guère à ce propos, que quelques affirmations, du reste fort contestables, dans les développements consacrés aux atteintes à la personnalité. Le consentement à de telles atteintes est qualifié tantôt de renonciation à un droit (A), tantôt d'acte d'exercice d'un droit (B).

A - Consentement de la victime et renonciation à un droit.

I8 - Analysant le consentement d'une personne à la publication de son image ou à la divulgation de sa vie privée, M. Tallon relève qu'il s'agit d'une "renonciation à la protection légale" (2). Le doyen Nerson parlait, quant à lui, d'une "renonciation à la faculté de faire valoir" les droits de la personnalité considérés (3). Il s'agit là de formules ambigües, parce qu'elles peuvent aussi bien viser une renonciation aux droits nés de l'acte dommageable, essentiellement au droit à réparation (a), qu'une renonciation au droit lésé par l'acte dommageable (b). Le consentement de la victime n'est, à l'évidence, ni l'un ni l'autre.

a) - une renonciation aux droits nés de l'acte dommageable.

I9 - S'il n'avait pas été consenti, l'acte dommageable, étant par hypothèse illicite, aurait fait naître au profit de la victime un droit à réparation -

-ooOoo-

(I) voir les auteurs, italiens et allemands surtout, cités par M. Fahmy Abdou, op. cit n° 28 et s. - et les développements de cet auteur.
(2) Tallon, op. cit, n°I09.
(3) Nerson, thèse, n° I85 et s.

et, en corollaire, le droit de faire cesser l'activité dommageable si elle se prolonge. Il est parfois licite de renoncer au droit à réparation, soit après la naissance de ce droit, soit même avant la production du dommage, notamment dans le cadre d'une convention d'irresponsabilité. Bien que le consentement de la victime semble, à première vue, produire les mêmes effets qu'une renonciation anticipée aux droits nés de l'acte dommageable - qui constitue, à proprement parler, une "renonciation à la protection légale" - il est certain qu'il doit en être soigneusement distingué (I). Tel que nous l'avons défini, en effet, le consentement de la victime, fait justificatif, ne se limite pas à faire disparaître le droit à réparation ; il l'empêche de naître en excluant le caractère illicite de l'acte dommageable. Comme l'exprime très nettement M. Rodière, l'agent qui se prévaut du consentement de la victime "ne se contente pas de prétendre qu'il ne doit rien parce que la victime l'a dispensé de toute réparation. Il ne se place pas, par l'esprit, après son geste pour en récuser les conséquences, mais avant son geste pour en refuser la qualification" (2).

Du reste on ne comprendrait pas, autrement, que le problème du consentement de la victime se pose en droit pénal. Une convention d'irresponsabilité passée entre la victime et l'auteur du dommage ne saurait en effet, de toute évidence, avoir aucune influence sur la répression pénale de l'acte dommageable. En admettant même que cette convention interdise à la victime de se constituer partie civile, elle ne ferait évidemment pas obstacle aux poursuites du ministère public. Le consentement de la victime ne peut avoir d'effet en droit pénal que dans la mesure où il n'est pas seulement une renonciation au droit à réparation né de l'acte dommageable, mais qu'il efface, plus radicalement, le caractère illicite de cet acte.

20 - Ce n'est pas dire que la distinction soit aisée, en pratique lorsque le consentement est invoqué comme cause d'exonération de la responsabilité civile. Au regard de la responsabilité civile, le consentement de la victime produit pratiquement, les mêmes effets qu'une convention d'irresponsabilité, à savoir l'exclusion du droit à réparation. Il est donc parfois difficile de savoir, lorsqu'une manifestation de volonté de la victime entraîne une telle exclusion, si c'est parce que la victime a renoncé à son droit à réparation ou parce que l'acte dommageable consenti a cessé d'être illicite.

Aucune hésitation n'est permise lorsque la victime a consenti directement à une atteinte à ses biens ou à sa personne - par exemple, en autorisant la publication de son image, une opération chirurgicale sur son corps, la destruction d'un immeuble dont elle est propriétaire. S'ils étaient illicites, de tels actes, accomplis intentionnellement, constitueraient des fautes dolosives, et il est constant que la responsabilité encourue par l'auteur ne

-ooOoo-

(I) R. Savatier, Traité de la responsabilité civile 2ème ed. t I n°I94 ; Mazeaud-Tunc, t II n°I490 ; Marty-Raynaud t II vol.I n°502 ; Carbonnier t IV n° III p. 4I0.
(2) Rodière sur Beudant n° I4I5.

pourrait être écartée par une convention (I). Par conséquent l'accord de la victime à de tels actes ne peut être invoqué qu'en tant que fait justificatif excluant le caractère fautif (et, partant, dolosif) du comportement de l'agent.

Où l'on peut, en revanche, hésiter sur la signification de la volonté de la victime, c'est lorsque cette dernière n'a pas consenti directement au dommage mais en a simplement accepté les risques (2). Le dommage n'étant pas alors volontairement causé, on peut concevoir plus facilement que la victime renonce d'avance à en demander réparation. L'acceptation des risques ne constitue-t-elle pas, tacitement, une telle renonciation ? ou faut-il y voir, très différemment, une forme particulière de consentement au dommage influant sur la qualification de l'acte dommageable ?

2I - L'ambigüité apparaît surtout lorsque l'acceptation des risques est invoquée comme cause d'exonération de la responsabilité contractuelle, parce que, dans ce domaine, les clauses d'irresponsabilité sont en principe valables (3). Mais l'acceptation des risques n'a ici qu'un rôle assez limité. L'analyse selon laquelle, dans certains contrats, elle aurait pour effet d'exonérer le créancier normalement tenu d'une obligation de résultat de sa responsabilité de plein droit (4), est assez inexacte. En effet, dans les contrats qui comportent des risques sérieux pour le débiteur, où le résultat escompté est incertain, le créancier n'est de toute façon, en raison de cet aléa et sans qu'il soit besoin de faire appel à la volonté de la victime, tenu que d'une obligation de moyens (5). Nous ne voyons guère qu'un cas où l'acceptation des risques, intervenant cette fois au niveau de l'exécution du contrat, a des effets sur une responsabilité contractuelle, c'est le cas du contrat médical. En effet, lorsque le patient donne son accord à un traitement ou à une opération, il ne consent pas seulement au dommage, certain, qui résultera pour lui de l'atteinte à l'intégrité corporelle (pretium doloris, immobilisation...) ; il accepte aussi le risque des dommages plus graves que peut lui causer l'échec de l'opération. Le médecin n'est pas en principe responsable de ces dommages. Cependant il est clair que l'acceptation des risques n'agit pas ici à la manière d'une stipulation d'irresponsabilité, déchargeant le médecin des conséquences de ses fautes

-ooOoo-

(I) voir par exemple Weill-Terré n° 450.
(2) P. Esmein, L'influence de l'idée de l'acceptation des risques sur la responsabilité civile Rev. int. dr.comp I952 p.682 ; J. Honorat, thèse précitée.
(3) voir notamment Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, D I974, chr. p. I57.
(4) sur cette analyse et les décisions jurisprudentielles sur lesquelles elle s'appuie, voir Honorat op. cit n° 85 et s.
(5) Honorat op. cit n° I22-I23 - selon cet auteur la notion d'acceptation des risques n'aurait un rôle à jouer en matière contractuelle que dans certains cas exceptionnels où, le résultat étant objectivement dépourvu d'aléa, le risque encouru lié à des facteurs individuels à la victime serait

éventuelles dans l'exécution du traitement ou de l'opération : le médecin restera responsable des dommages survenus par suite de son imprudence ou de sc inattention. L'effet de l'accord de la victime est seulement de rendre licite le traitement ou l'opération, qui auraient pu être, en eux-mêmes, fautifs, si les risques n'en avaient pas été acceptés par le malade (I). L'acceptation des risques joue exactement ici le rôle du consentement de la victime, fait justificatif.

22 - La même conclusion s'impose dans le domaine de la responsabilité délictuelle du fait personnel. Etant admis qu'il est interdit de s'exonérer, par avance, de la responsabilité des articles I382 et I383 du Code Civil (2), l'acceptation des risques ne peut être invoquée, dans ce domaine, en tant que convention d'irresponsabilité tacite (3). A moins qu'elle ne constitue elle-même une faute elle ne peut avoir pour effet que d'influer sur la licéité de l'acte dommageable. Telle est la signification qui est habituellement reconnue à l'acceptation des risques en matière de sports : le comportement du joueur qui, au cours d'une compétition sportive, cause par son fait un dommage à un autre participant, serait le plus souvent, en d'autres circonstances, considéré comme une faute ; l'acceptation mutuelle des risques par les joueurs est un des éléments qui modifie l'appréciation portée sur ce comportement (4). Là encore, c'est une forme de consentement de la victime.

A l'inverse, dans le cadre de la responsabilité délictuelle sans faute prouvée - et notamment de la responsabilité du fait des choses - on voit mal comment l'acceptation des risques par la victime pourrait influer sur la qualification du fait générateur de responsabilité. Mais cette acceptation pourrait être considérée comme une convention d'irresponsabilité tacite, si du moins l'on admet, avec une fraction importante de la doctrine, que la prohibition des conventions d'irresponsabilité en matière délictuelle ne s'applique qu'à la responsabilité pour faute prouvée(5) Les applications de cette analyse seront, du reste plutôt rares : on y rattachait, avant le revirement de I968, le refus de faire jouer la

-ooOoo-

(I) une clause d'irresponsabilité incluse dans un contrat médical serait d'ailleurs certainement nulle sur ce point voir infra 2ème partie n° 249.

(2) Weill-Terré n° 639 ; Carbonnier t IV n° III-II2 ; Dejean de la Batie sur Aubry et Rau n° 4I3 ; Civ^2 I7 février I955, J.C.P. I955 II 895I note Rodière, D I956 - I7 - note Esmein.

(3) c'est le sens que l'on peut donner à Civ^2 Ier déc. I965, J.C.P. 66. II. I4567 qui affirme que "l'acceptation des risques n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité quasi-délictuelle".
Honorat, op. cit n° 75 - sur cet arrêt voir: Tunc, l'enfant à la balle JCP I966.I.I984.

(4) Demogue, obs. sous Douai 3 déc. I9I2, Rev? crit.leg.jur.I9I4, 262. R. Savatier, Traité de la responsabilité civile 2ème ed. t II n°854. Honorat, op.cit n°62 et s. et la répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutive à l'exercice des sports, D I969 chr. p.207.

(5) D. Tunc, obs. D I956, I7 ; Honorat, thèse précitée n°I63 et s. Weill-Terré n°639.

présomption de responsabilité de l'article I384 al.I CCiv.à l'encontre du transporteur bénévole (I) ; on cite aujourd'hui certaines solutions analogues en matière de sports lorsque le dommage est causé, non plus par le fait personnel d'un joueur, mais par le fait d'une chose (2).

L'acceptation des risques apparaissant dans ces hypothèses comme une convention d'irresponsabilité tacite, relative à la réparation de dommages corporels (3), son étude devra logiquement être faite dans la seconde partie de nos développements, à propos des actes juridiques relatifs à la personnalité. Seule nous intéresse ici l'acceptation des risques lorsqu'elle peut être interprétée comme une forme particulière du consentement au dommage, et il s'agit précisément de montrer que ce n'est pas, alors, un acte juridique relatif aux droits de la victime. Pas plus, en tout cas, qu'une renonciation au droit à réparation, le consentement de la victime ne peut être analysé en une renonciation au droit lésé par l'acte dommageable.

b) - une renonciation au droit lésé par l'acte dommageable.

23 - Il semble évident que la personne qui consent à la publication de son image, ou à une opération chirurgicale, ne renonce pas, par là, à son "droit à l'image" ou à son "droit à l'intégrité corporelle". La renonciation, acte abdicatif, entraîne la perte du droit pour le renonçant (4).

-ooOoo-

(I) sur cette jurisprudence et lescontroverses doctrinales qu'elle avait soulevées voir Honorat, thèse précitée n° 74 ter , n° I42 et s. , les arrêts et les auteurs cités - l'application au transporteur bénévole de la présomption de responsabilité de l'art. I384CCiv.est certaine depuis Ch.mixte 20 décembre I968, D I969, 39. concl. Schmelck.

(2) Poitiers I5 juin I960, D I96I. III note Esmein, Paris 5 mai I936, S I937 - 2 - 45 et 24 mai I944, GP 44 - 2 - 25.
Civ^2 8 octobre I975, Bull. II . n° 246 p.I98. (rejet du pourvoi formé contre un arrêt de cour;d'appel qui avait refusé d'appliquer l'article I384 al I à un accident survenu pendant une course d'automobiles : la victime connaissant les risques de l'épreuve, la cour d'appel a pu admettre à bon droit, qu'elle avait, par là même, renoncé à invoquer contre un concurrent la responsabilité édictée par l'art. I384 al I). - adde : Civ^2 I6 juin I976, JCP 77.I.I8585, note Bénabent, Civ^2 8 nov.I976, J.C.P. 76. IV. 395; DURRY, obs. Rev. trim. dr. civ. I977 p. 328.

(3) M. Honorat (thèse précitée n° I69 et s.) soutient cependant que l'acceptation des risques ne joue pas vraiment ici le rôle d'une clause d'irresponsabilité tacite. La raison du rejet de l'action de la victime résiderait dans le fait que "les intérêts des personnes lésées dans de telles conditions ne sont pas de ceux que le législateur a voulu protéger en instituant une responsabilité fondée sur le risque" (op.cit n°I77)- L'arrêt de Civ^2 8 octobre I975 (cité à la note précédente) se prononce nettement cependant en faveur de l'assimilation de l'acceptation des risques à une convention d'irresponsabilité.

(4) P. Raynaud, La renonciation à un droit, Rev. trim.dr. civ. I936 - 763.

Or la personne représentée, ou celui qui accepte une opération, conservent bien sûr le droit de s'opposer par la suite à toute publication ou à toute atteinte à l'intégrité physique qu'ils n'auraient pas spécialement autorisées. (I).

L'idée a été avancée en doctrine d'une renonciation partielle au droit lésé. C'est ainsi que les auteurs français concilient parfois l'efficacité du consentement à certaines atteintes à la personnalité avec le prétendu principe d'indisponibilité de ces droits, en faisant observer que seule est interdite une renonciation totale et définitive à ces droits (2) - ce qui laisse supposer qu'on se trouve, avec le consentement de la victime, en présence d'une renonciation simplement partielle ou temporaire. L'auteur italien De Cupis parle d'ailleurs expressément à ce propos d'un"acte de disposition partielle des droits" (3).

Il est curieux que de telles formules soient utilisées dans le domaine des droits de la personnalité. La plupart de ces droits, en effet, confèrent uniquement à leur titulaire la faculté de s'opposer aux atteintes à l'aspect de la personnalité considéré - prérogative unique à laquelle on ne conçoit pas qu'on puisse renoncer en partie. Le droit de la personne sur son image, par exemple n'est pas la juxtaposition d'une multitude de droits de s'opposer à chaque publication de son image, de telle manière que le consentement à une publication déterminée apparaîtrait comme une sorte de démembrement du droit !

Un tel démembrement est concevable, il est vrai, pour certains droits qui se composent de plusieurs prérogatives distinctes et pouvant être aliénées séparément, c'est le cas, bien sûr, du droit de propriété, mais aussi, dans le domaine qui nous intéresse, du droit moral de l'auteur. Celui-ci est habituellement décomposé en droits de divulgation, à la paternité, au respect de l'oeuvre, et droit de repentir (4). Mais,bien évidemment, le consentement de la victime est autre chose que la renonciation à l'une de ces prérogatives : le consentement de l'auteur à une modification de son oeuvre ne lui fait pas perdre le droit au respect, de même que l'autorisation

-ooOoo-

) sauf à se demander si le consentement ne porte pas sur plusieurs atteintes. voir infra n° I53 et s. à propos de la portée du consentement aux atteintes à la personne.
) voir par exemple Amiaud, rapport français aux Travaux Capitant I946 , Recueil I947 t II p. 292 et s. - discussion sur l'avant-projet de la CRCC, spécialement les interventions de Latournerie, M. Ancel (Travaux de la CRCC I950-5I p.
) I Diritti della personalita, Milan, I959, t I n°
.) cf. d'ailleurs l'article 6 de la loi du II mars I957 sur la propriété littéraire et artistique : "l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre".

donnée par un propriétaire à l'utilisation ou à une dégradation de son bien n'implique aucun abandon d'un des trois éléments du droit de propriété ! Le consentement semble bien plutôt, dans ces hypothèses, une modalité d'exercice du droit moral de l'auteur ou du droit de propriété.

B - Consentement de la victime et exercice d'un droit.

24 - E.H. Perreau le remarquait, dès I909, à propos de l'autorisation donnée par une personne à la publication de son image ou à l'utilisation de son nom : "loin de renoncer à leurs droits, les intéressés les exercent en concluant des conventions de ce genre" (I). Mais, si l'affirmation est exacte, elle ne permet guère d'avancer dans la détermination de la nature juridique du consentement de la victime. Il apparaît en effet que l'on peut exercer ses droits au moyen des actes juridiques les plus divers, mais aussi au moyen d'actes matériels. Le problème est précisément de situer le consentement de la victime parmi les différents modes d'exercices des droits.

La doctine n'a pas manqué, à cet égard, de proposer des analyses plus précises. Le consentement de la victime serait, a-t-on soutenu, un acte permettant l'exercice de ses droits par l'intermédiaire d'un tiers : la victime, au lieu d'effectuer elle-même les actes matériels d'exercice de son droit, chargerait un tiers de les réaliser à sa place. Cela correspond bien à certaines hypothèses de consentement de la victime : par exemple, un propriétaire passe un contrat d'entreprise pour faire détruire un bien lui appartenant. L'analyse n'en est pas moins inexacte en ce qu'elle suppose, dans tous les cas, l'existence de véritables relations contractuelles entre la victime et l'auteur du dommage. Or le consentement peut être efficace en dehors de tout contrat : lorsqu'une personne, mêlée à un évènement de l'actualité, accepte de répondre aux questions d'un journaliste et révèle à cette occasion certains faits relatifs à sa vie privée, il est difficile de prétendre qu'un contrat s'est formé ; la personne interrogée ni le journaliste ne sont tenus d'aucune obligation, et en particulier le journaliste n'est pas tenu de publier l'interview. Le seul effet de l'autorisation est d'exclure le caractère illicite de l'atteinte à la vie privée (2).

Il est encore plus inexact de définir le consentement de la victime comme une "cession de l'exercice d'un droit". (3) Non seulement cela supposerait,

-ooOoo-

(I) E.H. Perreau, article précité, Rev. trim. dr. civ. I909 p. 50I et s.
(2) comp. à propos de l'autorisation donnée par une personne à la publication de son image: P.Kayser, Le droit dit à l'image, art. précité n°I5 J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image thèse Aix-Marseille, juin I977 n° 64-65.
(3) Nerson, thèse, n°I85 - pour M.Nerson les accords de volonté relatifs aux droits extrapatrimoniaux (parmi lesquels il étudie le consentement aux atteintes à la personne) sont tantôt une "cession restreinte de leur exercice", tantôt une "renonciation à la faculté de les faire valoir" - sur la critique de cette seconde formule voir supra n°I8.

là encore, l'existence de relations contractuelles entre la victime et l'auteur du dommage, mais cela signifierait également que la victime est privée, par l'effet du consentement, de l'exercice de son droit. Or en règle générale, le consentant n'est pas privé de la possibilité de porter lui-même atteinte à ses biens ou à sa personne ; cet effet ne peut résulter que d'un rapport juridique distinct du consentement au dommage : si, par exemple, c'est dans le cadre d'un contrat de location que le propriétaire a permis l'utilisation de son bien, il perd le droit de l'utiliser lui-même (I).

25 - Il faut bien voir, précisément, que les qualifications proposées par la doctrine - acte confiant à un tiers l'exercice du droit, cession de l'exercice du droit - ne s'appliquent nullement au consentement de la victime lui-même, mais au contrat qui lui sert, éventuellement, de support. Le consentement de la victime peut, sans doute, s'intégrer dans un contrat passé entre la victime et l'auteur du dommage. La nature juridique de ce contrat peut d'ailleurs être très variable : nous avons cité certains contrats générateurs d'obligations (contrat d'entreprise, contrat de location), mais il pourrait tout aussi bien s'agir d'un contrat translatif de droits (ainsi, l'autorisation de divulguer une oeuvre littéraire ou artistique, qui touche au droit moral de l'auteur, résulte le plus souvent d'un contrat de cession des droits patrimoniaux d'exploitation de l'oeuvre). Mais, en toute hypothèse, ce n'est pas le contrat, en tant que tel, qui exclut l'illicéité des faits sur lesquels il porte : nous avons vu que le consentement de la victime pourrait être efficace en dehors de toute relation contractuelle entre la victime et l'auteur du dommage.

Il serait d'ailleurs bien difficile d'expliquer comment un contrat relatif à l'exercice d'un droit subjectif de la victime pourrait modifier l'appréciation portée sur le comportement autorisé. C'est en effet sur ce point qu'il faut, d'abord, s'interroger si l'on veut comprendre la nature juridique du consentement de la victime. Et si celui-ci ne peut être défini, nous venons de le voir, comme un acte juridique relatif aux droits de la victime, c'est précisément parce que la licéité ou l'illicéité du comportement autorisé ne sauraient s'apprécier par rapport à ces droits.

§ 2 - L'impossibilité d'apprécier la licéité du comportement autorisé par rapport aux droits de la victime.

26 - Le consentement de la victime, lorsqu'il est juridiquement efficace, a pour effet d'exclure le caractère illicite du comportement autorisé, d'en modifier la

-ooOoo-

Fahmy Abdou, op. cit, n° 31.

qualification. Les tentatives doctrinales pour définir le consentement de la victime comme un acte juridique relatif aux droits de la personne consentante n'ont de sens que si le fait générateur de responsabilité ou pénalement sanctionné peut, lui-même, se définir comme une atteinte à ces droits. Or telle est l'idée accréditée par la théorie des droits de la personnalité, et il ne faut pas s'étonner si c'est à propos du consentement aux atteintes à la personnalité que la doctrine parle le plus volontiers de renonciation ou d'acte d'exercice d'un droit. Le caractère erroné de ces qualifications trahit l'inexactitude du point de départ : affirmer qu'un fait est répréhensible parce qu'il constitue une atteinte à tel ou tel droit de la personnalité, c'est méconnaître à la fois la notion générale d'illicéité (A) et son rôle dans la protection de la personnalité (B).

A - Le rôle des droits de la victime dans la définition générale de l'illicéité.

27 - Dans une première approche, on peut dire qu'un fait est illicite s'il est contraire au droit. A la différence des doctrines germaniques qui la trouvent dans leurs codes, les auteurs français se montrent généralement réticents à l'égard de cette notion d'illicéité (I). On ne saurait néanmoins en faire abstraction : en droit pénal, l'illicéité se révèle à travers l'élément légal de l'infraction,et, en droit civil, elle est impliquée dans le concept général de la faute (2).

Précisément certaines analyses de la faute civile pourraient laisser croire que l'illicéité se définit par rapport aux droits de la victime. Ainsi, pour Josserand, "commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent" (3). Malgré les apparences, M. R. Savatier n'est pas loin de cette conception lorsqu'il définit la faute comme la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui (4) : comme le remarque M. Puech, "l'idée essentielle est bien plutôt celle d'une atteinte aux droits d'autrui que celle de violation du devoir de respecter les droits des tiers" (5). Or ces définitions, comme l'a fort bien montré M. Puech, doivent être repoussées parce qu'elles méconnaissent l'illicéité (6). Celle-ci

-ooOoo-

1) G. Marty, Illicéité et responsabilité, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière, 1964, p. 338 et s. ; voir cependant : J. Deliyannis, La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, L.G.D.J., 1952 et surtout : M. Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, L.G.D.J., 1973, préface Rieg. - pour la doctrine étrangère voir : J.Darbellay, Théorie générale de l'illicité, Fribourg, 1955.
2) Carbonnier t IV n° 97 ; Marty, op. cit, p. 344.
3) Josserand, Cours de droit civil, t II, n° 422 et s.
4) Savatier, Responsabilité civile, t I n° 36.
5) Puech op. cit n° 33
6) Puech op. cit n° 32 et s.

est une qualification du fait générateur de responsabilité, et sa définition ne peut être cherchée qu'en se plaçant du côté de l'auteur du dommage, non de la victime. Constater qu'une personne a commis une faute, c'est porter un jugement sur la conduite de cette personne, indépendamment de la situation de la victime éventuelle : le jugement reste le même que cette conduite ait ou non porté atteinte aux intérêts d'autrui (I).

Définir la faute, l'illicite, comme une atteinte aux droits de la victime, c'est, en dernière analyse, confondre la faute et le préjudice (2). La confusion est rendue possible dans le cadre de la responsabilité civile par le fait que la faute n'ouvre un droit à réparation que si elle provoque un préjudice. La notion d'illicéité apparaît plus clairement en droit pénal dans la mesure où, sauf cas exceptionnels, la répression ne suppose pas que l'infraction ait causé un dommage : la simple tentative est réprimée à l'instar de l'infraction consommée et, en outre, un grand nombre de faits pénalement répréhensibles ne sont pas dirigés contr des particuliers. Il est donc clair que la faute pénale - dont on souligne l'identité avec la faute civile (3) - ne saurait être définie par rapport aux droits d'une victime qui n'existe pas nécessairement.

28 - Ce qu'il faut considérer pour apprécier le caractère licite ou illicite d'un fait, ce ne peut être que les devoirs, les obligations qui pèsent sur son auteur. Ces devoirs nous sont imposés par un certain nombre de règles de conduite édictées par le système juridique, et l'illicite peut être défini aussi bien comme la transgression d'une de ces règles que comme la violation des obligations qu'elle impose (4). On peut ainsi supposer, derrière l'article I382 C Civ une règle générale de bonne conduite qui prescrit de se comporter en homme prudent et avisé, en bon père de famille. C'est la violation de cette règle qui constitue la faute. Les théoriciens de l'illicéité parlent à ce propos d'une "norme de civilité" (5). Le contenu des obligations qu'elle impose sera déterminé en fonction de la loi, des usages, des nécessités de la vie sociale.

Une telle règle générale de bonne conduite est évidemment étrangère au

-ooOoo-

(I) ibid n° 28 p. 48

(2) Carbonnier, t IV, n° 97 p.344 - Du reste, il faut bien voir que le préjudice ne se définit pas lui-même comme l'atteinte à un droit subjectif de la victime. Si la jurisprudence, pour repousser l'action en réparation de la concubine en cas de décès du concubin, exigeait à une certaine époque que le dommage consiste dans l'atteinte à un "intérêt légitime juridiquement protégé", il n'est plus contesté aujourd'hui que la lésion d'un intérêt quelconque suffit. L'arrêt de la Chambre mixte du 20 février I970 (D 70.20I note Combaldieu, J.C.P. I970.II. I6305 concl. Lindon note Parlange) consacre l'abandon de la conception du dommage entendu comme atteinte à un droit - sur l'évolution de la jurisprudence voir : Puech op. cit n° 283 - 3I4.

(3) A. Pirovano, Faute civile et faute pénale, L.G.D.J., I966.

(4) Puech, op. cit, Ière partie, titre premier, passim - spec n° 35 et s. avec un renvoi à la définition célèbre de Planiol "toute faute est une contravention à une obligation préexistante" (Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit. leg. jur. I905, p. 285).

(5) Puech, op. cit n° 37, qui reprend ici une expression de M. Darbellay, Théorie générale de l'illicéité, précité.

droit pénal : le législateur répressif ne prétend pas appréhender toutes les mauvaises conduites mais seulement celles qui causent un trouble particulièrement grave à l'ordre social. Il faut donc ici supposer un certain nombre de règles de conduite plus précises, circonscrites par l'élément légal de chaque infraction. Par exemple : il ne faut pas porter atteinte volontairement à la vie d'autrui si l'on ne veut pas être puni des peines prévues à l'article 304 du Code Pénal(I).

29 - Quelles que soient les différences entre les règles de conduite pénalement sanctionnées, et la"règle de bonne conduite"dont la violation constitue la faute civile (2), la structure de l'illicite reste fondamentalement la même dans l'un et l'autre cas. Par suite, le mécanisme de la justification est lui aussi fondamentalement semblable en droit civil et en droit pénal. L'illicite se définissant dans l'un et l'autre cas comme la contravention à une règle de conduite, comme la violation des devoirs qu'elle impose, il est clair que c'est uniquement dans ces devoirs qu'il faut chercher l'explication d'une éventuelle disparition de l'illicite, donc le fondement de l'effet justificatif du consentement de la victime.

Le raisonnement suivi ne doit pas, à notre avis, être différent dans le domaine de la protection de la personnalité.

B - Le rôle de l'illicéité dans la protection de la personnalité.

30 - Les conclusions que nous venons de développer s'appliquent tout naturellement lorsque les atteintes à la personnalité sont sanctionnées par le droit pénal ou par les règles de droit commun de la personnalité délictuelle. Or il n'est pas contesté que ce sont ces règles qui assurent l'essentiel de la protection de la personnalité contre les atteintes des tiers (3). C'est,en particulier, l'article I382 C Civ qui permet aux individus subissant un préjudice du fait d'une atteinte à leur honneur, à leur intimité ou à leur intégrité corporelle d'en obtenir réparation, si ce préjudice trouve son origine dans une faute de l'auteur de l'atteinte (4). La référence aux "droits de la personnalité" n'est pas seulement inutile pour rendre compte de cette protection de droit commun,

-ooOoo-

(I) sur la distinction entre illicéité pénale et illicéité civile : Puech op. cit n° 25.

(2) il ne faut pas oublier d'ailleurs que la "règle de bonne conduite" impose notamment le respect de toutes les normes législatives ou réglementaires, et en particulier de celles qui sont pénalement sanctionnées - pour les conséquences sur l'effet justificatif du consentement de la victime voir infra n° 65 et s.

(3) Carbonnier t I n° 70 ; Nerson, thèse, n° I49 et s.; Rapport sur la protection de la personnalité en droit français, Travaux Capitant t.I3, I963 p. 5I.
Kayser, art. précité Rev. trim. de civ I97I n° I0 et s., 42.
Tallon, op. cit, n° I5.

(4) voir par exemple pour l'application de l'article I382 C civ à la publication non autorisée de l'image d'une personne : T.G.I. Paris I3 février I974, D I974. 55I note Lindon.

elle est dangereuse en ce qu'elle conduit à méconnaître le rôle joué par la notion d'illicéité dans la sanction des atteintes à la personnalité, et, partant, à se méprendre sur le fondement d'une éventuelle justification de ces atteintes. Si le consentement de la victime exclut le caractère fautif ou délictueux de certaines atteintes à la personnalité ce ne peut être, comme nous l'avons montré d'une manière générale, qu'en considération des devoirs de l'auteur de l'atteinte, des règles de conduite transgressées.

31 - Mais, en dehors de cette protection de droit commun, la notion de droit subjectifs aurait un rôle spécifique à jouer dans la sanction de certaines atteintes à la personnalité - et, partant, dans leur justification éventuelle -. On soutient en doctrine qu'à côté d'une éventuelle action en réparation fondée sur la responsabilité délictuelle certaines atteintes à la personnalité ouvriraient à la victime une action spécifique en défense du droit subjectif protégeant l'aspect de la personnalité considéré. Cette action permettrait au titulaire du droit d'obtenir la cessation de l'atteinte, ou d'empêcher qu'elle se produise, sans avoir à prouver ni le préjudice, ni surtout la faute de l'auteur de l'atteinte (I).

Cette construction, il faut le remarquer, fait totalement abstraction de la notion d'illicéité. La réaction juridique se déclenche dès lors qu'il y a atteinte à un droit de la victime, sans qu'il y ait à considérer le comportement de l'auteur de l'atteinte. Il serait, dès lors, logique de chercher l'explication d'une éventuelle justification de l'atteinte au droit subjectif dans un acte juridique relatif à ce droit.

Cependant, l'existence de telles actions spécifiques en défense des droits de la personnalité nous semble particulièrement douteux. A l'encontre de la construction doctrinale on peut invoquer aussi bien des arguments de droit positif (a) que des arguments d'ordre rationnel (b).

a) - arguments de droit positif.

32 - C'est surtout à propos du "droit à l'image" et du droit au respect de la vie privée que la doctrine a soutenu l'existence d'une protection spécifique de la personnalité fondée sur la notion de droit subjectif. La jurisprudence aurait reconnu depuis longtemps à la personne dont l'image a été publiée sans autorisation le droit de faire cesser cette publication même en l'absence

-ooOoo-

(I) Nerson, thèse n° I77 ; Kayser, art. précité n° 42.
contra : Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques , n° 44.

de faute et de préjudice (I) ; et une action analogue serait aujourd'hui consacrée par l'article 9 CCiv qui dispose que "les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures... prores à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée"(2).

- Pour montrer qu'on se trouve ici en dehors du cadre de la responsabilité délictuelle, la doctrine relève d'abord que l'action ouverte à la personne vise, non pas à obtenir la réparation du préjudice, mais à faire cesser ou à empêcher l'atteinte à la personnalité (3). L'argument n'est nullement convaincant, car le juge, saisi d'une action fondée sur la responsabilité civile peut non seulement condamner l'auteur du dommage à le réparer, mais encore ordonner toutes mesures visant à faire cesser l'activité dommageable (4). Il peut même, si le dommage est futur mais certain ordonner au responsable de prendre les précautions nécessaires pour empêcher qu'il ne se produise (5). Si elles ne constituent pas à proprement parler une forme de réparation, ces mesures en constituent l'accessoire (6).

- La spécificité de l'action tendant à faire cesser ou à empêcher une atteinte à la vie privée ou au "droit à l'image" tiendrait surtout à ses conditions, beaucoup plus protectrices que celles d'une action en responsabilité délictuelle. La personne, fait-on observer, n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice (7). Mais n'est-ce pas simplement parce que toute publication non autorisée de l'image, toute intrusion dans la vie privée emporte nécessairement un préjudice ? (8). Il est vrai que ce préjudice est présumé, qu'on ne demande pas à la personne dont l'image est publiée sans son consentement de démontrer que cette publication lui est, effectivement, désagréable. Mais

-ooOoo-

1) voir déjà Fougerol, La figure humaine et le droit. th. Paris 1913.
J. Stoufflet, Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité) J.C.P. 1957. I . 1374 ; P. Kayser, le droit dit "à l'image", Mel. Roubier, t II, p. 73 et s ; Nerson, chroniques à la Rev. trim. dr. civ., notamment 1966,p.65
2) cf. commentaires Pradel, D 1971 . III ; Lindon, J.C.P. 1970 . I . 2357 . Nerson, Rev. trim. 1971 . 109.
3) Stoufflet op. cit n° 20 bis ; Kayser, Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, Mélanges Savatier 1965 p. 405.
4) Planiol - Ripert t VI par Esmein n° 545 ; Mazeaud-Tunc t III n° 2303 ; Weill-Terré n°782 ; Dejean de la Batie sur Aubry et Rau n° 404 ; Rodière, Enc.Dalloz, V° Responsabilité du fait personnel n° 368-369.
5) Mazeaud - Tunc, t III n° 2307 ; Carbonnier t IV n° 88 p. 306.
6) cf. M.E.Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, 1974.
7) Stoufflet op.cit n°20 ; Kayser, Le droit dit"à l'image" précité p.
Badinter, Le droit au respect de la vie privée, J.C.P. 1968- II - 2136 ; Nerson, obs. Rev. trim. dr.civ. 1971, p.109 (qui relève cependant que "la démarcation est peu nette" entre la justification d'un intérêt à agir et la démonstration de l'existence d'un préjudice subi par le demandeur") -
8) dans ce sens Dejean de la Batie sur Aubry et Rau n° 386 - 387.

comment le pourrait-elle ? Comme l'a montré magistralement Ripert à propos du préjudice résultant de la perte d'un parent, le dommage moral est toujours présumé : "chacun se crée victime" (I). Cette présomption n'est pas plus contraire aux principes généraux de la responsabilité civile dans le cas d'une publication non autorisée de l'image ou d'une atteinte à la vie privée, que dans le cas de diffamation, d'injure ou d'atteinte aux sentiments d'affection.

Ce qui confirme qu'on se trouve bien dans le cadre de la responsabilité civile, c'est que, contrairement à ce qui est fréquemment soutenu en doctrine (2), la personne ne pourra faire cesser la publication de son image ou l'atteinte à sa vie privée que si celle-ci est fautive. Il est admis en effet que la publication peut être justifiée par les nécessités de l'information, ou encore si la personne représentée est une "personne publique"(3). La doctrine parle ici volontiers d'un conflit entre le droit à l'image ou à l'intimité de la vie privée avec le "droit à l'information" du public. Qu'est-ce à dire sinon que le juge doit, dans chaque cas, se livrer à une appréciation du comportement du défendeur, rechercher s'il a agi conformément aux usages, s'il a bien su faire la balance entre les intérêts de la personne et ceux du public comme l'aurait fait à sa place un homme prudent et avisé? A cet égard la lecture de la jurisprudence récente en matière de protection de l'image et de la vie privée suffit à convaincre que les juges n'ordonnent la cessation d'une publication que si elle est fautive (4). Derrière l'affirmation du "droit à l'image" ou au respect de la vie privée, on retrouve sans cesse la référence aux conditions de droit commun de la responsabilité délictuelle.

33 - D'une manière générale, on peut dire que celui qui subit une atteinte à sa personnalité ne pourra obtenir qu'il y soit mis fin que si cette

-ooOoo-

) Ripert, Le prix de la douleur, D 1948 chron. p.1.
) Stoufflet op. cit n° 19 ; Kayser, Le secret de la vie privée... précité p.
) sur les limites du droit à l'image et à l'intimité de la vie privée voir par exemple : P. Arrighi, La vie privée et les droits de l'information, Revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques 1968, 1er semestre, p. ; R. Badinter, article précité ; R. Lindon, La presse et la vie privée, J.C.P. 1965-I-1887 ; R. Nerson, Le respect par l'historien de la vie privée de ses personnages, Mélanges L. Falleti, p. 449.
sur quelques aspects de la protection de la personnalité des "personnes publiques" voir par exemple : Paris 27 février 1967, D 1967 - 151 (Brigitte Bardot) ; Civ. 6 janvier 1971, D 71 . 263 (Gunther Sachs) ; Paris 16 février 1974, J.C.P. 76-II.18341 (Sylvie Vartan).
) voir, particulièrement nets : Toi Paris ref. 20 juin 1974, D 74-751 (2ème espèce) ; T61 Paris ref. 24 février 1975, D 75 - 438 note Lindon.

atteinte est illicite (I). La démonstration qui vient d'être faite pour la protection de l'image et de la vie privée pourrait être reprise pour les autres prétendus "droits de la personnalité", qui ne confèrent en réalité à leur titulaire que le droit de faire cesser certaines atteintes à la personne ou d'en obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Cela n'est pas contesté pour le "droit à l'honneur" ou le "droit à l'intégrité physique". Un auteur a d'ailleurs pu parler à ce propos de "faux droits de la personnalité" (2).

Certains droits de la personnalité confèrent à leur titulaire des prérogatives positives, distinctes du droit d'agir en justice pour la défense de ses intérêts. C'est le cas du droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique (3). Même dans ce cas, cependant, il ne faut pas en conclure que ce droit soit protégé contre les atteintes des tiers par une action spécifique. Il n'est pas soutenu que la modification de l'oeuvre contre le gré de l'auteur, ou sa publication sans indication de son nom, par exemple, ouvrent à celui-ci une action autre que celle fondée sur la responsabilité délictuelle. Là encore le préjudice sera présumé, mais les atteintes aux intérêts moraux de l'auteur ne seront pas sanctionnées si elles sont justifiées par les circonstances, les usages de la profession etc...(4)

34 - Il convient seulement de mettre à part, à notre avis, la protection du nom patronymique en raison de la spécificité certaine de l'action en contestation de nom (5). Par cette action, le titulaire d'un nom prétend faire interdire à un tiers qui n'y a pas droit d'utiliser ce nom à titre de patronyme. L'action est ouverte même si l'usurpation n'est pas préjudiciable au demandeur : il suffit, pour qu'il ait intérêt à agir, qu'il existe un risque de confusion entre les deux porteurs du nom - dommage simplement éventuel qui ne pourrait fonder une action en responsabilité (6). Mais

-ooOoo-

) comp. l'art. I65 de l'avant-projet de la C R C C : "Toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin..."

) Kayser, Les droits de la personnalité, art. précité Rev. trim. dr. civ. I971.

) le droit moral donne en particulier à l'auteur la faculté de revenir sur un contrat de cession des droits patrimoniaux sur ce droit de repentir voir infra 2ème partie n°

) voir infra n° (modifications permises dans le cadre d'une adaptation de l'oeuvre), n° (atteintes au droit moral du journaliste, justifiées par les usages de la profession).

) sur la protection du nom patronymique : A. Ponsard et P. Blondel, V° Nom Prénom, Encyclopédie Dalloz, 2ème ed. ; P. Kayser, La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative, Rev. trim. dr. civ. I959 p.I0 ; E. Agostini, La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, D I973. chr. 3I3 ; P. Nerac, La protection du nom patronymique en droit civil, thèse, Lille I975 (dact.).

) Ponsard . Blondel op. cit n°404 ; Kayser, op. cit n°25 ; Nerac, thèse précitée p.I04 et s.; Marty et Raynaud, Les personnes, 3ème ed. par P. Raynaud, p.8I6.

surtout, il n'est pas nécessaire que l'usurpateur ait commis une faute : il se verra interdire le port du nom alors même qu'il était de bonne foi, qu'il pouvait légitimement croire à son droit (I). L'illicéité n'est pas une condition de l'action en contestation de nom (2).

Cependant, si elle se distingue nettement d'une action en responsabilité délictuelle, l'action en contestation de nom ne peut pas davantage être ramenée à une action en défense d'un droit de la personnalité. Le nom patronymique, en effet, n'est pas seulement un attribut de la personnalité, c'est aussi un moyen d'identification des membres de la collectivité, et un signe distinctif de l'état, du rattachement à une famille (3). C'est surtout sur cette dernière considération que l'action en contestation de nom nous semble fondée, bien plutôt que sur l'idée de protection de la personnalité. On remarquera dans ce sens que le titulaire du nom n'est pas seul à pouvoir agir ; l'action est ouverte également aux descendants dont les ancêtres ont porté le nom, même s'ils ne le portent pas eux-mêmes (4). Ceci montre bien que le nom n'est pas ici conçu comme un élément de la personnalité, mais bien plutôt du statut familial, de l'état (5).

La protection de la personnalité est au contraire seule en cause lorsque le nom est utilisé indûment par des tiers comme marque, nom commercial, ou pour désigner un personnage d'une oeuvre de fiction. Mais dans ces hypothèses, un certain nombre d'auteurs s'accordent à considérer que l'utilisation du nom n'est sanctionnée que sur le terrain de la responsabilité délictuelle, c'est à dire si elle est fautive et si elle cause un

-ooOoo-

(I) Angers 22 avril I964, D 64-538 note FB, Civ I I7 mai I966, J.C.P. 67.II.I4934 obs. Nepveu, Rev. trim. dr. civ. I967, P.372, obs Nerson (dans une affaire où la possession du nom usurpé par la famille des défendeurs avait été paisible et notoire pendant plus de deux siècles, et où la bonne foi des porteurs actuels n'était pas mise en doute, l'action en contestation a pu être admise dès lors que la possession, viciée à l'origine par une modification délibérée du nom, n'avait pu faire acquérir aucun droit sur celui-ci)

(2) voir cependant Civ I 22 juin I97I (D 7I somm.8I, G P I97I.II.6I5, Rev. trim. dr. civ.I972 p.375 obs Nerson) qui exige des demandeurs qu'ils prouvent non seulement la réalité de l'altération mais encore son caractère frauduleux. Cependant le débat ne portait pas sur la bonne ou la mauvaise foi des porteurs actuels du nom, mais sur celle de leur père qui avait pris le nom litigieux. Il s'agissait de savoir si les défendeurs pouvaient exciper d'une possession loyale leur donnant un droit sur le nom. L'arrêt n'en demeure pas moins troublant en ce qu'il met à la charge du demandeur la preuve du caractère déloyal de la possession du nom.

(3) sur les divers fondements de la protection du nom voir par exemple : Ponsard-Blondel op. cit n°352 et s. ; Nerac, thèse précitée, p.7 et s.

(4) Ponsard-Blondel op. cit n°39I et s. ; P. Blondel, La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, Dijon, I966, p.60.

(5) Carbonnier t I n° 57 ; Weill, Les personnes n° 60.

préjudice au titulaire du nom (I). Il nous semble assez inutile d'en entreprendre ici la démonstration en droit positif: d'une part, la protection du nom patronymique ne nous semble être, dans ces hypothèses, qu'un aspect de la protection de l'honneur ou de l'intimité de son titulaire (2); d'autre part, il est possible de montrer, rationnellement, que les atteintes à la personnalité ne peuvent être sanctionnées que par une action en responsabilité délictuelle.

b) - arguments d'ordre rationnel.

35 - Pour qu'il y ait lieu à une action en défense d'un droit subjectif, il faut supposer que ce droit soit contesté. On le voit bien à propos de l'action en revendication, qui est le type même d'une telle action protectrice d'un droit subjectif. Le revendiquant n'agit pas seulement pour faire cesser l'atteinte matérielle à son bien (usage sans autorisation, privation de jouissance), mais aussi et d'abord pour faire reconnaître son droit contesté par le détenteur du bien (3). Est on seulement en présence d'une destruction ou d'une dégradation du bien par un tiers qui ne s'en prétend pas propriétaire, il ne viendra à l'idée de personne de considérer que l'action ouverte au propriétaire est une action réelle en défense de son droit de propriété ! Il n'y a lieu dans une telle hypothèse, qu'à une action personnelle en responsabilité civile (4).

Or les atteintes à la personnalité prétendument sanctionnées par une action spécifique se rapprochent en réalité de cette seconde hypothèse. Celui qui, par exemple, publie l'image d'une personne sans son autorisation ou divulgue des faits relatifs à sa vie privée, ne conteste pas le droit à l'image ou le droit à l'intimité de la vie privée de cette personne. S'agissant de droits appartenant à toute personne, une telle contestation n'aurait, du reste, aucun sens (5).

-ooOoo-

(I) Marty et Raynaud, Les personnes P.8I6 ; Carbonnier t I n°57 ; J. Foulon-Piganeol, Le nom de la personne et les personnages d'une oeuvre de l'esprit, D I968 - chr.II7 ; M.A. Perot-Morel, L'usage du nom patronymique d'autrui à titre de marque, Hommage à Henri Desbois, p. I82 et s.

(2) E. Agostini, art. précité - dans le cas d'une utilisation du nom comme marque ou nom commercial, il y aura fréquemment atteinte aux intérêts patrimoniaux du titulaire du nom.

(3) Carbonnier t 3 n°68 Weill, Les biens n° 523 - 524.

(4) Il faut reconnaître que la frontière entre les deux types d'actions n'est pas toujours aisée à délimiter : on s'interroge notamment sur la nature de la réintégrande, action personnelle plutôt que véritable action possessoire cf.Carbonnier t 3 n°67 ; Planiol-Ripert 2ème ed, t III par Picard n°206 ; Voirin sur Beudant t IV n°694-695.

(5) on retrouve ici une raison fondamentale de douter de l'utilité des droits de la personnalité, à savoir que la notion de droit subjectif postule une inégalité, des prérogatives accordées à certaines personnes et pas à d'autres; voir supra n°5.

Il n'y a pas dans la publication de l'image ou dans la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'une personne, pas plus que dans tout comportement générateur d'un préjudice moral ou corporel, une atteinte aux droits de la victime. Il y a seulement lésion des intérêts protégés par ces prétendus droits. De telles atteintes ne peuvent, à notre avis, trouver leur sanction que sur le terrain de la responsabilité civile.

36 - Il faut bien voir, du reste, que le consentement de la victime n'a aucun rôle à jouer à l'égard d'actions sanctionnant la violation d'un droit subjectif. On le voit bien à propos de l'action en revendication : ni l'autorisation donnée par le propriétaire à l'usage de son bien, ni même - hypothèse purement théorique - l'autorisation de s'en dire faussement propriétaire accordée au détenteur du bien, ne pourraient faire échec à l'action. Le seul effet du consentement du revendiquant serait en effet de justifier le comportement du détenteur du bien. Or, s'agissant d'une action en défense d'un droit subjectif, ce comportement n'est aucunement à prendre en considération ; le succès de l'action est subordonné à la seule preuve du droit du revendiquant (I).

Le consentement de la victime,qui exclut l'illicite sans toucher aux droits de la personne consentante,ne peut avoir d'effet que là où l'illicite est une condition de la sanction. Si l'autorisation donnée par une personne à la publication de son image, ou à une intrusion dans sa vie privée est prise en considération par le droit, c'est précisément parce que ces faits ne sont pas sanctionnés en eux-mêmes, en tant qu'atteintes aux droits de la victime, mais seulement si l'auteur de la publication ou celui qui trouble l'intimité de la vie privée d'autrui a eu un comportement illicite. Le consentement ne pourrait pas modifier la réalité de l'atteinte à un droit, il peut seulement modifier le jugement porté sur le comportement de l'auteur de l'atteinte.

L'illicéité étant définie comme la violation d'un devoir, comme la transgression d'une norme de conduite, le consentement est efficace si le comportement autorisé ne viole aucun devoir. Il nous reste à préciser les liens qui existent entre l'autorisation et les devoirs de l'auteur du dommage.

-ooOoo-

(I) la volonté du revendiquant ne pourrait avoir d'effet sur son action que s'il avait cédé son droit ou s'il y avait renoncé. Mais, nous l'avons vu, c'est autre chose que le consentement de la victime.

SECTION 2 - VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT ET DEVOIRS DE L'AUTEUR DU DOMMAGE.

37 - Sous cet angle, on est tout d'abord porté à considérer le consentement de la victime avec réticence. Comment en effet la volonté individuelle peut elle avoir une influence sur les devoirs qui nous sont imposés par l'ordre juridique ?

Il y a là une apparente contradiction qui ne pourra être levée que par une analyse approfondie du processus de la justification par le consentement de la victime (§ I). Cette analyse nous conduira à reconsidérer complètement le problème de la nature juridique du consentement de la victime (§ 2).

§ I - Le processus de la justification.

38 - Il faut ici se garder d'une confusion qui apparaît dans certains développements doctrinaux. Si le consentement de la victime supprime la violation de certains devoirs imposés par l'ordre juridique, ce n'est pas parce que la victime aurait dispensé l'auteur du dommage d'agir conformément à la règle de conduite qui édicte le devoir considéré ; c'est plus simplement, parce que cette règle n'interdit le comportement que s'il n'est pas autorisé par la victime. Le consentement apparaît ainsi non comme un acte déchargeant l'auteur du dommage d'un devoir (A), mais comme un élément de définition du devoir (B).

A - Le consentement, acte déchargeant l'auteur du dommage d'un devoir.

39 - Etudiant l'acceptation des risques envisagée comme une forme de consentement au dommage (I), M. Honorat écrit que "l'individu qui s'expose à un risque dont la nature et l'étendue lui sont connues manifeste implicitement par là son intention de décharger le tiers, par lequel ce danger a été créé, de l'obligation de veiller à sa sécurité" (2). M. Honorat se réfère ici explicitement à l'auteur américain Prosser pour qui la valeur justificative de l'acceptation des risques repose sur "le consentement de la victime à relever le défendeur d'une obligation de conduite envers lui" (3). On peut encore rattacher à la même conception l'analyse de M. Fahmy Abdou, pour lequel le titulaire d'un bien, en consentant au dommage "suspend à l'égard d'une ou plusieurs personnes l'efficacité d'une disposition juridique protégeant ce bien" (4) - dans la mesure où écarter la règle revient à décharger

-ooOoo-

I) sur les autres rôles possibles de l'acceptation des risques, voir supra n° 2I 22.
2) Honorat op. cit, p.68.
3) "the defense of assumption of risk rests upon the plaintiff's consent to relieve the defendant of an obligation of conduct toward him" (Handbook of the law of torts, St Paul, I955, 2ème ed, 333).
4) Fahmy Abdou, op. cit n° 39.

la personne autorisée des obligations qu'elle impose.

Dans cette conception, le consentement de la victime serait l'équivalent, en matière délictuelle, de la clause d'un contrat par laquelle une partie exonère son cocontractant d'une obligation pesant normalement sur lui - par exemple en transformant une obligation de résultat en obligation de moyens. Cette combinaison doit être, comme l'a montré P. Durand (I), bien distinguée d'une clause d'irresponsabilité : alors que cette dernière se borne à écarter la sanction de faits qui, par hypothèse, demeurent illicites, la clause modifiant les obligations mises à la charge du débiteur conduit, plus radicalement, à exclure dans certains cas l'existence même de la faute contractuelle. "Le débiteur est irresponsable parce qu'il n'est même pas obligé" (2). Et c'est précisément là que l'analogie semble flagrante avec le consentement de la victime qui, en matière de responsabilité délictuelle, n'exclut pas seulement l'obligation de réparer, mais l'illicéité du comportement de l'auteur du dommage.

40 - Ce qui interdit d'aller plus avant dans la comparaison, c'est que seules peuvent être écartées, dans un contrat, les obligations qui n'ont pas un caractère d'ordre public. Or il est évident que les devoirs dont la violation est sanctionnée par le droit pénal ou la responsabilité délictuelle sont impératifs (3). Ces devoirs nous sont imposés en fonction de ce qui est considéré comme socialement bon, comme juste dans un ordre juridique donné. En ce sens on peut dire que les règles de conduite qui définissent ces devoirs posent "le principe objectif de ce qui est juste" (4). La volonté individuelle ne peut pas écarter ces règles, dispenser quiconque des obligations qu'elles imposent, parce qu'elle ne peut pas aller à l'encontre de cette appréciation objective du juste et de l'injuste.

C'est l'idée qu'expriment plusieurs auteurs à propos de l'influence du consentement de la victime sur la faute délictuelle ou quasi-délictuelle ; ainsi M. Rodière remarque que la qualification de faute ne peut être modifiée

-ooOoo-

P. Durand, Des conventions d'irresponsabilité, thèse, Paris, 1931.
Carbonnier, t IV, n°79. La distinction est faite par tous les auteurs (voir par exemple : Weill-Terré n°445 ; Starck, D 74. chr. p.157 n°15) contre cependant : Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral, Sirey, 1951, n° 138 - pour cet auteur toutes les conventions d'irresponsabilité se ramènent à une réduction des obligations incombant au débiteur. c'est cette considération qui semble conduire certains auteurs à affirmer la nullité des conventions d'irresponsabilité en matière délictuelle (voir par exemple Carbonnier, t IV, n°112 p.415) - Il s'agit en réalité de deux problèmes différents : la convention d'irresponsabilité écarte seulement la règle sanctionnatrice (l'art. 1382 CCiv) et non la règle de conduite qu'elle présuppose - à moins d'admettre avec M. Martin de la Moutte (op. cit n°140) qu'"affranchir l'auteur du délit de sa responsabilité en cas de faute légère, c'est en réalité réduire la mesure et l'étendue de l'obligation préexistante".
Puech, thèse précitée, n°34 p.53.

par la volonté de la victime parce qu'elle dépend d'un "jugement commun sur l'attitude que devait avoir l'agent" (I).

En réalité, l'éminent auteur n'exclut pas pour autant toute influence du consentement de la victime au niveau de la définition de la faute. Ce consentement, remarque-t-il, peut "entrer en ligne de compte pour le jugement commun que l'on porte sur la conduite de l'agent" ; c'est "une des circonstances dont le sentiment commun doit tenir compte pour l'appréciation des fautes" (2). Si l'on définit la faute comme la violation d'un devoir, d'une règle de conduite, on voit alors clairement que le consentement de la victime est pris en considération non parce qu'il écarte le devoir, mais, très différemment parce que le devoir se définit par rapport au consentement.

B - Le consentement, élément de définition du devoir.

4I - Si la victime ne peut, par une manifestation de volonté, dispenser l'auteur du dommage de l'observation des règles de conduite édictées par l'ordre juridique, il se peut, en revanche, que la règle de conduite considérée interdise seulement d'agir contre la volonté de la victime. Le consentement exclut l'illicite, la violation du devoir, parce que le devoir n'était que de respecter la liberté d'autrui. Malgré quelques différences superficielles, cette analyse rend compte aussi bien du processus de justification dans la responsabilité délictuelle (a) qu'en droit pénal (b).

a) - le processus de justification dans la responsabilité délictuelle.

42 - On retrouve ici l'idée exprimée par le doyen Rodière : dans de nombreux cas, c'est se conduire en homme prudent et avisé, c'est avoir un comportement correct, ne manquer à aucune obligation... que d'agir conformément à la volonté de la personne dont les intérêts sont en cause. Si le consentement de la victime peut avoir une influence sur la qualification de la faute, "il n'y a là, remarquent Marty et Raynaud, que l'application des règles sur l'appréciation de la faute d'après la conduite de l'homme normal placé dans la même situation que l'auteur du dommage" (3).

Ainsi, il n'est pas fautif de détruire un bien avec le consentement du propriétaire, parce que la règle de bonne conduite présupposée par l'article I382 n'interdit pas d'une manière générale, de toucher au bien d'autrui, mais seulement de le faire contre le gré du propriétaire. Et dans l'affir-

-ooOoo-

) Rodière sur Beudant n° I4I5 - comp. du même auteur, Encyclopédie Dalloz, 2ème ed. V° Responsabilité du fait personnel n° II6. voir aussi dans le même sens Mazeaud-Tunc tII n°I490.
) Rodière sur Beudant, n° I4I5.
) Marty et Raynaud t II, Les obligations n° 502.

mation que le droit à l'image est le droit de s'opposer à toute divulgation non autorisée de ses traits, on peut lire que le devoir imposé à celui qui publie l'image est seulement de s'assurer du consentement de la personne représentée (I).

43 - Le processus de justification par le consentement de la victime n'est, il faut le remarquer, pas différent de celui qui résulte des autres faits justificatifs admis dans la responsabilité pour faute. Les devoirs qui nous sont imposés par la "norme de civilité" de l'article I382 sont déterminés en fonction de certaines circonstances de fait qui rendent licites des comportements normalement prohibés (2). Ainsi le devoir de ne pas porter volontairement atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui est limité par la faculté d'agir en état de légitime défense ainsi que par l'obligation d'obéir au commandement de l'autorité légitime. Ce devoir est, de même, limité dans certains cas par le droit de tenir compte du consentement de la victime.

La différence est que les autres faits justificatifs admis en droit civil sont des causes générales de justification : un acte accompli en état de légitime défense ou conformément à l'ordre de la loi n'est jamais fautif. Au contraire ce n'est que dans certaines situations que la règle de bonne conduite sanctionnée par l'article I382 CCiv permet de tenir compte du consentement de la victime (3). Or cette constatation, si elle ne prête pas à conséquence au regard de la responsabilité civile, va au contraire justifier, en droit pénal, une distinction nette entre le consentement de la victime et les autres faits justificatifs.

b) - le processus de justification en droit pénal.

44 - Les criminalistes français se montrent généralement très hostiles à l'égard du consentement de la victime (4). Sans doute reconnaissent-ils que ce consentement peut avoir une influence sur la répression pénale,

-ooOoo-

1) cf Stoufflet, op. cit n° 3I pour qui le consentement est "un élément de détermination du contenu du droit" il est plus exact de dire que c'est un élément de détermination du contenu du devoir de celui qui effectue la publication.
2) Weill-Terré n° 636 et s. ; Carbonnier t IV n° 95 p.338.
3) cela pourrait faire douter de la possibilité d'élaborer une théorie générale du consentement de la victime : celui-ci n'est-il pas une simple circonstance de fait parmi d'autres ? nous verrons cependant qu'il est possible de poser des critères de l'effet justificatif du consentement - voir infra n° 78 et s.
4) voir les auteurs cités supra n° II - Seul M. Fahmy Abdou (op. cit) admet la valeur justificative du consentement. Mais ce n'est qu'une question de mots : cet auteur admet les mêmes solutions que les autres criminalistes.

mais ce ne serait pas, selon la plupart des auteurs, en tant que fait justificatif; tantôt le consentement excluerait l'élément matériel de l'infraction, tantôt il ne serait que la condition d'un autre fait justificatif, la permission de la loi. L'analyse que nous proposons permet de rejeter des distinctions en montrant que le processus de la justification par le consentement de la victime est le même dans tous les cas.

I°/ - Il existe dans le Code Pénal un certains nombre d'infractions qui, aux termes mêmes de la loi, ne sont constituées que si leur auteur a agi contre le gré de la victime, ou a usé de violence à son encontre. Il va de soi que le consentement exclut ces infractions : il n'y a pas viol si la femme s'est librement prêtée aux relations sexuelles, pas d'atteinte à la vie privée au sens de l'article 368 C Pen. si l'enregistrement ou la publication ont eu lieu avec le consentement de la personne dont la vie privée est révélée ou l'image publiée. De même encore, il n'y a pas vol, "soustraction frauduleuse de la chose d'autrui" si le propriétaire a remis volontairement son bien, sans avoir été contraint ni trompé (I). Mais, observent les auteurs, le consentement n'est pas ici un fait justificatif, il empêche en réalité la constitution de l'infraction - et puisque celle-ci n'existe pas, il n'est pas question de justification (2).

La remarque est exacte, mais il faut bien voir qu'elle vaut pour tous les cas où le consentement de la victime est pris en considération en droit pénal. On se demande par exemple si le consentement de celui qui a confié un secret à un professionnel est un fait justificatif à l'égard du délit de révélation de secret réprimé par l'article 378 C.Pen. (3). Or il est aisé de montrer que, si on l'admettait, l'effet du consentement de la victime serait exactement le même que dans les cas précédents. Il suffit d'appliquer l'analyse que nous avons faite, à un niveau plus général, du processus de justification. Si le consentement supprimait le caractère délictueux de la révélation, ce ne serait pas parce que le client dispenserait le dépositaire du secret de son obligation de ne pas révéler celui-ci, mais parce que cette obligation serait seulement de ne pas divulguer le secret contre le gré du client. En d'autres termes, il faut supposer, pour admettre l'effet justificatif du consentement de la victime, que l'article 378 C.Pén. interdit seulement la révélation non autorisée du secret, donc que l'absence de consentement est, implicitement, un élément constitutif de l'infraction. Dès lors l'autorisation ne justifie pas seulement l'infraction, elle

-ooOoo-

(I) sur le principe : Crim. 24 novembre I927, Bull crim. n° 266.
(2) Bouzat - Pinatel t I n°303, Stefani-Levasseur n° I52, Soyer, op. cit, n° I86 ; Puech, Crands arrêts de la jurisprudence criminelle n° 83 p. 3II.
(3) voir infra n° 88 - 89.

empêche qu'elle soit constituée, comme dans les cas de viol, d'atteinte à l'intimité de la vie privée... (I).

45 - Il ne peut en être autrement en droit pénal. L'efficacité du consentement suppose que la règle de conduite circonscrite par les éléments constitutifs de l'infraction interdise seulement d'agir contre le gré de la victime, donc en dernière analyse, que l'absence de consentement soit, implicitement ou textuellement, un élément constitutif de l'infraction.

Par là, le consentement de la victime se distingue certainement des autres faits justificatifs du droit pénal. Ceux ci sont posés par une norme générale extérieure aux textes réprimant les différentes infractions. L'infraction commise en état de légitime défense ou commandée par l'autorité légitime apparaîtra d'abord constituée par application du texte pénal qui la réprime, avant que l'on ne s'avise d'une éventuelle justification sur le fondement des articles 367 et 368 du Code Pénal. S'agissant du consentement de la victime, la justification est en quelque sorte interne au texte qui, en l'absence d'autorisation, réprime le consentement considéré. Ce n'est, dès lors, que par commodité, que l'on parle de "fait justificatif" : que le rôle du consentement de la victime soit ou non expressément prévu par le texte qui réprime l'infraction, on ne peut jamais dire que celle-ci soit "justifiée" par le consentement. En réalité elle n'est pas constituée (2).

46 - 2°/ - Il nous faut encore, dans l'analyse du processus de "justification" en droit pénal, dissiper une autre ambigüité. Il est admis, en droit positif,

-ooOoo-

:) la différence entre les deux séries d'hypothèses est purement formelle : elle tient à à ce que, dans un cas l'absence de consentement est expressément énoncéecomme un élément constitutif de l'infraction, alors qu'elle ne l'est qu'implicitement dans l'autre cas. Mais on voit bien que, si l'article 378 comportait un alinéa supplémentaire prévoyant que le délit n'est pas constitué si le client a consenti à la révélation, cela rendrait la solution plus certaine, mais cela ne changerait en rien le processus de justification.

?) la distinction ne paraît pas, d'ailleurs, avoir des conséquences importantes quant au régime du consentement de la victime. On pourrait songer que la charge dela preuve ne pèse pas sur la même personne selon qu'il s'agit d'un fait justificatif ou du consentement de la victime qui exclut un élément constitutif de l'infraction. Alors que, dans le premier cas c'est à la personne poursuivie de prouver la cause de justification (dans ce sens, à propos de la légitime défense : Merle et Vitu, op. cit n° 335).
ce serait au ministère public de prouver que tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, donc que la victime n'a pas consenti. Telle est certainement la solution pour les infractions qui supposent une violence. Par contre, celui qui divulgue des faits relatifs à la vie privée d'une personne devra certainement prouver, pour ne pas tomber sous le coup de l'article 368 C Pen, que celle-ci a autorisé la publication bien que l'absence de consentement soit ici, incontestablement, un élément constitutif de l'infraction.

que le consentement de la victime peut exclure certaines infractions même si le texte pénal ne le prévoit pas expressément. Si l'efficacité de l'autorisation au délit de révélation de secret professionnel est assez discutée (I), nul ne conteste, par contre, que le médecin qui opère le malade avec son consentement dans un intérêt médical ne commet pas le délit de coups et blessures volontaires prévu par l'article 309 C Pen. ; et ce texte ne s'applique pas davantage aux coups et blessures volontairement infligés dans la pratique des sports de combat, pourvu que les règles du jeu aient été respectées. Mais, pour la plupart des auteurs, l'efficacité du consentement reposerait ici sur un autre fait justificatif, la permission de la loi (2) : le législateur, fait-on observer, règlemente l'exercice de la profession médicale, il encourage les sports ; cette règlementation n'aurait aucun sens si les médecins ou les sportifs tombaient sous le coup de la loi pénale lorsqu'ils exercent normalement leur activité (3).

Cette analyse doit certainement être repoussée si l'on veut dire que le consentement de la victime n'a d'effet que si le législateur l'a explicitement reconnu. Pendant longtemps, la licéité des sports impliquant certaines atteintes à l'intégrité corporelle n'a pu être fondée que sur les usages. Les prélèvements d'organes en vue de greffes étaient admis bien avant que le législateur ne le règlemente. Mais sous cette réserve, il n'est nullement inexact de dire que la valeur justificative du consentement de la victime repose sur la permission de la loi. Bien au contraire, cette analyse doit être généralisée ; elle ne vaut pas seulement dans le cas des sports ou des opérations chirurgicales.

Si l'on admet en effet que le consentement de la victime n'est pris en considération que dans la mesure où la règle de conduite considérée permet d'en tenir compte, on en déduira que la valeur justificative repose dans tous les cas sur la permission de la loi. Cela n'est pas moins vrai du consentement à l'intrusion dans la vie privée qui exclut l'application de l'article 368 du Code Pénal, que du consentement à une atteinte corporelle pratiquée par un médecin. Là encore, il ne faut pas se laisser abuser par le fait que, dans le premier cas, la permission de la loi figure expressément dans le texte même qui réprime l'infraction, alors qu'elle n'est

-ooOoo-

(I) voir infra n° 88-89.
(2) plus rarement on invoque l'état de nécessité (voir par exemple à propos des prélèvements d'organes avant la loi du 22 décembre 1976 : P.J. Doll, chron GP 1974 - 2ème sem. 820). Mais, s'il y avait vraiment nécessité, le consentement de la personne serait-il une condition de la licéité de l'atteinte ?
(3) voir par exemple : Stefani Levasseur n° 153 ; Decocq, Droit pénal général p.314 ; Puech, Grands arrêts précité p. 310 ; Soyer, op. cit n° 187.

qu'implicite dans le second cas.

Il est très important, d'ailleurs, de relever que l'effet justificatif du consentement de la victime se ramène, dans tous les cas, à la permission de la loi. Cela fait apparaître que, dans le processus de justification, c'est la règle de droit qui joue le rôle déterminant, que la volonté de la victime, si elle conditionne l'exclusion de l'illicéité, n'en est pas véritablement la source. Cette considération est fondamentale pour déterminer la nature juridique du consentement de la victime.

§ 2 - La nature juridique du consentement de la victime.

47 - A ce stade de l'analyse, il apparaît clairement que le consentement de la victime n'est pas un acte juridique, mais une simple circonstance de fait à laquelle est parfois attachée, indépendamment des voeux de la personne consentante, une certaine modification de la situation juridique (l'exclusion du caractère illicite du comportement autorisé). Le consentement de la victime est, à notre avis, un simple fait juridique (I). Il est vrai que l'autorisation donnée par la victime le sera fréquemment dans le cadre d'un contrat passé avec l'auteur du dommage. Mais il faut ici se garder de toute confusion : la nature factuelle du consentement (A) n'exclut pas qu'il puisse s'intégrer dans un acte juridique (B).

A - La nature factuelle du consentement de la victime.

48 - Selon la définition la plus répandue, l'acte juridique est une manifestation de volonté (ou un accord de volontés) destinée à produire des effets juridiques (2). Un fait juridique peut être volontaire, mais, à la différence de l'acte juridique, la volonté n'est pas dirigée vers les effets juridiques produits. Ainsi nul ne soutient qu'une infraction pénale volontaire soit un acte juridique : le délinquant agit certes volontairement, mais c'est pour obtenir un résultat matériel (la mort d'une personne dans le meurtre, la détention de richesses dans le vol) ; il ne recherche pas les conséquences juridiques de son acte - le déclenchement de la sanction pénale - que, tout au contraire, il redoute. L'infraction pénale est un fait juridique.

N'en est-il pas de même pour le consentement de la victime ? Dans maintes hypothèses la personne qui consent ne recherche ni même n'envisage les consé-

-ooOoo-

(I) nous entendons ici fait juridique au sens strict, par opposition à l'acte juridique. Dans une terminologie ancienne les faits juridiques étaient tous les faits ayant des conséquences juridiques, ce qui englobait aussi bien les actes juridiques que les faits matériels.

(2) voir par exemple Carbonnier t IV n° 5, Marty et Raynaud, t I, 2ème ed n° I49.

quences juridiques de son accord. Le malade qui accepte de subir une opération chirurgicale, par exemple, ne le fait pas pour décharger le médecin de sa responsabilité, mais pour être guéri ; et on ne saurait évidemment soutenir que la femme qui consent à avoir des relations sexuelles, ou l'individu qui autorise un agent de la force publique à pénétrer dans sa maison, ont la volonté d'empêcher la constitution de l'infraction de viol, ou de violation de domicile !

Cela ne prouve rien, nous objecte-t-on : celui qui passe un contrat n'est pas nécessairement conscient de toutes les conséquences juridiques qui en découleront ; et, à l'inverse, on pourrait citer plusieurs situations où la victime envisage bien, au moment où elle consent, la limitation de ses droits qui va résulter de son autorisation. Le modèle professionnel, l'acteur qui "vend" les souvenirs de sa vie privée s'engagent consciemment à ne pas se plaindre de la publication de leur image ou de la divulgation de faits intimes. Faudra-t-il, dès lors, se livrer dans chaque cas à une recherche de l'intention de la victime pour déterminer la nature juridique de l'autorisation ?

49 - En réalité, cela montre simplement que la distinction entre acte et fait juridique ne peut pas reposer sur un critère purement psychologique. On peut bien concevoir, en effet, que, dans une situation pathologique, le criminel ne commette son crime que pour être puni, l'infraction pénale n'en restera pas moins un simple fait juridique. Aussi bien, la doctrine actuelle propose-t-elle de fonder la distinction sur un critère objectif : ce qui compte n'est pas de savoir si la modification de l'ordonnancement juridique a été ou non voulue en fait, mais si elle se produit parce qu'elle a été voulue ou indépendamment de l'intention du sujet. "Il y a acte juridique, écrivent M.M. Hébraud et Verdot, si l'intention des parties de produire certains effets de droit donnés est la condition de son efficacité". (I) Ainsi, dans l'exemple de l'infraction pénale, il n'y a pas acte juridique parce que l'effet juridique produit est parfaitement indépendant de la volonté du délinquant : l'illicéité de l'acte au regard du droit pénal repose sur une appréciation objective sur laquelle la volonté de l'auteur n'a aucune prise.

Or c'est bien exactement la même chose pour le consentement de la victime. Le rôle de la volonté de la victime dans l'exclusion de l'illicéité n'est pas différent de celui de la volonté du délinquant dans sa constitution. Ce n'est pas parce que la victime a voulu la disparition de la faute ou de l'infraction que cette disparition se produit. De même que la volonté du délinquant

-ooOoo-

(I) V° Acte, Encyclopédie Dalloz 2ème ed. t I. n°I8 sur les difficultés de la distinction, voir aussi J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J. I97I.

est une circonstance de fait qui permet de qualifier son acte d'infraction intentionnelle ou par imprudence, de crime ou de délit, de même la volonté de la victime est une circonstance dont il faut parfois tenir compte dans la qualification, purement objective, du comportement autorisé.

50 - Il nous était apparu d'emblée que le consentement de la victime était un simple fait lorsqu'il était constitutif d'une faute. La doctrine l'admet sans difficulté : dans ce cas, note M. Honorat, "l'acceptation des risques n'est pas prise en considération en tant qu'acte juridique... mais en tant que simple fait juridique aux conséquences indépendantes des voeux de celui par lequel il est accompli" (I).

Or nous ne voyons pas pourquoi la qualification du consentement - ou de l'acceptation des risques - serait différente, lorsque, à l'inverse, il exclut la faute de l'auteur du dommage. Comment la volonté de la victime pourrait elle jouer un rôle plus important dans la qualification du comportement de l'auteur du dommage, que dans celle de son propre comportement ?

Par ailleurs, la doctrine criminaliste semble reconnaître la nature factuelle du consentement de la victime lorsque celui-ci est exclusif de l'élément matériel de l'infraction : consentement de la femme aux relations sexuelles, remise volontaire d'un bien, autorisation de divulguer des faits relatifs à la vie privée... Les auteurs notent que le consentement de la victime n'est pas soumis, dans ces hypothèses, aux conditions de validité des actes juridiques (2). Or, nous l'avons montré, chaque fois que le consentement de la victime a des effets juridiques en droit pénal, c'est parce qu'il exclut l'élément matériel de l'infraction considérée (3). C'est donc de manière générale, et non pas dans les seules hypothèses où l'absence de consentement apparaît explicitement comme un élément constitutif de l'infraction, qu'il faut reconnaître la nature purement factuelle du consentement de la victime.

Cette conclusion reste vraie alors même que le consentement s'intègre dans un contrat, acte juridique qui lie la victime à l'auteur du dommage.

B - L'intégration du consentement de la victime dans un acte juridique.

5I - Nous avons déjà eu l'occasion de signaler que le consentement de la victime était fréquemment - mais pas toujours - donné dans le cadre d'un contrat liant cette dernière à l'auteur du dommage ; nous avions remarqué que la doctrine confondait souvent les deux éléments, notamment lorsqu'elle analysait le

-ooOoo-

(I) J. Honorat, thèse précitée n° 3 p. I6.
(2) voir par exemple Fahmy Abdou op. cit n° I48.
(3) voir supra n° 44 - 45.

consentement au dommage comme un contrat permettant l'exercice d'un droit par un tiers, ou comme une "cession de l'exercice d'un droit" (I). A ce stade de nos développements, le consentement de la victime pouvait nous apparaître comme unesorte d'acte juridique unilatéral s'intégrant dans un contrat - de même qu'une renonciation s'insère le plus souvent dans une convention, sans perdre pour autant sa propre nature juridique (2). Il nous apparaît maintenant que la situation est très différente : lorsqu'il résulte d'un contrat passé entre la victime et l'auteur du dommage, le consentement de la victime n'est pas un acte juridique distinct ; c'est le contrat lui-même considéré sous un autre angle, en tant que fait juridique.

M.M. Hébraud et Verdot remarquent, à propos de la distinction entre le fait et l'acte juridique, que "parfois, la nature de l'opération envisagée ne peut être exprimée par une qualification unique et globale : l'opération apparaît comme un acte juridique à certains égards et un fait juridique à d'autres" (3). En particulier, il n'est pas contestable qu'un contrat puisse être considéré à certains égards comme un fait juridique (4). Il n'est rien d'autre à l'égard des tiers (5); pour les parties, c'est également un fait lorsqu'il est l'élément d'une infraction pénale (abus de confiance, association de malfaiteurs...) ou de la complicité punissable. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'un contrat comportant l'autorisation de commettre un acte dommageable, qui est certainement un acte juridique en tant qu'il crée des droits et des obligations pour les parties, puisse être considéré comme un simple fait lorsqu'on se demande s'il rend licite le comportement autorisé. Il apparaît ainsi que les manifestations ou accords de volontés que nous avons à examiner en tant que faits justificatifs dans la première partie de nos développements, ne sont pas nécessairement différents des actes juridiques relatifs à la personnalité qui feront l'objet de la seconde partie. Il s'agira le plus souvent des mêmes manifestations de volonté considérées sous deux angles différents. Par exemple, nous devons rechercher, dans cette première partie, si le contrat passé entre un modèle professionnel et un peintre empêche le modèle de se plaindre de la publication de son image. Mais nous devrons encore nous interroger, dans la seconde partie, sur la validité et les effets de contrat, en tant qu'acte juridique : il s'agira alors de savoir si le modèle est obligé de se soumettre aux séances de pose, s'il a droit à une rémunération, qui est propriétaire du tableau...

-ooOoo-

(I) voir supra n° 24 - 25.
(2) cf. Martin de la Moutte, thèse précitée, p.I50 et s.
(3) V° Acte in Enc. Dalloz précité n° I8.
(4) cf Terré, Sur quelques aspects de la sociologie du contrat, Archives de philosophie du droit.
(5) Weill-Terré n° 5I6 ; Flour-Aubert n° 43I ; A. Weill, La relativité des conventions en droit privé français, th. Strasbourg, I939.

52 - La distinction est d'importance, car la valeur juridique de l'accord de volontés passé entre la victime et l'auteur du dommage n'est pas nécessairement la même selon qu'on le considère sous l'un ou l'autre point de vue. Du moins, s'il existe un lien entre les deux problèmes, ce lien n'est-il pas dans le sens où la doctrine l'envisage habituellement. Sans doute, si la volonté de l'intéressé n'a aucune influence sur la qualification du fait dommageable, ce fait ne pourra être l'objet d'un contrat valable. Mais, à l'inverse, de ce que le contrat, en tant qu'acte juridique, est nul, de ce qu'il ne fait naître aucun droit et aucune obligation, on ne saurait déduire qu'il n'a pas de valeur justificative dans la mesure où, sous cet angle, il conserve sa nature juridique de pur fait.

C'est ce qu'il nous faut maintenant développer en étudiant les conditions de la valeur justificative du consentement de la victime.

CHAPITRE SECOND - CONDITIONS DE LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME.

54 - L'analyse que nous avons donnée du processus de justification par le consentement de la victime fait doublement apparaître l'inexactitude du critère de la disponibilité des droits. D'une part, le consentement de la victime n'est pas constitutif d'un acte de disposition de ces droits. D'autre part et surtout il n'est pas envisagé en tant qu'élément d'un acte juridique. Or l'indisponibilité des droits de la personnalité est un aspect de l'ordre public, une limite à la liberté contractuelle (I) qui ne saurait être invoquée que là où il y a contrat, ou, plus généralement, acte juridique, là où il s'agit de faire obstacle à la création volontaire d'effets juridiques. Envisagé en tant que fait justificatif, le consentement n'est pas à proprement parler, nous l'avons montré, créateur d'effets juridiques. La licéité ou l'illicéité du comportement autorisé dépendent uniquement des règles de conduite instituées par le système juridique : ces règles fixent les limites de l'interdiction du comportement considéré, le contenu des devoirs qui s'imposent aux individus. Dans cette analyse, la valeur justificative du consentement de la victime ne saurait être déterminée à partir des conditions de validité des actes juridiques (SECTION I), mais uniquement en fonction du contenu des règles de conduite relatives au comportement dommageable (SECTION 2).

SECTION I - VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME ET CONDITIONS DE VALIDITE DES ACTES JURIDIQUES.

55 - Dans la conception doctrinale traditionnelle, le consentement de la victime, étant traité comme un acte juridique, doit pour être efficace, satisfaire aux conditions de validité posées par l'article 1108 du Code civil : la volonté doit exister et être exempte de vices, elle doit émaner d'une personne capable, l'autorisation doit avoir un objet et une cause licites (2).

Cette conception est inexacte et ne correspond en rien au droit positif. Remarquons d'abord qu'il n'est guère satisfaisant de parler de la validité

-ooOoo-

(1) voir infra 2ème partie.
(2) voir par exemple : Fahmy Abdou, op cit n° 99 et s. ; J. Honorat, thèse précitée n° 64 et s.

ou de la nullité du consentement de la victime. Un "consentement nul" (I) est un consentement qui laisse subsister la responsabilité civile ou pénale de l'auteur du dommage. Or il est clair que la constatation de cette absence de valeur justificative n'a rien de commun avec la mise en oeuvre d'une nullité ; en particulier, on ne peut distinguer ici nullité absolue et nullité relative (2). Dans tous les cas, le juge, saisi d'une action en dommages-intérêts ou de poursuites intentées par le ministère public recherchera si l'acte dommageable est ou non licite, sans qu'il y ait lieu de se demander si l'inefficacité du consentement doit être soulevée par la victime. Plutôt que de validité ou de nullité, il vaut mieux parler d'efficacité juridique ou d'inefficacité.

Cette efficacité obéit du reste à des conditions différentes de celles qui sont exigées pour la validité des actes juridiques, et c'est à cet égard que se révèle le plus clairement la nature juridique de pur fait que nous avons reconnue au consentement de la victime. S'il existe une certaine analogie entre ce fait justificatif et un acte juridique au niveau des conditions tenant à la volonté et à la capacité de la victime consentante (§ I), la distinction apparaît sans ambiguité à propos de l'objet et de la cause du consentement de la victime (§ 2).

§ I - La volonté et la capacité de la victime consentante.

56 - Le consentement de la victime ne peut être pris en considération que si la victime a manifesté sa volonté de subir le dommage, ou d'en courir le risque. Cette volonté doit avoir été manifestée antérieurement à la réalisation du dommage, une acceptation postérieure à l'acte dommageable ne pouvant avoir aucune influence sur sa licéité (3). On se trouverait alors en présence d'une simple tolérance qui pourrait être abandonnée à tout moment, et qui, de toute façon, n'aurait aucun effet au regard de la répression pénale de l'acte, sauf dans les cas où la loi subordonne les poursuites à la plainte de la personne lésée (4).

Mais il ne suffit pas que le consentement existe, il doit aussi, selon la plupart des auteurs, être libre et raisonnable, et émaner d'une personne apte à

-ooOoo-

(I) Fahmy Abdou, op cit, n° 83 et s. (le terme consentement désigne ici l'acte juridique "consentement de la victime" et non la volonté, élément de cet acte).
(2) Fahmy Abdou op cit n° I09.
(3) Stefani-Levasseur n° I54 ; Bouzat-Pinatel t I n° 304 ; Fahmy Abdou, op cit, n°I54 et s.
(4) sur le point de savoir si, dans le domaine des atteintes à la personnalité, la tolérance passée de certains agissements peut être interprétée comme impliquant un consentement tacite à des faits ultérieurs de même nature, voir infra n° I56.

émettre une volonté sérieuse (I). Il n'y a là rien d'incompatible avec la nature juridique que nous avons reconnue au consentement de la victime : l'idée est que si un comportement est prohibé lorsqu'il est accompli contre le gré de la personne à qui il cause préjudice, il y a normalement autant de raisons de l'interdire lorsqu'il a lieu avec l'accord non sérieux de cette personne. Par exemple, il est tout aussi fautif de profiter de la faiblesse mentale d'un individu pour obtenir de lui la remise d'un bien, que de s'emparer de ce bien sans son consentement ; et la jurisprudence estime fort justement que, dans les deux cas, il y a soustraction frauduleuse de la chose d'autrui au sens de l'article 379 du Code pénal qui définit le vol (2).

Cependant, parce que le consentement de la victime est un simple fait, la volonté et la capacité requises pour son efficacité ne seront pas nécessairement les mêmes que celles qui sont requises pour la validité d'un acte juridique. S'il n'y a aucune raison a priori de ne pas se référer aux conditions relatives à la volonté et à la capacité dans les actes juridiques (A), cela ne vaut que dans la mesure où la règle de conduite relative au comportement autorisé ne contient pas de conditions particulières à cet égard (B).

A - Référence aux conditions de validité des actes juridiques tenant au consentement et à la capacité.

57 - a) - Le consentement de la victime est en principe inefficace s'il est vicié. Cela ne fait guère de doute en cas de dol ou de violence émanant de l'auteur du dommage : il n'est même pas nécessaire alors de passer par la constatation de l'altération de la volonté pour expliquer qu'elle n'ait aucune valeur justificative, au moins au regard de la responsabilité civile. Les manoeuvres dolosives ou les menaces sont en elles-mêmes, en effet, des fautes génératrices de responsabilité.

Le problème est différent pour l'erreur, car il faut tenir compte de la connaissance qu'en avait ou que pouvait en avoir l'auteur du dommage. Si ce dernier ne connaissait pas, ni ne pouvait connaître l'erreur commise par la victime, il ne pourra être considéré en faute pour s'être fié à l'apparence de consentement ; de même, si le fait dommageable constitue une infraction pénale, celle-ci ne sera pas punissable en l'absence d'élément moral (3).

-ooOoo-

(I) en droit civil : R. Savatier, Responsabilité civile t I n° I92 ; Rodière sur Beudant n° I4I5 ; J. Honorat op cit n° 64-65 ; en droit pénal : Bouzat Pinatel t I n° 304 ; Fahmy Abdou, op cit n° I08 et s.
(2) voir par exemple Crim. 26 juin I974, Bull crim. n° 243 p. 622.
(3) Fahmy Abdou op cit n° I26.

Ici apparaît clairement la différence entre le problème de la validité d'un acte juridique et celui de l'efficacité du consentement en tant que fait justificatif. Il ne s'agit pas ici de savoir si la volonté était suffisamment éclairée pour produire des effets juridiques, il s'agit de porter un jugement sur la conduite d'une personne, et dans ce jugement, on doit nécessairement tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi de cette personne.

58 - b) - On retrouve bien évidemment la même idée s'agissant du consentement donné par un incapable : l'incapacité n'entraînera l'inefficacité du consentement que si elle était connue ou si elle pouvait l'être par l'auteur de l'acte (I). Mais, cette réserve faite, convient-il d'appliquer les règles relatives à la capacité dans les actes juridiques ? M. Rodière, qui analyse très justement le consentement de la victime comme une simple circonstance de fait, en conclut qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les règles juridiques sur la capacité; il faudrait seulement rechercher si, en fait, la victime était apte à donner un consentement sérieux (2).

Cette conclusion nous paraît excessive. La loi présume qu'un certain nombre de personnes sont inaptes à juger de leurs intérêts soit en raison de leur âge, soit en raison de leur état mental. On ne voit pas pourquoi a priori le système juridique reconnaîtrait une aptitude différente aux individus selon qu'il s'agit de passer un contrat ou de consentir à une atteinte à leurs intérêts. Si un mineur est présumé inapte à disposer de ses biens, cela ne met pas seulement obstacle à la validité d'une donation consentie par lui, cela implique également que soit considéré comme illicite le comportement de celui qui, en connaissance de cause, s'est fait gratuitement remettre un bien par ce mineur (3). Nous verrons de même que la cour de cassation a déclaré sans valeur le consentement donné par un mineur à la publication de faits relatifs à sa vie privée, bien que ce mineur, proche de sa majorité, ait été certainement apte, en fait, à juger de ses intérêts (4).

Le fondement de cette transposition des conditions de capacité

-ooOoo-

(I) en matière d'actes juridiques, la fraude commise par l'incapable qui a dissimulé son incapacité n'a d'influence que sur l'obligation de restituer les prestations versées en exécution du contrat (art. I3I0 C. Civ.), non sur la validité du contrat.

(2) Rodière sur Beudant n° I4I5 - comp. Honorat, thèse précitée n° 65.

(3) dans ce sens Fahmy Abdou op cit n° I34.

(4) Civ[1] I8 mai I972, J.C.P. I972-II-I7208 - sur cet arrêt voir infra n° I34.

relatives aux actes juridiques en dicte cependant les limites, et explique que certaines règles de conduite qui permettent de tenir compte du consentement de la victime contiennent parfois des conditions particulières à cet égard.

B - Les conditions particulières dans certaines règles de conduite.

59 - Le comportement dont il s'agit d'apprécier la licéité ne met pas nécessairement en jeu les mêmes intérêts que lorsque la personne passe un acte juridique. Dès lors l'aptitude à juger de ses intérêts ne sera pas non plus nécessairement la même. Ce qu'il faut considérer, en dernière analyse, c'est la règle de conduite qui, en l'absence du consentement, interdit le comportement considéré. Si cette règle permet de tenir compte du consentement, elle peut contenir, en ce qui concerne la volonté et la capacité de la victime consentante, des exigences supérieures (a) ou moindres (b) par rapport à celles qui sont normalement requises pour la validité des actes juridiques.

60 - a) - La règle de conduite dont on recherche si elle a été ou non transgressée peut imposer à l'auteur du dommage une obligation d'informer la victime, ou encore de recueillir son consentement en respectant certaines formes destinées à attirer son attention sur la gravité de l'acte autorisé. C'est ainsi que la loi du I7 janvier I975 sur l'interruption de grossesse exige que le consentement de la femme soit donné par écrit, après une information dont la loi règlemente minutieusement les modalités. De même la loi du 22 décembre I976 sur les prélèvements d'organes prévoit qu'un décret en conseil d'état détermine "les modalités selon lesquelles le donneur... est informé des conséquences éventuelles de sa décision et exprime son consentement". Cette loi contient par ailleurs d'intéressantes dispositions en ce qui concerne la capacité requise, à l'égard de laquelle elle se montre beaucoup plus exigeante que le droit commun : si le donneur est un mineur, son avis doit en principe être recueilli et le consentement à l'opération doit être donné non seulement par le représentant légal mais encore par un conseil d'experts.

Il est vrai que ces solutions particulières ne sont nullement révélatrices de la différence qu'il y a lieu de faire à notre avis, entre le consentement, fait justificatif, et un acte juridique. La loi pourrait tout aussi bien subordonner, en effet, la validité d'un acte juridique déterminé à l'observation de certaines formes protectrices du consentement,

-ooOoo-

ou se montrer plus exigeante que le droit commun en ce qui concerne les modalités de représentation des incapables. D'ailleurs les dispositions légales précitées ont indirectement cette portée, puisque le non-respect des conditions posées entraînerait non seulement la responsabilité civile et pénale de l'auteur de l'acte, mais encore la nullité de la convention passée entre lui et la victime relativement à cet acte : par exemple, le médecin qui n'aurait pas respecté les conditions posées par la loi en matière d'avortement n'aurait, en raison de la nullité du contrat, aucune action en paiement d'honoraires contre la femme et celle-ci pourrait obtenir la restitution de ceux qu'elle a versés (I).

6I - b) - L'inverse n'est pas vrai cependant. Lorsque la règle de conduite considérée pose, pour l'efficacité du consentement de la victime, des exigences moindres que celles qui sont requises pour la validité des conventions, l'accord donné par la victime peut avoir valeur justificative, alors qu'il serait sans effet en tant qu'acte juridique.

On rencontre ainsi de nombreuses limites aux conditions de capacité à propos du consentement aux atteintes à la personne : par exemple, on pourra prendre en considération le consentement du mineur à une opération chirurgicale, celui du majeur protégé à une publication de son image, pourvu que l'incapable légal ait la "capacité naturelle" c'est à dire l'aptitude de fait à émettre une volonté sérieuse (2). Cependant, là encore, la distinction avec les actes juridiques n'apparaît pas clairement, en l'absence d'un point de comparaison. En effet, le problème de la capacité requise en matière extrapatrimoniale ne se pose,pratiquement, que lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne, de sorte qu'on peut toujours supposer que les limites à l'incapacité qui sont posées à cet égard se retrouveraient dans les actes juridiques relatifs à la personne.

L'ambiguité disparaît cependant dans certains cas : au regard de certaines règles de conduite, le consentement est pris en considération même s'il est vicié, ou donné par un incapable de fait, ce qui lui retire certainement toute valeur en tant qu'acte juridique. C'est le cas en droit pénal pour toutes les infractions qui supposent une violence exercée contre autrui : un consentement quelconque suffit à exclure le principal élément

-ooOoo-

(I) Trib. corr. Bobigny I5 décembre I976, D I977-245 note Le Tourneau.
(2) voir infra n° I3I et s.

constitutif de ces infractions (I). On nous objectera sans doute que le comportement consenti dans de telles conditions pourrait tomber sous le coup d'autres incriminations pénales - par exemple les relations sexuelles avec un mineur consentant, si elles ne constituent pas un viol, peuvent être réprimées sous la qualification d'attentat à la pudeur sans violence ; par ailleurs le consentement vicié ou donné par un incapable n'exclura pas en principe la faute civile. Il n'en reste pas moins vrai qu'un tel consentement, sans valeur en tant qu'acte juridique, sera pris en considération pour déterminer la qualification du comportement autorisé.

Nous apercevons là ce qu'on pourrait appeler la divisibilité, ou la relativité de la valeur justificative du consentement de la victime : si un comportement dommageable est prohibé par plusieurs règles de conduite, le consentement peut être pris en considération par certaines de ces règles et non par d'autres. Cette divisibilité se révèle beaucoup plus nettement lorsqu'on considère l'objet et la cause du consentement de la victime.

§ 2 - L'objet et la cause du consentement de la victime.

62 - Si l'on analyse le consentement de la victime comme un acte juridique, on dira que cet acte a pour objet le comportement autorisé, et pour cause les motifs qui ont déterminé la victime à consentir au dommage. Il est clair que le problème de l'existence de l'objet ou de la cause du consentement de la victime ne se pose pas, et que seule peut être envisagée la question de leur conformité à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Or c'est à ce propos que se révèle de manière indiscutable la nature juridique du consentement : parce qu'il s'agit d'un simple fait, l'illicéité ou l'immoralité de son objet (A) comme des motifs qui l'inspirent (B) n'ont, en elles-mêmes, aucune influence sur la valeur justificative du consentement de la victime.

A - L'efficacité du consentement de la victime ayant un objet illicite ou immoral.

63 - Par hypothèse, le consentement de la victime porte sur un comportement qui, en son absence, serait illicite, et le problème est précisément de savoir

-ooOoo-

(I) Orléans I8 décembre I886 cité par Fahmy Abdou op cit n° I3I (le fait d'avoir des relations sexuelles avec une femme atteinte de débilité mentale ne constitue pas le crime de viol). Le seul vice du consentement qui exclut la prise en considération du consentement est, bien sûr, le vice de violence.

si ce consentement laisse ou non subsister cette illicéité. Il peut, dès lors, sembler paradoxal de vouloir faire dépendre la valeur justificative du consentement de la licéité des actes sur lesquels il porte. On ne saurait par exemple, comme le font certains auteurs, affirmer que le consentement à telle atteinte corporelle ne justifie pas cette atteinte parce qu'il a un objet illicite (I) : si on sait que l'atteinte corporelle est illicite, c'est nécessairement parce que l'on a déjà établi que le consentement de la victime n'avait aucune valeur justificative dans cette hypothèse. Et cette conclusion n'a pu résulter que d'un examen de la règle de conduite qui prohibe l'atteinte considérée.

Le problème de l'incidence de l'illicéité du comportement autorisé sur la valeur justificative du consentement de la victime ne peut se poser qu'une fois franchie cette première étape du raisonnement. On suppose que le comportement considéré est normalement licite, au regard d'une règle de conduite, s'il est autorisé par la victime. Il s'agit par exemple de la publication de l'image d'une personne avec son autorisation : une telle publication ne constitue pas une atteinte fautive au "droit à l'image" et elle n'est pas normalement punissable sur le fondement de l'article 368 du Code pénal (2). Mais on constate que, par ailleurs, le fait autorisé tombe sous le coup d'une autre incrimination pénale, ou est contraire aux bonnes moeurs - sans que, par hypothèse, le consentement de la victime influe sur cette qualification : par exemple l'image dont la publication est autorisée constitue un outrage aux bonnes moeurs réprimé par l'article 283 du Code Pénal. On se demande alors si l'illicéité ou l'immoralité du fait autorisé fait obstacle à l'efficacité du consentement même au regard des règles qui normalement permettent d'en tenir compte. Dans l'exemple choisi la publication tombera-t-elle sous le coup de l'article 368 du Code Pénal parce que l'accord de la victime est nul en raison de son objet immoral ? la personne représentée pourra-t-elle en obtenir réparation ? Si la réponse nous semble ici évidente, il est beaucoup plus facile d'en rendre compte en droit pénal (a) qu'au regard de la responsabilité civile (b).

a) - l'efficacité du consentement ayant un objet illicite ou immoral en droit pénal.

64 - La solution n'est pas douteuse. Si le fait dommageable peut recevoir

-ooOoo-

(I) voir par exemple Dejean de la Batie sur Aubry et Rau n° 364.
(2) rappelons que ce texte punit "quiconque aura porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui "notamment" en fixant ou en transmettant l'image d'une personne se touvant dans un lieu privé sans le consentement de celle-ci".

plusieurs qualifications pénales lorsqu'il a lieu contre le gré de la victime, le consentement de cette dernière peut exlure certaines qualifications et en laisser subsister d'autres. Il est bien évident par exemple que lorsqu'une femme consent à avoir des rapports sexuels, il ne peut y avoir viol, même si ces relations sont adultérines ou constitutives d'un outrage public à la pudeur (I). De même, pour reprendre l'exemple cité précédemment, ce n'est pas parce que la publication de l'image est contraire aux bonnes moeurs qu'elle doit tomber sous le coup de l'article 368 du Code pénal.

Pour M. Fahmy Abdou, l'efficacité du "consentement nul", dans ces hypothèses, s'explique parce que le consentement "exclut en fait l'infraction" (2). Mais, précisément, nous avons montré que le consentement de la victime ne pouvait avoir d'autre signification au regard du droit pénal (3). Aussi bien la solution est elle la même dans les hypothèses où l'efficacité du consentement n'est pas expressément prévue par la règle pénale. Par exemple si l'on admet que la révélation du secret professionnel n'est pas punissable lorsqu'elle est autorisée par celui qui a confié le secret (4), il importe peu que les faits révélés soient diffamatoires pour un tiers, ou qu'ils intéressent la défense nationale. La révélation pourra être réprimée sur le fondement de l'article 32 de la loi du 29 juillet I88I, ou des articles 75 et suivants du Code pénal ; mais elle ne constituera pas le délit de l'article 378 du Code pénal.

Nous retrouvons ici la divisibilité de la valeur justificative du consentement, que nous avions déjà relevée à propos du consentement donné par un incapable (5). Ce phénomène est aisément compréhensible en droit pénal : les règles de conduite dont la violation est pénalement sanctionnée, étant circonscrites par les éléments constitutifs de chaque infraction, sont indépendantes les unes des autres. Le comportement consenti peut transgresser l'une de ces règles sans pour autant être prohibé par les autre

C'est là, précisément, qu'apparaît la différence avec la responsabilité civile.

b) - l'efficacité du consentement ayant un objet illicite ou immoral au regard de la responsabilité civile.

65 - La difficulté tient ici au contenu très général de la règle de

-ooOoo-

(I) Trib. corr. Cholet 25 avril I952, G P I952-2-20.
(2) Fahmy Abdou op cit n° I48.
(3) voir supra n° 44.
(4) voir infra n° 88-89.
(5) voir supra n° 6I.

conduite dont la violation est sanctionnée par la responsabilité délictuelle fondée sur la faute. La "norme de civilité" de l'article I382 semble en effet imposer aux individus une obligation générale de bien se conduire, de telle sorte que toute transgression d'une règle de conduite plus précise implique une transgression de cette règle générale de bonne conduite (I). Dès lors, si le comportement autorisé par la victime est par quelque côté contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, a fortiori s'il est interdit par une disposition légale ou règlementaire, ce comportement est nécessairement fautif. En conséquence, même si on analyse le consentement de la victime comme une simple circonstance de fait, ce consentement paraît bien devoir être frappé d'inefficacité au regard de la responsabilité civile dès lors qu'il a un objet illicite ou immoral.

Telle n'est pas cependant la solution généralement admise en droit positif. Dans de nombreux cas, la victime qui a consenti au dommage perd tout droit à réparation bien que le fait autorisé soit illicite ou immoral. Ces solutions, qui n'ont guère été expliquées d'une manière satisfaisante par la doctrine (I°), doivent, à notre avis, être rattachées à la valeur justificative du consentement de la victime (2°).

66 - I°/ - Le problème s'est surtout posé devant les juridictions répressives à propos de la participation volontaire de la victime à l'infraction pénale qui a causé le dommage (2). Les solutions jurisprudentielles paraissent ici extrêmement fluctuantes.

Un certain nombre de décisions ont considéré que le consentement de la victime n'exclut pas la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction à son égard. C'est ainsi que la jurisprudence a toujours reconnu la responsabilité civile du duelliste qui a tué ou blessé son adversaire, et cette solution trouve aujourd'hui un écho dans la jurisprudence qui admet chacun des participants d'une rixe à demander aux autres réparation des blessures qu'il a reçues (3). L'admission du droit à réparation de la victime consentante d'une infraction

-ooOoo-

(I) sur le principe selon lequel la violation d'une prescription légale ou règlementaire est a priori fautive : Carbonnier t IV n° 95 ; Weill-Terré n° 620 ; Dejean de la Batie sur Aubry et Rau, n° 343 ; Puech thèse précitée n° 8 et s. On en déduit que toute faute pénale est une faute civile - cf . Pirovano, thèse précitée.

(2) sur l'ensemble du problème voir : R. Vouin, La participation volontaire de la victime à l'infraction pénale, Rev. sc.crim. I952-346 ; J B Denis, L'action civile de la victime en situation illicite, D I976 chr. p. 243.

(3) sur le duel : Crim. 27 juin I827, Bull. crim. I6I ; Req. 30 juin I836, S I836-I 73I, Crim. 20 février I863, D I864-I-99 - sur les coups et blessures au cours d'une rixe : Crim. 20 décembre I95I, J.C.P. I952-IV-26.

pénale a également été consacrée par la chambre criminelle dans un arrêt célèbre à propos d'une prostituée qui avait remis volontairement ses gains à son souteneur (I). De même encore, la cour de cassation a décidé que le consentement d'une femme à un avortement illégal au cours duquel elle a trouvé la mort n'était pas "de nature à exonérer totalement (la femme ayant pratiqué l'opération) de la responsabilité qu'elle avait encourue en commettant le délit spécial prévu par l'article 317 al I du Code pénal" (2).

Mais, dans d'autres situations, la victime s'est vue refuser tout droit à réparation en raison de sa participation à l'infraction pénale. C'est ainsi qu'a été déclarée irrecevable l'action en dommages-intérêts de l'époux qui avait consenti à l'adultère de son conjoint (3) De même, une femme qui a eu volontairement, dans un lieu public, des relations sexuelles avec un individu poursuivi pour outrage public à la pudeur, ne peut se constituer partie civile contre ce dernier (4). Dans un tout autre domaine, la chambre criminelle, depuis un arrêt du 27 mars 1968 qui a mis fin à une longue controverse, rejette l'action en réparation de celui qui a accepté en connaissance de cause un chèque sans provision (5).

La même solution semble s'imposer dans des hypothèses dont la jurisprudence n'a pas eu à connaître. Admettant que le consentement de la victime justifiait en principe les atteintes aux biens, P. Esmein remarquait que "même quand la loi interdit la destruction,comme elle le fait pour les monuments historiques, si le tiers autorisé par le propriétaire encourt avec lui les sanctions pénales, il n'y a pas lieu

-ooOoo-

(1) Crim. 7 juin 1945, D 1946-149 note R. Savatier, J.C.P. 1946-II-2955 note Hémard - sur cet arrêt : Hugueney, Les dommages-intérêts dus par le souteneur à la prostituée, Rev. int. dr. pen. 1946-73 - adde : Trib. corr. Toulon 5 juillet 1963 et Trib. corr. Seine 8 octobre 1964, J.C.P. 1964-II-13964 note M. et J.C. Sacotte.

(2) Crim. 7 juin 1952, J.C.P. 1952-II-7074 rapport Brouchot - en l'espèce l'action était intentée par les proches de la victime agissant en leur nom personnel, mais cette circonstance n'est relevée par la cour qu'à titre subsidiaire. La généralité des motifs permet d'affirmer que l'action aurait été admise même si elle avait été intentée par la victime directe.

(3) Besançon 24 juillet 1889, D P 1890-2-50 - par ailleurs il faut signaler qu'avant la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce, la cour de cassation estimait que l'adultère consenti, à la différence de l'adultère simplement provoqué, ne pouvait être invoqué à l'appui d'une demande en divorce - dans ce sens Civ. 3 février 1967, Bull. civ II n°59, Civ. 29 janvier 1969, Bull. civ.II n° 27.

(4) Trib. corr. Cholet 25 avril 1952 précité.

(5) Crim. 27 mars 1968, D 1968 - 523 note Vouin - sur ce problème : Dermida, Observations sur l'action civile en matière d'infractions à la législation du chèque, Mélanges Cabrillac, 1968, p. 125.

de le déclarer civilement responsable envers lui" (I). De même il semble raisonnable de supposer que, dans l'hypothèse de la publication d'une image contraire aux bonnes moeurs (2), le modèle qui a donné son autorisation ne pourrait obtenir aucune réparation.

67 - Dans ces diverses hypothèses, la doctrine a surtout essayé d'expliquer l'exclusion du droit à réparation par l'indignité de la victime (3), sans toujours bien préciser d'ailleurs comment celle-ci peut faire obstacle à la mise en oeuvre de la responsabilité civile. On songe immédiatement à l'adage nemo auditur, mais plutôt que cette règle dont la portée est imprécise et le domaine d'application limité (4), il semble préférable de se référer à l'article 3I du nouveau Code de procédure civile qui pose expressément l'existence d'un intérêt légitime parmi les conditions du droit d'action (5). La victime qui a participé consciemment à une infraction pénale, n'aurait pas d'intérêt légitime à agir en réparation.

On pourrait d'abord objecter à cette explication qu'elle permet difficilement de rendre compte de la diversité des solutions jurisprudentielles. Nous l'avons vu, la jurisprudence est loin d'exclure systématiquement tout droit à réparation chaque fois que la victime a participé consciemment au fait illicite. Comment expliquer que l'indignité de la victime fasse obstacle à la responsabilité civile de l'auteur du dommage dans certains cas et non dans d'autres ?

Il est bien sûr possible, pour justifier ces différences de traitement, d'invoquer la plus ou moins grande indignité des victimes considérées. La prostituée, note M. Dejean de la Batie, "ne fait guère figure que de victime" (6) ; et, de même, la femme victime d'un avortement illégal, bien que coupable du délit de l'article 3I7 du Code pénal est relativement digne d'intérêt : elle n'a consenti que parce qu'elle

-ooOoo-

(I) Esmein sur Aubry et Rau t VI 5ème ed. n° ; sur Planiol-Ripert, t VI, 6ème ed. n° 572.
(2) voir supra n° 63.
(3) Dejean de la Bâtie sur Aubry et Rau n° 364 note 78 ; J B Denis, op cit ; Dumyy, obs. Rev. trim. dr. civ. I975 p. 3I6.
(4) sur cet adage : Flour-Aubert n° 367 et s. ; Weill-Terré n° 334 et s. ; Carbonnier n° 50 - Ph. Le Tourneau, La règle Nemo auditur, L.G.D.J. I970 préface P. Raynaud. L'adage semble faire obstacle uniquement aux actions en restitution des prestations versées en exécution d'un contrat nul ; il ne paraît pas avoir sa place dans le droit de la responsabilité civile.
(5) D. n° 72-684 du 20 juillet I972.
cf. Desclevises, Le contrôle de l'intérêt légitime, thèse, Nantes, I973 (dact.).
(6) sur Aubry et Rau n° 333 note I - 2.

était dans cette "situation de détresse" que la loi du I7 janvier I975 prend maintenant en considération (I). Mais le duelliste, ou celui qui a participé volontairement à une rixe sont-ils aussi dignes d'intérêt ?

On pourrait aussi arguer d'une évolution jurisprudentielle qui laisserait plus de place à l'exception d'indignité, spécialement devant les juridictions répressives (2). Et il est vrai qu'à l'époque où la chambre criminelle se montrait secourable envers la femme victime d'un avortement (3), elle admettait également l'action en dommages-intérêts du bénéficiaire de mauvaise foi d'un chèque sans provision (4). Cette dernière solution ayant été abandonnée, rien n'indique que des dommages-intérêts seraient toujours accordés actuellement à la femme victime d'un avortement illégal. Mais l'évolution de la jurisprudence sur ce point s'accorderait mal avec les décisions récentes qui, tout au contraire, semblent plutôt refouler l'exception d'indignité en matière de responsabilité civile (5). Relevons encore que, dans certaines hypothèses, à l'indignité de la victime s'ajoutent d'autres considérations qui conduisent à exclure le droit à réparation : ainsi, dans le cas de l'outrage public à la pudeur (6), il est difficile de soutenir que la pudeur de la femme qui a participé volontairement aux faits réprimés a été réellement outragée. L'absence de responsabilité civile s'explique ici simplement par l'absence de préjudice (7). Mais cette explication ne saurait être généralisée : l'existence ou l'absence d'un préjudice étant une question de fait, on ne saurait soutenir que toute atteinte volontairement subie est exclusive d'un véritable préjudice (8).

Encore que chacune n'ait qu'une portée limitée, les raisons ne manquent donc pas, en définitive, pour justifier les divergences juris-

-ooOoo-

(I) l'arrêt de la chambre criminelle de I952 relevait, à titre subsidiaire, que la femme n'avait peut être pas librement consenti à l'opération.
(2) dans ce sens Puech, thèse précitée n° 384. P. Raivre, V° Action civile, Enc. Dalloz Droit criminel.
(3) Crim. 7 juin I952 précité.
(4) Crim. 8 décembre I953, J.C.P. I954-II-8005 note Cabrillac, D I954-437 note Vouin.
(5) J.B. Denis, article précité - voir notamment l'évolution de la jurisprudence à propos du droit à réparation de la concubine adultère ; dès avant l'abrogation des art. 336 et s. du Code Pénal (L. du II juillet I975), la chambre criminelle avait admis que l'adultère ne faisait pas obstacle à la réparation du préjudice subi en cas de décès accidentel du concubin : Crim. 14 juin 1973, D 1973-J-585
(6) Trib. corr. Cholet. 25 avril I952 précité.
(7) dans ce sens R. Vouin, article précité n° 4 p. 349 ; Fahmy Abdou op cit, n° 9I.
(8) voir supra n°I0. Cette explication de l'absence de responsabilité civile par l'absence de préjudice ne vaut pas en tous cas lorsque le préjudice est d'ordre patrimonial. C'est donc à tort que M. Dejean de la Batie l'invoque dans le cas de la destruction illicite d'un bien (op cit n° 364 note 78).

prudentielles, en se plaçant au niveau de l'indignité de la victime. Nous ne pouvons néanmoins souscrire à cette explication.

68 - Il nous semble en effet que l'explication de l'absence de responsabilité civile, lorsque le fait consenti est illicite ou immoral, par l'indignité de la victime, conduit à dissocier artificiellement des situations en pratique très comparables. On admet par exemple que la destruction d'un bien avec le consentement du propriétaire exclut toute responsabilité civile de l'auteur de la destruction à son égard, sans qu'il y ait à distinguer selon que cette destruction est ou non prohibée par la loi : la distinction n'intervient qu'au niveau du fondement de l'exclusion du droit à réparation. Le caractère illicite du fait dommageable empêche de justifier l'absence de responsabilité civile par l'idée que le consentement exclut la faute ; mais par ailleurs ce caractère illicite permet de donner une autre explication de la solution : en participant volontairement à la destruction prohibée par la loi, le propriétaire se rend indigne de la protection du droit. Le détour du raisonnement juridique paraît ici difficile à admettre, de même qu'il est difficile d'expliquer de deux manières différentes que la personne qui a consenti à la publication de son image ne puisse plus s'y opposer... selon ce que représente l'image.

Il y a quelque artifice à admettre à la fois que l'illicéité du fait dommageable est sans influence sur la solution, mais que lorsqu'elle est établie, c'est cette illicéité qui fonde la solution. En réalité, que le fait dommageable soit ou non contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ne change rien, de toute évidence, à l'attitude que le système juridique doit avoir vis à vis de la victime consentante : si celle-ci ne mérite pas la protection du droit, ce ne peut être que parce qu'elle a consenti au dommage. Et c'est, dès lors, à partir de la valeur justificative du consentement qu'il faut essayer d'expliquer l'exclusion du droit à réparation.

2°/ Explication proposée.

69 - Il n'est évidemment pas possible de soutenir, lorsque le fait autorisé est illicite ou immoral, que l'auteur du dommage n'a pas commis de faute. Mais, à notre avis, l'absence de responsabilité civile peut s'expliquer alors par l'idée que l'atteinte volontairement subie n'est pas une faute à l'égard de la victime.

Pour admettre cette explication, il faut accepter l'idée qu'un

-ooOoo-

comportement peut être fautif à l'égard de certaines personnes et non d'autres, ou en d'autres termes, que la faute est relative. C'est ce qu'affirmait Planiol dès I896 : "Toute faute est relative en ce sens que sa portée comme évènement dommageable est déterminée par les motifs de la règle dont elle est la violation. La faute étant l'inexécution d'un devoir, ceux là seuls peuvent se plaindre de la faute qui auraient pu exiger l'accomplissement du devoir" (I).

A dire vrai, ce principe, reçu dans plusieurs législations et jurisprudences étrangères (2), est loin d'être admis dans la doctrine française où Planiol est, à notre connaissance, le seul auteur à l'avoir soutenu (3). Nous croyons cependant que la relativité de la faute, qui n'est pas inconnue de la jurisprudence française, permet seule de rendre compte de l'exclusion du droit à réparation lorsque le fait consenti est illicite ou immoral.

- La théorie de la relativité de la faute dans la jurisprudence.

70 - En dehors du problème qui nous intéresse, on peut rattacher à la théorie de la relativité de la faute les décisions jurisprudentielles qui refusent d'accorder des dommages-intérêts à la personne lésée par la violation d'un texte légal ou règlementaire lorsque ce texte n'a pas pour but de protéger cette personne.

Les décisions les plus nombreuses émanent des juridictions répressives : il faut citer ici la jurisprudence bien connue de la chambre ciminelle qui déclare irrecevable l'action civile des particuliers victimes d'une infraction réprimée exclusivement, selon la cour, dans l'intérêt général (4). Cette jurisprudence s'est surtout

-ooOoo-

(I) note sous Civ. 7 août I896, D I896 - I - 8I.
(2) voir J. Limpens, La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé, Mélanges R. Savatier, I965, p. 559 et s. - Le § 823 BGB consacre expressément la relativité de la faute, lorsqu'il énonce que la responsabilité "incombe à celui qui commet une infraction à une loi visant la protection d'autrui".
(3) voir, contre la relativité de la faute : G. Marty, Illicéité et responsabilité, Etudes Julliot de la Morandière, p. 338 et s. ; Puech, thèse précitée n° 336 et s.
(4) voir notamment : J. Vidal, Observations sur la nature juridique de l'action civile Rev. sc. crim. I963, p. 48I et s. ; Larguier, Action individuelle et intérêt général, Mélanges Hugueney, I964, p. 87 et s. ; J. Rubellin-Delvichi, L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général, J.C.P. I965-I-I922 ; Cartier Rouanet de Vigne Lavit, La notion de dommage personnel réparable par les juridictions répressives, thèse, Paris, I968.

développée à propos des infractions à la législation économique (I), mais ce n'est pas là son domaine exclusif (2). Dès I9I3 en effet, la chambre criminelle déclarait irrecevable l'action civile d'une personne qui se prétendait victime d'un outrage aux bonnes moeurs au motif que ce délit "ne lèse que la généralité des citoyens, en s'attaquant exclusivement à la morale publique et que par suite il n'entraîne pas en principe un préjudice direct porté à tel ou tel individu" (3) - motivation presque textuellement reprise par un arrêt de I974 à propos de la contravention d'affiches indécentes (4). Des arrêts récents ont, de même, appliqué la solution à des infractions au code des débits de boissons, ainsi qu'à la règlementation de l'enseignement de la conduite automobile (5).

Cette jurisprudence, a été très critiquée. On a contesté le caractère arbitraire de la distinction faite entre les infractions exclusivement réprimées dans l'intérêt général et les autres : toutes les infractions ne sont-elles pas réprimées dans l'intérêt social ? (6) A l'inverse, il semble très contestable d'affirmer que telle infraction ne peut causer de préjudice qu'à la collectivité et non à un particulier (7). Cependant, quelle que soit la valeur de ces critiques (8), il faut remarquer qu'elles se situent exclusivement au niveau des prémisses de la jurisprudence de la chambre criminelle - à savoir l'affirmation que telle règle a une finalité exclusive d'intérêt général. En revanche, les auteurs ne contestent guère les conséquences qui en sont tirées : que, en raison de cette finalité

-ooOoo-

(I) voir parmi les principaux arrêts : Crim. 4 et 5 novembre I959, D I960-I-80, S.I960-I-72 (infractions à la règlementation des ventes avec primes et à l'interdiction des loteries) ; Crim. I9 novembre I959, D I960-463 note Durry, J.C.P.I960. II. 11448 note Chambon (prix illicites) ; Crim. I9 avril I96I, J.C.P.I96I-II-I2I68 (vente avec primes) ; Crim. 4 janvier I967,
contra à propos d'un délit assimilé à la pratique de prix illicites : Crim. 22 janvier I970, J.C.P. I970-II-I6326 note Guerin, D I970-I66 note Costa, Rev. trim. dr. civ. I970-363 obs. Durry.

(2) Puech, thèse précitée n° 354.

(3) Crim. 25 juillet I9I3, DP I9I5-I I50 note Nast.

(4) Crim. 26 juin I974, D 75 - 8I note Puech, J.C.P. I975-II-I80II note Lindon.

(5) Crim. 4 juin I973, GP I973-2-778, Crim. I8 juillet I974, GP I974
C'est surtout à de telles infractions à l'ordre public traditionnel que la solution semble devoir s'appliquer aujourd'hui, puisque l'article 45 de la loi n°73. II93 du 27 décembre I973 (dite "loi Royer") déclare désormais que l'action civile en réparation du dommage causé par les infractions à la législation économique "est exercée dans les conditions du droit commun" - sur le sens de ce texte voir : Hartemann, L'action civile et les infractions à la législation économique après la loi Royer Rev. sc. crim. I976 p. 329 et s.

(6) Durry, note D I960-463 - pour la critique de cet argument, que l'on retrouve à propos du problème de la valeur du consentement de la victime en droit pénal voir infra n° 80.

(7) J. Larguier, article précité p. 503 et 504.

(8) cf. Puech, thèse précitée n° 367-368.

attribuée à tort ou à raison à la règle violée, l'action civile soit irrecevable. Le principe même de la relativité de la faute n'est pas vraiment remis en cause (I).

7I - On soutient, il est vrai, que l'irrecevabilité de l'action en réparation fondée sur l'idée de la relativité aquilienne serait spécifique à l'action civile exercée devant les juridictions répressives (2). En effet, fait on observer, l'irrecevabilité de l'action civile repose alors sur l'article 2 du Code de procédure pénale, qui réserve cette action "à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction" (3). Or il s'agit là d'une règle de procédure propre à l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives. Aussi bien, la victime dont l'action a été rejetée au pénal en raison de la finalité d'intérêt général de la règle pénale pourrait toujours, soutient-on en doctrine, agir en réparation devant les tribunaux civils (4).

Cette distinction entre les juridictions répressives et les juridictions civiles quant au rôle de la relativité de la faute ne nous semble pas fondée. L'article 2 du Code de procédure pénale signifie, chacun en convient, que pour être admise à agir devant les juridictions répressives, la victime doit établir qu'il y a relation de cause à effet entre son préjudice et, non pas seulement le fait matériel de l'infraction, mais ce fait pénalement qualifié ; la victime ne peut invoquer devant les juridictions répressives que la faute résultant exactement de la transgression de la règle pénale (5). Dès lors, admettre que l'action est irrecevable si l'infraction pénale est réprimée exclusivement dans l'intérêt général, n'est-ce pas admettre que la violation d'une règle qui ne protège pas la victime ne constitue pas une faute génératrice de responsabilité à son égard ? Derrière la règle de procédure spéciale à l'action exercée devant les juridictions répressives, on trouve donc une règle de fond, relative à la définition même de la faute génératrice de responsabilité.

Cette règle de fond devrait logiquement être également appliquée par les juridictions civiles. Si la transgression d'une norme exclusivement protectrice de l'intérêt général ne constitue pas une faute à

-ooOoo-

(I) il faut remarquer d'ailleurs que l'hostilité de la doctrine française à l'égard de la théorie de la relativité de la faute s'explique surtout par la difficulté pratique qu'il y a à distinguer entre les règles suivant leur finalité.
(2) voir les intéressants développements de M. Puech, thèse précitée n° 342 et s.
(3) Puech, thèse précitée n° 342 et 372 ; Chambon, note J.C.P. 1970 II. 16545 ; Cartier Rouanet de Vigne Lavit, thèse précitée.
(4) Puech op cit n° 372 ; G. Goubeaux, note J.C.P. 1972. II. 16965.
(5) Puech thèse précitée n° 372 ; Chambon, note J.C.P. 1960. II. 11841.

l'égard d'un particulier, elle n'en est une devant aucune juridiction.

72 - On constate, d'ailleurs, que le principe de la relativité de la faute n'est pas inconnu des juridictions civiles. C'est bien sur ce principe que se fonde un arrêt de la première chambre civile du I7 mars I958 qui rejette l'action en réparation formée par le propriétaire d'un château classé monument historique contre un voisin qui, en violation de la loi du 3I décembre I9I3, avait détruit un petit bois situé dans le champ de visibilité du château : "Attendu, dit la cour de cassation, que l'arrêt(de la cour d'appel) énonce exactement que la loi du 3I décembre I9I3 n'a pas pour objet de protéger les intérêts particuliers du propriétaire de l'immeuble classé ou inscrit mais les intérêts généraux de la nation, et qu'il appartient à l'autorité administrative seule... d'exercer une action en dommages-intérêts et en remise en état des lieux" (I).

Plus récemment, la relativité de la faute a inspiré certaines décisions de la troisième chambre civile en matière d'urbanisme. Il faut citer comme particulièrement caractéristique un arrêt du 2 juillet I974 (2) : dans cette affaire, un habitant de Nice demandait la démolition de deux étages d'un immeuble surélevé irrégulièrement au motif que cette surélévation le privait de la vue agréable qu'il avait auparavant. La cour d'Aix sans contester qu'il y avait eu violation d'un règlement d'urbanisme, avait rejeté l'action au motif que ce règlement, instituant une servitude de prospect et non une servitude "non altius tollendi" avait pour objet d'assurer la salubrité et l'ensoleillement des immeubles voisins, mais était étranger aux questions de vue et de hauteur. La cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cet arrêt, au motif qu'il n'existait pas de lien de causalité entre le préjudice et la violation du règlement. Cette motivation, que les commentateurs ont accepté sans étonnement (3) dissimule mal la véritable portée de l'arrêt : en l'espèce la relation de cause à effet entre la surélévation de l'immeuble et la privation de la vue n'était pas douteuse. En réalité, la cour de cassation subordonne bien le droit à réparation de la victime de la transgression d'une disposition légale ou règlementaire à la condition que cette règle vise à protéger la victime, ce qui n'a

-ooOoo-

(I) Civ^{I} I7 mars I958, J.C.P. I959-II-I0950 note Gilli et Lanversin - voir certaines décisions plus anciennes dans le même sens : Paris 26 juillet I9I9, GP I920-I-I97, Douai I0 novembre I93I, S I932-2-55.
(2) D I975 p.6I, note Franck, Rev. trim. dr. civ. I975 p. II0 obs Durry.
(3) voir par exemple Durry obs Rev. trim. dr. civ. I975 p. II0.

rien à voir avec l'exigence d'un lien de causalité (I).

Cet arrêt, qui n'est pas isolé (2), est d'autant plus remarquable que la jurisprudence de la chambre civile en matière d'urbanisme est généralement invoquée comme illustrant le rejet par les juridictions civiles de la théorie de la relativité de la faute (3). Il est vrai qu'à la différence de la chambre criminelle qui déclare par principe irrecevable l'action civile des particuliers lésés par la violation d'un règlement d'urbanisme (4), la chambre civile, depuis quelques années, admet sans difficulté que ces particuliers puissent demander des dommages-intérêts, voire la démolition de la construction irrégulière si elle leur cause un préjudice personnel et direct (5) (sauf, comme nous venons de le voir, à réintroduire par le biais de cette dernière exigence la considération de la finalité de la règle violée). Et, d'une manière plus générale, il est certain que la plupart des actions déclarées irrecevables par les juridictions répressives en raison de la prétendue finalité d'intérêt général de la règle violée, seront admises devant les tribunaux civils.

Il ne faut pas s'en étonner. D'une part les juridictions civiles qui ne sont pas guidées, comme la chambre criminelle, par le souci de refouler l'action civile (6) auront beaucoup plus de réticences à admettre que telle ou telle règle a une finalité exclusive d'intérêt général. D'autre part, même si elle devait l'admettre, cela ne signifierait pas nécessairement le rejet de toute action tendant à obtenir des dommages-intérêts : la victime pourrait toujours en effet invoquer

-ooOoo-

(I) on note en doctrine une tendance à ramener le problème de la relativité de la faute à un problème de causalité - cf Marty article précité aux Mel. Julliot de la Morandière, J. Limpens article précité spec. p.579 et s.
(2) la même solution est donnée par Civ 3 I7 mars I976, J.C.P. 76-IV-I63.
(3) Puech, thèse précitée n° 34I.
(4) Crim. I5 juillet I959, Bull. n° 35I p. 707, 26 février I964, Bull. n° 70 p. I57, 6 janvier I965, J.C.P. I965-II I406I ; I2 janvier I966 - D 66 som 83, Rev. trim. dr. civ. I966 - p. 557 obs Bredin.
(5) Civ Ier mars I965, J.C.P. I965-II I4 I34, D I965-560 ; I3 janvier I965, D I965. som 86 - arrêts récents : Civ 3 I2 novembre I975, D 76 - I R p. 22 ; Civ 3 décembre I975 - Rep. not I976 p. 409 note Franck ; Civ 3 I0 mars I976, J.C.P. I976-IV p. I57 - sur l'ensemble de la question voir : J. Morand, Le droit des tiers au respect par les constructeurs des règles d'urbanisme, J.C.P. I974-I-266I ; R. Savatier, Propriété immobilière et contraintes d'urbanisme, D I974 - chr.59.
(6) la jurisprudence de la chambre criminelle s'explique surtout par le souci de préserver le monopole des poursuites du ministère public. cf Boulan, Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, J.C.P. I973-I-2563.

une faute distincte de la violation de la règle légale (I). Même si l'on considère, par exemple, que les infractions à la règlementation des prix, réprimées dans l'intérêt exclusif de l'économie nationale, ne constituent pas une faute à l'égard des particuliers qui ont payé trop cher un bien ou une prestation, on peut toujours reprocher au commerçant d'avoir manqué au devoir de loyauté qui lui incombe envers ses clients. Cette dissociation entre la violation d'une norme protectrice de l'intérêt général et la violation d'un devoir envers la victime n'a sans doute habituellement guère de conséquences (2). Elle apparaît clairement, cependant, dans l'hypothèse, qui nous intéresse, où la victime a consenti à l'acte dommageable.

- Application de la relativité de la faute au cas où la victime a consenti à un fait illicite ou immoral.

73 - Lorsqu'un comportement viole à la fois une règle protectrice de l'intérêt général et un devoir envers une personne, le consentement de celle-ci qui, on peut le supposer, laissera subsister l'atteinte à l'intérêt général (3), peut très bien exclure la violation du devoir envers la victime. Il suffit que ce devoir consiste seulement à ne pas agir contre la volonté de la victime.

La théorie de la relativité de la faute trouve alors naturellement à s'appliquer : bien que le fait consenti soit illicite ou immoral, son auteur ne sera pas responsable car il n'aura pas commis de faute envers la victime.

Ainsi, dans notre exemple de référence, la publication d'une image contraire aux bonnes moeurs, si elle constitue une faute envers la collectivité (4), n'en est une à l'égard de la personne représentée

-ooOoo-

(I) ce qui, en raison de l'art. 2 du Code de procédure pénale est évidemment exclu devant la juridiction répressive.

(2) certains auteurs ont cependant soutenu que lorsque l'action a été déclarée irrecevable par la juridiction pénale en raison de la finalité d'intérêt général de la règle, il n'y aurait pas lieu d'appliquer la prescription pénale à l'action en réparation exercée au civil (dans ce sens : Patarin note sous Poitiers 2 novembre 1966, J.C.P. 1968-II-15597, Goubeaux, note J.C.P. 1972-II-16965). C'est là reconnaître implicitement que la faute invoquée devant les juridictions civiles ne consiste pas en la violation de la règle pénale.

(3) voir infra n° 79 et s.

(4) et également, d'ailleurs, contre les particuliers dont la pudeur pourrait être choquée par la vision de l'image, et qui pourraient en obtenir réparation, au moins devant les juridictions civiles.

que si celle-ci n'y a pas donné son autorisation. La règle générale de bonne conduite de l'article I382 n'impose pas d'autre devoir à l'égard du modèle que celui d'obtenir son consentement à la publication.

On pourrait de même rendre compte de tous les cas où le consentement exclut le droit à réparation de la victime bien que le fait dommageable soit illicite ou immoral. Beudant remarquait déjà en ce sens que l'adultère consenti est "une faute contre l'ordre social et non contre le conjoint" (I). De même, on peut dire que la destruction d'un monument historique, si elle est toujours nuisible à la collectivité, n'est pas fautive envers le propriétaire qui y consent. Celui qui remet un chèque sans provision à un tiers qui accepte de le recevoir en connaissance de cause ne viole aucun devoir à l'égard de ce dernier.

74 - A l'inverse, les décisions qui admettent le droit à réparation malgré le consentement de la victime s'expliquent aisément dans notre analyse. Il peut d'abord s'agir d'hypothèses où la liberté et la sincérité du consentement étaient douteuses : on peut estimer, par exemple que la prostituée ne remet pas vraiment volontairement ses gains au proxénète (2). Mais, dans la plupart des cas l'inefficacité du consentement s'explique parce que, s'agissant d'atteintes à l'intégrité corporelle, le devoir envers la victime consistait précisément à s'abstenir de l'acte dommageable, quelle que soit à cet égard la volonté de la victime : ainsi peut on comprendre la responsabilité civile à l'égard du duelliste, du participant à une rixe, ou de la femme victime d'un avortement. Dans ces hypothèses, l'auteur de l'acte dommageable avait, malgré le consentement, commis une faute à l'égard de la victime.

L'important est ici de voir que l'inefficacité du consentement ne se justifie pas alors par son objet illicite ou immoral, mais par le contenu de la règle de conduite dont la violation est sanctionnée par la responsabilité civile. C'est également cette considération qui, dans certains cas, fait obstacle à l'efficacité du consentement donné pour des motifs illicites ou immoraux.

-ooOoo-

(I) Beudant t 3 n° 79I p.5I - comp. A. Mayer-Jack, note J.C.P. I950-II-5782.

(2) a fortiori ne faut-il pas s'étonner de l'admission de l'action civile dans les cas où la victime, bien qu'ayant participé à une infraction pénale n'a nullement consenti au dommage, ni même n'en a accepté les risques : la chambre criminelle a ainsi admis l'action du contractant à un marché illicite qui avait été victime d'une escroquerie de la part de l'autre partie. Crim. 3 juillet I947, J.C.P. 48. II. 4474 note Carbonnier ; Crim. I5 juillet I948, Bull. crim. n° I96.

B - L'efficacité du consentement donné pour des motifs illicites ou immoraux.

75 - a) - En principe il est indifférent à la valeur justificative du consentement que les motifs qui ont déterminé la victime à le donner soient illicites ou immoraux. C'est encore une conséquence de la nature juridique que nous avons reconnue au consentement de la victime.

On ne s'attardera pas sur ce principe en droit pénal : s'il fallait tenir compte des mobiles de la personne consentante, on ne comprendrait pas que le consentement empêche la constitution de certaines infractions contre les moeurs - viol, attentat à la pudeur - l'accord donné à ces actes ayant fréquemment une cause immorale. Au regard de la responsabilité civile, la valeur justificative du consentement donné pour une cause illicite ou immorale fait beaucoup moins de difficulté que lorsque c'est le comportement autorisé qui est en lui-même contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. En effet le mobile peut être personnel à la victime et ne pas entacher d'illicéité ou d'immoralité le comportement de l'auteur du dommage :sans même qu'il soit besoin de recourir à l'idée de la relativité de la faute, il est alors certain que l'illicéité des mobiles de la victime ne fait pas obstacle à la disparition de la responsabilité civile. Par ailleurs, si le motif illicite est commun à la victime et à l'auteur du dommage, ce dernier commet sans doute une faute, mais on peut dire, comme il a été montré plus haut, qu'il n'en commet pas nécessairement une à l'égard de la victime.

76 - Un arrêt de la cour de Paris du 2I janvier I972 constitue une application particulièrement intéressante de ce principe (I). Une dame T. avait autorisé, moyennant une certaine rémunération, le journal Ici Paris à publier un reportage sur "ses trois changements de sexe". Prétendant n'avoir reçu qu'une partie de la rémunération promise, la dame T. assigne la société éditrice pour obtenir le paiement de la totalité. La cour de Paris rejette cette demande : "il est contraire aux bonnes moeurs, énoncent les juges, de monnayer la divulgation de tels faits d'ordre intime... l'obligation invoquée, en admettant qu'elle soit prouvée, reposerait sur une cause illicite et partant ne saurait produire d'effets juridiques par application des articles II3I et II33 du Code civil... la nullité absolue du contrat priverait dame T. de la possibilité d'agir en justice pour

-ooOoo-

(I) Paris 2I janvier I972, G P I972-I-375, Rev. trim. dr. civ. I972 - p. 589 n° 3, obs Nerson

obtenir son exécution". Mais, subsidiairement, la dame T. demandait réparation de l'atteinte à sa vie privée résultant de la publication dans l'article litigieux de son nom, de son domicile, et de photographies révélatrices de son identité : or la cour de Paris rejette également cette demande, au motif que la demanderesse ne prouve pas avoir subordonné au respect de son anonymat la publication des évènements qui ont perturbé sa vie intime.

Cette motivation, il faut le remarquer, interdit d'expliquer le refus du droit à réparation par l'indignité de la victime : la dame T. n'aurait pas été moins indigne si elle avait subordonné la publication au respect de son anonymat, puisque, même dans ce cas, elle aurait "monnayé la divulgation de faits d'ordre intime", ce qui est jugé immoral. Mais, dans ce cas, elle aurait pu obtenir réparation parce qu'elle n'aurait pas consenti à l'atteinte à sa vie privée. L'absence de responsabilité civile s'explique bien ici par l'existence du consentement de la dame T. excluant toute faute du journal au moins à son égard (I), sans que l'immoralité de la cause influe sur la solution.

La solution est d'autant plus remarquable que par ailleurs l'arrêt déclare que l'accord donné par la victime est nul en tant qu'acte juridique. Il y a là une illustration éclatante de la distinction entre le problème 1) de la validité du contrat (la convention passée entre la dame T. et le journal faisait-elle naître des obligations à la charge de ce dernier ?) et 2) celui de la valeur justificative du consentement (la publication autorisée était-elle ou non source de responsabilité ?). Il est clair, avec cet arrêt, qu'un contrat nul peut être pris en considération en tant que fait justificatif.

77 - b) - Dans certains cas, cependant, la valeur justificative du consentement, aussi bien en droit pénal qu'au regard de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte, est fonction du but poursuivi par ce dernier et par la victime consentante, de telle sorte que l'existence d'une cause licite semble être une condition de la valeur justificative. Nous pensons ici aux atteintes à l'intégrité corporelle qui ne sont licites que si elles sont consenties en vue de la satisfaction d'un intérêt légitime (intérêt médical notamment) (2). Le consentement est donc certainement sans valeur si les

-ooOoo-

(I) voir d'ailleurs la note anonyme à la Gazette du Palais, qui situe bien le problème au niveau de la valeur justificative du consentement de la victime.
(2) voir infra n° II3 et s.

parties ont poursuivi un but illicite (par exemple opération de chirurgie esthétique destinée à faire échapper un délinquant aux recherches de la justice), ou immoral (stérilisation, changement de sexe etc...). La doctrine rend généralement compte des solutions en ce domaine en affirmant que les conventions relatives à la personne physique sont nulles ou valables suivant que leur cause est ou non licite (I).

Nous ne pouvons, bien entendu, souscrire à cette présentation. Il ne s'agit pas ici d'apprécier la validité d'une convention, mais la licéité de l'atteinte à la personne, et si le consentement donné pour satisfaire un intérêt illicite est sans valeur justificative, ce ne saurait être parce qu'il est nul en tant qu'acte juridique. Nous avons suffisamment montré que cette circonstance est indifférente.

L'inefficacité du consentement tient en réalité à l'étendue de l'interdiction des atteintes volontaires à l'intégrité corporelle : tandis que d'autres comportements dommageables ne sont prohibés que s'ils ont lieu contre le gré de la victime, les atteintes à l'intégrité corporelle sont interdites même si elles sont consenties, sauf dans les cas où elles présentent une utilité sociale suffisante. L'inefficacité du consentement donné à une atteinte injustifiée à l'intégrité corporelle repose donc en dernière analyse sur le contenu particulier de la règle de conduite qui interdit ces atteintes.

C'est uniquement sous cet angle qu'il est possible de déterminer le domaine et les conditions de la valeur justificative du consentement.

SECTION 2 - VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT ET CONTENU DES REGLES DE CONDUITE RELATIVES AU COMPORTEMENT AUTORISE.

78 - Un comportement étant interdit par une règle de conduite - règle pénale ou règle générale de bonne conduite de l'article I382 du Code civil - on se demande quelle est l'étendue exacte de l'interdiction. Ce comportement est il prohibé de manière absolue, quelle que soit l'attitude de la victime, ou est il permis si cette dernière y a consenti ? Il ne s'agit donc bien que d'examiner la règle de conduite considérée pour en déterminer le contenu : chaque règle fixera d'ailleurs non seulement le principe de l'efficacité du consentement, mais aussi

-ooOoo-

(I) voir notamment : A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. et jur. I933, p. 362 et s
A. Decocq, thèse précitée, n° 77
Nerson, thèse précitée, n° I90.

les conditions (d'intégrité, de capacité, de cause) auxquelles elle peut éventuellement - mais, nous venons de le voir, pas nécessairement - subordonner cette efficacité.

Le contenu de certaines règles de conduite nous est expressément révélé par la loi. Nous avons déjà cité plusieurs infractions pénales dont l'absence de consentement de la victime est, aux termes mêmes de l'article du Code qui les réprime, un élément constitutif. A l'inverse, le texte pénal peut prévoir expressément que le consentement de la victime est sans valeur, ou qu'il diminue seulement la peine sans exclure l'infraction : citons par exemple les différents cas d'attentats à la pudeur sans violence (article 33I du Code pénal), ou l'avortement, réprimé par l'article 3I7 du Code pénal, que la femme enceinte "y ait consenti ou non" (I). Les indications de la loi, d'ailleurs, ne valent pas seulement en droit pénal, elles permettent également de déterminer dans certains cas l'efficacité du consentement au regard de la responsabilité civile : ainsi la légalisation des prélèvements d'organes (loi du 22 décembre I976) permet d'affirmer que ces prélèvements ne sont pas fautifs s'ils sont pratiqués avec le consentement du donneur dans les conditions prévues par la loi.

Mais, en dehors d'une permission ou d'une interdiction expresses, dans la loi, du comportement autorisé, comment déterminer le contenu d'une règle de conduite quant au rôle qu'elle reconnaît au consentement de la victime ? De prime abord, on pourrait douter de la possibilité de poser des principes généraux à cet égard. Peut on faire autrement que de rechercher cas par cas si le comportement autorisé constitue une faute ou une infraction pénale ? Pour un certain nombre de pénalistes, le problème du consentement de la victime serait ainsi un problème de droit pénal spécial, l'influence du consentement devant être étudiée à propos de l'analyse des éléments constitutifs de chaque infraction (2). De même M. Rodière, qui définit très justement le consentement de la victime comme un simple fait qui doit parfois être pris en considération dans l'appréciation des fautes, estime, en conséquence, que cette circonstance ne mérite aucun développement particulier à propos de la définition générale de la faute (3).

Cependant, même si la détermination de la valeur justificative du consentement de la victime suppose un examen, cas par cas, des différentes fautes et des différentes infractions, il apparaît assez vite que l'on peut, dans cette recherche, s'appuyer sur un principe général : le contenu de chaque règle de conduite

-ooOoo-

(I) ce texte demeure applicable lorsque les conditions posées par la loi du I7 janvier I975 relative à l'interruption volontaire de grossesse ne sont pas respectées.
(2) sur cette conception voir R. Vouin, préface à la thèse de M. Fahmy Abdou.
(3) Rodière sur Beudant n° I4I5.

quant au rôle qu'elle reconnaît au consentement de la victime est fonction de la finalité de cette règle. Une distinction fondamentale s'impose entre les règles de conduite qui protègent l'intérêt général, au regard desquelles le consentement de la victime est sans influence (§ I), et les règles de conduite protectrices d'intérêts individuels, qui, au contraire, permettront en principe de prendre ce consentement en considération (§ 2).

§ I - L'inefficacité du consentement de la victime au regard des règles protectrices de l'intérêt général.

79 - a) - Le principe s'explique aisément. Si un comportement est prohibé dans l'intérêt général, le particulier à qui il porte préjudice n'est pas, par hypothèse, la seule victime. La collectivité tout entière l'est également. Dès lors l'interdiction de l'acte demeure justifiée, en raison du préjudice subi par la collectivité, même si le particulier est, lui, d'accord pour subir le dommage. Tout au plus le consentement pourrait il, en droit pénal, justifier une diminution des sanctions, l'atteinte à l'intérêt général ne se doublant pas alors d'une atteinte à la liberté individuelle.

Bien qu'il ne fasse plus aujourd'hui partie du droit positif, l'exemple du délit d'adultère illustre parfaitement l'inefficacité du consentement de la victime au regard des normes protectrices de l'intérêt général. Avant l'abrogation des articles 336 à 339 du Code pénal (loi du II juillet I975), la jurisprudence estimait que le délit d'adultère était constitué même en cas de connivence du conjoint (I). C'est que, comme l'exprimait un vieil arrêt, la violation de l'obligation de fidélité née du mariage n'était pas réprimée en raison de l'atteinte portée à l'honneur du conjoint, mais parce qu'elle portait "atteinte au mariage qui est une des bases de l'ordre social (2). L'attitude complaisante ou même le consentement du conjoint, manifestant plutôt un certain mépris de l'institution du mariage, ne pouvait évidemment en rien diminuer cette atteinte et, par suite, justifier un abandon de la

-ooOoo-

(I) il s'agit d'une jurisprudence ancienne, mais jamais démentie : Caen 29 novembre I855, D P I856 - 2 - 290, Besançon 24 juillet I889, D P I890 -2 - 50, Trib. corr. Seine 8 janvier I920, D P I92I - 2 - I6.

(2) Besançon 24 juillet I889, précité - dans ce sens voir : Vouin, Droit pénal spécial n° 292 ; Goyet - Patin - Rousselet n° 6I0 ; Fahmy Abdou op cit n° 366 et s.

répression (I).

Remarquons une nouvelle fois à ce propos l'inexactitude du critère de la disponibilité des droits de la victime. M. Fahmy Abdou rend compte de l'inefficacité du consentement à l'adultère par l'idée que le "droit à la foi conjugale" des époux est indisponible (2). Cette analyse est complètement faussée à son point de départ : outre que ce"droit à la foi conjugale" nous semble relever du pur verbalisme, il est parfaitement inutile de se demander s'il est disponible ou indisponible puisque, précisément, ce n'est pas une atteinte à ce "droit" qui justifie la répression. Sans doute, dans certains cas où l'on peut plus sûrement parler d'un droit subjectif, la considération de l'intérêt général justifiera à la fois l'indisponibilité du droit et l'inefficacité du consentement à la lésion du bien auquel ce droit s'applique. Mais il n'y a pas, entre les deux solutions, une relation de cause à effet. Ainsi dans l'exemple déjà cité d'un immeuble dont la loi interdit la destruction parce qu'il est classé monument historique (3), l'intérêt général à la conservation du bien justifie d'une part certaines restrictions au droit de disposition du propriétaire, et explique, d'autre part, que la destruction du bien soit illicite même si elle est consentie. Mais il est inutile de passer par l'affirmation de l'indisponibilité du bien pour expliquer l'inefficacité du consentement. C'est uniquement parce que la loi qui interdit la destruction n'a pas en vue l'intérêt du propriétaire que le consentement de ce dernier est sans valeur.

80 - b) - Ce principe impose, d'emblée, une distinction entre le droit pénal et la responsabilité civile quant au domaine d'efficacité du consentement de la victime.

I°/ En droit pénal, il est remarquable que tous les auteurs rattachent le problème de la valeur justificative du consentement de la victime à la finalité de la répression. Il n'est pas sûr, cependant,

-ooOoo-

(I) la solution contraire a pu être soutenue (Bouloc; Mariage et droit pénal, Rev. penit. I964 p. 286 et s.), au motif que l'adultère ne pouvait être poursuivi que sur plainte du conjoint ; mais cette particularité de procédure, justifiée par des considérations d'opportunité, ne changeait rien au fondement de la répression, exclusif par lui-même de toute influence du consentement sur la constitution de l'infraction - sur l'idée que le consentement de la victime n'est pas nécésairement efficace lorsque la loi subordonne les poursuites à une plainte de la partie lésée, voir Fahmy Abdou op cit n° 50.

(2) op cit n° 366 et s.

(3) voir supra n° 66.

que ce critère soit ici utilisé d'une manière très satisfaisante.

Le consentement de la victime, affirme-t-on en doctrine, serait certainement un fait justificatif en droit pénal si la répression intervenait, comme en droit romain, pour la défense d'intérêts privés. Mais telle n'est pas la conception des systèmes juridiques modernes : la répression a pour but principal d'assurer la satisfaction de l'intérêt général. Dès lors, il faut considérer que le consentement de la victime n'est pas en principe un fait justificatif en droit pénal (I).

Notons immédiatement l'ambiguïté de cette conclusion. Veut-on dire que le consentement n'est pas, techniquement, un véritable fait justificatif analogue à la légitime défense ou à l'ordre de la loi ? Cela est incontestable (2), mais n'a rien à voir avec la finalité du droit pénal : ce n'est que la conséquence de la structure particulière des règles de conduite pénalement sanctionnées (3). Veut-on dire, plus généralement, que le consentement de la victime n'a aucune influence sur la répression pénale ? mais c'est alors aller contre l'évidence : nous savons que le consentement empêche la constitution de nombreuses infractions, même dans des cas où ce n'est pas expressément prévu par la loi. Comment, alors, concilier ces solutions avec la finalité d'intérêt général de la répression pénale ?

En réalité une distinction s'impose. Sans doute, la répression pénale vise-t-elle toujours à assurer la satisfaction de l'intérêt général, en ce sens qu'elle intervient pour sanctionner un trouble social et prévenir son renouvellement. Mais il faut bien voir que, dans de nombreux cas, le trouble social résultera uniquement de la transgression d'une règle de conduite protectrice d'intérêts particuliers. C'est le cas de la plupart des infractions contre les biens, contre la liberté, les aspects moraux de la personnalité. L'intérêt général n'est ici concerné que de manière médiate, indirecte, dans la mesure où il importe à la collectivité que soient respectés les droits individuels de ses membres. On ne saurait dire ici que l'intérêt général fait obstacle à l'efficacité du consentement de la victime. L'intérêt général ne sera atteint par l'acte consenti que si la règle de conduite protectrice des intérêts individuels ne permet pas de tenir compte du consentement de la victime (4).

-ooOoo-

(I) dans ce sens : Bouzat - Pinatel t I n° 302 ; Stefani - Levasseur n° I49-I50 ; Soyer, op cit n° I86 ; Puech, Grands arrêts de la jurisprudence criminelle n°83 p. 308.
(2) voir supra n° 46.
(3) ibid.
(4) voir infra § 2.

Par contre, le consentement de la victime est certainement inefficace en droit pénal lorsque l'intérêt général est concerné de manière directe et non plus seulement à travers l'atteinte portée aux intérêts particuliers. C'est le cas, évidemment pour toutes les infractions qui ne sont pas dirigées spécialement contre un particulier - et à l'égard desquelles, pour cette raison, le problème du consentement de la victime se pose rarement en pratique. Mais, même parmi les infractions dirigées contre les particuliers, il en est un certain nombre qui sont réprimées en réalité en raison d'une atteinte à l'intérêt général qui coexiste avec l'atteinte aux intérêts du particulier victime (I). C'est le cas dans les deux exemples cités plus haut (adultère, destruction de monuments historiques) : ici le trouble social provient directement de la violation d'une règle protectrice des intérêts de la collectivité, l'atteinte aux intérêts du conjoint ou du propriétaire n'étant que subsidiaire

80 bis - 2°/ Dans ces hypothèses, il faut rappeler que le consentement, s'il n'empêche pas la constitution de l'infraction pénale, exclut néanmoins toute responsabilité civile de l'auteur de l'acte à l'égard de la victime consentante (2). C'est que, nous l'avons vu, la transgression d'une norme protectrice de l'intérêt général n'est pas en soi, constitutive d'une faute à l'égard d'un particulier ; seule est génératrice de responsabilité civile la violation d'un devoir envers la personne qui a subi le préjudice. Le principe de la relativité de la faute, que nous avons soutenu précédemment, amène à considérer la règle générale de bonne conduite comme une règle exclusivement protectrice d'intérêts individuels, qui impose seulement de bien se conduire envers autrui.

Cette finalité conduit à reconnaître que le consentement de la victime est en principe efficace au regard de la responsabilité civile, comme au regard de toute règle protectrice des intérêts individuels.

§ 2 - L'efficacité du consentement de la victime au regard des règles protectrices des intérêts individuels.

8I - a) - Le principe n'est là encore pas douteux. La règle de conduite qui

-ooOoo-

(I) c'est pourquoi, au regard du problème du consentement de la victime, la classification des infractions faite par le Code pénal en "crimes et délits contre la chose publique" (titre I du livre III) et "crimes et délits contre les particuliers" (titre II du livre III) n'a qu'une simple valeur indicative.

(2) voir supra n° 73.

interdit un comportement dans l'intérêt exclusif des personnes qui peuvent en être victimes, doit normalement permettre ce comportement si la personne à qui il porte préjudice y consent. En effet, chaque individu étant en principe le meilleur juge de ses intérêts, il n'y a plus aucune raison, lorsqu'il consent à ce qu'il leur soit porté atteinte, de faire jouer la protection qui lui est accordée par le système juridique. Aussi bien, lorsqu'un comportement est prohibé dans un but de protection des individus, ce qui est visé par l'interdiction n'est pas tant l'atteinte aux intérêts des victimes, dans leur matérialité (par exemple la publication d'une image, la destruction d'un bien...), **mais** plutôt le non-respect de la liberté qu'a chaque personne de déterminer ses propres intérêts.

82- b) - Le fondement du principe en dicte cependant les limites : les règles de conduite protectrices d'intérêts individuels ne permettront de tenir compte du consentement de la victime que si cette dernière est apte à juger de ses intérêts. Cette considération, qui justifie les conditions relatives à l'intégrité du consentement et à la capacité de la personne consentante (I), amène également à restreindre le domaine d'efficacité du consentement.

On peut craindre en effet que des personnes, bien que normalement capables, ne consentent trop facilement à certaines atteintes gravement préjudiciables et dont elles n'apercevraient pas toutes les conséquences, sans que cela constitue un véritable vice du consentement. Il n'apparaîtra pas toujours suffisant de subordonner l'efficacité du consentement au respect de certaines formes destinées à attirer l'attention de la personne. La solution pourra être, alors, de déclarer le consentement purement et simplement inefficace, pour protéger contre elle-même la victime, présumée inapte à juger de ses intérêts. C'est ce qui explique, à notre avis, que dans certains cas, il soit fautif de porter atteinte aux intérêts d'une personne avec son consentement, alors pourtant que la règle de conduite de l'article I382 est une règle exclusivement protectrice des intérêts individuels. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une limite à la liberté contractuelle, l'idée qui justifie ici l'inefficacité du consentement est analogue à celle qui commande la nullité de certains actes juridiques qui portent atteinte aux règles d'ordre public dit "de protection" (2). De même que certains contractants jugés inaptes à

-ooOoo-

(I) voir supra n° 55 **et s. spéc.** N° 58.
(2) sur l'ordre public de protection voir notamment G. Farjat , L'ordre public économique, thèse, Dijon, I963. **et infra 2ème partie** n° **et s.**

défendre leurs intérêts au cours de la conclusion de certains contrats bénéficient d'une "protection renforcée" (I), de même les victimes de certains agissements particulièrement dommageables sont protégées contre elles-mêmes si elles consentent à ces agissements.

C'est précisément dans le domaine des droits de la personnalité que cette idée va avoir des répercussions importantes sur les solutions du droit positif. Alors que, s'agissant d'intérêts pécuniaires, l'idée de protection contre soi-même apparaît seulement comme un obstacle à la liberté contractuelle, elle se traduit d'abord, dans le domaine qui nous intéresse, au niveau de la licéité des atteintes consenties à la personnalité (2). Cet aspect spécifique de la protection de la personnalité va se révéler dans les développements qui vont suivre, où il s'agit d'appliquer les principes généraux qui viennent d'être dégagés aux atteintes consenties à la personnalité.

-ooOoo-

(I) G. Couturier, La confirmation des actes nuls, L.G.D.J. 1972 n° 256 et s.
(2) bien entendu, l'idée de protection contre soi-même se traduira aussi au niveau de la validité des conventions relatives à la personnalité voir infra 2ème partie, spec. titre II.

TITRE DEUXIEME

-ooOoo-

LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT AUX ATTEINTES A LA PERSONNE, LIEE AU CONTENU DES REGLES PROHIBANT CES ATTEINTES

82 - Il est indéniable que, dans de nombreuses hypothèses, le consentement de la victime est sans influence sur la licéité des actes portant atteinte à la personne. La différence est sensible avec le domaine patrimonial, où le consentement de la victime est le plus souvent un fait justificatif. On peut sans doute, pour rendre compte de cette tendance du droit positif, parler d'une certaine "indisponibilité des droits de la personnalité" ou dire que la personne humaine est hors du commerce. Mais il faut être conscient qu'il ne s'agit là que de facilités de langage ; il doit être clair maintenant que ces affirmations ne sauraient rendre compte, au niveau de la technique juridique, de l'inefficacité du consentement aux atteintes à la personnalité.

Du reste, cette inefficacité est loin d'être générale. Pour en déterminer le domaine, la plupart des auteurs sont naturellement amenés à examiner successivement les différents aspects de la personnalité qui peuvent faire l'objet d'atteintes autorisées, les différents"droits" sur lesquels peut porter le consentement. Cette méthode ne permet pas, en réalité, de rendre compte des solutions du droit positif puisque, nous l'avons montré, un même fait portant atteinte à tel ou tel aspect de la personnalité peut être justifié par le consentement au regard d'une règle de conduite tout en restant illicite au regard d'une autre. Les principes généraux que nous avons dégagés dans les développements précédents nous amènent ainsi à aborder le problème des atteintes consenties à la personne sous un angle nouveau : ce qu'il faut envisager, ce sont, non les différents aspects de la personnalité, les différents droits qui portent sur la personnalité, mais les différentes règles de conduite qui interdisent de porter atteinte à la personnalité d'autrui.

Il apparaît alors que l'absence de valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne ne s'explique pas, dans la plupart des cas, par le fait que les droits de la personnalité sont hors du commerce, hors

des atteintes de la volonté individuelle. En réalité, le plus souvent, l'inefficacité du consentement au regard de telle ou telle règle de conduite tient précisément à ce que cette règle ne vise pas à protéger les droits de la personnalité du sujet consentant mais qu'elle prohibe l'atteinte considérée dans l'intérêt général (CHAPITRE PREMIER). Par contre, les règles qui interdisent de porter atteinte à la personnalité d'autrui dans l'intérêt exclusif de la victime - c'est à dire les règles qui sont, à proprement parler, protectrices des "droits de la personnalité" - reconnaissent en principe la valeur justificative du consentement de l'intéressé (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PREMIER - LES REGLES DE CONDUITE PROHIBANT LES ATTEINTES A LA PERSONNALITE DANS L'INTERET GENERAL.

83 - Ce n'est pas toujours pour protéger les intérêts de ceux qui en sont victimes que le système juridique prohibe les atteintes à la personnalité des individus. Certaines de ces atteintes apparaissent, en même temps, contraires à l'intérêt général et sont prohibées dans cette optique.

Le problème ne se pose pas au regard de la responsabilité civile. La règle de bonne conduite dont la violation est sanctionnée par l'article 1382 du Code civil vise en effet exclusivement, nous le savons, à protéger les intérêts individuels (I) ; les limites à la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne au regard de la responsabilité civile ne peuvent donc tenir qu'au souci de protéger l'individu contre lui-même dans l'appréciation de ses propres intérêts. Il en est de même pour un grand nombre de règles de conduite pénalement sanctionnées, mais dont la violation ne porte atteinte à l'intérêt général que de manière indirecte ; c'est la cas des règles pénales relatives aux atteintes à la liberté individuelle, à l'honneur, à la vie privée... La valeur justificative du consentement au regard de ces règles sera étudiée dans le second chapitre.

D'autres règles pénales, par contre, appréhendent les comportements lèsant la personnalité des individus parce que ces comportements apparaissent directement contraires à l'intérêt général. Dans certains cas celui-ci sera concerné à titre principal et de manière tout à fait indépendante de l'atteinte qui a pu être portée à la personnalité, celle-ci n'apparaissant que subsidiairement : c'est le cas d'un fait contraire aux bonnes moeurs, réprimé pénalement pour cette raison et qui porte atteinte également aux sentiments de pudeur d'un individu. Mais, dans d'autres cas, c'est l'atteinte à la personne elle-même qui est contraire à l'intérêt général, non pas indirectement en raison du non-respec des droits d'un individu en particulier, mais directement en raison de la dégradation de la Personne humaine considérée comme une valeur essentielle dont l'ordre juridique se doit d'assurer le respect.Par exemple,s'il est toujours illicit

-ooOoo-

(I) voir supra n° 80 bis.

de porter atteinte volontairement à la vie d'une personne même si elle y consent, c'est parce que, au delà des intérêts de la victime, un principe fondamental de notre civilisation, qui impose le respect absolu de la vie humaine, est en cause.

Mais dans les deux cas, que la protection de l'intérêt général soit complètement indépendante de l'atteinte portée à la personne (Section I), ou qu'elle se ramène à la protection de la personne comme valeur (Section 2), la conséquence est la même quant au problème qui nous occupe : parce que la règle de conduite considérée ne vise pas seulement à protéger les intérêts de l'individu dont la personnalité est atteinte, le consentement de celui-ci est sans influence sur la répression.

SECTION I - LA PROTECTION DE L'INTERET GENERAL INDEPENDANTE DE L'ATTEINTE PORTEE A LA PERSONNE.

84 - Lorsqu'un fait, réprimé pénalement parce qu'il est nuisible à la collectivité, porte accessoirement atteinte à la personnalité d'un particulier, le consentement de ce dernier est évidemment sans influence sur la répression pénale.

L'inefficacité du consentement n'est pas liée, ici, à des considérations spécifiques à la protection de la personnalité. En matière patrimoniale, l'interventionnisme croissant de l'état dans les échanges de biens a amené le développement de toute une branche du droit pénal dans laquelle le consentement de la victime n'a aucune place : il s'agit du droit pénal économique, protecteur des intérêts généraux de la collectivité (I). On pourrait même dire que les limites apportées à l'efficacité du consentement de la victime par des considérations d'intérêt général sont aujourd'hui beaucoup moins importantes dans le domaine des infractions contre les personnes. La promotion de lapersonne dans le droit contemporain a amené le législateur à réprimer, dans l'intérêt exclusif des particuliers, de nombreuses atteintes aux divers aspects de la personnalité. Par contrecoup de cette évolution, un certain nombre de règles pénales sanctionnant des faits portant atteinte à la personnalité, mais considérées traditionnellement comme visant principalement à sauvegarder les intérêts de la collectivité, ont vu leur fondement s'infléchir, la protection de la personnalité apparaissant de plus en plus comme leur finalité essentielle. Si l'évolution est peu sensible pour les règles protectrices de l'organisation sociale (§ I), elle est particulièrement nette pour les règles protectrices des bonnes moeurs (§ 2).

-ooOoo-

(I) sur les limites à l'efficacité du consentement en matière patrimoniale voir R. Doublier, Le consentement de la victime, article précité (n° 20 et s.)

§ I - Les règles protectrices de l'organisation sociale.

85 - Il n'est pas rare qu'un fait qui porte atteinte à la personnalité d'un individu soit réprimé en raison des dangers qu'il fait courir par ailleurs à l'organisation sociale. Il en est ainsi, par exemple, pour toutes les infractions dirigées contre la personne de représentants de l'état dans l'exercice de leurs fonctions : outrage à magistrat (article 222 du Code Pénal), aux agents de la force publique (article 224 du Code Pénal), offense au président de la république (article 26 de la loi du 29 juillet I88I) etc... Ces faits peuvent porter atteinte à la personnalité de l'individu visé et, à ce titre, ils pourraient donner lieu à une action en responsabilité civile. Mais, s'ils sont réprimés, c'est en raison de l'atteinte qu'ils portent à l'intérêt général : "l'individu s'efface derrière la fonction et c'est l'autorité publique qui est à proprement parler la victime pénale" (I). Le consentement de l'individu outragé ou offensé - du reste assez improbable en pratique - ne saurait donc avoir aucune influence sur la répression de ces infractions.

Ce sont également des considérations tenant à l'organisation sociale qui, plus que le souci de protéger la personnalité, justifient la répression de l'usurpation de nom patronymique (A), ainsi que de la révélation de secret professionnel (B). Cependant, à l'égard de cette dernière infraction, il n'est pas certain que l'on puisse en déduire l'absence de valeur justificative du consentement.

A - L'usurpation de nom patronymique.

86 - Signe distinctif de la personnalité, à caractère à la fois individuel et familial, le nom patronymique fait l'objet, en droit civil d'une protection dont nous avons déjà eu l'occasion de remarquer la spécificité par rapport au droit commun de la responsabilité délictuelle (2). Mais le nom est aussi une institution de police civile qui permet à l'autorité publique d'identifier les membres de la collectivité, donc de contrôler leur activité (3). C'est uniquement dans cette optique que le droit pénal intervient en matière de nom patronymique. En effet, l'utilisation du nom d'autrui n'est sanctionnée pénalement que dans deux hypothèses : soit lorsqu'elle est faite en vue de s'attribuer une distinction honorifique (article 259 al 3 du Code Pénal), soit, depuis une loi du 3I mars I955, lorsque le nom est utilisé indûment

-ooOoo-

(I) Puech, thèse précitée n° 370.
(2) voir supra n° 34.
(3) sur cet aspect de la protection du nom patronymique, voir Marty et Raynaud 3e ed, Les personnes par P. Raynaud n° 726 ; Ponsard et Blondel, V° Nom-prénom, Encyclopédie Dalloz, n°353 et s.

"dans un acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique" (article 26I du Code Pénal). Il est intéressant de constater que la répression ne vise que l'usurpation de nom à titre de patronyme, et non les autres utilisations abusives du nom (comme pseudonyme, marque, nom commercial ou dans une oeuvre de fiction). Le domaine de la répression est révélateur de son fondement : ce qui est sanctionné n'est pas tant l'atteinte à la personnalité du titulaire du nom - aussi importante a priori dans tous les cas d'utilisation abusive - que la fraude qui consiste à se faire passer pour un autre aux yeux de l'autorité publique.

87 - Il en résulte de façon certaine que le consentement du titulaire du nom ne saurait faire disparaître le délit. La jurisprudence a eu rarement à connaître de ce problème : la plupart des décisions relatives à l'incidence de la volonté du titulaire du nom sur son utilisation par un tiers concernent soit le problème de la licéité de l'utilisation du nom du point de vue de la responsabilité civile (I), soit celui de la validité de la convention relative à cette utilisation - il s'agit de savoir si l'accord du titulaire du nom a fait acquérir au tiers un droit sur le nom lui permettant d'en conserver l'usage à l'avenir (2). Quant à l'influence du consentement sur la répression pénale de l'usurpation de nom, on ne peut guère citer qu'un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 7 juillet I905 (3). Pour condamner le prévenu malgré l'autorisation qui lui avait été donnée par le titulaire du nom d'en faire usage dans certains actes officiels, le tribunal relève que "cette autorisation est radicalement nulle et ne saurait produire aucun effet légal, que le nom patronymique ne peut être de la part de celui qui a droit de le porter, l'objet d'une cession à titre onéreux ou à titre gratuit". Bien qu'il s'agisse là d'un jugement ancien, sans importance en soi, cette motivation mérite d'être remarquée parce qu'elle est symptomatique de la confusion généralement faite entre le problème de la valeur justificative du consentement et celui de la validité de la convention passée entre la victime et l'auteur du dommage. Dans l'espèce, l'affirmation de l'incessibilité du nom était parfaitement inutile dès lors que le problème posé n'était pas celui de la validité de l'accord passé entre le titulaire du nom et l'usurpateur : il ne s'agissait pas de savoir, en effet, si celui-ci avait acquis un droit sur le nom lui permettant d'en conserver l'usage pour l'avenir, mais uniquement d'apprécier sa conduite passée. Il suffisait, pour affirmer que cette conduite était

-ooOoo-

(I) voir infra chapitre second.
(2) ce problème sera examiné dans la seconde partie. voir infra n°I94, I97 et s. notamment à propos de la validité de la convention par laquelle un homme autorise sa femme à continuer de porter son nom après le divorce.
(3) Pand. fr. I906 - 2 - 3I.

délictueuse malgré le consentement du titulaire du nom de remarquer que la règle pénale ne protégeait pas seulement l'intérêt de ce dernier, mais bien plutôt un principe d'organisation sociale (I).

C'est la même considération qui, pour la doctrine, justifierait l'inefficacité du consentement au délit de révélation du secret professionnel.

B - La révélation du secret professionnel.

88 - Aux termes de l'article 378 du Code Pénal, "les médecins, chirurgiens et et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession... des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 à 3000 F." Là encore, nous sommes en présence d'une infraction, qui n'est pas seulement réprimée dans l'intérêt de la personne qui a confié le secret. S'il s'agissait seulement de protéger celle-ci contre les indiscrétions de son confident, il faudrait sanctionner toute révélation d'un secret confié à autrui, et non pas seulement celle qui est le fait d'un professionnel. Si la révélation est plus grave dans ce dernier cas, c'est parce qu'au delà de l'atteinte qu'elle porte à la personnalité d'un individu, elle risque d'ébranler la confiance du public dans ceux qui exercent la profession considérée. Ce qui est sanctionné par l'article 378, c'est une atteinte aux intérêts généraux de la profession ; l'obligation au secret professionnel met bien en cause un aspect de l'organisation sociale (2).

Mais faut-il en déduire, comme le fait une grande partie de la doctrine, que le consentement de celui qui a confié le secret à sa révélation est sans influence sur la répression ? (3). Nous ne le pensons pas. L'intérêt bien compris de la profession n'est pas en effet, séparable des intérêts individuels des usagers. La confiance de ceux-ci ne risque d'être ébranlée que dans la mesure où

-ooOoo-

(I) le tribunal dans cette affaire repoussera la demande en dommages-intérêts du titulaire du nom. La solution est logique dans notre analyse : s'il ne peut faire disparaître l'infraction pénale à raison des intérêts protégés, le consentement peut exclure toute faute à l'égard du titulaire du nom, seul protégé par la règle générale de bonne conduite de l'article I382 en ce qu'elle interdit d'utiliser sans autorisation le nom d'autrui - cf supra n° 73, 80 bis.

(2) Garraud, Traité théorique et pratique de droit pénal français, t V, 2ème ed n°2064 ; Légal et Brèthe de la Gressaye, Enc. Dalloz V° Secret professionnel n° 6 ; A.M. Larguier, Certificats médicaux et secret professionnel, thèse, Lyon, I96I. n° 24 et s.

(3) dans ce sens : Garraud op cit n° 2068 ; Légal et Brèthe de la Gressaye op cit n° 93 et s. ; Gulphe, note D I948 - J - I09, Sallé de la Marnière D I974 - I6, (à propos du secret notarial), Amzalac, G P I97I - I - II3.

ils peuvent craindre d'être trahis par le professionnel, ce qui suppose que le secret soit divulgué contre la volonté de celui qui l'a confié. Nous ne voyons pas en quoi, par contre, une révélation autorisée peut nuire aux intérêts généraux de la profession. L'organisation sociale, si elle est incontestablement en cause, ne l'est ici que d'une manière indirecte, et c'est pourquoi nous croyons que le consentement à la révélation exclut l'application de l'article 378 du Code Pénal (I). On pourrait soutenir, d'ailleurs, que la lettre même de l'article 378 impose cette solution : peut-on parler encore d'un "secret" dès lors que la personne qu'il concerne a permis sa divulgation ? (2).

89 - A première vue, la jurisprudence, qui est surtout relative au secret médical, ne semble guère aller dans ce sens. Dans deux arrêts, la chambre criminelle de la cour de cassation a affirmé, à propos de la révélation par un médecin de faits que lui avait confiés son patient, que l'obligation au secret sanctionnée par l'article 378 du Code Pénal, "établie pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir" (3).

Cependant, malgré le caractère préremptoire de la formule utilisée, que le doyen R. Savatier critique comme reflétant "une conception mystique du secret médical" (4) , on peut douter de la portée réelle de ces décisions. En effet, le problème qui se posait dans les deux affaires n'était pas celui de la valeur justificative du consentement : il s'agissait de savoir si un médecin, déchargé de l'obligation au secret par son client, était tenu de témoigner sous peine d'être poursuivi pour refus de déposer, ou s'il pouvait néanmoins opposer le secret professionnel. Or comme le note R. Vouin, "le consentement de l'intéressé peut laisser subsister la dispense de déposer en justice tout en excluant l'application de l'article 378. Il peut justifier la révélation du secret (à condition, évidemment que celui-ci soit de pur intérêt privé) sans interdire au confident de

-ooOoo-

(I) dans ce sens : Vouin, Droit pénal spécial n° 239 ; Doublier art précité n° I7 ; Fahmy Abdou, op cit n° 34I ; A.M. Larguier, op cit n° I0I et s. R. Savatier, notes D I957 - 445, J.C.P. I967 . II . I5I26.

(2) dans ce sens A.M. Larguier op cit n° I03 - I04 qui note justement qu'on ne peut guère ici parler de consentement de la"victime" mais plutôt de consentement de l'intéressé.

(3) Crim.8 mai I947, D 48-J-I09 note Gulphe ; Crim. 22 décembre I966 D 67-J-I22 concl. Combaldieu, J.C.P. 67 . II . I5I26 note critique Savatier - ces arrêts ne font d'ailleurs que reprendre des précédents plus anciens ; Crim. II mai I844, S I844-I-527 et les décisions citées par Combaldieu dans ses conclusions sur l'arrêt de I966.
Le projet de code de déontologie médicale de I94I affirmait de même que "le secret professionnel lie le médecin de manière absolue : il n'appartient pas au client de l'en délier". cette formule n'a cependant pas été finalement reproduite.

(4) note sous Civ I 22 janvier I957, D I957 - 445 . comp. N. Mazen, Le secret médical, mythe ou réalité, G P I976

refuser son témoignage à la justice" (I). Rien n'indique que le médecin qui, à la demande de son client, aurait accepté de déposer, aurait été condamné pénalement.

Cette solution serait en tous cas en contradiction parfaite avec la jurisprudence constante des juridictions civiles et administratives qui décident que le secret médical n'est pas opposable au malade lui-même, qui peut toujours exiger de son médecin un certificat médical (2). On voit mal pourquoi le malade, qui pourrait évidemment communiquer aux tiers les certificats médicaux qu'il obtient, ne pourrait pas directement autoriser le médecin à en dévoiler le contenu (3). On fait remarquer, il est vrai, que dans ce dernier cas, le malade, pouvant ignorer son état, n'est pas à même de juger de la portée de son autorisation (4); d'autre part le consentement du malade risque de ne pas être donné librement : si par exemple, dans un procès en justice, une partie fait demander par le juge à son adversaire qu'il dispense le confident du secret qui lui est dû, le défendeur ne sera-t-il pas pratiquement contraint de déférer à cette demande, son refus pouvant être interprété en sa défaveur ? (5) Ces considérations pourraient sans doute conduire à décider que le consentement ne délie pas, dans ce cas particulier, le professionnel à qui le secret a été confié. Mais il est clair que les limites à l'efficacité du consentement qui pourraient être ainsi posées, ne sont plus justifiées par l'idée que la règle pénale protège un intérêt social, mais plutôt par le souci de protéger la personne qui a confié le secret.

Il est parfois plus difficile de distinguer les deux idées lorsque l'atteinte à la personnalité est réprimée par une règle protectrice des bonnes moeurs.

§ 2 - Les règles protectrices des bonnes moeurs.

90 - Le droit pénal ne sanctionne pas seulement certaines atteintes aux principes d'organisation politique, économique et sociale, c'est à dire à l'ordre public stricto sensu. Il réprime également certains comportements contraires à

-ooOoo-

(I) Vouin op cit n° 239.
(2) voir par exemple Civ 2 28 janvier I966, D I967-447, Cons. Et. 24 octobre I969, D I969 - 732. La jurisprudence a surtout eu à statuer dans des espèces où c'était, non le malade lui-même, mais ses héritiers qui demandaient des certificats médicaux concernant leur auteur - sur ce problème qui ne nous intéresse pas directement voir : A.M. Larguier op cit N° I29 et s. P. Blondel, thèse précitée (n° 86 et suiv)
(3) les juridictions civiles admettent d'ailleurs la validité des clauses contenues dans les contrats d'assurance-vie, par lesquelles le souscripteur s'engage à ce que son médecin révèle la cause de son décès à la compagnie. La solution implique évidemment que pareille révélation soit licite ; voir : Paris 2 février I962, D I963.J.28I.
(4) Planiol, note sous Civ Ier mai I899, DP I899-I-585 ; Gulphe, note D I948 I09.
(5) Sallé de la Marnière, note D I974 - I6, R. Savatier, notes précitées.

la moralité publique. Il faut bien voir que le système juridique ne tend pas ici à faire respecter pour elle-même une morale supérieure, d'origine religieuse ou philosophique, même s'il en intègre à l'occasion certaines exigences (I). Il s'agit plutôt d'assurer la prédominance de certains modèles culturels qui constituent, selon une expression de Portalis, "le véritable ciment de l'édifice social" (2). Comme le remarque M. Carbonnier, "les bonnes moeurs ne sont au fond que les coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle"(3).

Or, s'agissant précisément de la répression de certains comportements sexuels (4), on constate, dans le droit pénal contemporain, de nombreuses interférences entre la protection de la moralité publique et celle de la personnalité des individus. L'évolution des moeurs fait que de nombreux comportements, autrefois ressentis comme intolérables par la plus grande partie de la population, ne sont plus aujourd'hui choquants que pour une fraction de celle-ci. Cet éclatement des valeurs morales collectives se traduit non seulement par un recul de la répression dans le domaine des bonnes moeurs, mais aussi par une évolution de son fondement. Certains aspects de la "moralité publique" traditionnelle ne sont plus appréhendés par le droit que comme des valeurs individuelles et protégés à ce titre. La plupart des règles pénales relatives aux comportements sexuels ne visent pas tant à sauvegarder la moralité publique qu'à assurer le respect de la liberté, de la pudeur et des conceptions morales des individus, c'est à dire de certains aspects de leur personnalité. Cette conception, qui conduit à reconnaître un rôle important au consentement de la victime, n'est pas nouvelle en ce qui concerne la répression des comportements sexuels privés (A). Mais la finalité de protection individuelle tend également à apparaître aujourd'hui, là où on s'y attendait le moins, dans les règles qui régissent les comportements sexuels publics (B).

A - La répression des comportements sexuels privés.

9I - On peut concevoir que le droit pénal appréhende le comportement sexuel des particuliers, même lorsqu'il n'est pas public, sous l'angle de sa conformité aux valeurs morales collectives. C'est ainsi que le droit pénal musulman

-ooOoo-

(I) sur les rapports de la morale et du droit, une référence s'impose à Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 3ème ed. I935.
(2) Travaux préparatoires du Code Civil, art. 6 Recueil Fenet, t 6 p. 344.
(3) Carbonnier t I n° 6, t IV n° 33.
(4) Levasseur, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit français, Rev. int. dr. pen. I964, p. 765 et s. - cf à la même revue, un article de Savey-Casard sur le droit belge (p. 9 et s.).

réprimait, au moins théoriquement, le crime de "zina" qui recouvrait toutes sortes de relations sexuelles irrégulières (I). L'Ancien droit français réprimait de même, d'un point de vue moral objectif et sous l'inculpation de "désordre des moeurs", la "luxure et les conjonctions charnelles même librement consenties" dès lors qu'elles n'étaient pas légalisées par le mariage (2) ; jusqu'à la Révolution, l'homosexualité était effectivement punie de mort.

Cette conception n'est pas celle du droit pénal français actuel qui ne réprime pas les relations sexuelles pratiquées dans un lieu privé, entre adultes consentants, quelle que soit leur immoralité. Il importe peu qu'il s'agisse de relations hors mariage, ou même de la pratique des perversions les plus généralement réprouvées (homosexualité, inceste...) (3). Certes, de tels comportements sont toujours considérés comme contraire aux bonnes moeurs au regard de certaines autres branches du droit : jusqu'à une période très récente, les tribunaux civils refusaient de tirer des conséquences juridiques de l'union libre(4) et les conventions qui tendent à favoriser des relations sexuelles hors mariage sont toujours nulles. Mais l'immoralité ne paraît pas suffisante, dans ces hypothèses, pour fonder une intervention de la répression pénale.

La seule exception était constituée jusqu'en I975 par le délit d'adultère, consommé par hypothèse entre deux personnes consentantes, et sur la constitution duquel,par ailleurs, le consentement ou la connivence du conjoint trompé n'avait pas davantage d'influence (5). La survivance de la répression pénale s'expliquait ici par l'idée que l'atteinte à la moralité publique était, plus directement que dans d'autres cas, liée à une atteinte à l'institution familiale, donc à l'une des bases de l'organisation sociale (6). Contestée dans son principe et surtout dans ses modalités (7), la répression de l'adultère a été,on le sait, supprimée par la loi du II juillet I975, qui a abrogé les articles 336 à 339

-ooOoo-

(I) G.H. Bousquet, La morale de l'Islam et son éthique sexuelle, Bibliothèque de la faculté de droit d'Alger, t 20, I953.

(2) Jousse,Traité de la justice criminelle en France, I77I, t 3, p. 705 et s. sur l'historique de la répression des infractions contre les moeurs voir spécialement Garraud, Traité théorique et pratique de droit pénal français, 3 ème ed, t V n°2065-2069.

(3) voir M.L. Rassat, Inceste et droit pénal, J.C.P. I974. I. 26I4.

(4) cf la jurisprudence sur le droit à réparation de la concubine en cas de décès accidentel du concubin avant le revirement de I970 - voir supra n° 27.

(5) voir supra n° 79.

(6) dans ce sens : Levasseur, article précité p. 76I et 772 - contra : Bouloc, Mariage et droit pénal, Rev. penit. I964, p. 286 et s., pour qui les sanctions pénales de l'adultère concernaient uniquement le devoir de fidèlité des époux.

(7) On contestait surtout la différence faite entre la femme dont l'adultère était toujours sanctionné, et le mari qui n'était punissable que s'il entretenait la concubine au domicile conjugal. Il faut remarquer que cette différence s'accordait parfaitement avec le fondement d'intérêt social reconnu à la répression de l'adultère : l'adultère de la femme, parce qu'il risquait d'introduire des enfants illégitimes au foyer conjugal, pouvait être considéré comme socialement plus dangereux.

du Code Pénal.

92 - Les relations sexuelles entre adultes dans un lieu privé ne sont actuellement réprimées que dans le cas de viol (article 332 al I du Code Pénal) ou d'attentat à la pudeur avec violence (article 332 al 3 et 4 du Code Pénal), c'est à dire si elles sont pratiquées contre la volonté d'une personne. Le rôle reconnu ici au consentement révèle clairement la finalité de la règle de conduite pénalement sanctionnée, qui est uniquement de protéger la liberté sexuelle des personnes et non la moralité publique.

C'est théoriquement la même idée qui justifie la répression des pratiques sexuelles entre personnes consentantes lorsque l'un des partenaires est un mineur. Il s'agit des différentes formes d'attentats à la pudeur sans violence prévus par l'article 33I du Code Pénal. Si le consentement du mineur laisse subsister l'infraction ce n'est pas parce que l'intérêt général est directement concerné, mais parce que ce consentement émane d'une personne inapte à déterminer ses intérêts, et qu'il faut donc protéger contre elle-même. Nous retrouverons donc le problème plus loin (I).

Cependant, l'idée que de tels comportements sont en eux-mêmes répréhensibles au regard d'une certaine conception de la moralité publique n'est pas totalement absente du fondement de la répression. Commentant le développement de la législation belge relative à la protection des mineurs dans le domaine sexuel, M.M. Rigaux et Trousse remarquent que les lois récentes "se fondent davantage sur la nécessité de protéger l'adolescent contre des actes de nature à le traumatiser ou contre des pratiques constituant des déviations de l'activité sexuelle particulièrement immorales et dangereuses... que sur la notion d'impossibilité de donner un consentement valable" (2). Cette ambigüité quant au fondement de la répression apparaît également en droit français à propos de la répression de l'inceste et de l'homosexualité pratiquées sur des mineurs de plus de I5 ans (article 33I al 2 et 3 du Code Pénal). Il sera souvent difficile, s'agissant d'adolescents proches de leur majorité, de présumer irréfragablement un vice du consentement et de parler d'atteinte à la liberté sexuelle. On voit mal pourquoi, du reste, un mineur âgé de plus de I5 ans, présumé apte à consentir à des relations sexuelles normales, ne le serait pas s'agissant de pratiques homosexuelles (3). C'est en réalité autant l'immoralité, jugée plus grande, de ces pratiques, que l'inaptitude du mineur à déterminer ses intérêts qui explique l'inefficacité du consentement.

-ooOoo-

(I) voir infra Chapitre second spec. n° I26 et s.
(2) Rigaux et Trousse, Traité de droit pénal Les crimes et les délits, t V p. 298.
(3) la différence peut se justifier plus facilement pour l'inceste commis par un ascendant : on peut présumer que le consentement n'a pas été libre en raison de la "crainte révérencielle" inspirée aux enfants par leurs parents.

Nous sommes ici à la limite des normes qui protègent la personne et celles qui assurent le respect de la moralité publique.

B - **La répression des comportements sexuels publics.**

93 - Ici il semble que le souci de protéger la moralité publique soit déterminant, et que le consentement de la victime - ou des victimes, d'ailleurs indéterminées à priori - n'ait aucun rôle à jouer. Cependant, ce qui est vrai des règles qui sanctionnent la représentation ou l'évolution publique des comportements sexuels - l'outrage aux bonnes moeurs (a) - ne l'est pas, paradoxalement, de celles qui prohibent directement certains comportements sexuels en public - l'outrage public à la pudeur (b).

a) - l'outrage aux bonnes moeurs.

94 - Les articles 283 à 290 du Code Pénal sanctionnent la fabrication, affichage ou exposition, vente ou distribution de "tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes moeurs" ainsi que la diffusion publique de chants, cris ou discours contraires aux bonnes moeurs". Il s'agit là d'incriminations qui se justifient essentiellement dans un souci de protection de la moralité publique, indépendamment de toute atteinte à la liberté individuelle des citoyens. La loi en effet, ne distingue pas en principe selon que le mode de diffusion de l'obscénité est ou non "agressif" à l'égard du public. Ainsi la vente ou la location de livres ou objets érotiques est sanctionnée même si elle n'est pas publique (I). C'est que, comme l'écrit M. Fahmy Abdou, "l'acte est incriminé à titre préventif pour la protection des bonnes moeurs, et non des pudeurs individuelles" (2).

La chambre criminelle affirmait d'ailleurs dès 1913, pour déclarer irrecevable l'action civile d'un particulier qui se prétendait victime d'un outrage aux bonnes moeurs, que ce délit "ne lèse que la généralité

-oo0oo-

(I) la loi ne réprime pas cependant la détention purement privée des objets dont la vente est interdite : cf Bordeaux 3 décembre 1946, J.C.P. 1947. II. 3578 note Colombini à propos d'un jeune universitaire qui avait fait graver pour son usage personnel des dessins "bassement obscènes" et qui a été acquitté au motif que "la déviation de la conscience échappe à la loi positive".

(2) Fahmy Abdou op cit n° 317 p. 485.

des citoyens en s'attaquant à la morale publique" (I). Cette formule est presque textuellement reprise, à propos de la contravention d'affiches indécentes (article R.38.9 du Code Pénal), par un arrêt du 26 juin I974 qui en tire la même conséquence (2).

95 - Il en résulte que la volonté individuelle des "usagers" des ouvrages, objets ou images pornographiques ne devrait avoir aucune influence sur la répression. On peut néanmoins citer un certain nombre de décisions qui, pour relaxer les prévenus d'outrages aux bonnes moeurs, relèvent le consentement du destinataire d'objets obscènes distribués à domicile (3), ou de la clientèle majeure qui entre dans une "sex-shop" en sachant parfaitement ce qu'elle vient y chercher (4). Cette motivation est certainement erronée dès lors que la répression n'a pas pour but de protéger la personnalité des acheteurs d'objets pornographiques, mais de sauvegarder la moralité publique. Dans cette optique, il faut approuver les décisions qui considèrent comme une circonstance indifférente le consentement du destinataire d'objets obscènes (5), de même que celui des spectateurs d'un film obscène, même s'ils sont parfaitement avertis de la nature du spectacle (6).

Signalons cependant que la distribution d'objets à domicile, si elle ne constitue pas un outrage public aux bonnes moeurs, peut tomber sous le coup d'une incrimination spécifique ayant, elle, pour fondement la protection de la liberté individuelle : il s'agit de l'article R 38-I0° du Code Pénal qui réprime la distribution à domicile ou l'envoi de prospectus ou objets contraires à la décence sans demande préalable du destinataire. Le glissement est ici très net, s'agissant d'objets ou prospectus qui ne présentent pas un caractère d'obscènité suffisant pour outrager les bonnes moeurs (7), de la protection de la moralité publique à celle de la liberté de chaque citoyen dans sa vie privée et dans ses conceptions morales.

96 - Précisément, il se trouve aujourd'hui une fraction non négligeable de l'opinion publique, et certains juristes, pour souhaiter que le législateur répressif se limite, dans le domaine de la pornographie, à la protection de la liberté individuelle de chaque citoyen, et abandonne toute référence à une morale collective de plus en plus contestée. Appartient-il

-ooOoo-

(I) Crim. 25 juillet I9I3, D P I9I5 - I - I50 - sur le problème de l'irrecevabilité de l'action civile devant les juridictions répressives en cas de violation d'une norme protectrice de l'intérêt général voir supra n°
(2) Crim. 26 juin I974, J.C.P. 75 . II.I80II ; D 75.J.8I note Puech.
(3) Rouen 5 janvier I907, G P I907-I-320.
(4) Besançon 9 mai I972, G P I972 - 2 - 558 note (critique) Lambert.
(5) Paris I0 juin I904, Pand. per. I904-2-350.
(6) Paris I2 mars I907, S I908-2-I95.
(7) sur la distinction entre obscènité et indécence, voir Mimin, Affiches indécentes, S

au droit, se demande M. Rigaux "de redresser les moeurs si une partie de plus en plus nombreuse de la population a cessé de croire aux modèles culturels auxquels le droit se conformait ?" (I) On peut penser, avec cet auteur, qu'il s'agit là d'un problème de moralité personnelle qui échappe aux mécanismes coercitifs de l'Etat (2). Dans cette optique, seule devrait être sanctionnée la pornographie "agressive" (affiches, expositions publiques, envoi d'objets à domicile sans le consentement du destinataire) qui constitue une atteinte à la liberté individuelle (3).La pornographie non agressive ne serait interdite que si elle s'adressait à des mineurs. Mais l'absence d'influence du consentement sur la répression pénale ne se justifierait plus alors par les exigences de la moralité publique, mais par la nécessité de protéger la personnalité d'individus inaptes à juger de leurs intérêts.

On pourrait d'ailleurs soutenir que l'interdiction actuelle des faits contraires aux bonnes moeurs même lorsqu'ils sont librement consentis par des adultes, n'est qu'un moyen de protéger les mineurs : "la répression serait une discipline que la société globale s'imposerait dans l'intérêt bien entendu d'une fraction importante de la population" (4). Le fondement de la répression pénale n'est donc peut être pas aussi clair qu'il paraissait tout d'abord, puisqu'on y aperçoit l'idée de protection de la liberté individuelle et de l'intégrité morale des citoyens. Cette idée apparaît beaucoup plus nettement à propos de la répression de l'outrage public à la pudeur.

b) - l'outrage public à la pudeur.

97 - Alors que l'outrage aux bonnes moeurs, sous ses différentes formes, consiste dans la représentation ou l'évocation d'actes obscènes, l'outrage public à la pudeur, réprimé par l'article 330 du Code Pénal vise ces actes obscènes eux-mêmes lorsqu'ils sont accomplis en public. On peut, ici hésiter sur le fondement de la répression. Divers arrêts, au XIXème siècle, ont défini le délit de l'article 330 comme comprenant "tous les faits qui ont offensé les bonnes moeurs et, par leur licence et leur publicité, ont été l'occasion d'un scandale pour la pudeur de ceux qui en ont été les témoins" (5). Cette formule traduit parfaitement l'ambigüité de la répression :

-ooOoo-

(I) Rigaux, Droit civil, Manuels de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Les personnes t I n° 7I2.
(2) ibid n° 787 et s.
(3) voir aussi dans ce sens: P.Rolland, La liberté morale et l'ordre public, thèse, Paris, I976; et note sous TGI Paris 8 novembre I976, D I977.J.323 - l'auteur se prononce en faveur d'un "ordre public minimum" protecteur de la liberté individuelle, qu'il oppose à "l'ordre moral", lequel ne laisse aucune place au consentement.
(4) ibid n°799.
(5) Crim. 26 mars I8I3, cité par Rieg note J.C.P. 65.II.I3974 ; Crim. I8 mars I858, Bull

s'agit-il de sanctionner une atteinte à la moralité publique, ou de protéger la pudeur des spectateurs des actes obscènes ?

A s'en tenir aux formules figurant dans les arrêts, on pourrait croire que la jurisprudence actuelle se réfère surtout à la première conception - laquelle, bien évidemment, ne laisse aucune place au consentement des témoins des actes impudiques. La chambre criminelle affirme ainsi que la prévention d'outrage public à la pudeur a essentiellement pour objet "la réparation du scandale causé par la publicité des actes" (I) ; or le terme de scandale évoque plus un trouble causé à l'ordre public qu'une atteinte à la pudeur des spectateurs. Un jugement récent du tribunal correctionnel de Paris affirme d'ailleurs très nettement que, ce qu'il s'agit de réparer, c'est "un scandale causé à la moralité publique" (2).

La doctrine est généralement d'un avis différent. Plusieurs auteurs estiment que la répression ne vise pas tant à sanctionner des agissements en eux-mêmes contraires à la moralité publique, qu'à protéger la liberté et les sentiments des spectateurs éventuels de ces agissements (3). Dans cette conception, l'absence de consentement des témoins est un élément essentiel du délit de l'article 330 : "il faut certainement, écrit M. Doublier, pour constituer le délit, une violence à la volonté de quelqu'un, en l'espèce le fait de lui infliger, sans son consentement, la vision d'une personne humaine dans une tenue impudique" (4).

98 - On pourrait penser, il est vrai, que l'opposition entre les deux conceptions est purement théorique. En effet, dès lors que les actes impudiques se sont déroulés dans un lieu public, le délit est certainement constitué même si tous les spectateurs présents sont consentants : les faits auraient pu être aperçus par des tiers qui, eux, n'auraient pas consenti, et dont la pudeur aurait pû être outragée. Comme l'écrit M. Fahmy Abdou, "l'éventuel sujet passif de l'infraction est constitué par un nombre à la fois indéterminé et indéterminable de personnes, de façon qu'il y aura toujours des victimes probables non consentantes" (5).

On peut concevoir, cependant, que la volonté des spectateurs des actes impudiques joue, indirectement, un rôle au niveau de la définition

-ooOoo-

(I) Crim. 27 octobre I932, D P I933.I.I33 ; Crim. 25 novembre I958, D I959. 54.
(2) Trib. corr. Paris 5 novembre I976, G P 23/25 janvier I977, p. 9.
(3) dans ce sens : R. Doublier, Réflexions sur le délit d'outrage public à la pudeur, Rev. sc. crim. I97I p. 27 et s. du même auteur : Le nu et la loi, L.G.D.J. I976. Garraud, Traité de droit pénal, 3ème ed. t V n° 2078. Fahmy Abdou op cit n° 3I7 - contra B. Bouloc, V° Attentats aux moeurs, Enc. Dalloz de droit criminel, n° 9.
(4) Doublier article précité n° I9, qui cite à l'appui de cette conception des arrêts anciens : Crim. I4 novembre I903, D I903.I.592 - Paris II octobre I930, S I93I.2.44 -
(5) op cit n° 3I7 p. 483. Le problème se pose de la même manière pour le délit de racolage public (article R 40. II° du Code pénal).

de la publicité requise pour la constitution du délit. Le débat sur la finalité de la répression retrouve alors tout son sens.

Il en est ainsi tout d'abord, lorsque les faits se sont déroulés dans un lieu privé. Il est certain que le délit n'est pas constitué si les faits n'ont eu lieu qu'en présence de témoins consentants (I). Mais à l'inverse, l'outrage devient public s'il a eu ou s'il a pu avoir des témoins involontaires : il en est ainsi, non seulement lorsque les faits ont pu être aperçus, de l'extérieur, par les voisins ou par les passants (2) - la situation n'est alors guère différente de celle où les faits ont été accomplis dans un lieu public - mais encore, selon une certaine jurisprudence, si les témoins involontaires se trouvaient à l'intérieur de la maison ou de l'appartement (3). Ici, c'est la seule absence de consentement des témoins qui constitue la publicité. Cette solution, à vrai dire controversée (4), s'accorde parfaitement avec la finalité d'intérêt privé de la répression de l'outrage public à la pudeur : accomplis dans un lieu privé parfaitement clos, les actes obscènes n'ont pu causer de scandale public ; la répression se justifie uniquement par l'atteinte portée à la pudeur des témoins non consentants.

Le consentement des témoins peut également jouer un rôle, dans l'hypothèse inverse, où les faits ont été accomplis en un lieu accessible au public, mais seulement à un public averti par avance de ce qui allait s'y dérouler. C'est le problème du nu dans les salles de spectacle.

99 - Le nu au spectacle peut il outrager la pudeur ? (5) A cette question, la plupart des auteurs apportent une réponse négative : "les spectateurs consentants, estime M. Doublier, ne devraient pas constituer la publicité requise" (6) ; pour R. Vouin "il faut considérer les spectateurs comme les témoins volontaires d'un outrage commis en un lieu privé" (7). Cette solution est logique dès lors que l'on admet que la règle pénale vise essentiellement à protéger la pudeur des témoins des actes obscènes.

La jurisprudence n'est cependant pas si nette. Certes, les tribunaux

-oo0oo-

(I) Vouin - Rassat n° 306 ; Bouloc, art. précité n° 36 ; Doublier, art. précité n° I9 - Il en est ainsi même si les témoins sont mineurs, sauf dans ce cas à retenir la qualification d'excitation à la débauche. Crim. I5 juin I954, D I954 - 70I.
(2) Crim. I0 juin I946, Rev. dr. pénal I948 p.205 ; Crim. 7 décembre I960, Bull crim. n° 573.
(3) Crim. I0 novembre I932, D P I933-I-I33 ; Crim. I4 décembre I97I, Bull crim. n° 352 p. 889.
(4) Crim. 27 octobre I932, D P I933-I-I33 ; Crim. 25 novembre I958, D I959-54 - voir pour une tentative de concilier ces décisions avec les précédentes : Doublier, Le nu et la loi, p. 24 et s.
(5) R.C., article portant ce titre, Rev. sc. crim. I953 p. 362 et s.
(6) article précité n° II.
(7) Vouin, Précis de droit pénal,2è ed.n° 305 (opinion maintenue dans la 3ème ed. par M.L. Rassat) ; dans le même sens : R C,article précité ; Fahmy Abdou, op cit n°3I7 -

se montrent aujourd'hui beaucoup plus tolérants à l'égard des spectacles érotiques qu'au début de ce siècle : en 1908, la cour de Paris sanctionnait l'exhibition d'une danseuse vêtue seulement d'un cache-sexe (1); puis assez vite, la jurisprudence estima que le nu au spectacle était permis à la seule condition que les parties sexuelles soient dissimulées (2), et on peut penser que cette limite est aujourd'hui dépassée : le nu intégral, courant sur certaines scènes depuis quelques années, n'a, à notre connaissance, donné lieu à aucune poursuite (3). Mais il n'y a là qu'une simple conséquence de l'évolution des moeurs, L'important est de voir que, si cette évolution a reculé les limites de ce qui peut être montré au spectacle, elle ne les a pas entièrement supprimées : aujourd'hui encore, tout n'est pas permis au spectacle. Il n'est que de citer un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 9 juillet qui a condamné pour outrage public à la pudeur, les acteurs et le metteur en scène d'un spectacle consistant dans l'exhibition de deux hommes entièrement nus mimant les gestes de l'amour homosexuel (4).

Si la répression de l'outrage public à la pudeur vise uniquement à protéger la pudeur de ceux qui en sont les témoins involontaires, il y a là, inconstablement, une "anomalie juridique" (5). Quelle que soit l'obscénité de ce qui est montré sur la scène, on ne voit pas en quoi la pudeur des spectateurs, parfaitement avertis de la nature du spectacle, pourrait être outragée (6). La seule limite devrait être l'interdiction de tels spectacles aux mineurs, lesquels sont inaptes à juger de leurs intérêts.

Les limites tenant à la nature du spectacle ne peuvent s'expliquer que par le souci de protéger, au delà de la pudeur des spectateurs, certaines valeurs morales collectives au regard desquelles les spectacles pornographiques apparaissent intolérables.

100 - On peut se demander, cependant, si ces valeurs morales collectives

-ooOoo-

(1) Paris 16 décembre 1908, D 1909 - 5 - 18
(2) Paris 26 février 1936, S 1936-2-137 ; Riom 16 novembre 1937, DH 1938-109, Rev.sc. crim. 1938 p. 301, obs. Combaldieu - contra Trib. corr. Saint-Lô,8 novembre 1950, D 1951-somm. 21, beaucoup plus restrictif.
(3) dans ce sens Levasseur, obs. Rev. sc. crim. 1971, p. 684
(4) Trib. corr. Paris 9 juillet 1971, Rev. sc. crim. 1971, p. 684
(5) Doublier, article précité, n° 11
(6) le délit serait évidemment constitué si les spectateurs n'avaient pas été préalablement avertis de ce qu'ils allaient voir -circonstance qui est parfois relevée par les tribunaux (voir par exemple Trib.corr. Saint-Lô8 novembre 1950, précité); mais ce n'est pas là une condition nécessaire de la condamnation (cf. Trib. corr. Seine 18 juillet 1935, S 1936-2-137)

recouvrent bien ici les "bonnes moeurs" traditionnelles, c'est à dire les coutumes en matière sexuelle. Un auteur a émis l'idée, il y a quelques années, que, dans le délit d'outrage public à la pudeur, l'essentiel serait, non l'atteinte à la pudeur des spectateurs, mais l'atteinte à la moralité publique résultant du manque de pudeur et de la perte de la dignité de celui qui s'exhibe (I). Cette idée, qui a été mal reçue en doctrine (2) et à laquelle il est certainement excessif de donner une portée trop générale, nous paraît parfaitement correspondre aux solutions admises en matière de spectacles : lorsqu'on sanctionne l'exhibition d'un couple qui se livre sur une scène à des ébats sexuels, il s'agit moins de protéger les principes de morale sexuelle de la population que de mettre fin à l'atteinte intolérable à la dignité humaine impliquée par l'attitude de ceux qui se donnent en spectacle. Cette idée n'est peut-être pas absente, d'ailleurs, de la répression de l'outrage aux bonnes moeurs. Déjà certains auteurs avaient fustigé la pornographie "parce qu'elle ravale l'homme au niveau de l'animal en développant ses plus bas instincts et au fond parce qu'elle est contraire à la dignité humaine"(3). Et c'est au nom de la dignité humaine, que certaines décisions jurisprudentielles récentes condamnent les auteurs et acteurs de films pornographiques (4) : de fait, plus que l'immoralité du spectacle de ces films, n'est-ce pas le caractère particulièrement dégradant de l'exhibition des acteurs qui s'y produisent qui est intolérable ?

Dans le même sens, il faut signaler qu'un projet de loi déposé le I3 mai I975, qui proclame la liberté du cinéma, ne prévoit que deux causes d'interdiction : l'atteinte à la dignité de la personne humaine et la violation de ses droits fondamentaux (5). Ce texte maintient sans doute un certain ordre moral - il ne s'attache pas uniquement à la protection de la liberté individuelle - mais le contenu de cet ordre moral s'est profondément modifié.

Ainsi, au travers de la notion de bonnes moeurs, sur laquelle on fonde traditionnellement la répression de certains comportements sexuels, on voit poindre d'autres valeurs morales collectives, beaucoup plus fondamentales, liées à la conception que notre civilisation se fait de la personne humaine. Nous abordons ainsi les règles qui, en sanctionnant certaines atteintes à la personnalité, tendent à protéger la personne comme valeur.

-ooOoo-

(I) Laplatte, L'outrage public à la pudeur et la contravention d'affiches indécentes, Troyes, I967 - cet auteur cite un arrêt inédit de la cour de Colmar selon lequel "l'outrage public à la pudeur s'analyse en une atteinte aux bonnes moeurs, à la moralité publique, résultant du fait que des individus perdent le respect d'eux-mêmes au point de s'exposer au regard d'autrui dans une tenue ou dans un comportement que notre civilisation réserve à la stricte intimité de la vie privée"(Colmar 26 mars I965, inédit).

(2) R. Vouin, observations sur l'ouvrage de M. Laplatte, Rev. sc. crim. I969, p.839 ; Doublier, article précité n°6 - voir cependant : L. Lambert, Traité de droit pénal spécial, I968, p. 611 - 614.

(3) Savey-Casard, article précité à la Rev. penit. I964, p. I9.

(4) voir par exemple le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris le 8 novembre I976 à propos du film "L'essayeuse" (D I977.J.320 note Rolland).

(5) Proposition n° 2080, annexe au procès-verbal de la séance de l'Assemblée Nationale du I7 déc. I975.

SECTION 2 - LA PROTECTION DE LA PERSONNE COMME VALEUR.

IOI - L'idée que la personne humaine est une valeur que le système juridique protège pour elle-même, indépendamment des intérêts de tel ou tel individu dont la personnalité peut être lésée apparaît surtout à propos de la répression pénale des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. C'est cette idée qui explique, à notre avis, que ces atteintes soient réprimées en principe même si elles sont consenties.

Dans notre droit pénal, la protection de la vie et de l'intégrité corporelle des personnes est beaucoup plus étendue que celle des autres aspects de la personnalité : alors que les atteintes à l'honneur et à la réputation, aux secrets, à l'intimité de la vie privée ne sont pénalement réprimées que lorsqu'elles sont volontaires, l'homicide et les coups et blessures sont également sanctionnés lorsqu'ils sont le résultat d'une imprudence ou d'une négligence (articles 3I9, 320, 320-I, R 40-4°, R 4I du Code pénal). C'est qu'il ne s'agit pas seulement, ici, de protéger les intérêts d'un individu : la vie et l'intégrité corporelle des personnes méritent aussi d'être sauvegardées dans l'intérêt général. D'une part, l'individu est utile à la société dans la mesure où il participe à son développement économique, culturel, scientifique, éventuellement à sa défense. D'autre part et surtout, la personne humaine occupe dans notre civilisation une place prééminente, sans commune mesure avec celle qui est reconnue aux valeurs patrimoniales. Elle s'entoure d'une sorte de sacralité qui rend intolérables, du point de vue de la morale collective, les agissements qui tendraient à compromettre inutilement la vie ou l'intégrité d'un individu.

La collectivité est donc intéressée à un double titre à la conservation de la vie et de l'intégrité corporelle de ses membres ; il s'agit de préserver à la fois la valeur sociale (§ I) et la valeur morale de la personne (§ 2).

§ I - La valeur sociale de la personne.

I02 - "Tout être humain, écrivaient P. Garraud et M. Laborde-Lacoste, a une valeur sociale représentée par ses aptitudes physiques, intellectuelles, morales, que le groupement dont il fait partie a intérêt à conserver et à développer... Les individus sont, dans cette mesure, autant de forces dont la société ne se priverait pas sans péril et que, par conséquent, ces individus eux-mêmes ne peuvent ni compromettre ni diminuer sans qu'il y ait conflit entre leur volonté

-ooOoo-

et celle de l'Etat agissant comme titulaire de la puissance publique" (I). La plupart des auteurs justifient ainsi l'inefficacité du consentement aux atteintes à la vie et aux atteintes inutiles à l'intégrité corporelle (2).

L'idée que l'individu, en tant que membre de la collectivité, a une valeur sociale et que, en conséquence sa disparition ou l'altération de son intégrité puisse être socialement nuisible, n'est pas en soi contestable. Du reste le préjudice subi par la collectivité en raison du décès ou de l'infirmité d'un de ses membres ne réside pas seulement dans la perte d'un défenseur ou d'un agent économique. Il faut voir également que ce décès ou cette infirmité vont entraîner un accroissement des prestations sociales versées par l'Etat, que l'existence d'handicapés impose une augmentation des dépenses de la santé publique... De ce point de vue, on comprendrait que la société ne tolère pas les agissements qui compromettent inutilement la vie ou l'intégrité corporelle d'un citoyen, même si celui-ci y consent.

Il serait cependant excessif, à notre avis, de prétendre expliquer par ces seules considérations l'inefficacité du consentement aux atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. Cette justification conduirait à des solutions qui pourraient être critiquables et qui, en tout cas, ne sont pas celles du droit positif, tant en ce qui concerne l'auteur des atteintes prohibées (a) que la nature de ces atteintes (b).

I03 - a) Si la prohibition des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle était exclusivement fondée sur l'idée de valeur sociale de la personne, il n'y aurait pas lieu de distinguer selon que ces atteintes sont pratiquées par un tiers avec le consentement de la victime, ou qu'elles sont le fait de cette victime elle-même. Dans l'un et l'autre cas, le préjudice subi par la collectivité est identique. Or notre droit pénal, s'il réprime certainement l'homicide sur demande et les mutilations consenties, au moins lorsqu'elles ne sont pas justifiées par un intérêt légitime (3), ne punit pas en principe les atteintes que les individus portent eux-mêmes, volontairement, à leur vie ou à leur intégrité corporelle.

-ooOoo-

(I) P. Garraud et M. Laborde-Lacoste, Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Rev. gen. du droit I926, p. I29 et s.

(2) voir par exemple : A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. jur. I933, p. 362 et s. n° 7 ; Nerson, thèse précitée n° 46 et s. ; Domages, Le corps humain dans le commerce juridique, thèse, Paris, I956 n° 35 et s. ; Dierkens, Les droits sur le corps et sur le cadavre de l'homme, I966 n° 37.

(3) voir infra n° **II2 et s.**

C'est ainsi que le suicide, s'il était réprimé dans l'Ancien Droit, n'est pas une infraction pénale dans le droit français actuel, alors pourtant que cet acte a des conséquences sociales désastreuses (I). On invoque, il est vrai, pour justifier cette solution, l'impossibilité pratique qu'il y aurait à organiser la répression du suicide. Les peines corporelles infligées au cadavre, connues de l'Ancien Droit (2) seraient aujourd'hui inadmissibles : nos conceptions modernes imposent le respect du corps humain même après la mort (3). Quant aux peines pécuniaires - notamment la confiscation des biens du suicidé -, elles seraient injustes, car elles atteindraient uniquement la famille du délinquant ; le principe de la personnalité des peines s'y oppose. On remarquera cependant que ces raisons pratiques, si elles permettent de justifier l'impunité du suicide, na valent pas pour la tentative qui n'a pas été suivie de mort : on pourrait très bien concevoir que le suicide soit érigé en infraction pénale sauf à n'en poursuivre son auteur que s'il a survécu, ou encore que la tentative de suicide soit réprimée en tant que délit sui generis, comme dans certaines législations étrangères (4). C'est pourquoi, à notre avis, il faut se placer à un niveau plus théorique pour justifier l'impunité du suicide. L'idée est qu'il n'est pas possible de considérer l'individu comme "débiteur d'une obligation de vivre envers la collectivité", comme le relève M. Léauté (5), pour qui "ce serait admettre que l'homme appartient corps et âme à l'Etat plus encore que ne le font les états totalitaires". Qu'est-ce à dire, sinon que notre système juridique se refuse à considérer l'individu sous le seul angle de sa valeur sociale, au point de lui imposer de vivre au service de la collectivité ?

I04 - C'est la même raison qui explique que le droit français ne réprime pas, en principe, les mutilations volontairement pratiquées sur soi-même - alors que, il faut le remarquer, aucune considération pratique ne s'oppose ici à la répression. Non seulement, d'ailleurs, la mutilation volontaire n'est pas un délit pénal lorsqu'elle est exclusivement le fait de la victime, mais encore, si elle

-ooOoo-

(I) sur les problèmes juridiques posés par le suicide voir notamment : E. Dumont, La répression du suicide, Revue (belge) de droit pénal et de criminologie, I959/I960 p. 547 et s. ; J. Léauté, Le suicide et sa prévention in La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne, t II, p. 277 et s.

(2) sur ces peines voir E. Dumont article précité : le cadavre était traîné à travers la foule jusqu'au gibet où il était pendu, à moins qu'il ne fût accroché à une fourche. Ces peines n'étaient plus pratiquées au XVIII ème siècle.

(3) ce qui manifeste précisément que l'interdiction des atteintes corporelles ne repose pas uniquement sur la valeur sociale de la personne : le cadavre n'a plus aucune valeur sociale.

(4) la tentative de suicide est réprimée dans l'Etat de New-York (§ I72 à I78 du Code pénal de cet état) ; elle l'était en Angleterre jusqu'au Suicid Act de I96I - sur le droit comparé voir Fahmy Abdou op cit n° I69.

(5) article précité p. ; dans le même sens Fahmy Abdou op cit n° I7I.

est pratiquée par un tiers, l'individu qui accepte de la subir ne sera pas puni comme complice. Sans doute une mutilation pratiquée sur soi-même dans un but de lucre - par exemple pour toucher le montant d'une indemnité d'assurance - pourrait-elle constituer le délit d'escroquerie (I), mais ce n'est pas alors en tant qu'atteinte à l'intégrité corporelle compromettant la valeur sociale de l'individu qu'elle est réprimée.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le droit pénal réprime une atteinte à l'intégrité corporelle sans distinguer selon qu'elle est pratiquée par l'individu lui-même ou par un tiers. On mettra à part l'hypothèse de l'avortement illégal (article 317 du Code pénal) dans la mesure où, au delà de l'atteinte à l'intégrité physique de la femme, la loi entend surtout sanctionner l'atteinte à la vie de l'enfant à naître (2). Beaucoup plus significative est l'hypothèse de la mutilation pratiquée dans le but de se soustraire à ses obligations militaires, réprimée par les articles 378 et suivants du Code de justice militaire (3). Ici les intérêts de la collectivité sont tellement compromis que l'auteur de l'atteinte corporelle est indifférent à la répression.

105 - b) C'est également le seul cas où le droit prend en considération la nature de l'atteinte, la gravité des répercussions qu'elle peut avoir sur le rôle social de l'individu. En règle générale, les atteintes corporelles sont réprimées sans qu'il y ait lieu de distinguer selon l'importance du préjudice subi par la collectivité. Certaines opérations qui nuisent simplement à l'aspect esthétique de la personne sans l'empêcher de mettre ses aptitudes au service de la collectivité, sont réprimées comme coups et blessures (4) au même titre qu'une stérilisation à but anticonceptionnel, ou que la privation d'un membre, qui compromettent beaucoup plus gravement le rôle social de l'individu. Cela n'est guère dans la logique de l'idée de valeur sociale de la personne. Certaines décisions rendues par la jurisprudence italienne entre 1931 et 1934, dans une affaire souvent citée par la doctrine française, illustrent ce que pourraient être à cet égard les solutions du droit positif : un chirurgien avait procédé à l'ablation d'un des deux testicules d'un étudiant et l'avait greffé sur un homme plus âgé, afin de lui permettre de retrouver sa puissance virile. Poursuivi pour coups et blessures volontaires, le chirurgien fut relaxé

-ooOoo-

(1) P.J. Doll, La discipline des greffes, transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Masson, 1972, p. 56.
(2) voir infra n° 119.
(3) sur ce délit voir P.J. Doll, Analyse et commentaire du Code de justice militaire, L.G.D.J. 1966, p. 315.
(4) voir par exemple Lyon 27 juin 1913, D 1914-2-73, note Lalou (opération esthétique pratiquée dans un but publicitaire), TGI Paris 3 juin 1969, G P 1969-2-57 (tatouage).

qui l'entoure de cette "auréole de sainteté" dont parlait Durkheim (I). Le système juridique reflète naturellement cet aspect fondamental de la morale collective, et, à ce titre, il sanctionne un certain nombre de comportements qui, au delà de l'atteinte qu'ils portent à la personnalité d'un individu déterminé, constituent la négation de l'idée de dignité humaine. "Le législateur, note un auteur, a le pouvoir d'obliger les hommes à rester humains" (2). C'est sur ce fondement que le droit pénal réprime les agissements qui compromettent inutilement la vie et l'intégrité corporelle d'un individu.

La reconnaissance d'une valeur spécifique de la personne humaine est un apport décisif du christianisme. Encore qu'il ne faille pas, à cet égard, exagérer le fossé avec la mentalité antique, qui ne méconnaissait pas complètement l'idée de personne (3), c'est à la doctrine chrétienne qu'il a appartenu de mettre en avant l'originalité irréductible de l'être humain. La personne est sacrée parce qu'elle a été créée par Dieu à son image. L'interdiction de disposer de sa vie et de son corps est une conséquence logique de cette conception. Saint Thomas d'Aquin note ainsi que "toute mutilation est interdite parce qu'il est conforme à la nature, telle que Dieu l'a créée, que le corps humain possède tous ses membres, et il est contraire à la nature qu'il soit privé d'un membre" (4). De même, si l'Ancien droit réprime le suicide, c'est parce qu'il le considère comme un crime de "lèse-majesté" divine (5).

Par la suite l'idée de la dignité de la personne humaine, de sa valeur éminente, s'est enrichie des apports successifs du rationnalisme, de l'école du Droit naturel, de la philosophie kantienne... (6), pour être aujourd'hui au centre de toutes les morales, de toutes les philosophies (7). Tous les systèmes idéologiques se proposent, bien que par des moyens radicalement différents, d'assurer la promotion de la personne, et revendiquent une organisation sociale qui garantisse l'épanouissement de la personnalité de chaque citoyen et le respect de la dignité humaine.

-ooOoo-

(I) Sociologie et philosophie, p. 84.
(2) Aurel David, Structure de la personne humaine. Essai sur la distinction des personnes et des choses, P.U.F., I955, p. I3I.
(3) A. David, thèse précitée p. 44-45 note que dans l'Antiquité l'esclave n'était pas complètement assimilé à une chose. Selon cet auteur, pour trouver une véritable confusion entre les personnes et les choses, "il faudrait descendre jusqu'à la mentalité primitive et alors la confusion s'effectuerait plutôt en sens contraire, l'objet fétiche devenant une sorte de personne".
(4) Somme théologique, qu.65, art I.
(5) cf E. Dumont, La répression du suicide, article précité.
(6) sur cette évolution voir notamment Domages, Le corps humain dans le commerce juridique , précité n° 30 et s.
(7) cf J. Lacroix, Le personnalisme comme anti-idéologie, Masson.

par le tribunal de Naples puis par la cour d'appel de cette ville, et la solution fut approuvée par la cour de cassation italienne (I). Pour justifier cette solution, parfaitement inadmissible à nos yeux, le tribunal avait fait valoir que l'opération ne compromettait pas le bon fonctionnement des organes reproducteurs de l'étudiant, et que l'opération devait donc être considérée comme licite dès lors que celui-ci y avait consenti. Le tribunal estimait en effet que "le consentement de la victime justifie la lesion à l'intégrité corporelle pourvu que les lésions infligées ne rendent pas le sujet inapte à la manifestation extérieure de son activité par rapport à la patrie, à l'Etat, à la famille" (2).

Il est aisé de comprendre à quelles conséquences inadmissibles pourrait conduire une telle motivation, directement inspirée de l'idéologie fasciste, alors officielle en Italie. Ne faudrait-il pas distinguer, en effet, quant à l'efficacité du consentement aux atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, non seulement selon la nature de l'atteinte, mais encore selon l'utilité sociale de la personne qui la subit ? L'attitude du système juridique à l'égard de l'homicide consenti, de l'expérimentation humaine, des prélèvements d'organes etc... pourrait être très différente selon que la personne qui subit l'atteinte serait un homme productif ou un vieillard impotent, un chercheur scientifique ou un infirme, un individu vertueux ou un grand criminel...

De telles discriminations seraient évidemment profondément choquantes, et c'est précisément parce que l'individu ne peut être réduit à sa seule valeur sociale. Au delà de l'utilité qu'il peut présenter pour la collectivité dont il est membre, tout être humain est doté d'une valeur morale essentielle, irréductible, qui fait partie des principes fondamentaux de notre civilisation. C'est cette valeur morale qui, à notre avis, justifie l'inefficacité du consentement aux atteintes à la vie et à certaines atteintes corporelles.

§ 2 - La valeur morale de la personne.

I06 - Toute notre civilisation repose sur une certaine conception de la personne humaine qui la place au sommet ou plus exactement en dehors de "l'échelle des valeurs" (3)

-ooOoo-

(I) sur cette affaire voir : Fahmy Abdou op cit n° 282 et s; Decocq, thèse précitée n° I37

(2) cité par Fahmy Abdou op cit n° 283.

(3) R. Savatier, Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, Mélanges Gothot I962, p. 567 et s. ; voir aussi du même auteur, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui 3ème série, I959 n° 336 et s. ; H. Perret, La personne humaine dans l'ordre du droit, Mélanges Brèthe de la Gressaye, I967, p. 589.

107 - Cependant, en se dégageant de leur origine religieuse, ces grandes idées ont vu leur contenu s'infléchir assez nettement. Les conceptions humanistes actuelles, telles qu'elles s'expriment au niveau juridique par la reconnaissance des "droits de l'homme" ou des "droits de la personnalité" (I), mettent l'accent moins sur le caractère sacré, intouchable de la personne, que sur la liberté qui doit être reconnue à chaque individu de développer sa propre personnalité. Le droit de chacun à disposer de lui-même, traditionnellement condamné au nom de la socialité de la personne, apparaît aujourd'hui à certains comme un aspect essentiel de la dignité humaine (2).

Dans cette optique, s'il convient encore d'interdire les atteintes consenties à la vie, et certaines atteintes consenties à l'intégrité corporelle, ce n'est plus essentiellement en raison des exigences d'une morale supérieure, mais surtout en fonction de considérations psychologiques : on peut le plus souvent douter que le consentement de celui qui consent à mourir ou à se faire mutiler, soit parfaitement libre et raisonnable ; l'inefficacité d'un tel consentement correspond alors au souci de protéger l'individu contre lui-même, plus qu'à celui de protéger l'idée abstraite de dignité humaine contre l'expression des intérêts de l'individu. On comprend mieux, dans cette optique, la différence faite par le droit pénal entre les atteintes pratiquées par des tiers avec le consentement de la victime, et celles qui sont le fait de la victime elle-même(3). La réprobation que soulèvent le suicide ou la mutilation volontaire est largement atténuée, dans de nombreux cas, si l'on tient compte des raisons psychologiques qui ont poussé la victime à de tels actes. Ces raisons ne jouent pas, en revanche, lorsque l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle est le fait d'un tiers : on peut penser, au contraire, que l'auteur de l'acte n'a pas suffisamment éclairé la victime, qu'il aurait dû essayer de la dissuader de consentir à des agissements nuisibles pour elle.

Le souci de protéger l'individu contre lui-même se mêle ici très étroitement aux considérations morales. Si ce sont essentiellement ces dernières qui justifient l'inefficacité du consentement aux atteintes à la vie (A), l'ambiguité est plus sensible en ce qui concerne la répression des atteintes consenties à l'intégrité corporelle (B).

-ooOoo-

(I) sur lesrapports entre ces deux notions voir supra n° 5.
(2) on se référera par exemple aux débats qui ont entouré la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse : ce que les uns condamnaient au nom de la morale traditionnelle, d'autres le revendiquaient comme un moyen de permettre le plein épanouissement de la femme, donc en dernière analyse au nom de la dignité humaine.
(3) voir supra n° 103 - 104.

A - La répression des atteintes consenties à la vie.

I08 - Derrière toutes les décisions jurisprudentielles qui, dans les hypothèses diverses, affirment le caractère illicite des homicides consentis (a), on découvre un fondement identique : l'idée que la valeur morale de la personne impose le respect absolu de la vie humaine (b).

I09 - a) - Dans le silence des articles 295 et suivants du Code pénal, la jurisprudence a toujours décidé que le consentement de la victime était sans influence sur la répression de l'homicide volontaire. Acquise très tôt à propos du duel et du suicide en commun, cette solution trouve surtout à s'appliquer aujourd'hui dans l'hypothèse de l'euthanasie.

L'hypothèse du duel, qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt pratique limité, ne nous retiendra pas longtemps (I). Depuis un arrêt des Chambres réunies de la cour de cassation du I5 décembre I837 (2), il ne fait plus aucun doute que le duel est réprimé en tant qu'homicide volontaire s'il y a eu chez les duellistes intention de donner la mort, et en tant que coups et blessures volontaires dans le cas contraire (3). Cette solution est approuvée par la quasi-unanimité des auteurs, qui refusent de donner effet au consentement du duelliste tué ou blessé (4).

La jurisprudence est également fixée depuis longtemps à propos de ce que nous pourrions appeler le "suicide par la main d'autrui". L'hypothèse est celle où une personne qui désire mourir demande à une autre de lui procurer la mort qu'elle n'a pas le courage de se donner elle-même. Le plus souvent, il s'agira de deux personnes qui, désirant quitter la vie ensemble, décident de se donner mutuellement la mort. Cette situation, qui a inspiré romanciers et cinéastes, trouve parfois son aboutissement devant une cour d'assises : en effet, si l'un des deux désespérés a survécu, il pourra être poursuivi pour homicide volontaire, ni le consentement de la victime, ni la réciprocité de l'acte homicide ne faisant dis-

-ooOoo-

(I) sur le duel voir : Garçon, Code pénal annoté t II art 295 ; Masson, Le duel et la loi pénale, thèse Dijon I930 ; Fahmy Abdou, op cit n° 206 - 243.
(2) S I838 - I - 5 concl. Dupin - la jurisprudence antérieure considérait que le duel n'était pas punissable, faute de texte spécial l'incriminant - voir par exemple : Crim. 8 avril I8I9, Bull. crim. I8I9 n° 42 et lesarrêts cités par Fahmy Abdou, op cit n° 2II note I79.
(3) voir les nombreux arrêts du XIXème siècle cités par Garçon op cit
(4) parmi les pénalistes modernes on ne trouve guère que Garraud (t V n° I930) qui soit favorable à la thèse de l'impunité.

paraître le crime (I). La seule difficulté est de distinguer cette hypothèse de celle où une personne, sans procurer elle-même la mort, se contente de fournir au désespéré les moyens de mettre fin à ses jours : une telle complicité de suicide n'est pas punissable puisque le fait principal n'est pas une infraction pénale (2). Tout au plus le "complice" pourra-t-il être poursuivi pour non-assistance à personne en danger, au même titre que celui qui s'abstiendrait de porter secours à une personne qui tenterait de se suicider. Il faut simplement remarquer qu'en pratique, il est bien difficile de distinguer la complicité de suicide, impunie, de l'homicide consenti, pénalement réprimé (3).

II0 - Le consentement de la victime n'est pas davantage exclusif de la qualification pénale d'homicide volontaire, lorsque l'acte a été accompli pour mettre fin aux souffrances d'un malade. Bien que le problème n'ait, à notre connaissance, jamais été posé devant la cour de cassation, sa solution ne fait aucun doute dans le droit pénal actuel : les chambres d'accusation ont toujours renvoyé devant les cours d'assises les auteurs d'actes d'euthanasie, et la fréquence des acquittements prononcés par les jurys ne change rien à la qualification pénale de tels actes (4).

On pourrait souhaiter, de lege ferenda, que, compte tenu des mobiles de l'auteur de l'acte, l'euthanasie soit érigée en une infraction spéciale, moins sévèrement réprimée que l'homicide ordinaire. Telle est la voie suivie par de nombreux droits étrangers, soit pour la seule euthanasie, soit pour toute forme d'homicide consenti (5). Mais convient-il d'aller plus loin, et de légaliser l'euthanasie ? Dans le débat d'opinion auquel donne lieu, périodiquement, ce problème, certains souhaiteraient que l'euthanasie soit admise dans des circonstances exceptionnelles - à savoir lorsqu'il n'existe aucune chance de guérison et que la mort a été expressément demandée par le malade ; il faudrait en outre s'entourer de précautions multiples destinées à assurer la parfaite liberté du consentement du malade.

-ooOoo-

(I) Crim. I6 novembre I827, Bull. crim. 284 ; Crim. 23 juin I838, S I838-I-626 concl. Dupin, Grands arrêts de la jurisprudence criminelle par M. Puech
Crim I7 juillet I85I, Bull. crim. 287 ; Crim. 2I août I85I, S I852-I-286 - et plus récemment Toulouse 9 août I973, D I974-J-452.

(2) Crim. 27 avril I8I5, S I8I6-I-3I7 ; Trib. corr. Lisieux 2I février I837, DH I937-26I ; Toulouse 9 août I973 précité (motifs)- La complicité de suicide est une infraction sui generis dans de nombreuses législations étrangères.

(3) sur la difficulté de la distinction voir notamment Fahmy Abdou op cit n° I85-I86.

(4) Bouzat-Pinatel t I n° 306 ; Merle-Vitu n° 350 ; Vouin-Rassat n° I50 Doublier, Le consentement de la victime, art. précité n° 11 ; Fahmy Abdou n° I87 et s. ; M. Rateau, L'euthanasie et sa réglementation pénale, Rev. dr.pén.I964/65 p. 38-62 ; H. Benet, Le problème de la mort par pitié, Rev.dr.pen.I952/53 p.928-954.

(5) sur le droit comparé voir Rateau, article précité.

Cependant toutes les propositions qui ont pu être faites en ce sens se sont heurtées, en France tout au moins, à l'opposition résolue des juristes et des médecins (I).

III - b) - Sans qu'il soit question pour nous de prendre parti dans ce débat, il n'est pas sans intérêt de relever les arguments qui sont généralement avancés à l'encontre de l'admission, même exceptionnelle, de l'euthanasie. La plupart des auteurs invoquent ici le principe du respect absolu de la vie humaine, auquel il ne peut être porté atteinte que si cela apparaît nécessaire pour la collectivité, mais non pour de simples convenances personnelles (2). Toute brèche pratiquée dans ce principe apparaîtrait à beaucoup comme ouvrant la voie à un retour à la barbarie, à l'abandon des conceptions les plus fondamentales de notre civilisation. On sait, à ce propos, quelles controverses a soulevée la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse. Les arguments qui ont été alors invoqués sont du même ordre que ceux qui sont avancés à l'encontre de l'euthanasie ou, a fortiori, des autres formes d'homicides consentis justifiés par des mobiles moins acceptables. Pour la plupart des auteurs ce sont ici les exigences d'une morale supérieure qui justifient la répression, et qui s'opposent à la prise en considération du consentement de la victime, expression des intérêts individuels de cette dernière.

Sans doute pourrait-on également mettre en avant, dans bien des cas, la nécessité de protéger contre elle-même la personne qui demande à mourir ou qui y consent. Cette nécessité pouvait apparaître particulièrement impérieuse dans le cas du duel : la participation des duellistes, imposée par un véritable "code d'honneur" n'était pas parfaitement libre, de surcroît il n'y avait pas véritablement consentement au dommage, mais simplement une acceptation des risques dont le caractère réfléchi est a priori plus douteux. De même, dans le cas de l'euthanasie, on pourrait faire valoir que le malade est rarement en état de donner un consentement parfaitement conscient et éclairé.

Cependant, ces considérations n'apparaissent dans l'argumentation des auteurs que d'une manière tout à fait subsidiaire (3). Et, si la cour de Toulouse prend soin de relever dans une affaire récente de suicide en commun que "les menaces réitérées de (l'auteur de l'acte) permettent de douter de la libre détermination de (la victime) dans la fatale détermination qui aura été prise en commun" (4), ce n'est qu'à titre surabondant. L'arrêt affirme

-ooOoo-

(I) certains projets visant à légaliser l'euthanasie ont été proposés devant des parlements étrangers. Il faut citer le projet soumis au parlement de l'Etat de New-York en I947 et celui examiné par la chambre des Lords en Grande Bretagne en I936 - sur ces projets voir **Rateau, article précité.**

(2) voir par exemple Fahmy Abdou op cit n° I88 ; Benet, article précité.

(3) Bouzat-Pinatel t I n° 302 ; Fahmy Abdou op cit n° I89.

(4) Toulouse 9 août I973, précité.

en effet auparavant sans restriction que "le fait de donner la mort à un tiers sur sa demande constitue en droit un homicide volontaire".

Le souci de protéger la personne contre elle-même va tenir plus de place au niveau de la répression des atteintes consenties à l'intégrité corporelle.

B - La répression des atteintes consenties à l'intégrité corporelle.

II2 - Contrairement aux atteintes volontaires à la vie, les atteintes à l'intégrité physique cessent parfois d'être illicites dès lors qu'elles sont consenties. Aucun auteur ne soutient plus le dogme de l'intangibilité absolue du corps humain : certaines atteintes corporelles peuvent en effet être justifiées par l'utilité qu'elles présentent soit pour la personne qui les subit, soit pour la collectivité (I).

La question a fait l'objet de multiples développements doctrinaux. En droit pénal, elle constitue le centre des développements consacrés au consentement de la victime (2), et c'est la valeur justificative du consentement aux atteintes corporelles que les civilistes examinent sous l'angle des "conventions relatives à la personne physique" (3). Le problème fait encore l'objet, d'ailleurs, de quelques controverses. Les pénalistes débattent du point de savoir si la licéité des atteintes consenties à l'intégrité corporelle (opérations chirurgicales, atteintes consécutives à l'exercice des sports...) doit être rattachée au consentement de la victime, ou plutôt à un autre fait justificatif qui serait la permission de la loi. Quant aux auteurs de droit civil, ils se demandent si la licéité d'une atteinte corporelle consentie est fonction de l'objet ou de la cause de la convention qui autorise l'atteinte (4). Il s'agit là, cependant, de faux problèmes : la licéité d'une atteinte à la personne, nous le savons, ne dépend pas de

-ooOoo-

(I) Decocq, thèse précitée n° 73 ; Honorat, thèse précitée n° 74 et s.
(2) outre les développements généraux déjà cités voir : J. Simon, Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ? Rev. dr. pen. I933 p. 457 ; L.Halleux, Le consentement de la victime justifie-t-il l'auteur de coups et blessures, Rev. dr. pen. I933 p. I82 ;
(3) voir les ouvrages et articles cités de A. Jack Rev. crit. leg. jur. I933 p. 362 ; Domages thèse I956 ; P.J. Doll, La discipline des greffes... ainsi que les ouvrages généraux : Carbonnier t I n° 49 ; Weill, Les personnes n° 33. Marty et Raynaud, Les personnes n° 6 - adde le rapport de M. Chabas aux journées belges de l'Association Henri Capitant (I974) consacrées au corps humain.
(4) voir notamment Decocq thèse précitée n° 77; Domages, thèse précitée, n°5I et s. ; Desbois, note D P I936-2-9.

la validité de la convention qui a pour objet une telle atteinte. Il importe donc peu de savoir, pour l'instant, si la validité des conventions sur le corps s'apprécie au niveau de leur objet ou de leur cause (I). Quant à la controverse sur le consentement de la victime et la permission de la loi, elle est tout aussi vaine ; nous avons montré que la valeur justificative du consentement reposait, dans tous les cas, sur la permission de la loi (2).

Du reste, ces faux débats de technique juridique, n'empêchent pas la plupart des auteurs d'être en accord sur les solutions du droit positif relatives aux atteintes consenties à l'intégrité corporelle (a). Ils les ont peut-être empêchés, par contre, de s'interroger suffisamment sur leur fondement (b).

a) - les solutions du droit positif.

II3 - Le consentement de la victime ne suffit pas, en principe, à rendre licite, au regard du droit pénal, une atteinte à l'intégrité corporelle. Tout d'abord, seules certaines personnes sont habilitées à porter volontairement atteinte au corps humain : sauf pour certains actes bénins, les médecins ont le monopole des opérations sur le corps humain (2 bis). D'autre part, et surtout, ces opérations ne sont licites que si elles sont justifiées par un intérêt suffisant (3). L'idée générale est que les inconvénients que présente l'atteinte corporelle pour la personne qui la subit et pour la collectivité doivent être compensés par des avantages au moins équivalents. On comprendra, dans cette optique, que le droit positif attache moins d'importance à la nature des intérêts justifiant les atteintes à l'intégrité corporelle (I°) qu'à la proportionnalité entre l'intérêt à satisfaire et la gravité de l'atteinte (2°).

I°/ - La nature des intérêts justifiant les atteintes corporelles.

II4 - Un intérêt quelconque ne suffit pas, apparemment, pour rendre licite une atteinte consentie à l'intégrité corporelle. La chambre criminelle

-ooOoo-

(I) nous aurons à examiner cette question dans la deuxième partie de nos développements, lorsqu'il s'agira vraiment de s'interroger sur la validité des conventions relatives au corps humain. voir infra n° I89 et s.
(2) voir supra n° 46.
(2bis) sur le monopole médical voir Decocq thèse précitée n° 444 et s.
(3) sur le principe voir : Desbois note D P I936 - 2 - 9; Domages, thèse précitée n°I56. Decocq, thèse précitée, passim; Farjat, JCl Civil art. 6, Ordre public et bonnes moeurs, n° 111 et s.

de la cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer dans un arrêt du 9 novembre I96I (I) : un chirurgien-dentiste était poursuivi pour avoir brutalement arraché à un de ses clients, qui se plaignait du montant trop élevé des honoraires, des dents "jackets" qu'il venait de lui poser. Le praticien avait été relaxé en appel au motif que le client avait consenti à l'enlèvement de la prothèse. L'arrêt est cassé : pour la cour de cassation "l'opération incriminée qui portait atteinte à l'intégrité de la personne et constituait ainsi par elle-même un fait de violences volontaires, ne pouvait être légitimée, en admettant même qu'elle ait été accomplie dans les conditions indiquées par l'arrêt, que si elle avait été faite dans un intérêt médical, ce que les juges ont, en l'espèce, omis de rechercher" (2).

Il est peut-être excessif, cependant, de déduire de cet arrêt que seul un intérêt médical peut justifier une atteinte à l'intégrité corporelle. Toute l'évolution du droit positif en la matière a tendu vers un élargissement du cercle des intérêts qui peuvent être pris en considération.

II5 - — La notion d'intérêt médical, tout d'abord, doit être aujourd'hui largement entendue. Pendant longtemps, les auteurs n'ont considéré comme licites que les atteintes corporelles consenties dans un but curatif et c'est la solution qui, aujourd'hui encore, soulève le moins de discussions (3). Il va de soi, en effet, que le respect de la personne humaine, de son éminente dignité ne conduit nullement à prohiber des atteintes corporelles qui visent à sauvegarder la vie ou la santé de l'individu qui les subit. Seule une conception sacrale du corps humain, poussée jusqu'à l'absurde, amènerait à condamner de telles opérations (4).

Mais, à côté des opérations chirurgicales pratiquées dans un intérêt de santé, on admet aujourd'hui sans difficulté la licéité de la chirurgie esthétique (5). A dire vrai, si une évolution s'est produite à ce

-oo0oo-

(I) J.C.P. I962 - II - I2777 note R. Savatier.
(2) voir dans le même sens l'arrêt de renvoi : Bourges 7 juin I962, G P I962-2-I9I.
(3) Garraud et Laborde Lacoste, article précité Rev. gen. droit I926 p. I29 et s. ; Desbois note précitée ; Decocq op cit n° 430.
(4) cette conception sacrale est encore celle de certaines sectes religieuses : les positions bien connues des "Témoins de Jehovah" qui refusent de recevoir le sang d'autrui en constituent une illustration caractéristique.
(5) parmi les développements doctrinaux les plus récents, voir : R. Savatier, note sous Paris I3 janvier I959, J.C.P. I959-II-III42 ; Toulemon, La responsabilité dans la chirugie esthétique, S I962 chr. I3 ; G. Boyer-Chammard et P. Monzein, La responsabilité médicale, I974, p. 230 et s.

propos, elle est dans la doctrine plus que dans la jurisprudence, laquelle n'a jamais été systématiquement hostile à la chirugie esthétique. On fait généralement remonter la reconnaissance de la licéité de ce type d'opérations à un arrêt de la cour de Paris du I2 mars I93I (I). Mais, comme l'a fort justement remarqué M. Decocq, cet arrêt ne constitue nullement un revirement (2). Aucune décision, avant I93I, n'avait affirmé qu'un intérêt esthétique était insusceptible de justifier une atteinte à l'intégrité corporelle ; toutes les décisions citées par les auteurs sont des décisions d'espèce qui déclarent illicites certaines opérations présentant pour le patient des risques excessifs. Or il y a là une cause d'illicéité qui dépasse largement le problème particulier de la chirurgie esthétique et qui, dans ce domaine, a été reprise plusieurs fois par les tribunaux depuis I93I (3).

II6 - L'évolution du droit positif est plus sensible en ce qui concerne les atteintes corporelles consenties pour sauvegarder la vie ou la santé d'un tiers. Certes, la licéité des prélèvements de sang à des fins thérapeutiques n'a jamais vraiment fait difficulté - depuis, au moins, que cette opération est techniquement au point -, et la loi du 2I juillet I952 (articles 666 et 667 du Code de la santé publique) n'a fait que confirmer une solution généralement admise par la doctrine et la jurisprudence antérieures (4). En revanche, jusqu'à l'intervention récente du législateur, l'état du droit était très incertain sur le problème des prélèvements d'organes en vue de greffes (5) - non que l'intérêt poursuivi paraisse illégitime, mais le préjudice subi par le donneur et les risques par lui encourus sont beaucoup plus importants que dans le cas du prélèvement sanguin. La loi du 22 décembre I976 a mis fin à ces incertitudes (6) : tout en autorisant le prélèvement sur un cadavre

-ooOoo-

(I) D P I93I-I-I4I note Loup, S I93I-2-I29 note E.M. Perreau.
(2) Decocq thèse précitée n° 456 et s.
(3) voir infra (2°).
(4) voir par exemple Paris 26 avril I948, D I948-272 - sur l'ensemble du problème voir Decocq thèse précitée n° 90-I02 ; R. Savatier, De sanguine jus, D I954- chr. I4I.
(5) voir sur le problème des transplantations d'organe avant la loi de I976 : Decocq thèse précitée n° I33 et s. ; R. Savatier, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P. I969-I-2247 ; P J. Doll, La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Masson, I972 et, du même auteur L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, G P 28 septembre I974 ; Charaf el Dine, **Droit de la transplantation d'organes, thèse, Paris, I975 (dact.).**
(6) L n° 76 - II8I du 22 décembre I976, J O **23 décembre, p.7365, D I977-L-I3.**
Cette loi ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi du 7 juillet I949 relative à la greffe de la cornée. **voir : J.B. Grenouilleau, Commentaire de la loi du 22 décembre I976 relative aux prélèvements d'organes, D I977. chr. p.2I3**

même en l'absence d'un consentement exprès du défunt, la loi reconnaît la licéité des prélèvements effectués sur une personne vivante qui y a librement et expressément consenti.

II7 - — En dehors d'un intérêt médical, même largement entendu, toutes les atteintes consenties à l'intégrité corporelle ne sont pas illicites. On trouve ici les solutions les plus diverses.

Il faut d'abord relever les solutions jurisprudentielles en matière de sports. La pratique de certains sports entraîne parfois des accidents corporels dont sont victimes les pratiquants ; si l'un des pratiquants blesse ou tue involontairement un autre au cours d'une compétition, et dans le respect des règles du jeu, il ne saurait en être rendu responsable pénalement ni civilement (I). Si l'on dépasse le faux débat relatif aux rapports entre le consentement de la victime et la permission de la loi, il est certain que la solution repose sur l'acceptation, par les sportifs, de risques corporels : des comportements qui seraient qualifiés d'imprudence ou de négligence dans la vie courante, ne peuvent l'être de la même manière à l'égard d'individus qui se sont exposés volontairement aux risques présentés par ces comportements (2). Le fondement de la solution en explique les limites : les atteintes corporelles occasionnées par le non-respect des règles du jeu doivent être sanctionnées parce que chaque pratiquant n'a entendu accepter que les risques inhérents à l'exercice normal du sport considéré.

La volonté des sportifs permet de considérer comme licites non seulement les atteintes involontaires consécutives à la pratique des sports, mais aussi les coups volontairement portés dans l'exercice de certains sports violents comme la boxe ou le catch. Dès I9I2, la cour d'appel de Douai proclamait "que la boxe n'a en soi rien d'immoral ni d'illicite, qu'elle est, comme beaucoup d'autres sports, une manifestation de la force, de l'endurance de ceux qui s'y livrent" (3).

On trouve dans cet arrêt l'amorce de l'idée qui permet à la plupart des auteurs d'expliquer l'efficacité du consentement aux

-ooOoo-

(I) voir par exemple : Poitiers I5 juin I960, D I96I. J. III note Esmein, Trib. corr. Marmande 5 octobre I96I, G P I96I.2.327 ; Civ 2 I5 mai I972, D I972-J-606 - sur le problème, voir J. Honorat, La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports D I969- chr. 207 ; J C Germain, Les sportifs et le droit, Litec I976.

(2) Honorat, article précité. spec. p. 209.

(3) Douai 3 décembre I9I2, S I9I4-2-2I7, Rev. crit. leg. jur. I9I4 p. 262 obs Demogue.

atteintes corporelles consécutives à la pratique des sports : on invoque l'utilité sociale du sport, ses bienfaits au point de vue du développement des qualités physiques et morales de l'individu (I). Mais, si elle vaut pour la plupart des exercices sportifs, cette justification peut difficilement être avancée pour la boxe, sport pratiqué le plus souvent par des professionnels, qui consentent à participer aux combats dans un but exclusivement lucratif.

II8 - On peut d'ailleurs, à ce propos, s'interroger sur la portée de l'affirmation, traditionnelle en doctrine, selon laquelle les atteintes corporelles ne pourraient pas être légitimées par un intérêt purement pécuniaire (2).

Il existe,effectivement, certaines solutions en ce sens. Une personne ne pourrait pas vendre une partie de son corps, ou, comme le marchand de Venise imaginé par Shakespeare, la donner en gage : non seulement de telles conventions seraient nulles (3), mais encore la responsabilité pénale et civile de ceux qui prétendraient les exécuter serait certainement engagée malgré le consentement de la victime. La mise en gage d'une partie du corps est sans doute une hypothèse d'école, mais l'interdiction de vendre son corps a été consacrée par le législateur à propos des transfusions sanguines et, plus nettement, des prélèvements d'organes. L'article L 673 du Code de la santé publique (article 5 de la loi du 2I juillet I952) prévoit la règlementation du prix des opérations concernant le sang humain de façon à exclure tout profit. Une fraction importante de la doctrine en déduit que celui qui consent à faire don de son sang - le terme est significatif - ne peut prétendre à aucune rémunération ; il ne peut recevoir qu'une indemnisation destinée à compenser les frais qu'il a engagés pour se rendre au lieu du prélèvement et son éventuel manque à gagner. "Le point de départ de la chaîne du sang,écrit M. René Savatier, ne peut être qu'un don"(4). Une solution identique est aujourd'hui consacrée, à propos des prélèvements d'organes à usage thérapeutique, par la loi du 22 décembre I976. L'article 3 de cette loi dispose que "sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne

-ooOoo-

(I) Garraud, Les sports et le droit pénal Rev. int. dr. pén. I924, p. 2I2 et s. ; Demogue obs. Rev. crit. leg. jur. I9I4 p. 262 ; Fahmy Abdou thèse précitée n° 289.
(2) voir par exemple : R. Savatier, article précité aux Mélanges Gothot p. 567.
(3) voir infra 2ème partie n° 206.
(4) R. Savatier, De sanguine jus, D I954 - chr. I4I ; dans le même sens : P.J. Doll, op. et articles précités ; Dierkens, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, précité, n° 74-75.

peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire" (I). A fortiori, une personne ne pourrait se prêter contre rémunération, à une expérience sur son corps qui n'aurait pas un but thérapeutique. La solution consacrée par l'arrêt, souvent cité, de la cour de Lyon du 27 juin 1913 (2) serait toujours valable aujourd'hui : cet arrêt considère comme illicite une opération de relèvement d'un sein pratiquée par un médecin dans un but publicitaire, sur une femme "âgée et besogneuse" qui n'y avait consenti que mue "par l'appât d'un gain des plus minimes".

Mais cette prohibition des atteintes corporelles consenties dans un but lucratif ne vaut en réalité que pour les opérations d'une certaine gravité. On constate en effet que la plupart des atteintes bénignes à l'intégrité physique sont licites dès lors qu'elles sont consenties, quel que soit l'intérêt poursuivi. Un tatouage, une circoncision rituelle, les coups que se donnent les acteurs en scène etc... ne sont pas en principe pénalement répréhensibles (3) et un pittoresque jugement d'un tribunal de police a pu juger que le fait d'infliger une gifle à quelqu'un sur sa demande ne constituait pas la contravention de violences volontaires (4). L'intérêt poursuivi pourrait donc être, pour de telles atteintes bénignes, exclusivement pécuniaire. Ainsi, nul ne conteste la licéité d'une coupe de cheveux même lorsqu'elle est destinée à permettre la vente de la chevelure, donc à procurer un profit à la personne qui la subit (5).

II9 - Qu'en est-il maintenant si le but poursuivi est, non seulement peu important, mais contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. A première vue, l'illicéité de l'atteinte consentie dans un tel but ne semble faire aucun doute. On cite volontiers, à ce propos, un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 3 juin 1969 qui qualifie de coups et blessures volontaires le tatouage, suivi du "détatouage", sur la fesse d'une jeune fille, d'une rose et d'une tour Eiffel, ces opérations n'étant réalisées que pour être filmées et présentées dans le cadre

-ooOoo-

(I) dès avant la loi, la doctrine préconisait l'extension aux prélèvements d'organes de la gratuité admise pour le don du sang - voir les auteurs cités à la note précédente.
(2) D P 1914-2-73 note Lalou.
(3) Fahmy Abdou, thèse précitée n° 251.
(4) J.C.P. 1966-II-14 584 note critique de Lestang.
(5) voir par exemple Decocq, thèse précitée n° 38.

d'un film pornographique (I). En dehors d'une telle hypothèse, heureusement assez exceptionnelle, on rattache également à l'illicéité ou à l'immoralité du but poursuivi l'inefficacité du consentement aux stérilisations anticonceptionnelles, ou aux opérations de changement de sexe pratiquées sur des transsexuels.

Les solutions sont cependant beaucoup moins certaines dans ces hypothèses. Les opérations de changement de sexe n'ont jamais été condamnées directement par la jurisprudence française ; les seules décisions que l'on puisse citer sont relatives à l'influence de telles opérations sur l'état de ceux qui les subissent. L'indisponibilité de l'état conduit alors à rejeter l'action en rectification des actes de l'état-civil introduite par l'opéré (2). Mais cela n'implique nullement que ces opérations constituent en elles-mêmes, des délits de coups et blessures volontaires ; la doctrine est partagée sur ce point, compte tenu des problèmes psychologiques posés par le transsexualisme (3).

Quant aux stérilisations à but anticonceptionnel, elles ont été condamnées par un arrêt déjà ancien de la chambre criminelle (4). La doctrine se prononce généralement en faveur du maintien de cette solution (5). Mais on peut se demander si, dans une telle hypothèse, c'est bien l'illégitimité du but poursuivi qui explique l'absence de valeur justificative du consentement. Le but poursuivi par la personne qui se fait stériliser - qui est de ne pas avoir d'enfants - n'est pas, en soi, plus immoral que celui poursuivi par la femme enceinte qui fait interrompre sa grossesse. Or la loi du I7 janvier I975 reconnaît, on le sait, la licéité de cette dernière opération lorsqu'elle est pratiquée avant la dixième semaine de la grossesse. Bien que l'article L I62 - I du Code

-ooOoo-

(I) G P I969 - 2 - 57.
(2) T.G.I. Seine I8 janvier I965, J.C.P. I965-II-I442I ; Paris 8 décembre I967, D 68-289 ; Paris I8 janvier I974, D I974-I96 (qui affirme cependant dans ses motifs que le changement de sexe est une mutilation réprimée par la loi pénale) ; Civ I6 décembre I975, D I976-I-397 (Ière espèce).
(3) voir : R. Lindon, Aspects juridiques du transsexualisme, Rec. Commaille I956-545 ; R. Nerson, obs Rev. trim. dr. civ. I966 p. 74 et I968 p. 536 ; J. Petit, L'ambigüité du droit face au syndrome transsexuel, Rev. trim. dr. civ. 1975, p. 273
(4) Crim. Ier juillet I937, D H I937 -537, S I938-I-I93 note Tortat.
(5) Decocq op cit n° 442 ; Merger, Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux, J.C.P. I963 I I770 ; R. Grosemans Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme, Rev. dr. pen. et de criminologie, I960/6I p. 875 ; M.T. Meulders Klein, Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale, Ann. dr., t 27 (I967), p. 3.

de la santé publique vise seulement "la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse , il apparaît qu'il n'y a pas là une condition objective de la licéité de l'opération; la femme demeure seule juge de l'opportunité de celle-ci . Il suffit donc qu'elle désire ne pas avoir d'enfant, sans que l'on ait à rechercher si ce désir est ou non justifié (1). Dès lors, la différence qui est faite en droit positif entre l'interruption de grossesse et la stérilisation ne tient sans doute pas au but prétendûment immoral de cette dernière. Cette différence ne s'explique-t-elle pas plutôt par la gravité respective des deux opérations ? Alors que l'interruption de grossesse ne met pas normalement obstacle à une maternité future, la stérilisation est définitive. C'est pour cette raison qu'elle peut moins facilement être justifiée. C'est l'absence de proportionnalité entre l'intérêt à satisfaire et la gravité de l'atteinte qui explique l'illicéité de cette atteinte.

2°/-La proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et l'intérêt à satisfaire

120 - Toutes les solutions du droit positif relatives à la répression des atteintes consenties à l'intégrité corporelle peuvent, en définitive, se ramener à cette règle, que M. Decocq désigne sous le nom de "règle de la raison proportionnée"(2). Il n'est pas, en réalité, d'intérêt dont on puisse dire a priori qu'il n'est jamais susceptible de justifier une atteinte corporelle : tout dépend de la gravité de l'atteinte.

En haut de l'echelle, il est certaines atteintes qui sont trop graves pour être justifiées par aucun intérêt : nous avons vu, ainsi, que les atteintes volontaires à la vie humaine ne sont jamais licites, quel que soit le but poursuivi par la personne qui les subit ou par celle qui en est l'auteur (3). A l'opposé, on trouve certaines atteintes tellement bénignes que le consentement de la victime suffit à les rendre licites quel que soit l'intérêt qu'elles visent à satisfaire. Entre ces deux extrêmes s'inscrit toute la gamme des solutions, l'intérêt exigé pour justifier l'atteinte étant d'autant plus impérieux que cette atteinte est plus grave. Selon M. Decocq, ces solutions s'articulent autour de l'idée de conservation de la vie et de la santé de la personne : pour s'en tenir aux actes sur le corps accomplis avec la volonté du sujet (4), il faudrait opérer une distinction fondamentale entre les actes qui sont

-ooOOo -

(1) dans ce sens voir les différents commentaires de la loi sur l'interruption de grossesse G. Roujou de Boubée, D 1975 chr. 209 ;A. Decocq, Rev. sc. crim. 1975, p. 725 et 734 ; R. Vouin, L'avortement voulu, D 1976 chr. 1 (2) thèse précitée n° 138

(3) voir supra n° 108 et s.

(4) seul un intérêt exceptionnellement important peut justifier une atteinte à l'intégrité physique contre sa volonté (vaccinations obligatoires, traitements imposés aux toxicomanes, etc.); sur ce problème, qui est en dehors de notre sujet, voir : Decocq, thèse précitée, n° 138 et s., 525 et s.

conformes à la conservation de la personne et ceux qui lui nuisent ; les premiers seraient en principe licites sauf à tenir compte de la sacralité irrationnelle entourant le corps, qui apporte quelques limites à l'efficacité de la volonté. Parmi les actes qui nuisent à la conservation de la personne, il faudrait à nouveau distinguer selon que l'atteinte est réparable ou définitive etc... (I)

Quelle que soit la valeur de ces classifications, il est évident qu'il s'agit là de règles difficiles à appliquer. Elles le sont d'autant plus que, pour mesurer la gravité de chaque atteinte, et apprécier ses incidences sur la conservation de la vie et de la santé de la personne, il faut tenir compte non seulement du préjudice découlant nécessairement de cette atteinte, mais aussi des risques qu'elle comporte. Certaines atteintes corporelles, bénignes en elles-mêmes, peuvent comporter des risques considérables pour la vie ou la santé de celui qui les subit : c'est ce qui amène à proscrire, par exemple, l'expérimentation de nouveaux médicaments ou vaccins sur l'homme (dans la mesure où elle n'apparaît pas comme indispensable pour sauvegarder la vie ou la santé du "cobaye"). Quel que soit l'intérêt élevé qu'elles visent à satisfaire, de telles pratiques ne peuvent être admises en raison des risques courus par celui qui s'y prête (2).

I2I - Cette prise en considération des risques amène, du reste, à envisager d'un point de vue plus concret le problème de la licéité des atteintes consenties à l'intégrité corporelle. Même si l'on admet que telle catégorie d'opérations sur le corps est en principe licite, cela ne signifie pas que toutes les opérations de cette catégorie sont nécessairement licites. Il faut encore que, dans chaque cas d'espèce, il existe un équilibre précis entre les chances de succès de l'intervention et les risques qu'elle fait courir à la personne. "Le médecin, écrit M. René Savatier, dans la mission que lui attribue la société et dans les pouvoirs qu'elle lui donne sur le corps du malade, a le devoir impérieux de ne pas jouer avec les risques et de se refuser catégoriquement à accomplir un acte médical où la disproportion est manifeste entre les risques assumés et les avantages poursuivis" (3).

-ooOoo-

(I) voir toute la première partie de la thèse de M. Decocq et spécialement le chapitre premier "L'intérêt des tiers face au caractère sacré de la personne" n° 26 et s.
(2) sur l'expérimentation humaine voir : Decocq thèse précitée n° I05 et s. ; Dierkens, Les droits de l'homme sur son propre corps p°
(3) note J.C.P. I959 -II- III42.

Cet équilibre est nécessaire quel que soit l'intérêt que l'opération vise à satisfaire. Mais il est clair qu'il sera apprécié avec moins de rigueur pour les atteintes à but curatif, dans la mesure où le fait de ne pas effectuer l'intervention fait également courir des risques au malade. Rares seront, en ce domaine, les décisions qui reprocheront au médecin d'avoir tenté une opération trop risquée (I).

C'est surtout à propos des opérations de chirurgie esthétique que la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer la nécessité d'un équilibre entre les risques de l'opération et les chances de succès. Alors même que, nous l'avons vu; la licéité de principe de ce type d'opérations ne fait plus de doute, on retrouve fréquemment dans les décisions de jurisprudence la formule selon laquelle "le fait même d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un membre sain dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter un intérêt quelconque pour la santé de l'opérée constitue à lui seul une faute" (2). Le chirurgien, note un arrêt récent de la cour de Paris, doit se refuser catégoriquement à une telle opération, "en vertu du principe d'ordre public de sauvegarde du corps humain et de la stricte honnêteté" (3) - formule particulièrement intéressante parce qu'elle fait apparaître l'ambiguité du fondement de l'inefficacité du consentement à de telles atteintes corporelles.

b) - le fondement des solutions.

I22 - Pour la plupart des auteurs, ce sont des considérations morales qui justifient les limites apportées par le droit positif à la valeur justificative du consentement aux atteintes corporelles : en réprimant les atteintes au corps humain, le droit protège, au delà de la liberté individuelle de la victime, une certaine conception de la personne humaine, qui s'impose à la victime elle-même. Seules certaines atteintes à raison de leur caractère superficiel, ou de l'intérêt élevé qu'elles tendent à satisfaire, ne sont pas contraires à l'éminente

-ooOoo-

(I) voir cependant Trib. civ. Lille 30 janvier I952, GP I952-I-2I6 ; Colmar 24 juin I975, D I976 - 249 note Le Tourneau.
(2) formule de Trib. civ. Seine 25 février I929, GP I929-I-424 reprise par exemple par: Paris I3 janvier I959, D I959-26 ; Paris 20 juin I960, GP I960-2-I69.
(3) Paris 2I décembre I968, GP I969- somm. p. I7.

dignité de la personne humaine.

Le contenu de ces considérations morales a d'ailleurs, nous avons pu nous en rendre compte à l'exposé des solutions, considérablement évolué. M. Decocq, en particulier, a bien montré comment le droit était passé d'une conception sacrale du corps humain interdisant toute atteinte qui ne serait pas justifiée par un intérêt de santé, à une conception beaucoup plus humaniste permettant une comparaison d'intérêts. Ce qui est contraire à la dignité humaine, c'est essentiellement de ne pas compromettre inutilement la conservation de la vie et de la santé de la personne.

Mais pour la doctrine, la licéité ou l'illicéité des atteintes corporelles est toujours fonction de valeurs morales, même si le contenu de ces dernières a évolué. Ainsi, pour M. Decocq, c'est bien la morale qui"si elle n'interdit pas toute action mettant en danger notre vie, notre santé ou notre intégrité physique... ne permet pas de se lancer dans n'importe quelle aventure périlleuse" (I).

I23 - Il nous semble qu'il faut nuancer ce point de vue. C'est la morale, sans doute, qui s'oppose aux atteintes à l'intégrité physique qui ne trouvent d'autres justifications que l'esprit de lucre, le fanatisme ou la lubricité. Ces atteintes se situent en quelque sorte à l'intérieur d'une "zône d'horreur" : qu'il s'agisse de la "cruelle et sanglante exérèse" d'un morceau de peau tatoué pour les besoins d'un film pornographique (2), ou des "pratiques de vivisection" pratiquées sur une vieille femme dans un but publicitaire (3), il apparaît que la société tout entière est éclaboussée par le sang versé, comme elle l'est par les mutilations rituelles auxquelles se livrent certaines sectes. La dégradation de la personne qui se livre à ces turpitudes est ressentie comme une dégradation de l'idée même de l'**être humain.**

En est-il vraiment de même lorsqu'un médecin pratique sur le corps de son patient une opération dont la finalité est en soi parfaitement légitime, mais dont les risques sont trop importants par rapport aux avantages recherchés. A côté des considérations morales interviennent ici des considérations plus concrètes de déontologie professionnel le médecin apprécie mieux que son patient les risques et les chances de succès de son patient ; si ce dernier n'a pas suffisamment conscience

-ooOoo-

(I) Decocq thèse précitée n° I38.
(2) T.G.I. Paris 3 juin I969, précité.
(3) Lyon 27 juin I913 précité.

des risques, la "stricte honnêteté" commande au médecin de le faire revenir à la sagesse. C'est moins, alors, pour assurer le respect de la personne humaine abstraitement considérée que pour protéger les individus contre eux-mêmes que le droit interdit les interventions sur le corps qui présentent des risques excessifs.

I24 - Il n'est pas toujours aisé, sans doute, de dissocier les deux fondements de la répression. Telle opération de chirurgie esthétique, telle transplantation d'organe particulièrement audacieuses, pratiquées plus pour assurer la publicité personnelle du chirurgien que dans l'intérêt de l'opéré, respirera vite un certain parfum d'immoralité. L'expérimentation humaine est réprimée parce qu'elle présente un certain caractère scandaleux ; mais cette prohibition n'a-t-elle pas aussi pour but de protéger le "cobaye" contre lui-même ?

La distinction des deux fondements ne doit cependant pas être négligée. Les considérations morales, extérieures à l'individu, ne permettent en effet de rendre compte que de l'inefficacité du consentement au regard de la répression pénale. L'idée de protection de la personne contre elle-même, par contre, implique que les atteintes illicites à l'intégrité corporelle constituent non seulement des fautes contre la morale, contre les intérêts de la collectivité, mais aussi une faute contre la personne qui subit l'atteinte. Elle rend ainsi compte de l'absence de valeur justificative du consentement aux atteintes corporelles même au regard des règles de conduite protectrices des intérêts de la victime, **c'est à dire, à proprement parler des règles protectrices des droits de la personnalité.**

CHAPITRE SECOND - LES REGLES PROTECTRICES DES "DROITS DE LA PERSONNALITE".

I25 - La valeur justificative du consentement au regard des règles qui prohibent les atteintes à la personne dans l'intérêt de la victime n'est pas en principe contestable. Il en est ainsi au regard de règles pénales qui ne visent pas directement la protection de l'intérêt général : nul ne s'étonne, par exemple, de ce que l'article 368 du Code pénal ne réprime les atteintes à la vie privée, sous leurs diverses formes, que lorsqu'elles ont lieu sans le consentement de la personne concernée. Le consentement apparaît de même normalement comme un fait justificatif au regard de la règle de bonne conduite présupposée par l'article I382 du Code civil, en tant qu'elle interdit de porter atteinte injustement à la personnalité d'autrui : faut-il rappeler que la publication d'une image avec le consentement du modèle ne constitue pas une atteinte au "droit à l'image" - c'est à dire, plus exactement qu'elle n'est pas fautive ? (I) Nous avons déjà eu l'occasion de relever que l'utilisation du nom d'autrui avec le consentement du titulaire n'est pas génératrice de responsabilité civile à l'égard de ce dernier, même lorsqu'elle est pénalement sanctionnée (2). De même encore, personne ne conteste que l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique ne peut obtenir aucune réparation pour la publication anonyme de son oeuvre, ou pour les modifications qui lui sont apportées, dès lors qu'il a autorisé ces faits touchant son droit moral. La loi du II mars I957 relative à la propriété littéraire et artistique consacre d'ailleurs nettement la valeur justificative du consentement dans ces hypothèses lorsqu'elle organise le statut des oeuvres anonymes ou pseudonymes, ou lorsqu'elle dispose que l'éditeur ne peut "sans l'autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'oeuvre aucune modification" (article 56 de la loi).

Cependant, nous le savons, le principe de la valeur justificative du consentement au regard des règles de conduite protectrices des intérêts de la victime n'est pas sans limites : il cède chaque fois que la victime, n'étant pas normalement apte à juger de ses intérêts, doit être protégée contre elle-même (3). Or la plupart des juristes ont tendance à penser que cette

-ooOoo-

(I) voir supra n° 27.
(2) voir supra n° 42.
(3) voir supra n° 82.

protection est nécessairement plus importante lorsque les intérêts en cause touchent à la personnalité. Les autorisations touchant à la personnalité se caractériseraient ainsi par des règles spécifiques quant à l'intégrité du consentement et à la capacité ; ces autorisations ne pourraient avoir qu'une portée très restreinte, elles devraient être interpretées restrictivement... (I)

Pour justifier ces solutions on invoque, bien sûr, "l'éminente dignité de la personne humaine", "le primat des valeurs humaines" (2), la sacralité de tout ce qui touche à la personne... Or, à la vérité, ces considérations morales, si elles peuvent être invoquées pour justifier la répression pénale de certaines atteintes consenties à la personnalité, spécialement à la vie et à l'intégrité physique (3), sont inopérantes pour rendre compte du contenu de règles qui, par hypothèse, protègent des intérêts individuels. Si on peut effectivement relever une certaine tendance du droit positif à protéger davantage les individus lorsqu'ils prennent des décisions touchant leurs intérêts personnels que lorsque ces décisions concernent uniquement leurs biens, ce n'est pas en raison de la valeur morale reconnue à la Personne humaine, mais en fonction de considérations beaucoup plus concrètes.

D'une part, les décisions relatives à la personne sont beaucoup plus graves que celles qui concernent les biens parce que leurs conséquences sont le plus souvent irréversibles. D'autre part, il est souvent plus difficile d'apprécier ses intérêts dans le domaïne personnel que dans le domaine patrimonial : l'argent se compte, les biens s'évaluent, mais non les sentiments. Cependant, ces considérations ne valent pas au même degré pour toutes les décisions concernant la personnalité, et il y a à notre avis, une sorte de mystique à opposer systématiquement les manifestations de volonté touchant la personne et celles qui intéressent le patrimoine.

Le droit positif est loin de refléter une telle opposition. C'est dans les règles protectrices des droits de la personnalité des incapables (SECTION I) que le particularisme tenant à la nature personnelle des intérêts en cause est le plus accusé. Ce particularisme est beaucoup plus inégal dans les règles protectrices des droits de la personnalité des personnes capables. (SECTION 2).

-ooOoo-

(I) Nerson thèse précitée n° I9I et s. ; cette idée est rarement développée d'une manière générale mais elle apparaît fréquemment dans l'étude des autorisations relatives à tel ou tel droit de la personnalité.
(2) R. Savatier, article précité aux Mélanges Gothot I962, p. 567.
(3) voir supra n° I22.

SECTION I - LES REGLES PROTECTRICES DES DROITS DE LA PERSONNALITE DES INCAPABLES.

I26 - "C'est surtout en matière de capacité, relève M. Nerson, que s'accuse une divergence profonde entre le système de droit commun et les règles propres aux conventions relatives aux intérêts extrapatrimoniaux" (I). L'ensemble de la doctrine note de même que les règles de capacité posées par le législateur ne s'appliquent rigoureusement qu'aux actes patrimoniaux (2).

Il faut remarquer tout d'abord que, bien que le problème soit présenté en doctrine à propos du régime juridique des conventions relatives aux droits de la personnalité, il se pose de la même manière lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personnalité (3). C'est même sous cet angle que le problème se pose le plus souvent en pratique : il ne s'agit pas de savoir si les conventions relatives à la personnalité de l'incapable sont valables mais à quelles conditions les atteintes qui y sont portées sont licites.

Selon M. Nerson, la capacité nécessaire pour consentir aux actes touchant la personnalité (4), serait "non la capacité légale, mais la capacité naturelle, existant en fait, de donner un consentement sérieux" (5). Bien que cette formule soit fréquemment reprise en doctrine, elle ne traduit pas exactement la réalité du droit positif - du reste fort exactement décrite par les auteurs. Les règles légales de capacité ne cessent pas entièrement en effet, de s'appliquer pour le consentement aux actes touchant la personnalité. Le particularisme se situe plutôt au niveau du régime de protection de l'incapable : alors qu'en matière patrimoniale, l'administrateur légal ou le tuteur représentent l'incapable, prennent les décisions en son nom et à sa place, le consentement du représentant légal est souvent insuffisant pour justifier les atteintes à la personne de l'incapable, ou pour former valablement les conventions qui y ont trait. C'est en raison de l'insuffisance du consentement du représentant légal (§ I) que l'on est amené à prendre en considération, dans certaines hypothèses, le consentement de l'incapable (§ 2).

-ooOoo-

(I) thèse précitée n° I92.
(2) Marty-Raynaud, Les presonnes n° 5I6 ; Tallon op cit n° I24.
(3) sur l'idée que les règles de capacité ne sont pas en principe différentes selon qu'il s'agit d'apprécier la validité d'un acte juridique ou la valeur justificative du consentement, bien que celui-ci soit alors envisagé comme un simple fait, voir supra n° 70.
(4) le problème se posant, comme nous venons de le voir, de la même manière, on peut parler du consentement donné aux actes relatifs à la personnalité de l'incapable, sans distinguer selon qu'il s'agit d'actes juridiques dont on apprécie la validité, ou d'actes matériels dont on apprécie la licéité.
(5) op cit, loc. cit.

§ I - L'insuffisance du consentement du représentant légal.

I27 - La doctrine unanime proclame que le représentant légal d'un incapable ne peut, en principe, passer seul les conventions relatives à la personnalité de celui-ci, ni consentir seul aux atteintes à sa personnalité. Par exemple, il ne saurait, seul, autoriser la divulgation d'une oeuvre de l'incapable, ou la publication de faits relatifs à sa vie privée... (I) Le problème est souvent présenté en doctrine comme étant celui de l'étendue du pouvoir de représentation du protecteur légal de l'incapable (2). Or c'est là, à notre avis, une mauvaise manière de poser le problème : même dans les cas où le protecteur légal peut consentir seul à un fait touchant la personnalité de ce dernier, il ne saurait de toute façon être question de représentation. Les parents qui, par exemple, autorisent le médecin à pratiquer une opération chirurgicale sur leur enfant mineur, n'agissent pas vraiment au nom de celui-ci. Ils agissent en leur qualité de titulaires de certains pouvoirs sur la personne de l'enfant : les parents, remarque M. Legeais, agissent ici "en vertu d'un droit propre qui leur est conféré par la loi, sans même qu'on puisse parler d'une représentation de l'enfant" (3). C'est dire que le problème de savoir dans quelle mesure les protecteurs légaux de l'incapable peuvent consentir seuls aux actes touchant ses intérêts personnels est celui, non de l'étendue des pouvoirs de représentation, mais des limites de l'autorité sur la personne de l'incapable (4).

I28 - On peut aisément comprendre, dès lors, que le tuteur d'un incapable majeur ne puisse jamais consentir seul aux actes touchant la personnalité de celui-ci (5). Le tuteur n'a pas, en effet, d'autorité sur la personne du majeur protégé ; celui-ci n'est pas, comme le mineur, en état de dépendance quant à sa personne. Si sa liberté physique peut être limitée en raison du traitement médical auquel il est soumis, une telle limitation n'est pas liée à l'ouverture du régime d'incapacité. Le tuteur ne pourra donc pas en principe imposer une atteinte à la personnalité de l'incapable.

-ooOoo-

(I) Nerson thèse précitée n° I92 ; Tallon, op cit n° I24 ;
(2) Nerson, ibid ; C. Besnard-Vercherin, Représentation et droits extrapatrimoniaux de l'incapable thèse Lyon, I965 (doct).
(3) L'autorité parentale, I973 n° 58.
(4) Legeais op cit n° 58 ; A. Ponsard, Enc. Dalloz V° Autorité parentale n°77 ; Decocq thèse précitée n° 475.
(5) le problème ne se pose que pour le majeur en tutelle, la curatelle étant de toute façon un régime d'assistance et non de représentation.

Il faut seulement faire exception pour le cas d'urgence : le tuteur pourra, par exemple, autoriser une opération chirurgicale indispensable sur la personne de l'incapable (I). Mais c'est alors l'urgence qui, à elle seule, justifiera l'opération : le consentement du représentant légal n'est alors qu'une circonstance qui rend possible, en fait, l'intervention du médecin.

I29 - Les solutions sont évidemment plus complexes en ce qui concerne le mineur, lequel est placé sous l'autorité de ses parents ou de son tuteur. C'est la finalité de l'autorité parentale qui permet de reconnaître dans quels cas les faits touchant la personnalité du mineur sont licites avec le seul consentement des parents. On sait que l'autorité appartient à ceux-ci "pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité" (article 371-2 du Code civil). Dès lors, il est clair que la nature personnelle des intérêts en cause n'interdit pas, en soi, aux parents de consentir seuls aux actes touchant la personnalité du mineur : l'intérêt de l'enfant peut en effet imposer de tels actes.

Nul ne conteste par exemple, le droit pour les parents de prendre seuls les décisions relatives à la santé du mineur : s'il apparaît opportun de consulter ce dernier lorsqu'il a atteint un âge suffisant, son consentement n'est pas absolument indispensable ; le médecin ne pourra donc être poursuivi ni condamné à des dommages-intérêts pour avoir procédé à une opération à but curatif sur un mineur qui s'y refusait, dès lors que ses parents y ont consenti (2).

On ne doit pas oublier, par ailleurs, que l'autorité parentale permet un certain nombre d'atteintes à la liberté du mineur : les parents, qui peuvent directement contraindre leur enfant à faire ou à ne pas faire quelque chose, peuvent également consentir à ce que cette contrainte soit exercée par un tiers - directeur d'établissement scolaire, ou particulier auquel l'enfant est temporairement confié (3).

Le principe selon lequel les parents ne peuvent consentir seuls aux actes touchant la personnalité du mineur ne vaut donc en réalité que pour les actes qui n'apparaissent pas objectivement conformes à l'intérêt du mineur. Cela exclut tout d'abord un certain nombre d'atteintes à la personne qui de façon certaine, sont préjudiciables au mineur : ainsi il

-ooOoo-

(I) mais si l'opération est licite, bien que le majeur n'y consente pas, - par exemple s'il est inconscient -, on peut se demander s'il peut être physiquement contraint de la subir.

(2) dans ce sens : Decocq thèse précitée n° 498 et s., Auby, Péquignot, Savatier, Traité de droit médical, n°239

(3) Decocq, thèse précitée, n° 500 - il est particulièrement clair dans ce cas qu'il n'y a pas représentation de l'incapable.

était admis, dès avant la loi du 22 décembre I976, que des parents ne pourraient jamais imposer au mineur le prélèvement d'un de ses organes ; et la loi dispose à cet égard que "si l'avis du mineur peut être recueilli son refus de consentir au prélèvement sera toujours respecté". Le texte semble bien signifier, cependant, que si l'avis du mineur ne peut pas être recueilli - soit que l'enfant soit trop jeune, soit qu'il soit atteint de faiblesse mentale - les parents pourront autoriser seuls le prélèvement. Mais il faut préciser que celui-ci n'est possible que dans le cas exceptionnel où le receveur est un frère ou une soeur du donneur : on comprend que les parents puissent compromettre la santé d'un de leurs enfants pour sauvegarder la vie d'un autre (I).

Le consentement des titulaires de l'autorité parentale sera également insuffisant chaque fois que le comportement autorisé, sans être objectivement préjudiciable au mineur, suppose une appréciation d'ordre intime : l'avis de l'intéressé doit alors nécessairement être recueilli. C'est dans cette optique que s'inscrivent les exemples, toujours cités en doctrine, de la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur, ou de la publication de son image (2). En ce qui concerne la divulgation d'une oeuvre littéraire et artistique d'un mineur, la loi du II mars I957 dispose dans son article 53 que le consentement personnel de l'auteur est toujours exigé, même s'il s'agit d'un auteur légalement incapable. A dire vrai, ce texte ne vise que le seul contrat d'édition, mais la doctrine estime très généralement, qu'il constitue une application de l'article I9 al I de la loi, aux termes duquel "l'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre". Le consentement du représentant légal est donc insuffisant pour tous les contrats impliquant la communication de l'oeuvre au public (3).

I30 - Encore faut-il distinguer selon l'âge du mineur : les pouvoirs des titulaires de l'autorité parentale sont en effet plus importants lorsque l'enfant est très jeune. Le consentement des parents aux actes touchant la personne du mineur constituera alors presque toujours, à lui seul, un fait justificatif.

Par exemple, les parents, qui choisissent librement la religion de leur enfant au moins tant que celui-ci n'est pas apte à émettre une volonté

-ooOoo-

(I) c'était là, dès avant la loi de I976, le seul cas où les auteurs admettaient le prélèvement sur un mineur.
(2) Tallon op cit n° II2-I24 ; Nerson, obs Rev. trim. I973 p. 334.
(3) dans ce sens G. Gavin, Le droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique n° III ; Desbois, Enc. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique n° 433.

raisonnable (I), pourront, le cas échéant, consentir à la circoncision de leur fils - alors pourtant qu'il ne s'agit pas là d'une atteinte physique à but curatif (2). Dans un domaine très différent, les parents peuvent certainement autoriser la publication de l'image de leur enfant tant que celui-ci est trop jeune pour donner un avis sérieux : les contrats relatifs à l'utilisation publicitaire de photographies de jeunes enfants sont très fréquents en pratique, et aucun auteur n'a jamais soutenu, à notre connaissance, que le consentement donné par les seuls parents soit sans valeur (ce qui impliquerait que l'enfant, parvenu à la majorité, pourrait se plaindre d'une utilisation de sa personne à laquelle il n'aurait pas personnellement consenti). Un arrêt déjà ancien de la cour de Poitiers (3), avait reconnu la valeur justificative du consentement donné par un père à l'exposition d'un portrait de sa fille dans la vitrine d'un photographe, dès lors que cette exposition n'apparaissait pas "de nature à présenter des inconvénients pour la fillette".

Là semble effectivement être la justification des solutions exposées : tant que sa personnalité n'est pas suffisamment développée, des actes relativement bénins comme la publication de l'image ou la circoncision, n'affectent pas profondément et durablement la personnalité de l'enfant. Même s'ils ne présentent aucune utilité pour sa santé, sa sécurité, ou sa moralité, on peut tolérer que ces actes soient consentis par les seuls titulaires de l'autorité parentale (4). S'agissant de jeunes enfants, les seuls actes touchant sa personnalité auxquels les parents ne peuvent consentir sont ceux qui apparaissent objectivement préjudiciables au mineur - essentiellement les atteintes corporelles d'une certaine gravité qui ne sont pas justifiées par un intérêt de santé (5). On remarque donc, en définitive, que l'insuffisance du consentement du représentant légal aux actes touchant la personnalité de l'incapable n'est

-ooOoo-

(I) sur le point de savoir si, à partir d'un certain âge, le mineur ne doit pas être consulté sur les options relatives à sa religion: Carbonnier, note sous Trib. civ. Versailles 24 septembre 1962, D 1963-J-52; P. Barbier, Les limites de l'autorité parentale en matière religieuse, GP 1971-1-doct. 268; Mgr R. Séjourné, L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale

(2) T.G.I. Paris 6 novembre 1973, G P 1974-I-299 qui décide que dans ce cas l'autorisation doit être donnée par les deux parents.

(3) Poitiers 21 octobre 1935, G P 1935-2-879, Rev. trim. dr. civ. 1936-459 obs Lagarde.

(4) ceci montre qu'il y a beaucoup de verbalisme, dans la théorie des droits de la personnalité, à affirmer que ces droits sont identiques pour tous : le jeune enfant n'a pas, par exemple, un "droit à l'image" au même titre que l'adulte ; la publication de son image n'affecte pas ses intérêts moraux et on peut comprendre que, même non consentie par lui, elle ne constitue pas une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. La faute consisterait seulement à ne pas respecter les droits des parents sur l'image de leur enfant.

(5) sauf ce qui a été dit des prélèvements d'organes au n° précédent.

un principe que pour l'incapable majeur. Pour le mineur, le consentement des parents n'est insuffisant que dans quelques cas bien précis.

Cela limite d'autant les hypothèses où le consentement de l'incapable pourra être pris en considération.

§ 2 - La prise en considération du consentement de l'incapable.

I3I - Le problème ne se pose que pour les incapables qui sont aptes, en fait, à donner un consentement sérieux, c'est à dire ceux qui sont dotés de la "capacité naturelle". Le consentement donné par l'infans, ou par un incapable dans un moment de déraison ne saurait être pris en considération : s'ils ne peuvent être consentis par le protecteur légal agissant seul, les actes touchant la personnalité de l'incapable (I) se trouveront prohibés d'une manière absolue tant que l'incapable sera hors d'état de donner un consentement sérieux. Ainsi, en dépit de la rédaction ambigue de l'article 53 de la loi du II mars I957 (2), il faut considérer que les oeuvres d'un auteur dément ne peuvent pas faire l'objet d'une décision de divulgation tant que dure cet état de démence (3).

S'agissant maintenant de l'adolescent, apte à donner un consentement sérieux, ou de l'incapable majeur dans une période de lucidité, leur volonté peut être prise en considération ; mais elle ne l'est, en droit positif que de manière très limitée. En effet, la nature personnelle des intérêts en cause ne saurait en aucune manière justifier un abandon du principe même de l'incapacité : c'est pourquoi le consentement de l'incapable ne constitue pas, à lui seul, une justification suffisante des atteintes à sa personnalité (A) ; il ne peut être pris en considération que lorsque l'incapable est assisté de son protecteur légal (B).

-ooOoo-

(I) le problème ne se pose pratiquement que pour les incapables majeurs puisque, nous venons de le voir, les titulaires de l'autorité parentale peuvent presque toujours consentir seuls aux actes touchant la personnalité du très jeune enfant.

(2) "le consentement (de l'auteur) est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable, sauf si celui-ci est dans l'impossibilité physique de donner son consentement" - ce qui semble signifier a contrario que dans ce dernier cas, la divulgation peut avoir lieu sans le consentement de l'auteur.

(3) dans ce sens : Gavin, Le droit moral de l'auteur, n° II8, Desbois V° Propriété littéraire et artistique, Enc. Dalloz, n° 437 ; A. Huguet, L'ordre public et les contrats relatifs au droit d'auteur, n° 63.
il faut simplement mettre à part le cas où l'auteur aurait consenti personnellement à la divulgation de son oeuvre avant l'altération de ses facultés mentales.

A - Le consentement de l'incapable seul.

I32 - La solution ne fait aucun doute dans l'état actuel du droit positif, même s'il faut quelque peu nuancer en ce qui concerne le majeur protégé : en dehors des limites de droit commun des incapacités (a), l'incapable ne peut en principe consentir seul aux actes touchant sa personnalité (b).

I33 - a) - Même si elle est dite générale, l'incapacité du mineur comme celle du majeur protégé comportent en réalité certaines limites: les incapables peuvent passer seuls un certain nombre d'actes soit en raison de leur importance minime, soit en raison de leur urgence - les limites, qui ne sont pas liées à la nature personnelle des intérêts en cause, s'appliquent en particulier aux manifestations de volonté touchant la personnalité de l'incapable.

- Les incapables peuvent consentir sans l'assistance de leur représentant légal aux actes qui présentent un caractère d'urgence : cette règle qui se traduit en matière patrimoniale par la validité des actes conservatoires passés par l'incapable explique, dans le domaine qui nous intéresse, la licéité des opérations chirurgicales et traitements médicaux indispensables à la sauvegarde de la vie ou de la santé de l'incapable même lorsqu'il est le seul à y avoir consenti (I). Cependant, comme nous l'avons remarqué à propos de l'autorisation donnée par le seul représentant légal du majeur sous tutelle, ce n'est pas le consentement mais l'urgence qui constitue le véritable fait justificatif de l'atteinte corporelle.

- La possibilité pour l'incapable de consentir valablement aux actes de la vie courante constitue au contraire une limite véritable à l'incapacité, consacrée par le législateur à propos de certains actes précis (2) et, d'une manière plus générale, par

-ooOoo-

(I) dans ce sens : Decocq thèse précitée n° 489.
(2) par exemple : ouverture d'un livret de caisse d'épargne (art. I3 et I5 du D. 27 juin I952), ou d'un compte d'épargne-logement (L I0 juillet I965), obtention d'un permis de chasser (D du 30 juin I975 art. I2).

la mention dans les articles 389-3 et 450 du Code civil, des cas où "l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes". On rencontre certains de ces cas dans le domaine personnel : nul ne s'avise de contester, par exemple, la licéité d'une coupe de cheveux consentie par un incapable sans l'accord de son représentant légal. De même, il n'est guère douteux qu'un mineur puisse, sans autorisation, faire réaliser son portrait par un photographe : or une telle réalisation de l'image serait illicite si elle n'était pas consentie par le modèle (I) ; le consentement de l'incapable se voit donc bien reconnaître ici valeur justificative.

Bien évidemment, dans ces hypothèses, ce n'est pas le caractère personnel des intérêts en cause qui justifie l'efficacité du consentement de l'incapable : c'est qu'il s'agit d'actes courants, qui n'impliquent aucune atteinte sérieuse à la personnalité

I34 - b) Dès lors qu'ils ne sont pas urgents et qu'ils ne relèvent pas de la vie courante, les actes touchant aux intérêts personnels de l'incapable ne peuvent en principe être consentis par lui seul, quel que soit le caractère intime des intérêts en jeu.

- Le problème s'est surtout posé en pratique pour le mineur. Dans diverses hypothèses, la nécessité d'une autorisation des titulaires de l'autorité parentale aux actes touchant la personnalité du mineur a été reconnue par le législateur. Ainsi l'article 53 de la loi du II mars I957, déjà cité, s'il exige le consentement personnel de l'auteur, ajoute aussitôt "sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs" (2). Dans un domaine très différent, la loi du I7 janvier I975 relative à l'interruption volontaire de grossesse dispose que "si la

-ooOoo-

(I) P. Kayser, Le droit dit "à l'image", Mélanges Roubier, t II, p.73 ; l'illicéité de la réalisation de l'image contre le gré de la personne représentée ne fait aucun doute lorsque l'image est prise dans un lieu privé, puisqu'elle tombe alors sous le coup de l'article 362 du Code pénal.

(2) cependant, selon certains auteurs, ce membre de phrase signifierait que le représentant légal doit participer au contrat pour tout ce qui concerne les intérêts pécuniaires du mineur ; mais il ne pourrait s'opposer au principe de la divulgation et l'éditeur qui procéderait à cette divulgation avec le seul consentement du mineur ne commettrait aucune faute - dans ce sens : Huguet, op cit n° 65-66.

femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exercent l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal, est requis" (article L I62.7 du Code de la santé publique). La loi du 22 décembre I976 prévoit de même qu'un prélèvement d'organe ne peut être effectué sur un mineur avec le seul consentement de celui-ci. Il est vrai que d'autres dispositions légales permettent au mineur de passer seuls des actes qui supposent une appréciation strictement personnelle - encore qu'on ne puisse guère aujourd'hui citer que l'article 903 du Code civil qui permet au mineur de faire seul son testament à partir de I6 ans (I). Mais, dans les cas où la loi n'a rien prévu, la jurisprudence a toujours penché en faveur de la nécessité d'une autorisation des parents aux actes touchant la personnalité du mineur. Un arrêt de la cour d'Aix du I9 décembre I968 a ainsi considéré que la publication de l'image photographique d'une mineure exigeait "non seulement le consentement de la mineure elle-même qui avait, à l'époque, atteint un âge suffisant, mais encore celui de son père, titulaire de la puissance paternelle" (2). La cour de cassation a donné la même solution à propos de la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur : pour approuver la saisie d'un ouvrage relatant l'aventure sentimentale d'un jeune homme avec une professeur de lycée, bien que l'intéressé ait consenti à sa publication, la cour relève "qu'en considérant que la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur était soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui, la cour d'appel s'est bornée à appliquer les dispositions légales protectrices de sa personne et de ses biens" (3).

I35 - On ne voit pas, en effet, pourquoi la nature personnelle des intérêts en cause entraînerait l'abandon du principe même de l'incapacité du mineur. Cette considération exclut, sans doute, que quelqu'un puisse prendre les décisions à la place du mineur, et contre son gré. Mais elle n'implique nullement que le mineur

-ooOoo-

(I) avant la loi du 5 juillet I974 abaissant à I8 ans l'âge de la majorité, le mineur pouvait seul choisir sa nationalité à partir de I8 ans ; il le peut maintenant dès l'âge de I6 ans, mais avec l'autorisation de celui ou de ceux qui exercent sur lui l'autorité parentale.

(2) Aix I9 décembre I968, D I969-265 - on remarquera que l'arrêt n'exige le consentement de la mineure que parce qu'elle avait atteint un âge suffisant.

(3) Civ[1] I8 mai I972, J.C.P. 72.II.I7209, conclusions Lindon ; Rev. trim. dr. civ. I973 p. 334 obs Nerson.

soit apte à juger seul de ses intérêts dans ce domaine. Compte tenu de l'importance des répercussions que les décisions relatives à la personne peuvent avoir sur la vie du mineur, la protection de celui-ci contre lui-même s'impose au moins autant qu'en matière patrimoniale. Il est vrai que la nécessité de l'autorisation du représentant légal aboutira parfois à des résultats choquants : lorsque le mineur est apte, en fait, à juger de ses intérêts, le fait, pour les parents, de l'empêcher d'exprimer sa personnalité apparaîtra beaucoup plus intolérable que le fait de prendre contre son gré des décisions d'ordre patrimonial. Nous songeons par exemple au cas où les parents empêcheraient sans raison le mineur de divulguer ses oeuvres artistiques (I). Mais il n'y a là que la conséquence de la notion même d'incapacité, qui repose sur une présomption d'inaptitude : comme toute présomption elle peut se révéler contraire à la réalité.

136 - Le risque d'un tel décalage entre la capacité légale et la "capacité naturelle" est nettement plus réduit pour l'incapable majeur. En raison de son origine judiciaire, en effet, l'incapacité du majeur protégé peut être modulée en fonction de l'aptitude de fait de la personne. L'article 501 du Code civil permet au juge des tutelles d'élargir la capacité du majeur en tutelle en lui permettant de passer certains actes, avec l'assistance de son représentant légal ou même seul ; l'article 511 ouvre une possibilité semblable au profit du majeur incapable. Si le juge estime que l'inaptitude du majeur est limitée à la gestion de ses biens, il pourra l'autoriser à consentir seul à certains actes qui ne mettent en cause que des intérêts d'ordre personnel. Nous songeons tout particulièrement à l'hypothèse de l'artiste placé en tutelle ou en curatelle : le juge pourra lui reconnaître le droit de décider seul de la divulgation de ses oeuvres, sans que le protecteur légal puisse s'y opposer (3).

-ooOoo-

(1) dans cette hypothèse certains auteurs proposent que le mineur puisse avoir recours au juge : Desbois, Enc. Dalloz V° Propriété littéraire et artistique, n°436.

(2) sauf à noter que le pouvoir reconnu au juge peut ici jouer dans les deux sens : il peut non seulement élargir mais aussi restreindre la capacité du majeur.

(3) sauf à remarquer que l'intervention de ce dernier restera nécessaire lors de la conclusion des contrats qui impliquent la divulgation de l'oeuvre, ces contrats mettant en jeu des intérêts pécuniaires et non pas seulement des intérêts moraux.

Mais, en l'absence de telles dispositions dans le jugement ouvrant la tutelle ou la curatelle ou dans un jugement postérieur, il faut appliquer la même solution que pour le mineur. L'article 53 de la loi de I957 consacre expressément la nécessité de l'intervention du représentant légal pour la divulgation des oeuvres de l'incapable ; cette intervention est également nécessaire, selon la doctrine, pour toutes les décisions concernant la santé ou la vie privée de l'incapable. De même qu'un majeur incapable ne peut en principe se marier sans l'autorisation du conseil de famille ou du curateur (articles 506, 5I4 du Code civil), il ne peut consentir seul à la publication de son image, à l'utilisation de son nom (I), à une atteinte à son intégrité corporelle (2). On peut regretter que la loi du I7 janvier I975 relative à l'interruption volontaire de grossesse n'ait pas prévu la règle applicable lorsque la femme est une incapable majeure. On peut regretter plus encore l'ambigüité de la loi du 22 décembre I976 sur les prélèvements d'organes : aux termes de l'article Ier de cette loi "un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti" ; on ne découvre ici aucune référence à la capacité légale du donneur majeur, seule semble prise en considération sa capacité naturelle. Mais curieusement, l'article 2 de la loi prévoit que l'autorisation du représentant légal est nécessaire lorsque le prélèvement est effectué sur le cadavre d'un incapable. L'absence de disposition similaire pour le prélèvement effectué sur une personne vivante ne peut, dès lors, apparaître que comme le fruit d'une maladresse de rédaction, la gravité de l'opération étant alors sans commune mesure avec celle qui est pratiquée sur un cadavre. C'est pour tout prélèvement d'organe qu'il faut considérer, à notre avis, que le consentement de l'incapable est insuffisant : ce consentement ne peut avoir d'effet justificatif que si l'incapable est assisté de son représentant légal.

-ooOoo-

(I) Trib. civ. Seine I9 novembre I900, Pand. fr. I902-2-64 - à propos de l'autorisation donnée par le duc de Sagan à un producteur de champagne de se servir de son nom comme marque, moyennant une rémunération de I F. par bouteille. Le jugement se fonde cependant, pour annuler la convention, sur le caractère patrimonial d'une telle cession de nom à usage commercial.

(2) Decocq thèse précitée n° 489.

B - Le consentement de l'incapable assisté du représentant légal.

137 - C'est uniquement à ce niveau que la "capacité naturelle" de l'incapable est prise en considération : son consentement peut en effet, joint à celui de son représentant légal ou des titulaires de l'autorité parentale, avoir une valeur juridique aussi bien comme fait justificatif que comme élément d'un acte juridique. Par exemple la publication de l'image d'un mineur, la divulgation d'une oeuvre littéraire ou artistique dont il est l'auteur sont en principe licites si elles sont consenties à la fois par le mineur et par le titulaire de l'autorité sur sa personne. C'est en ce sens que l'on peut parler de la substitution d'un régime d'assistance au régime normal de représentation pour les actes touchant la personnalité de l'incapable.

Ce régime d'assistance n'a cependant, pour le mineur, qu'un domaine d'application très limité. D'une part, nous l'avons vu, il existe de nombreuses hypothèses où le titulaire de l'autorité parentale peut agir seul, ce qui retire tout intérêt juridique à la consultation du mineur. D'autre part, il est des cas où, à l'inverse, le titulaire de l'autorité parentale ne peut autoriser certains actes, même si le mineur y consent : la "capacité naturelle" du mineur est alors complètement ignorée. Par exemple, si le mineur peut consentir seul à des relations sexuelles avec un partenaire de sexe différent, la loi prohibe de manière absolue les relations homosexuelles dès lors que l'un des partenaires est un mineur (I) ; il va de soi que la prohibition joue même si le mineur agissait au su et avec l'accord de ses parents. De même, on peut estimer que la participation d'un mineur à un film pornographique est illicite même si les parents y ont donné leur accord. Dans un domaine différent, la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes offre un autre exemple de cette impuissance radicale de la volonté du mineur à justifier certains actes même s'ils sont par ailleurs autorisés par les titulaires de l'autorité parentale. En effet, les prélèvements d'organes sur des mineurs vivants sont interdits sans rémission, en dehors du cas

-ooOoo-

(I) voir supra n° 92 - nous avons signalé déjà que la répression de l'homosexualité ne tenait peut-être pas uniquement au souci de protéger le mineur contre lui-même, mais aussi à des considérations morales.

exceptionnel, déjà signalé, où le donneur est un frère ou une soeur du receveur. Même d'ailleurs dans ce dernier cas, le double consentement du mineur et de son représentant légal est insuffisant : la loi exige encore l'autorisation d'un comité d'experts comprenant deux médecins dont l'un au moins doit avoir exercé pendant vingt années la profession médicale (article Ier al. 2 de la loi du 22 décembre 1976) (1).

Dans ces hypothèses, le renforcement de la protection de l'incapable est particulièrement sensible puisqu'il aboutit à transformer l'incapacité d'exercice du mineur en une véritable incapacité de jouissance. La doctrine l'a parfois relevé (2), mais seulement dans l'hypothèse où l'incapable est hors d'état de donner un consentement sérieux. Or ce qui est surtout remarquable, c'est que l'interdiction de certains actes touchant la personnalité du mineur vaut même lorsque celui-ci a déjà atteint une certaine maturité. C'est qu'il s'agit d'actes qui sont objectivement nuisibles au mineur et il y a lieu de considérer que le mineur, en y consentant, a fait la preuve qu'il n'était pas encore suffisamment apte à juger de ses intérêts.

La même idée justifie certaines limites à la valeur justificatives du consentement au regard des règles protégeant les droits de la personnalité des personnes capables.

-ooOoo-

(1) sur les nombreuses questions que suscite l'institution de ce comité voir Grenouilleau, art. précité D 1977-213 spec. p. 216.

(2) voir par exemple R. Houin, Les incapacités, Rev. trim. dr. civ. 1947 p. 383 et s. n° 3, qui parle "d'incapacité de jouissance de protection".

SECTION 2 - LES REGLES PROTECTRICES DES DROITS DE LA PERSONNALITE DES PERSONNES CAPABLES.

I38 - Si, nous venons de le voir, l'incapacité du mineur ou celle du majeur protégé sont quelque peu atténuées pour permettre à ces incapables de participer aux décisions touchant leur personnalité, on note, à l'inverse, une tendance diffuse de la doctrine à considérer que tout individu est, lorsqu'il s'agit de sa personne, frappé d'une certaine dose d'incapacité, qu'il est, dans ce domaine, moins apte à juger de ses intérêts que dans le domaine patrimonial. On explique ainsi certaines restrictions à la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personnalité, ainsi que diverses précautions dont le système juridique entoure parfois l'expression d'un tel consentement (I).

Il faut se garder ici de trop systématiser. Si le système juridique protège les individus contre eux-mêmes lorsqu'il s'agit de leur personnalité, cette protection est plus ou moins importante selon l'aspect de la personnalité qui est concerné. La sollicitude du droit est beaucoup plus grande lorsque les intérêts en cause sont liés à la vie et à l'intégrité corporelle (§ I) que lorsqu'il s'agit des intérêts moraux de la personne (§ 2).

§ I - La protection des intérêts de la personne liés à sa vie et à son intégrité corporelle.

I39 - D'une manière générale on peut dire que le système juridique empêche l'individu de se nuire chaque fois que sa vie ou son intégrité corporelle sont en cause. Nous l'avions déjà remarqué à propos de la répression pénale des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. A ce niveau les restrictions apportées à la valeur justificative du consentement pouvaient s'expliquer par le souci de protéger certaines valeurs morales extérieures à la personne. Au regard des règles protectrices des seuls intérêts de la victime - c'est à dire concrètement, en ce qui concerne la responsabilité civile de l'auteur des atteintes corporelles - ces restrictions ne peuvent s'expliquer

-ooOoo-

(I) voir d'une manière générale Nerson thèse précitée n° I9I et pour les divers aspects de la personnalité les auteurs qui seront cités dans les développements qui vont suivre.

que par le souci de protéger l'individu contre lui-même. Ce souci va se traduire, en règle générale, par des exigences particulières destinées à assurer l'intégrité du consentement aux atteintes corporelles (A) mais aussi, dans des cas exceptionnels, par des limites au principe même de la valeur justificative du consentement à ces atteintes (B).

A - Les exigences tendant à assurer l'intégrité du consentement.

I40 - Depuis l'article de Mme Mayer-Jack, paru en I933 (I), beaucoup d'auteurs ont soutenu que le consentement aux atteintes à l'intégrité corporelle doit être particulièrement libre et éclairé. Il y aurait lieu de se montrer beaucoup plus exigeant, quant à l'intégrité du consentement, que pour les actes patrimoniaux (2). M. Decocq a montré le caractère excessif de cette théorie (3). D'une part, le prétendu particularisme de la protection du consentement ne vaut pas pour toutes les conventions relatives à la personne physique : nul n'a jamais soutenu, par exemple, que le consentement donné par le boxeur aux coups qu'il reçoit lors d'un match soit soumis à des exigences particulières. Celles-ci, en réalité ne valent que pour le seul contrat médical (4) - ou plus exactement, d'ailleurs, pour le consentement aux atteintes corporelles dans le cadre d'un contrat médical (5). D'autre part, même dans ce cadre, il y a un certain verbalisme à affirmer que le consentement doit être "particulièrement libre" ; est-ce autre chose, se demande très justement M. Decocq, qu'un consentement exempt du vice de violence ? (6)

Il n'est pas inexact, cependant, d'affirmer que le consentement aux atteintes corporelles pratiquées par un médecin doit, pour être un

-ooOoo-

(I) A. Jack, article précité n° I2.
(2) Nerson thèse précitée n° I9I ; Domages, thèse précitée n° 102
(3) op cit n° 5I0 et s.
(4) Decocq op cit n° I88 ; Carbonnier, Droit civil t I n° 53 p. 233.
(5) comme pour les règles relatives à la capacité, les règles relatives à l'intégrité du consentement sont examinées en doctrine sous l'angle du régime juridique des conventions relatives à la personnalité. Mais, nous le savons, le problème se pose de la même manière selon que le consentement est envisagé comme élément d'un acte juridique ou comme fait justificatif (ce qui, s'agissant du consentement aux atteintes à l'intégrité corporelle, est l'hypothèse la plus fréquente).
(6) Decocq, thèse précitée n° 5I0.

fait justificatif, être "particulièrement éclairé", et ce n'est pas dire simplement qu'il doit être exempt d'erreur et de dol. Cette exigence d'un consentement particulièrement éclairé se manifeste, dans tous les cas, par l'obligation d'information qui pèse sur le médecin (a), et, pour les atteintes les plus graves, par un certain formalisme (b).

a) - l'obligation d'informer.

I4I - Avant toute intervention sur le corps de son patient, le médecin doit informer celui-ci de l'utilité de l'opération et des risques qu'elle lui fait courir (I). La différence est nette, à ce niveau, avec le droit commun de la protection du consentement : en règle générale, en effet, chaque contractant a seulement l'obligation de ne pas tromper l'autre par des manoeuvres ou des mensonges, c'est à dire par des actes positifs ; le silence gardé sur une circonstance déterminante ne constitue pas en principe un dol (2).

Il ne faudrait pas, cependant, exagérer la spécificité du contrat médical à cet égard. La jurisprudence, en effet, fait peser une obligation d'information sur un contractant dans tous les contrats où il existe une inégalité technique entre les parties, et notamment dans les conventions passées entre un professionnel et un profane.(3) Or tel est le cas du contrat médical. Le malade n'a pas la compétence technique nécessaire pour apprécier l'utilité et les dangers du traitement ou de l'opération envisagés ; il ne peut prendre sa décision en connaissance de cause qu'après une information exacte de la part du professionnel. Il serait donc abusif d'affirmer que c'est la nature personnelle des intérêts en cause qui justifie l'obligation d'information : celle-ci s'impose compte tenu de la difficulté de la décision à prendre.

L'étendue de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin est variable suivant la nature de l'opération envisagée. S'il

-ooOoo-

(I) voir notamment : Garraud et Laborde Lacoste, article précité p.142 ; Decocq, n° 5I0 ; Boyer-Chammard et Monzein, La responsabilité médicale p. I30 et s. ; P J Doll, Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé, G P I972-2-428, et les arrêts cités dont, surtout Civ 1 8 novembre I955, J.C.P. I955 II-90I4 note Savatier.

(2) Ghestin, **La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles,** D I97I chr. 247.

(3) **M. de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr; civ. I945 p. I et s.**

s'agit d'une opération à but curatif, l'opinion générale est que le médecin n'a pas à faire part à son malade des risques exceptionnels et improbables de l'intervention, mais seulement des conséquences dommageables dont la survenance doit être raisonnablement envisagée (I). Outre qu'une information trop complète serait difficile à mettre en oeuvre en pratique, elle pourrait avoir pour effet de dissuader le malade de consentir à une intervention utile pour sa santé : le souci de protéger la personne contre elle-même aboutit plutôt ici à limiter l'exigence d'un consentement vraiment éclairé.

I42 - Le problème est différent pour les atteintes corporelles qui ne sont pas consenties dans un intérêt de santé. C'est surtout à ce propos que se révèle d'un consentement "particulièrement éclairé" : l'information donnée à la personne qui subit l'atteinte ne doit pas seulement lui permettre de donner son consentement en connaissance de cause, elle doit aussi attirer son attention sur la gravité de l'atteinte. La cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que l'obligation d'information est d'autant plus impérieuse qu'il ne s'agit pas de donner des soins mais de remédier aux imperfections physiques d'une personne (2) : la doctrine estime qu'en matière de chirurgie esthétique, le patient doit être informé de tous les risques même exceptionnels, de l'obligation envisagée (3). De même, dans le cas des prélèvements d'organes, les auteurs, avant I976 s'étaient prononcés dans le sens d'une information particulièrement étendue du donneur - information qui devrait porter non seulement sur les risques médicaux de l'opération, mais encore sur ses conséquences sociales. La loi du 22 décembre I976, cependant, précise seulement que le donneur ait librement consenti à l'opération, et ne contient aucune disposition relative à l'information qui doit lui être donnée.(4) Il n'en est pas de même de la loi du I7 janvier I975 sur l'interruption volontaire de grossesse : ici, à l'information donnée par le médecin sur les risques médicaux encourus par la femme pour elle-même et pour ses maternités futures, s'ajoute une information sur les problèmes sociaux qui peuvent être posés à la femme enceinte ; cette information résulte de la remise d'un"dossier guide" à la femme, ainsi que

-ooOoo-

(I) P.J.Doll article précité G P I972-2-428 ; Boyer Chammard et Monzein op cit p.I
(2) Civ[1] 17 novembre 1969, GP 1970-1-49
(3) P.J.Doll article précité.
(4) Grenouilleau (art. précité D.I977-2I6) estime que "pour que la décision du donneur soit pleinement éclairée... il faut qu'il soit informé aussi bien des conséquences du prélèvement à son égard que des conséquences (avantages et inconvénients, certains et éventuels) de la greffe en vue de laquelle il consent au prélèvement"

d'un entretien obligatoire avec un centre d'éducation familiale ou un service social (article L I 2.4 du Code de la santé publique). Ici, on peut parler d'un consentement "particulièrement éclairé" : l'information qui est dispensée à la femme n'a pas seulement pour but de lui permettre de consentir en connaissance de cause ; il s'agit aussi d'attirer son attention sur la gravité de l'acte, de l'amener à réfléchir sérieusement avant de prendre sa décision. On ne s'étonnera pas que l'information soit ici complétée par un certain formalisme dont la finalité est identique.

b) - le formalisme.

I43 - Le respect de certaines formes n'est pas une exigence générale pour toutes les autorisations relatives à l'intégrité corporelle. Le consentement du malade à un traitement ou à une opération chirurgicale est efficace même s'il n'a pas été donné par écrit ; on ne retrouve même pas, à ce propos, ce "formalisme indirect" qui résulte de l'exigence d'un écrit ad probationem (I). En effet l'obligation qui pèse sur le médecin d'obtenir le consentement du malade est une des obligations nées du contrat médical ; c'est donc au malade qui prétend que cette obligation n'a pas été exécutée d'en apporter la preuve, c'est à dire de prouver qu'il n'a pas consenti, conformément à la règle de l'article I3I5 (2). Cette solution, consacrée par la cour de cassation (3), dispense, en fait, le médecin de se ménager une preuve en réclamant un écrit à son malade (4). Des formes ne sont exigées - et cette fois sous peine d'inefficacité du consentement - que pour les atteintes corporelles les plus graves. Les dispositions de la loi sur l'interruption de grossesse sont, là encore, caractéristiques : l'article L I62-5 du Code de la santé publique prévoit que la femme doit donner son consentement par écrit, cet écrit ne pouvant intervenir qu'une semaine au moins après la première demande tendant à l'interruption de grossesse. La loi de I976 sur les prélèvements d'organes ne contient pas de dispositions aussi précises, mais elle renvoie à un décret en Conseil d'état qui doit déterminer "les modalités selon lesquelles le donneur est informé des conséquences éventuelles de sa décision et

-ooOoo-

(I) sur ce formalisme indirect voir notamment Flour et Aubert, Les obligations n° 311 et s.

(2) Chevallier, La charge de la preuve, cours polycopié de la faculté de droit de Paris, 1958-1959, p.270 et s.

(3) Civ 29 décembre I95I, S I953-I-4I, note Nerson ; J.C.P. I95I-II-642I note Perrot Civ 28 décembre I954, D I955-J-249 note R. Savatier.

(4) d'ailleurs n'y aurait-il pas impossibilité morale de se procurer un écrit ? sur l'application de l'art. I348 C.Civ. dans les rapports entre médecin et malade, cf. Civ. I3 avril I9I0, D I9II-I-I4.

exprime son consentement" - ce qui laisse supposer l'institution d'un certain formalisme.

Les formes seront bien entendu d'autant plus lourdes que l'acte consenti présente moins d'utilité pour la personne et plus de risques. Mais dans certains cas, le formalisme n'apparaîtra même pas suffisant pour protéger la personne contre elle-même : le souci de cette protection aboutira à interdire purement et simplement certaines atteintes corporelles qui apparaissent par trop contraires aux intérêts de la personne qui les subit. Le consentement de celle-ci n'aura alors aucune valeur justificative même au regard des règles qui protègent ses intérêts.

B - Les limites à l'efficacité du consentement.

I44 - Lorsqu'elles sont réprimées pénalement, les atteintes consenties à l'intégrité corporelle sont également génératrices de responsabilité civile : la personne qui subit volontairement une atteinte illicite à son intégrité corporelle ne perd pas son droit à réparation. Nous savons ainsi que la jurisprudence a toujours condamné à réparation le duelliste qui avait tué ou blessé son adversaire, et qu'un arrêt de la cour de cassation a déclaré civilement responsable la femme qui a pratiqué un avortement illégal dans le cas où l'avortée décède à la suite de cette opération (I). D'autre part, la plupart des décisions qui ont déclaré illicites des opérations de chirurgie esthétique présentant des risques disproportionnés à leur utilité, sont relatives à la responsabilité civile du chirurgien (2).

Ces solutions méritent une explication particulière dès lors que, nous le savons, le caractère pénalement répréhensible d'un comportement n'implique pas qu'il soit générateur de responsabilité civile au regard de la victime qui y a consenti.(3) Si les atteintes illicites à l'intégrité corporelle sont fautives à l'égard de la victime consentante, cela ne peut s'expliquer que par le souci de protéger celle-ci contre elle-même. On doit supposer, en effet, que la personne qui accepte de subir une

-ooOoo-

(I) voir supra n° 66.
(2) voir les décisions citées supra n° I2I.
(3) voir supra n° 73

atteinte inutile ou trop risquée à son intégrité corporelle ne le fait pas vraiment en connaissance de cause : soit elle n'a pas été informée suffisamment par le médecin, soit, l'ayant été, elle a pris une décision déraisonnable démontrant qu'elle n'est pas apte à juger de ses intérêts. De toute façon le médecin qui a pratiqué l'opération a commis une faute en n'informant pas la personne ou en ne résistant pas à une demande déraisonnable.

I45 - Cette idée de protection de la personne contre elle-même lorsqu'il s'agit de sa vie ou de son intégrité corporelle dépasse largement, dans notre système juridique, le seul problème de la valeur justificative du consentement aux atteintes corporelles. Sans doute, le droit ne va pas jusqu'à permettre, sur ce fondement, que certaines atteintes **corporelles soient imposées aux personnes dans leur propre intérêt :** la doctrine et la jurisprudence française ont toujours affirmé l'absolue nécessité du consentement du malade à l'acte médical (I), et ont toujours repoussé la théorie dite de "l'impérialisme médical" selon laquelle le médecin serait le meilleur juge des intérêts du malade et pourrait prendre à sa place toutes les décisions concernant sa santé (2). Dans l'état actuel de notre droit, une personne majeure peut toujours refuser de subir une intervention indispensable au maintien de sa santé ou même à la conservation de sa vie (3).

Le souci de protéger la personne contre elle-même justifie en revanche dans notre droit certaines atteintes à la liberté des personnes. Ainsi il est certainement licite de se livrer à une contrainte physique pour empêcher une personne de mettre fin à ses jours (4). Plus directement le législateur impose certaines obligations aux individus dans leur seul intérêt : le décret du 28 juin I973 imposant aux usagers de véhicules automobiles le port de la ceinture de sécurité, et aux motocyclistes le port du casque en offre l'exemple le plus caractéristique (5). Les

-ooOoo-

(I) sur le principe voir Decocq n° 508-509.
(2) sur cette doctrine voir notamment R. Savatier, Impérialisme médical sur le terrain du droit, D I952 chr. p. I57.
(3) on s'est interrogé sur les conséquences d'un tel refus lorsqu'il aggrave la responsabilité pécuniaire d'un tiers - voir : P.J.Doll, Des conséquences pécunaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, J.C.P. I970-II-235I. Mais même si dans une telle hypothèse la personne qui refuse l'opération peut voir diminuer son droit à réparation, elle ne peut être contrainte à subir cette opération.
(4) le défaut d'intervention peut dans certains cas tomber sous le coup de l'article 63 du Code pénal qui réprime la non-assistance à personne en danger.
(5) D. du 28 juin I973 modifiant l'article R.53 du Code de la route - cf. G. Morange, Reflexions sur la sécurité publique (à propos d'une prescription contestée de la police de la circulation : l'obligation du port de la ceinture de sécurité), D. I977 chr. p. 6I et note sous Cons. Et. I2 déc. I975, D.77 I.73.

différentes manifestations de l'idée de protection des personnes contre elles-mêmes lorsqu'il s'agit de leur vie et de leur santé pourraient sans doute faire l'objet, d'ailleurs, d'une étude d'ensemble. Là n'est pas notre propos : il s'agissait seulement de montrer que l'absence de valeur justificative du consentement aux atteintes inutiles à l'intégrité corporelle s'inscrit dans un courant beaucoup plus général du droit positif.

I46 - Ces solutions se justifient aisément. D'une part les décisions qui mettent en cause la vie ou l'intégrité corporelle ont le plus souvent un caractère irréversible. D'autre part, les conséquences n'en sont jamais connues exactement à l'avance : la personne qui consent à une opération de chirurgie esthétique, ou à un prélèvement d'organe, par exemple, accepte en pleine connaissance de cause un certain dommage - les souffrances et l'immobilisation temporaires liées à l'opération, la diminution des capacités physiques résultant de la perte d'un organe. Mais toute intervention sur le corps présente, de surcroît, certains risques qui peuvent moins facilement être évalués, et, dans cette évaluation, la faiblesse et l'inexpérience de la personne sont particulièrement à craindre. C'est parce que le consentement au dommage, dans le cas d'une atteinte corporelle, s'accompagne toujours d'une acceptation des risques, que la protection de l'individu nous semble particulièrement nécessaire dans ce domaine. Ce n'est pas seulement la nature personnelle des intérêts en cause, c'est aussi la difficulté de la décision à prendre, qui est ici déterminante.

Parce que cette difficulté ne se retrouve pas, le plus souvent, dans les décisions qui touchent les intérêts moraux de la personne, les règles protectrices de ces intérêts moraux reconnaîtront beaucoup plus largement la valeur justificative du consentement de la personne.

§ 2 - La protection des intérêts moraux de la personne.

I47 - D'emblée il faut remarquer qu'on ne retrouve pas, à propos des autorisations touchant les intérêts moraux de la personne, des limites à la valeur justificative du consentement analogues à celles qui viennent d'être exposées à propos des atteintes corporelles. Même lorsque l'acte consenti apparaît particulièrement nuisible à la personnalité de la victime, celle-ci

-ooOoo-

est considérée comme seule juge de ses intérêts moraux. Qu'il nous suffise par exemple de rappeler que l'époux qui a consenti à l'adultère de son conjoint ne peut s'en plaindre ensuite ni pour obtenir des dommages-intérêts, ni à l'appui d'une demande en divorce (I) : c'est que chacun est juge du soin qu'il doit prendre de son honneur et de sa dignité. De même la valeur justificative du consentement donné par une personne à la publication de son image n'est pas remise en cause lorsqu'il s'agit d'une publication pornographique que l'on peut estimer particulièrement dégradante pour la personne qui y consent (2).

C'est qu'on ne retrouve pas, ici, les mêmes raisons de protéger la personne contre elle-même que lorsque son intégrité corporelle est en cause. Les atteintes aux intérêts moraux, si elles sont en un certain sens irréparables, ne présentent pas le même caractère définitif que certaines atteintes à l'intégrité corporelle. D'autre part et surtout, le consentement aux actes touchant les aspects moraux de la personnalité ne se présente pas, comme le consentement aux atteintes corporelles, sous la forme d'une acceptation des risques : ici, la personne consent à une atteinte précise dont elle peut, d'avance, apprécier l'étendue.

Aussi bien, la doctrine n'a-t-elle pas construit une théorie générale de la qualité du consentement aux actes touchant les aspects moraux de la personnalité. Nul n'a jamais soutenu qu'un consentement particulièrement libre et particulièrement éclairé soit ici nécessaire ; il semble que les règles de droit commun en matière de vices du consentement soient applicables (3). L'idée qu'il existerait une protection spécifique de la personne dans la détermination de ses intérêts moraux apparaît néanmoins en doctrine, mais de manière plus diffuse : elle est invoquée pour expliquer certaines solutions particulières relatives à la forme (A) et à la portée (B) des autorisations relatives aux droits de la personnalité.

-ooOoo-

(I) voir supra n° 66.
(2) T.G.I.Paris ref. I4 mai I974, D I974-J-766 note Lindon (ce jugement reconnaît à une actrice le droit de s'opposer à la projection de scènes déshabillées d'un film où elle avait tourné, mais uniquement parce que le contrat contenait une clause subordonnant la projection desdites scènes à son agrément. Implicitement, il apparaît qu'en l'absence de clause, le consentement aurait été efficace). comp. Paris 2I janvier I972, précité, à propos de la publication de faits relatifs à la vie intime.
(3) Nerson, thèse précitée n° I9I.

A - La forme des autorisations relatives aux aspects moraux de la personnalité.

I48 - On ne retrouve pas, s'agissant des autorisations relatives aux aspects moraux de la personnalité l'exigence de formes protectrices du consentement, analogues à celles qui sont requises pour les atteintes les plus graves à l'intégrité corporelle. On ne découvre la trace d'un certain formalisme qu'à propos des contrats relatifs au droit d'auteur (a), mais il ne s'agit pas là d'un formalisme protecteur du consentement qui pourrait être étendu aux autres autorisations touchant les intérêts moraux (b).

I49 - a) - L'article 3I de la loi du II mars I957 relative à la propriété littéraire et artistique, dispose que les contrats de représentation et d'édition des oeuvres littéraires et artistiques doivent être constatés par écrit, de même que les autorisations gratuites d'exécution. L'article 53 de la loi reprend spécialement cette règle à propos du contrat d'édition. On pourrait être tenté, cédant à la mystique personnaliste, de rattacher cette règle à la protection du droit moral de l'auteur : parce que la divulgation de l'oeuvre ou son utilisation en public engagent la personnalité de l'auteur, celui-ci doit prendre sa décision d'une manière plus réfléchie. Ainsi M. Desbois estime qu'en exigeant un écrit,"le législateur a entendu protéger les auteurs contre leurs propres entraînements" (I). Cette explication, cependant, ne s'accorde ni avec la nature du formalisme prévu par la loi de I957, ni avec son domaine.

- Aux yeux de tous les commentateurs, la règle de l'article 3I n'est qu'une règle de preuve dérogatoire aux articles I34I à I348 du Code civil. Elle signifie que le cocontractant de l'auteur ne pourra jamais prouver le contrat ou l'autorisation d'exécution par témoignages ou présomptions, même en cas d'impossibilité de se procurer un écrit ou s'il existe un commencement de preuve par écrit. Mais le contrat passé sans écrit est valable (2).

-ooOoo-

(I) Le droit d'auteur n° 505.
(2) dans ce sens R. Savatier, commentaire de la loi de I957 au J.C.P. I957. II.I398 n° 70 ; Huguet, L'ordre public et les contrats relatifs au droit d'auteur n°23I-237 ; Desbois, Le droit d'auteur n° 507-5I2 et obs. sur T.G.I.Paris 5 avril I97I, Rev. trim. dr. com. I97I p. 692 et s. spec. p. 696.

Dès lors il est difficile de prétendre que l'exigence de l'écrit a pour but d'attirer spécialement l'attention de l'auteur sur la gravité de sa décision. Le consentement de l'auteur, bien que donné sans le secours de formes particulières, se verra en effet reconnaître pleine valeur juridique (aussi bien comme fait justificatif que comme élément du contrat), dès lors qu'aucune contestation ne surgit sur l'existence ou sur l'étendue de la convention. En réalité, le législateur a voulu protéger l'auteur, non contre une divulgation à laquelle il n'aurait consenti qu'après une réflexion insuffisante, mais contre une divulgation qu'il n'aurait pas autorisée du tout (I). Mais, alors, il s'agit autant d'une protection des droits pécuniaires que de la personne de l'auteur.

I50 - - Le domaine d'application de la règle de l'article 3I incite même à penser qu'elle a essentiellement pour but la protection des intérêts pécuniaires de l'auteur. Tout d'abord, le texte ne distinguant pas, il faut remarquer que l'écrit est exigé pour tout contrat d'édition ou de représentation, pour toute autorisation gratuite d'exécution, sans qu'il y ait à distinguer selon que l'oeuvre a été ou non antérieurement divulguée. Or, en cas de divulgation antérieure de l'oeuvre, les intérêts moraux de l'auteur sont moins directement concernés, et c'est alors surtout le souci de protéger les droits patrimoniaux de l'artiste qui justifie l'écrit. Mais, à l'inverse, l'article 3I se présentant lui-même comme devant être interprété restrictivement (2), tous les contrats relatifs à une oeuvre littéraire ou artistique qui n'y sont pas visés seront soumis au droit commun de la preuve, même s'ils mettent en cause les intérêts d'ordre personnel de l'auteur. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris, saisi de la protestation de collaborateurs d'une encyclopédie sur laquelle leur nom n'avait pas été mentionné, a pu admettre, en se fondant sur de simples présomptions, qu'ils avaient consenti à la publication anonyme de l'ouvrage et qu'ils ne sauraient donc s'en plaindre. (3) Les motifs de cette décision sont particulièrement

-ooOoo-

(I) la règle de preuve joue à sens unique, c'est à dire que l'auteur a, quant à lui, la liberté de recourir à tout mode de preuve ; dans ce sens : Desbois, Le droit d'auteur n° 5I5 ; Plaisant, JCl Propriété littéraire et artistique, fasc. 9 n°37.

(2) art. 3I al. 2 : "dans tous les autres cas, les dispositions des articles I34I à I348 du Code civil seront applicables".

(3) T.G.I.Paris 29 juin I97I, R I D A I972, LXXI, I33.

significatifs : "Attendu que l'article 3I de la loi du II mars I957 exigeant un écrit est placé dans un chapitre relatif aux droits patrimoniaux et institue un formalisme exceptionnel restreint à cet objet spécial en dehors duquel la convention temporaire d'anonymat touchant au droit moral et autorisée par l'article II demeure soumise aux dispositions générales du Code civil concernant l'admissibilité de témoignages ou indices pour compléter un commencement de preuve par écrit" (I). On ne saurait affirmer plus clairement que le formalisme institué par la loi de I957 n'a pas pour but essentiel la protection de la personnalité de l'auteur.

I5I - b) - Aussi bien n'est-il pas question, en général, de soumettre à des formes particulières protectrices du consentement, les autorisations relatives aux autres aspects moraux de la personnalité. Non seulement aucun écrit n'est exigé pour l'efficacité de ces autorisations, mais elles peuvent être simplement tacites.

Cela n'est pas contesté pour les autorisations relatives au nom patronymique. Les tribunaux considèrent ainsi fréquemment que le fait pour le titulaire d'un nom de tolérer son usage par autrui comme marque ou pseudonyme vaut autorisation tacite et empêche le titulaire du nom de se plaindre d'un tel usage (2).

Peut également être tacite le consentement à la révélation d'un secret donné par la personne qui l'a confié à son dépositaire. Ainsi, à propos de la révélation consentie du secret médical, Mme Larguier estime qu'"une fois admis le principe de la valeur de la volonté de l'intéressé, il importe assez peu que cette volonté se manifeste de manière expresse ou tacite" (3) : par exemple, celui qui veut contracter une assurance et qui se prête volontairement à un examen médical autorise tacitement, ce faisant, le médecin à délivrer à la compagnie d'assurances un certificat médical le concernant. Mme Larguier justifie

-ooOoo-

(I) L'expression de "convention temporaire d'anonymat" utilisée par le tribunal est très contestable. Nous verrons dans la deuxième partie de nos développements que, sous couvert de reconnaître la validité d'une telle convention, le tribunal ne fait en réalité que consacrer la valeur justificative du consentement à la publication anonyme de son oeuvre. voir infra n° I85.

(2) voir pour l'utilisation du nom comme marque : Civ^{I} 6 juillet I965, D I965.J.70I note Lindon - pour l'utilisation du nom comme pseudonyme : Trib. civ. Seine Ier Août I903, D P I904-2-4 - Req. II février I935, S 35-I-I63 ; T.G.I.Seine 25 novembre I960 - D 6I som. 6.

(3) A.M.Larguier, Certificats médicaux et secret professionnel n° II3.

également par l'idée d'autorisation tacite du malade la transmission directe au médecin des résultats d'une analyse médicale par le laboratoire (I).

I52 - Bien qu'un arrêt récent de la cour de Paris ait semblé exiger que l'autorisation de divulguer des faits relatifs à la vie privée soit donnée par écrit (2), il est constant qu'une telle autorisation peut être tacite, de même que l'autorisation de publier l'image d'une personne. La jurisprudence a reconnu en de multiples occasions la valeur justificative d'un tel consentement. Ainsi, pour ne citer que quelques décisions récentes, un médecin qui participe à un congrès publicitaire autorise tacitement la publication, dans les comptes-rendus de ce congrès, d'une photographie prise au cours de son intervention (3) ; un avocat qui permet à des journalistes de le suivre pendant quatre jours au cours de ses différentes activités, consent nécessairement par là, à ce qu'une partie de sa vie privée soit révélée aux lecteurs du journal (4)... Le législateur a consacré d'ailleurs la valeur du consentement tacite aux faits touchant la vie privée : l'article 368 du Code pénal, qui réprime la réalisation et la publication de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, ou l'enregistrement de ses paroles, sans le consentement de cette personne, précise en effet que "lorsque les actes énoncés au présent article auront été accomplis au cours d'une réunion au vu et au su de ses participants, le consentement de ceux-ci sera présumé".

L'idée d'autorisation tacite a parfois été utilisée, dans ce domaine, pour justifier la licéité de la publication de l'image des personnes dites "publiques" : acteurs, personnalités du monde littéraire et artistique, hommes politiques etc... Cette idée fréquemment avancée en doctrine (5), a été parfois reprise en jurisprudence. Ainsi un

-ooOoo-

(I) ibid n° II4.
(2) Paris I6 février I974, J.C.P. 76-II-I834I - il s'agissait de la publication de faits relatifs à la vie privée des chanteurs Johnny Halliday et Sylvie Vartan dans le journal "Ici Paris". La société éditrice du journal prétendait que Sylvie Vartan avait tacitement autorisé la publication en corrigeant le projet d'article. Mais, selon la cour de Paris "en admettant que ces faits soient exacts, ils ne sauraient remplacer une autorisation écrite claire et précise de publier l'article litigieux".
(3) T.G.I.Paris I3 février I974, D I974-55I note Lindon.
(4) T.G.I. Marseille I3 juin I975, D I975-643.
(5) voir par exemple R.Lindon, Les droits de la personnalité, N° I07 et s. ; D.Bécour Le droit de la personne sur son image n° 90 et s. ; Dejean de la Batie sur Aubry et Rau n° 387 ; P. Frémond, Le droit de la photographie, Dalloz, I973 p.396 n°367

arrêt de la cour de Paris du 27 février I967, rendu à propos de la publication de photographies de l'actrice Brigitte Bardot, relève "l'acceptation tacite mais non équivoque que l'intéressée a manifesté en s'exhibant aux regards du public" (I). Dans une décision postérieure, relative cette fois à la publication de photos d'un des époux de l'actrice susnommée, la même juridiction fait état de la tolérance traditionnelle commise à l'égard de ceux dont la profession ou l'activité permet de présumer une autorisation tacite" (2).

Cette motivation n'est pas très convaincante, car elle devrait conduire à admettre que les personnes dites "publiques" peuvent détruire la "présomption d'autorisation tacite" qui pèse sur eux , en interdisant expressément dans telle ou telle occasion la publication de leur image. Or ce n'est certainement pas possible (3). En réalité si les auteurs sont amenés à se fonder sur la fiction d'un consentement tacite, c'est parce qu'ils méconnaissent que la faute de celui qui publie l'image est une condition du droit, pour la personne représentée, d'obtenir la cessation de la publication : partant de l'idée que cette publication constitue l'atteinte à un droit subjectif, ils ne conçoivent pas qu'elle puisse être justifiée autrement que par une sorte de cession de ce droit. Pour nous, si la publication de l'image des personnes publiques est licite, c'est simplement parce qu'elle correspond aux usages, aux nécessités de l'information (4), et que, par conséquent, elle n'est pas fautive. Ce sont les mêmes considérations qui expliquent que les personnes photographiées par hasard dans un lieu public ou au cours d'une manifestation publique, ne puissent se plaindre de la divulgation d'une image de ce lieu ou de cette manifestation, même si elles sont reconnaissables sur le cliché (5). Plus encore que pour les personnes publiques, la justification tirée d'une autorisation tacite de la personne représentée est

-ooOoo-

(I) Paris 27 février I967, D I967-J-I5I.
(2) Paris 5 mars I969, J.C.P. I969-II-I5894 - pourvoi rejeté par Civ^2 6 janvier I97I, D I97I-263.
(3) dans ce sens P. Kayser, Le droit dit "à l'image", Mel. Roubier t II p.77 n°7.
(4) la publication est d'ailleurs illicite si elle a trait à la vie privée du sujet (Paris 27 février I967, précité) ou si elle est utilisée à des fins autres qu'informatives.
(5) la publication est licite si elle ne tend pas spécialement à désigner certaines des personnes représentées à l'attention du public - sur le principe et ses limites voir par exemple : Trib. com. Seine 26 février I963, J.C.P. I963-II-I3364 ; T.G.I.Roubaix 28 janvier I972, G P I972-2-som. II0 ; T.G.I. Paris 27 février I974 D I974-J-53I note Lindon ; T.G.I. Nancy 8 juin I973, D 74-I26 note Ph. Merle, G P 74-I-28 note Michel ; H.Blin, JCl Responsabilité civile article I382-I383 XXXII n° II2 ; Desbois, obs Rev. trim. dr. com. I963-827.

parfaitement artificielle, cette personne n'ayant même pas eu conscience de la possibilité d'une publication. (I)

B - La portée des autorisations relatives aux aspects moraux de la personnalité.

I53 - La doctrine a fréquemment développé l'idée que les autorisations relatives à la personnalité ne peuvent avoir qu'une portée restreinte ; dès lors que des intérêts moraux sont en cause, le principe serait celui de la "spécialité de l'autorisation" (2). La formule est ambigüe, et elle signifie en réalité deux choses : d'une part l'autorisation aux atteintes à la personnalité n'a de valeur justificative que si elle porte sur une atteinte suffisamment déterminée (a) ; d'autre part, une telle autorisation doit toujour être interprétée restrictivement (b). Il n'est pas sûr que ces règles soient vraiment spécifiques aux manifestations de volonté touchant la personnalité.

I54 - a) - la nécessité d'une détermination suffisante de l'atteinte consentie.

C'est une condition générale de la validité des actes juridiques que d'avoir un objet déterminé et, par analogie, on dira que le consentement de la victime ne peut avoir de valeur justificative que s'il porte sur une atteinte déterminée. La détermination est-elle plus strictement entendue lorsqu'il s'agit de manifestations de volonté touchant la personnalité ? Il est difficile de l'affirmer : le problème se pose dans des situations trop différentes en matière patrimoniale et en matière personnelle pour qu'une véritable comparaison soit possible, tant au niveau des applications directes de la condition de détermination (I°), que des limites qu'elle apporte indirectement à la représentation conventionnelle (2°).

I°/ Applications directes de la condition de détermination.

I55 - Le problème s'est d'abord posé à propos des contrats d'adaptation cinématographique d'oeuvres littéraires. Il n'est pas rare que ces

-ooOoo-

(2) Lindon, note D 1976-122.
(I) voir une excellente critique de la théorie du consentement tacite dans Ravanas, thèse précitée, N° I54 et s.

contrats contiennent des clauses par lesquelles l'auteur autorise l'adaptateur à apporter à l'oeuvre tous les changements qui pourraient lui sembler nécessaires. Ne s'agit-il pas là d'une autorisation ayant pour objet une atteinte indéterminée à la personnalité ?

La jurisprudence avait d'abord considéré qu'une telle clause excluait toute protestation de l'auteur qui, par la suite, estimerait que son oeuvre a été dénaturée, et qu'une atteinte intolérable est portée à sa personnalité. Le tribunal de la Seine estimait en I933 que "de même qu'il peut consentir telle ou telle modification particulière ou toute une série de modifications, l'auteur peut, s'il le juge bon, faire confiance à son cocontractant en l'autorisant à opérer tous les changements qui lui apparaîtront nécessaires" (I). Mais, depuis deux jugements du tribunal de la Seine des 6 et 7 avril I949 (2), l'inefficacité d'une telle autorisation n'est plus douteuse : elle n'empêche pas l'auteur, en cas de dénaturation de l'oeuvre adaptée, d'obtenir des dommages-intérêts, et même, éventuellement, de s'opposer à l'exploitation de l'oeuvre dérivée (3).

La jurisprudence fonde cette solution sur l'inaliénabilité du droit moral, et c'est sous cette rubrique que le problème est étudié en doctrine. La clause autorisant les modifications de l'oeuvre est en effet analysée comme une renonciation au droit au respect de l'oeuvre, qui est l'un des attributs du droit moral énumérés par l'article 6 de la loi du II mars I957. Cette qualification - qui est peut-être contestable (4) - est le plus souvent parfaitement inutile pour rendre compte des solutions du droit positif. Dans la plupart des espèces soumises à la jurisprudence, en effet, il ne s'agissait pas d'apprécier la validité de la clause en tant qu'acte juridique, mais de savoir si l'auteur pouvait se plaindre de la dénaturation de son oeuvre bien qu'il ait consenti d'avance à toutes les modifications qui pourraient y être apportées. C'est bien un problème de

-ooOoo-

(I) Trib. civ. Seine 23 juillet I933, D H I933 - 533 (à propos de l'adaptation de la pièce d'Henry Bernstein "Melo").
(2) G P I949-I-249 (motifs).
(3) dans ce sens T.G.I. Paris 7 janvier I969. R I D A I969-LX-I66

(4) voir infra 2ème partie n° I70 à propos de l'inaliénabilité du droit moral, au sens strict.

valeur justificative du consentement. Et l'absence de valeur justificative s'explique suffisamment par l'idée que l'auteur n'a pu apprécier par avance la portée des modifications qui seraient opérées, donc qu'il n'a pas consenti en connaissance de cause. Derrière la référence inutile à l'inaliénabilité des droits de la personnalité, on découvre d'ailleurs nettement cette idée dans les développements doctrinaux ; ainsi M. Desbois note que "cette stipulation constituerait une renonciation in futurum, en blanc, à la faculté de se plaindre de retouches dont il ne connaît, et ne peut connaître la portée" (I).

I56 - On retrouve la même idée à propos de la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'une personne. Sans doute ici, il est rare qu'un individu autorise, d'une manière générale et indéterminée, la publication de faits se rapportant à sa vie privée (2). Mais on voit fréquemment les journaux poursuivis pour avoir porté atteinte à la vie privée d'une vedette du spectacle ou de l'actualité, invoquer l'autorisation tacite résultant de ce que le demandeur aurait autorisé ou toléré antérieurement des publications similaires. La jurisprudence a toujours refusé de faire droit à une telle argumentation : la tolérance ou les autorisations antérieures ne peuvent faire présumer que la personne "a permis définitivement et sans restriction à tout périodique de rassembler et de reproduire des affirmations parues dans d'autres journaux", un tel comportement étant "seulement de nature à diminuer, le cas échéant, l'étendue du préjudice" (3).

La solution est parfaitement justifiée, et pour une double raison. D'une part il est difficile d'admettre que certaines autorisations à des publications déterminées valent autorisation tacite pour d'autres publications : cela irait à l'encontre du principe d'interprétation restrictive que nous étudierons plus loin (4). D'autre

-ooOoo-

(I) Desbois, Le droit d'auteur n° 45I.

(2) l'arrêt de la cour de Paris du 27 février I967 (précité) nous apprend que l'actrice Brigitte Bardot avait un jour déclaré que sa vie privée était "un livre ouvert". Mais il était difficile d'accorder à cette déclaration une quelconque signification juridique.

(3) Paris 5 mars I969 et Civ I 6 janvier I97I, précités (affaire Sachs) - dans le même sens : Paris I5 mai I970, D I970-47I conclusions Cabannes (affaire Jean Ferrat) ; Paris I6 février I974, précité (affaire Sylvie Vartan). cf. Badinter **Le droit au respect de la vie privée, op cit n° I5 ; Ravanas, thèse précitée n° 25I et s.**

(4) voir infra b/.

part, à supposer admise une telle autorisation tacite, elle n'aurait aucune valeur justificative : elle porterait en effet sur des publications relatives à la vie privée dont ni le contenu, ni la forme ne sont déterminés, et dont, en conséquence, la personne ne pourrait apprécier par avance la répercussion sur ses intérêts moraux.

La même idée conduit à limiter la possibilité d'une représentation conventionnelle pour autoriser des atteintes à la personnalité.

2°/ Les limites à la représentation conventionnelle.

I57- L'affirmation selon laquelle la représentation est exclue dans les conventions touchant la personnalité est traditionnelle en doctrine (I). Les auteurs mettent ici sur le même plan représentation conventionnelle et représentation légale, mais nous pensons que les deux problèmes doivent être dissociés. L'exclusion de principe de la représentation légale n'est qu'une conséquence des limites de l'autorité qui est conférée au protecteur légal de l'incapable sur la personne de celui-ci ; il s'agit de protéger l'incapable contre des atteintes qui pourraient être portées à sa personnalité contre son gré (2). Le problème est très différent s'agissant de la représentation conventionnelle : il faut éviter que l'individu ne consente, par l'intermédiaire de son représentant, à des atteintes à sa personnalité dont il ne pourrait apprécier la portée.

Le problème n'a, à dire vrai, qu'un intérêt pratique limité. Il est quelquefois envisagé en doctrine à propos des contrats portant sur les oeuvres de l'esprit : l'article 53 al.I de la loi du II mars I957 qui exige le consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition (3) semble ici exclure aussi bien la représentation conventionnelle que la représentation légale. Dans le domaine de la vie privée, il faut citer à nouveau l'arrêt de la cour de Paris du I6 février I974, relatif à la publication de faits relatifs à la vie privée de la chanteuse Sylvie Vartan (4). Cet arrêt a

-ooOoo-

(I) E.H.Perreau, article précité ; Nerson, thèse précitée n° 205.
(2) voir supra n° I28.
(3) et par extension, à tous les contrats impliquant la divulgation de l'oeuvre.
(4) voir supra n° I30.
voir supra n° I52 note 2.

semblé ne vouloir accorder aucune valeur à l'autorisation donnée par l'intermédiaire du secrétaire de la chanteuse ; mais, dans cette espèce, ledit secrétaire s'était contenté de rapporter à la rédaction du journal un projet d'article corrigé par la chanteuse - ce qui, selon l'appréciation(discutable)de la cour, n'impliquait pas que celle-ci ait consenti à la publication. Le problème de la représentation n'a donc pas été vraiment abordé dans cet arrêt.

I58 - En réalité, il semble que, ce qui est exclu pour les actes touchant les intérêts moraux, c'est seulement une représentation générale. Rien n'interdit en revanche le mandat spécial de consentir à un ou plusieurs actes déterminés (I). La doctrine estime ainsi à propos de l'article 53 de la loi de I957, que l'auteur n'est pas tenu de participer, en personne, à la conclusion du contrat impliquant la divulgation de son oeuvre. Il peut très bien donner antérieurement son consentement à la divulgation de son oeuvre, et laisser à un mandataire le soin de décider, en fonction des conditions pécuniaires proposées, si le contrat doit ou non être passé (2). De même une vedette du spectacle peut très bien mandater son impresario pour régler avec un éditeur les conditions de publication de ses souvenirs ; en revanche elle ne pourrait laisser le soin à l'impresario de décider quels faits de sa vie privée et quelles images d'elle-même peuvent être publiés.

Il n'est pas sûr, dans ces conditions, que les limites apportées à la représentation conventionnelle dans le domaine qui nous intéresse soient vraiment spécifiques : même en matière patrimoniale en effet, l'article I988 du Code civil limite la représentation générale aux actes d'administration, un mandat exprès étant nécessaire pour les actes de disposition. Or l'autorisation de divulguer une oeuvre littéraire, ou des faits relatifs à la vie privée n'est-elle pas,en matière extrapatrimoniale, équivalente à un acte de disposition ? (3)

Il nous semble que, de même, on a beaucoup exagéré la spécificité des règles d'interprétation dans le domaine des actes touchant la personnalité.

-ooOoo-

(I) dans ce sens E.H.Perreau article précité ; Nerson, thèse précitée n° 205.
(2) Gavin, Le droit moral de l'auteur n° 86 - qui admet la possibilité d'un mandat spécial pour tous les actes touchant au droit moral.
(3) quant à sa gravité et non quant à sa nature juridique: nous avons suffisamment montré que la consentement à une atteinte à la personnalité n'était pas, juridiquement, un acte de disposition des droits de la personne consentante.

b) - l'interprétation des autorisations relatives à la personnalité.

I59 - Si le consentement doit, pour être efficace, avoir pour objet une ou plusieurs atteintes déterminées à la personnalité, il semble logique, par contrecoup, que l'autorisation donnée à une atteinte déterminée ne justifie que cette atteinte, à l'exclusion de toute autre. C'est surtout à propos des autorisations relatives à l'image et à la vie privée que la doctrine a affirmé ce principe d'interprétation restrictive : Fougerol l'affirmait déjà en I9I3 dans la première monographie consacrée en France au droit à l'image (I) et on retrouve la même idée, aujourd'hui chez des auteurs aussi différents que M. Lindon (2) ou M. Edelman (3).

On constate effectivement, dans la jurisprudence, une tendance très nette à restreindre au maximum la portée de l'autorisation donnée par une personne à la publication de son image. D'une part, l'autorisation ne rend licite l'utilisation de l'image que pour la destination qui a été initialement prévue : les tribunaux ont ainsi sanctionné à plusieurs reprises l'utilisation publicitaire de photographies de vedettes du spectacle alors qu'elles n'en avaient autorisé la publication que dans le cadre de leur activité professionnelle (4) ; de même, un particulier qui consent à la publication de son image à des fins documentaires peut se plaindre s'il la découvre utilisée sur une affiche de propagande électorale (5), comme support publicitaire (6), a fortiori dans un contexte équivoque ou obscène (7). D'autre part, même dans le cadre de la destination prévue, l'autorisation ne vaut que pour une utilisation

-ooOoo-

(I) La figure humaine et le droit p. 94.
(2) Les droits de la personnalité, précité, n° 65.
(3) Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, D I970 p. II9, n° I0 et s.
(4) voir par exemple : Paris I3 février I97I, J.C.P. I97I-II-I6774 (photographies extraites d'un film tourné par J.Paul Belmondo et utilisées pour la publicité de vêtements en cuir) ; Civ^2 24 février I97I, Bull II n° 64 p. 46 (photographie d'une danseuse, prise au cours d'une répétition, et utilisée comme support publicitaire par un fabricant de collants).
(5) toutes tendances politiques confondues : T.G.I. Grasse ref. 27 février I97I, J.C.P. I97I-II-I6734 (affiche du parti des Républicains indépendants) ; T.G.I. Paris II juillet I973, J.C.P. I974-II-I7600 (affiche du Parti communiste français).
(6) Trib. civ. Seine 4 février I956, G P I956-I-284.
(7) T.G.I.Seine I8 mars I966, D I966-566, Ière espèce (photographies d'un honorable professeur de dessin, réalisées pour figurer dans un recueil artistique, et utilisées pour illustrer un article sur l'alcoolisme... et un autre sur la prostitution !) - T.G.I. Paris I6 février I973, D I973-I.R.2I2 (mannequin filmé en train de se déshabiller, au cours d'un reportage dans une maison de couture, la scène étant ensuite insérée dans un film pornographique).

précise, dans un temps et dans des conditions déterminées : ainsi a été sanctionnée l'utilisation sur une pochette de disque de la photographie d'une actrice, réalisée certes en vue d'une autorisation commerciale, mais plusieurs années auparavant et alors que ladite actrice faisait profession de modèle (I). Une autre actrice, qui avait autorisé, en I96 la publication dans le magazine "Play-Boy" de photographies la représentant nue, a pu obtenir des dommages-intérêts pour la publication en I973 sans nouvelle autorisation de sa part, des mêmes photographies, cette fois dans le journal "Lui" (2).

Les mêmes règles d'interprétation restrictive se retrouvent à propos de l'autorisation de divulguer des faits relatifs à la vie privée Un arrêt de la cour de Paris accorde ainsi des dommages-intérêts à Charlie Chaplin pour la publication, là encore dans le journal "Lui", de faits se rapportant à sa vie privée bien qu'il ait lui-même dévoilé ces faits au public dans un livre autobiographique paru, quelques années auparavant : "toute personne, énonce la cour, en livrant elle-même des renseignements sur sa vie privée, le fait dans les termes qui lui conviennent, le contexte choisi par elle, et décide ainsi en pleine connaissance , de ce qu'elle va faire connaître au public et des conditions dans lesquelles elle le fera" (3). La cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par un arrêt du I4 novembre I975, qui se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond (4).

I60 - Cette motivation amène à remarquer qu'il n'est guère exact de parler, à propos des autorisations relatives à l'image ou à la vie privée, d'un principe d'interprétation restrictive, comme s'il y avait là une règle de droit spécifique (5). En réalité il n'y a pas d'autres règles juridiques, en la matière, que les articles II56 et suivants du

-ooOoo-

(I) Trib. civ. Seine I3 juin I963, inédit (Marie-José Nat).
(2) Paris I4 mai I975 D I976-29I infirmant T.G.I. Paris I6 janvier I974, D 76-I22 qui avait estimé que l'actrice (Catherine Deneuve) s'est comportée comme un modèle professionnel, qu'elle doit être réputée en l'état, par la vente de ces clichés avoir abandonné son droit à l'image au profit de Play-Boy et de toute revue de même ordre.
(3) Paris I7 décembre I973, D I976-I20.
(4) Civ^{2} I4 novembre I975, J.C.P. 76-IV p.9 ; D I976-42I note Edelman.
(5) le principe d'interprétation restrictive est même formellement affirmé par certaines décisions des juges du fond - voir par exemple T.G.I.Paris I3 février I974, D I974-55I note Lindon.

Code civil qui commandent de rechercher quelle a été la volonté exacte des parties du contrat : les tribunaux ne peuvent faire autre chose que de rechercher quelle a été la volonté de la personne qui a autorisé la publication de son image ou la divulgation de faits relatifs à sa vie privée. Tout au plus peut-on noter une tendance des tribunaux à se montrer favorables à la personne concernée dans la recherche de sa volonté.

On peut en revanche parler d'une règle spécifique d'interprétation à propos des conventions sur le droit d'auteur. Diverses dispositions de la loi du II mars I957 limitent l'effet de ces conventions aux seuls droits qui sont formellement visés dans le contrat. Ainsi l'article 29 al.2 de la loi dispose que la vente du support matériel de l'oeuvre n'emporte pas la cession du droit d'auteur, tandis que l'article 30 met en relief l'indépendance du droit de reproduction et du droit de représentation, en disposant que la cession de l'un n'emporte pas cession de l'autre (I). Ici, en commandant au juge de s'attacher aux seuls termes de la convention pour déterminer les droits cédés, le législateur impose une méthode d'interprétation objective, contraire au principe de l'article II56 du Code civil car toute recherche de l'intention réelle de l'auteur est exclue. On peut alors vraiment parler d'une règle d'interprétation restrictive, spécifique par rapport au droit commun.

I6I - Il faut remarquer cependant que cette règle d'interprétation restrictive n'a pas seulement pour but de protéger les intérêts moraux de l'auteur, mais aussi d'éviter que l'auteur ne soit privé des bénéfices afférents à un mode d'exploitation non prévu au contrat. M. Desbois note à juste titre la complexité des mobiles qui ont inspiré le législateur : "les préoccupations d'ordre pécuniaire voisinent et s'allient avec les considérations purement intellectuelles, esthétiques ou morales" (2) ; et M. Huguet n'hésite pas à étudier les problèmes d'interprétation des contrats sur les droits d'auteurs dans la partie de son ouvrage consacrée à la protection des intérêts patrimoniaux de l'auteur (3).

La prise en considération des intérêts patrimoniaux de la personne n'est pas moins importante pour justifier la tendance des tribunaux

-ooOoo-

(I) sur le principe d'interprétation restrictive des conventions sur le droit d'auteur dont nous ne pouvons faire ici une étude exhaustive, voir : Desbois, n° 523 et s. Gavin, Le droit moral de l'auteur n° I47 et s. ; A. Françon, La liberté contractuelle et le droit d'auteur, D I976. chr. p.55 ; C.Jouvert Delage, L'influence du droit moral sur l'aménagement des droits d'auteur dans la législation et la jurisprudence françaises, n° I3 et s.

(2) Le droit d'auteur n° 390.

(3) L'ordre public et les contrats relatifs au droit d'auteur, thèse précitée.

à interpréter dans un sens favorable aux personnes représentées les autorisations de publication d'une image. Un certain nombre de décisions généralement citées à ce propos sont relatives à la publication de portraits de modèles professionnels qui ont monnayé la divulgation de leurs traits (I). Dans ces hypothèses, en limitant la valeur justificative du consentement aux utilisations de l'image qui ont été expressément prévues lors de la conclusion du contrat, les tribunaux visent moins à protéger les intérêts moraux du modèle qu'à lui éviter un manque à gagner ; on peut penser en effet que le modèle, s'il avait entendu autoriser une utilisation plus étendue de son image, aurait exigé une rémunération plus élevée. On peut relever ici une nouvelle fois la mystique doctrinale des droits de la personnalité "inaliénables et sacrés", qui amène à occulter l'importance de ces intérêts patrimoniaux, et à rattacher, très artificiellement, les règles d'interprétation de la volonté du modèle au seul souci de sauvegarde de sa personnalité.

I62 - Cette interpénétration des intérêts moraux et des intérêts pécuniaires, de la personne et du patrimoine nous amène à élargir le cadre de nos développements. Jusqu'ici nous avons envisagé la seule volonté de l'individu qui subit une atteinte à sa personne, pour rechercher dans quelle mesure elle pouvait rendre licite une telle atteinte. L'existence d'une contrepartie pécuniaire à certaines atteintes à la personne nous rappelle que la volonté de la victime n'est pas seulement un fait justificatif, elle s'intègre assez souvent dans une convention passée entre cette victime et l'auteur de l'atteinte ; elle est l'élément essentiel d'un véritable acte juridique créateur de droits et d'obligations.

C'est sur les règles applicables à de tels actes juridiques qu'il faut maintenant nous interroger. Si, nous avons essayé de le montrer, la valeur justificative du consentement aux atteintes à la personne ne dépendait en aucune manière de la disponibilité des droits de la personnalité, il n'en est pas de même lorsque ce consentement est envisagé comme élément d'un acte juridique. C'est dans le cadre des actes juridiques touchant la personne que va se poser le problème de l'indisponibilité.

-ooOoo-

(I) voir par exemple : Civ[1] 20 juin I966, J.C.P. 66-II-I4 890 ; T.G.I. Paris[3] I2 février I97I, J.C.P. I97I-IV-294 ; Paris 22 novembre I974, J.C.P. I975-IV-280.

- D E U X I E M E P A R T I E -

--ooOoo--

L E C A D R E D E L ' I N D I S P O N I B I L I T E :

L E S A C T E S J U R I D I Q U E S T O U C H A N T

L A P E R S O N N E

163.- On pourrait croire que la protection de la personnalité contre les atteintes consenties par l'individu lui-même ne se présente pas sous un jour très différent selon que l'on envisage l'influence de la volonté sur la responsabilité de l'auteur de l'atteinte, ou son effet créateur de droits et d'obligations. Même s'il s'agit, techniquement, de deux problèmes très différents, les limites à l'efficacité de la volonté justifiées par le souci de protection de la personne ne sont-elles pas, au fond, analogues, quel que soit l'angle sous lequel le problème est posé ?

Il est certain que nous allons retrouver, dans cette seconde partie de nos développements, les mêmes considérations qui nous avaient paru expliquer les limites apportées en droit positif à la valeur justicative du consentement aux atteintes à la personne; la protection de la personne humaine en tant que valeur fondamentale de notre civilisation, et la protection de l'individu contre lui-même dans la détermination de ses intérêts personnels vont ici justifier d'importantes restrictions à la liberté contractuelle. Et il ne faut pas nier qu'un nombre important de ces restrictions ne sont que la transposition pure et simple, au niveau de la validité des actes juridiques, des solutions quenous avons exposées sous l'angle de la valeur justificative du consentement - ne serait-ce que parce que l'inefficacité du consentement à une atteinte à la personne se traduira nécessairement par la nullité du contrat ayant une telle atteinte pour objet.

Nous croyons cependant que la protection de la personnalité dans le cadre des actes juridiques présente des aspects spécifiques, et qu'elle est plus étendue quecelle qui s'était révélée au niveau de la valeur justificative du consentement. C'est que le consentement, fait justicatif, n'a qu'un effet immédiat, instantané :son influence sur la responsabilité civile ou pénale de l'auteur de l'atteinte suppose qu'il ait existé au moment de celle-ci. Un accord donné antérieurement, puis retiré, n'a aucune valeur justicative. L'acte juridique, par contre, parce qu'il crée des droits et des obligations prolonge dans le temps les effets d'une volonté initiale : sauf dans les cas exceptionnels où il est librement révocable, l'acte juridique produit ses effets même si son auteur n'est plus en accord avec sa volonté passée. Pour cette raison, la personnalité se trouve beaucoup plus impliquée lorsque la volonté est créatrice de droits et d'obligations dans le cadre d'un acte juridique, que lorsqu'elle est simplement un fait justicatif. C'est autour de cette idée que s'orientent les règles spécifiques de protection de la personne dans les actes juridiques.

-ooOoo-

163-1 - L'expression "indisponibilité des droits de la personnalité" traduit bien, d'ailleurs, l'esprit de cette protection : d'une manière générale, elle signifie que l'individu ne peut pas renoncer par avance à la protection de sa personnalité, qu'il ne peut pas aliéner trop complètement ses intérêts moraux.

Techniquement, cependant, la formule nous paraît contestable, même si on en limite l'usage au seul problème des actes juridiques. Tout d'abord il faut remarquer l'ambigüité du terme "indisponibilité" : pour les auteurs du début du siècle, l'expression ne signifie pas seulement que les droits de la personnalité sont inaliénables, mais d'une manière plus générale qu'ils sont insusceptibles de conventions (1). Cette conception, qui ne semble jamais avoir correspondu au droit positif, semble abandonnée par la doctrine récente; cependant, on la retrouve encore sous-jacente dans les développements d'un certain nombre d'auteurs. Surtout, cette conception large de l'indisponibilité se retrouve dans la manière dont la doctrine pose le problème de la protection de la personnalité dans les actes juridiques. S'ils admettent aujourd'hui que les droits de la personnalité sont susceptibles de conventions , les auteurs continuent de raisonner comme s'il existait une catégorie particulière de conventions relatives à ces droits. Sans doute ces conventions ne seraient pas différentes de celles du droit commun quant à leur validité; mais elles s'en distingueraient par un régime spécifique

Cette manière de poser le problème est, à notre avis, très contestable

La protection de la personnalité dans les actes juridiques ne se limite pas en effet à une catégorie de conventions - du reste bien difficile à circonscrire. Cette protection se traduit par un certain nombre de règles auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger dans les actes juridiques qu'ils passent, quels qu'ils soient. Il n'y a là qu'un aspect de l'ordre public, limite de droit commun à la liberté contractuelle; même si les règles protectrices de la personne semblent occuper, au sein de l'ordre public, une place à part : ces règles, à première vue, ne visent pas à la défense de la collectivité, ce qu'évoque la notion d'ordre public.

C'est pourquoi, après avoir montré que les droits de la personnalité ne sont en aucune manière l'objet d'une catégorie particulière d'actes juridiques (TITRE PREMIER), nous devrons rechercher s'ils ne sont pas le fondement d'une catégorie particulière de règles d'ordre public (TITRE SECOND)

-ooOoo-

(1) E.H. Perreau, art. précité, p. 517 et s. ; Nerson, thèse précitée, n° 18 et s.

TITRE PREMIER

-ooOoo-

LES DROITS DE LA PERSONNALITE, OBJETS D'UNE CATEGORIE PARTICULIERE D'ACTES JURIDIQUES

I64 - La plupart des développements doctrinaux sur les "conventions relatives aux droits de la personnalité" offrent ce paradoxe de rechercher les règles applicables à une catégorie juridique sans donner une définition précise de celle-ci. En effet, s'ils recherchent dans quelle mesure les droits de la personnalité sont susceptibles de conventions et, dans l'affirmative, quel est le régime juridique de ces dernières, les auteurs ne définissent nullement ce que sont ces "conventions relatives aux droits de la personnalité", dont ils se contentent généralement de donner quelques exemples.

Cette imprécision laisse, d'emblée, planer quelques doutes sur l'existence d'une catégorie particulière de conventions : s'ils avaient établi avec certitude l'existence de règles communes et spécifiques applicables à ces conventions, on peut penser que les juristes attacheraient plus d'importance à leur définition.

Un examen plus approfondi va confirmer ces doutes : au niveau de leur définition (CHAPITRE I) comme des règles qui leur sont applicables (CHAPITRE II), les conventions "relatives aux droits de la personnalité" ne peuvent être distinguées des autres conventions de droit commun.

CHAPITRE PREMIER - LA DEFINITION DES CONVENTIONS "RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE".

I65 - Si on examine les conventions étudiées par la doctrine sous la rubrique "indisponibilité" ou "inaliénabilité" des droits de la personnalité, on y trouve, pêle-même, les cessions de nom, les renonciations au droit moral de l'auteur, les conventions d'irresponsabilité pour les dommages causés à la personne, les contrats passés par les modèles professionnels pour la reproduction de leur image, ou encore les autorisations de révéler un secret d'ordre personnel... (I).

Il est clair que cette énumération repose sur une conception extrêmement large de la notion d'"indisponibilité". Au sens strict, ce terme ne vise que les conventions ayant directement pour objet un ou plusieurs droits de la personnalité, dont le titulaire prétend disposer, c'est à dire dont il veut se dépouiller en les cèdant ou en y renonçant. Mais, nous le verrons, cette catégorie de conventions, si elle est nettement délimitée, constitue dans une large mesure une vue de l'esprit.

C'est pourquoi, sous la question de la disponibilité des droits de la personnalité, la plupart des auteurs se demandent, beaucoup plus généralement, "si des conventions sont possibles... si la volonté humaine peut façonner le régime juridique de ces droits" (2). On est alors amené à étudier sous cette rubrique des conventions qui, sans avoir pour objet les droits de la personnalité eux-mêmes, ont un lien plus ou moins évident avec l'un des aspects de la personnalité protégés par ces droits : c'est le cas de l'autorisation d'user de son nom, des conventions sur l'image passées par les modèles, ou encore de la plupart des conventions relatives à l'intégrité physique. A la différence des actes de disposition des droits de la personnalité, ces conventions ont une grande importance pratique ; mais il s'en faut de beaucoup qu'elles forment une catégorie homogène.

Si la doctrine récente s'efforce de distinguer ces deux types de conventions - conventions ayant pour objet les droits de la personnalité, stricto sensu et conventions "relatives aux droits de la personnalité" lato sensu - (3), elle

-ooOoo-

(I) voir par exemple E.H. Perreau, art. cité, p.5I7 et s.; Nerson, thèse précitée, n° I8I et s. (sous le titre "Incessibilité des droits extrapatrimoniaux") ; Kayser, Les droits de la personnalité art. précité n° 37.
(2) Nerson, thèse précitée, n° I8I.
(3) Kayser, Les droits de la personnalité, art. précité n° 37 ; Tallon, Encyclopédie Dalloz, V° Droits de la personnalité n° I30.

relève rarement le caractère purement théorique de la première catégorie (SECTION I) et, plus rarement encore, l'imprécision de la seconde (SECTION 2).

SECTION I - LES CONVENTIONS AYANT POUR OBJET LES DROITS DE LA PERSONNALITE.

I66 - La catégorie des conventions "relatives aux droits de la personnalité" peut être délimitée avec précision si l'on se tient aux conventions qui ont, à proprement parler, ces droits pour objet. Il s'agit des conventions qui comportent une cession - translative - ou une renonciation - purement abdicative - portant sur ces droits. Mais, précisément parce que les droits de la personnalité ne sont assimilables ni aux droits réels ni aux droits personnels, parce que leur existence même en tant que droits subjectifs est douteuse, il est le plus souvent illusoire d'imaginer qu'ils puissent être, en théorie (A), et, plus encore, qu'ils sont en pratique (B), l'objet de telles conventions.

A - Les conventions ayant pour objet les droits de la personnalité et la théorie juridique.

I67 - Sur le plan de la technique juridique, on ne saurait concevoir qu'exceptionnellement qu'un droit de la personnalité puisse faire l'objet d'une véritable cession. La plupart des droits de la personnalité n'ont en effet, nous le savons, qu'un contenu négatif : ils permettent seulement à leurs titulaires de faire cesser les atteintes illicites qui peuvent être portées à certains aspects de leur personnalité et d'en obtenir réparation. Nous y avons d'ailleurs vu une raison de considérer que le droit à l'image, le droit à l'intimité de la vie privée, le droit à l'intégrité corporelle... ne sont pas de véritables droits subjectifs, et que l'expression "droits de la personnalité" n'est qu'un moyen commode de désigner la protection de certains intérêts d'ordre personnel par la technique classique de la responsabilité civile (I).

Quoi qu'il en soit, que pourrait signifier la cession de ces prétendus "droits" ? Ce ne pourrait être que la transmission au cessionnaire des actions destinées à protéger la vie privée, l'intégrité physique, l'honneur

-ooOoo-

(I) voir supra n° 30 et s.

etc... du cédant. Or une telle transmission est évidemment inconcevable dans la mesure où les intérêts protégés ne peuvent exister que dans la personne du celui dont la vie privée, l'honneur ou l'intégrité physique est en cause. On peut seulement concevoir que la défense de ces intérêts soit confiée à un tiers qui agirait en qualité de représentant, mais c'est autre chose qu'une cession.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'on peut parler d'une véritable cession d'un droit de la personnalité. Il faut supposer que le droit considéré confère à son titulaire, avant toute atteinte, certaines prérogatives positives. C'est le cas du droit au nom qui comprend, outre le droit de faire cesser les usurpations et utilisations abusives du nom, le droit de porter le nom, de l'utiliser dans les actes officiels, d'exiger des tiers qu'ils vous désignent sous ce nom . De même le droit moral de l'auteur n'est pas seulement le droit de faire sanctionner les dénaturations ou les utilisations abusives de l'oeuvre littéraire ou artistique ; c'est aussi, au premier chef, le droit, positif, de divulguer cette oeuvre et de s'en présenter comme l'auteur. Une convention par laquelle le titulaire de ces prérogatives renoncerait à les exercer, tout en autorisant un tiers à le faire, serait à bon droit qualifiée de cession du droit considéré.(1).

168 - Pour tous les autres droits, seule est théoriquement concevable une renonciation, acte simplement abdicatif. Si l'on ne peut pas transmettre à un tiers le droit de défendre son honneur, de s'opposer aux publications de son image ou aux utilisations abusives de son nom..., on peut concevoir un abandon de ces droits. La question se pose cependant de savoir s'il est bien nécessaire de parler, à ce propos, de renonciations aux droits de la personnalité : ne s'agit-il pas, plus simplement, de renonciations aux actions en justice qui protègent l'aspect de la personnalité considéré, spécialement aux actions fondées sur la responsabilité civile.

La question n'a cependant qu'un intérêt pratique fort limité. Outre que la qualification admise n'a pas d'influence sur la validité de ces renonciations, de tels actes, s'ils sont théoriquement concevables, sont le plus souvent des hypothèses d'école.

B - Les conventions ayant pour objet les droits de la personnalité et la pratique

On rencontre fort peu, en pratique, de cessions et renonciations portant sur les droits de la personnalité (a) . Il faut seulement faire

-oo0oo-

(1) contra pour le droit moral : Strömholm, Le droit moral de l'auteur, t. 2, n° 108 et s. M; Strömholm conteste d'une manière générale la notion de cession du droit moral. Il nous semble nécessaire de distinguer entre les différentes prérogatives que comporte ce droit Nous partageons l'opinion de cet auteur en ce qui concerne le droit au respect de l'oeuvre, qui n'est que le droit de faire sanctionner les modifications non autorisées de l'oeuvre. On ne conçoit pas que ce droit soit transmis à un tiers. En revanche, une cession du droit de paternité est théoriquement possible, ce droit conférant à l'auteur certaines prérogatives positives; sur la nullité d'une telle cession voir infra n° 184

exception pour le droit moral de l'auteur (b).

a) - Faut il s'étonner de ce que, en pratique, on ne rencontre guère de conventions par lesquelles un individu renoncerait au droit de s'opposer à toutes les atteintes qui pourraient être portées à un aspect de sa personnalité ?

En ce qui concerne l'intégrité physique, la jurisprudence n'a jamais eu l'occasion de sanctionner une telle combinaison, dont on trouve sans doute plus d'exemples dans la littérature sadomasochiste que dans la vie quotidienne. Il va de soi, en effet, qu'on ne peut, sans abus de langage, considérer comme une renonciation au droit à l'intégrité physique la convention par laquelle une personne autorise une atteinte déterminée à son corps - ce qui est l'objet, par exemple, du contrat passé avec un médecin en vue d'une opération chirurgicale. Il n'y a pas renonciation puisque la personne conserve le droit de s'opposer à toutes les atteintes qui pourraient être ultérieurement portées à son intégrité.

Pour la même raison, ce serait pur verbalisme que de parler d'une renonciation au droit à l'image ou à l'intimité de la vie privée, à propos d'une convention par laquelle une personne autorise une publication déterminée de son image ou d'évènements se rapportant à sa vie intime. Il faut ici rappeler la jurisprudence déjà citée relative aux autorisations répétées données par les "personnes publiques". Nous avions vu que, quel que soit leur nombre, ces autorisations n'avaient qu'une portée limitée et ne valaient pas comme faits justificatifs pour des divulgations ultérieures (I). Cependant, ce n'est pas sous l'angle de la valeur justificative du consentement que les auteurs et les tribunaux posent généralement le problème : ils se demandent si, en autorisant ou en tolérant des immixtions répétées dans leur vie privée, les personnes publiques ne renoncent pas définitivement à la protection de celle-ci (2).

Bien entendu, une même réponse, négative, s'impose quelle que soit la manière de poser le problème : pas plus qu'elle ne vaut autorisation tacite pour des révélations ultérieures, une attitude de tolérance ne saurait être interprétée comme une renonciation au droit à l'intimité de la vie privée (3).

-ooOoo-

(I) voir supra Ière partie n° I56.
(2) pour cette manière de poser le problème voir par exemple : Cabannes, conclusions sur Paris I5 mai I970, D I970 - 466 (affaire Jean Ferrat) et la motivation de l'arrêt.
(3) Paris I5 mai I970 précité.

On n'imagine pas davantage en pratique une véritable cession du droit au nom patronymique (laquelle serait pourtant, nous l'avons vu, techniquement concevable), ni même une renonciation à ce droit. Certes la plupart des auteurs étudient sous la rubrique "incessibilité" ou "indisponibilité" du nom patronymique diverses conventions très fréquentes en pratique : cession de nom commercial, autorisation d'utiliser le nom comme marque ou pseudonyme, convention par laquelle un mari autorise sa femme à continuer à porter son nom après le divorce (I). Mais dans tous ces cas, le prétendu "cédant", s'il autorise un usage déterminé de son patronyme par autrui, conserve le droit de l'utiliser lui-même, et il peut toujours s'opposer à toutes les utilisations qu'il n'aurait pas spécialement autorisées. Si la personnalité de celui qui autorise ainsi l'usage de son nom peut s'en trouver affectée, nous ne sommes certainement pas en présence d'une convention qui a pour objet le droit au nom, droit de la personnalité, en lui-même.

170 - b) - Le seul droit de la personnalité qui nous semble faire l'objet, en pratique, de véritables renonciations ou même de cessions est, en définitive, le droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique. La protection des intérêts moraux de l'auteur ne va pas toujours de pair, en effet, avec les nécessités de l'exploitation patrimoniale de l'oeuvre : M. R. Savatier a souligné, dans plusieurs écrits, "l'incompréhension innée de Mercure et des Muses" (2). Le cessionnaire des droits patrimoniaux d'exploitation de l'oeuvre, qui fournit à l'auteur les moyens matériels de la création, aura tendance, pour assurer la rentabilité de l'exploitation, à flatter les goûts du public, ce qui implique de faire disparaître ce qu'il y a de plus original dans la personnalité du créateur. C'est dans cette optique qu'interviendront en pratique maintes renonciations au droit moral de l'auteur. Ces renonciations seront surtout fréquentes là où les intérêts patrimoniaux sont les plus considérables, notamment dans le cadre des oeuvres collectives. C'est pourquoi la plupart des exemples nous sont offerts par le monde du cinéma et celui du journalisme.

Dans le domaine de la création cinématographique, on rencontre surtout des renonciations au droit au respect de l'oeuvre. C'est ainsi

-ooOoo-

(I) Colin-Capitant t.I, 1953 n° 462 ; Planiol-Ripert t I n° 119 ; Mazeaud de Juglart t I n° 557.

(2) voir notamment, de cet auteur : Le droit de l'art et des lettres, LGDJ 1953, spec. n°38et s. -note sous Aix 23 février 1965, D 1966 - 166
comp. Champaud, Apollon et Mercure, RIDA juillet 1969, p.3

que le producteur se réserve parfois le droit de procéder, sans l'accord du metteur en scène, à toute modification ou coupure dans un film (I). Il faut également rappeler ici les clauses, fréquentes dans les contrats d'adaptation cinématographique, par lesquelles l'auteur de l'oeuvre originaire laisse toute liberté à l'adaptateur et s'interdit de protester contre toute modification ou dénaturation de son oeuvre. Ces clauses, que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier sous l'angle de la valeur justificative du consentement de l'auteur aux atteintes à l'intégrité de son oeuvre (2), constituent bien, si on les envisage en tant qu'actes juridiques, de véritables renonciations à une prérogative du droit moral.

On a douté, à la vérité, qu'il s'agisse bien là, à proprement parler, d'une renonciation au "droit au respect de l'oeuvre" : certains auteurs ont fait remarquer, en effet, que l'oeuvre originale n'est pas modifiée par l'adaptation ; celle-ci permet seulement "de créer à côté de l'oeuvre originale qui, quoi qu'il arrive, demeurera intacte et intangible, une oeuvre nouvelle, inspirée de la première et s'y rattachant plus ou moins étroitement, mais nécessairement différente" (3). Le droit au respect, en conséquence, ne serait d'aucun secours à l'auteur de l'oeuvre adaptée, et la clause autorisant toutes modifications n'est pas une renonciation à ce droit (4).

Il y a là, en réalité, le type même du faux problème qui trouve son origine dans la théorie des droits de la personnalité. Même si l'adaptation n'implique aucune atteinte à l'intégrité de l'oeuvre, il est certain qu'une adaptation infidèle peut porter atteinte aux intérêts moraux de l'auteur, dans la mesure où l'oeuvre originaire et l'oeuvre dérivée ne sont pas totalement indépendantes. En l'absence de clause, l'auteur pourrait se plaindre d'une telle atteinte à ses intérêts moraux sur le fondement de la responsabilité délictuelle qui permet une protection générale de la personnalité ; peu importe que cette action en responsabilité apparaisse comme la mise en oeuvre du "droit au respect" à proprement parler, puisque de toute façon la protection des intérêts moraux de l'auteur ne doit pas être limitée aux seuls "droits" énumérés par la loi de 1957. Et, si la clause autorisant des modifications indéterminées de l'oeuvre n'est pas vraiment

-ooOoo-

(1) Paris 20 janvier 1971, D 1971-J-307, conclusions Lecourtier (affaire du film "Le Grabuge").
(2) voir supra, 1ère partie, n° 155 et les arrêts cités.
(3) Trib. civ. Seine 23 juillet 1933, D H 1933 - 533.
(4) dans ce sens Renauld, Droit d'auteur et contrat d'adaptation, p.
contra : Desbois n° 637 bis.

une renonciation au "droit au respect", elle est une renonciation à la protection des intérêts moraux de l'auteur. Quelque soit la qualification qu'on lui donne, elle apparaît contraire à l'ordre public.

I7I - On rencontre également en pratique, notamment dans le domaine du journalisme, des renonciations au droit de paternité. Ces renonciations sont surtout le fait d'auteurs salariés. Contrairement à un certain courant doctrinal et jurisprudentiel qui, avant I957, niait l'existence de la qualité d'auteur chez le salarié (I), la loi du II mars I957 affirme, dans son article Ier al. 2, que "la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa premier" (c'est à dire du droit d'auteur avec toutes ses prérogatives patrimoniales et morales). Mais, en pratique, les contrats contiendront des clauses tendant à faire abandonner, par le salarié ou l'auteur travaillant sur commande, ces droits qui lui sont maintenant reconnus par la loi. La jurisprudence a eu ainsi à connaître de nombreux exemples de clauses acceptées par des journalistes ou des photographes de presse et contenant une renonciation pure et simple à leur droit de paternité sur leur contribution au journal (2). En revanche, aucune décision, à notre connaissance, n'a eu à se prononcer sur les conventions passées par les "nègres", qui constituent de véritables cessions du droit de paternité. De telles conventions, par lesquelles un auteur accepte de rédiger un ouvrage qui sera signé par un tiers, sont fréquentes en pratique (3). L'absence de jurisprudence s'explique simplement par le fait que le "nègre", même s'il peut prouver sa contribution à l'oeuvre, a tout intérêt, sur le plan pécuniaire, à rester dans l'anonymat.

-ooOoo-

(I) voir par exemple Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique 3ème ed, I908, n° I2I - Trib. civ. Nantes 27 mars I905, D P I907-2-297 ; Paris 29 novembre I932, Ann I935-204 - les décisions sont parfois citées comme ayant admis la validité des renonciations au droit de paternité (Plaisant, J Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc 6. n° 6) ; en réalité elles considèrent seulement que la qualité d'auteur naît, ab initio, dans la personne de l'employeur ou de celui qui a commandé l'oeuvre. Dès lors, l'auteur n'a pas à renoncer à un droit qu'il n'a jamais eu.

(2) voir par exemple TGI Seine 3 24 novembre I967 et Paris I7 mai I969, D 69-J-703, TG.I.Paris 3 juillet I969, ibid - Pour une description des usages professionnels dans le monde du journalisme voir : J M Leloup, Le journal, les journalistes et le droit d'auteur, I96I, n° I62 et s., n° I77 et s. G. Bonnet, L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique, thèse, Paris, I966, p.2I7 et s. ; Frémond, Le droit de la photographie, Dalloz, I973, n° II8 et s.

(3) on peut penser que ces conventions sont devenues particulièrement fréquentes avec la vogue actuelle des "mémoires" des personnalités du spectacle, qui sont en réalité l'oeuvre d'écrivains professionnels (dont le nom n'est pas toujours mentionné)

I72 - La jurisprudence a eu également à connaître de certaines renonciations au droit moral dans les contrats dit"de mécénat"(I).Il s'agit de contrats par lesquels un marchand de tableaux s'engage à faire connaître au public et à commercialiser la production d'un jeune peintre, en s'en assurant en contrepartie l'exclusivité et en imposant à l'artiste un certain rythme de production. Il n'est pas rare que ces contrats comportent également l'abandon, par le peintre, de certaines prérogatives de son droit moral. Ainsi la cour de Paris a été amenée à se prononcer sur la validité d'un contrat par lequel le "mécène" se réservait le droit de détruire certaines des toiles qui devaient lui être présentées chaque mois par le peintre, celui-ci s'engageant de son côté à signer d'un pseudonyme les toiles que le marchand déciderait de commercialiser. Il y avait donc à la fois, dans ce contrat, renonciation au droit de divulgation, au droit au respect et au droit de paternité ! (2)

En dehors même de telles clauses, les tribunaux ont parfois condamné, au nom de l'indisponibilité du droit moral les contrats de mécénat imposant à l'artiste un rythme de production jugé excessif (3). Cependant cette motivation est discutable : même si le rythme de production excessif peut entraver la liberté créatrice de l'artiste, et si le contrat qui l'impose, peut, en conséquence, être condamné au nom de l'impératif de protection de la personnalité, on voit mal en quoi un tel contrat constitue un "acte de disposition" du droit moral (4).

On voit ici que l'idée d'indisponibilité des droits de la personnalité est utilisée d'une manière assez large, non seulement à propos des conventions qui ont pour objet les droits de la personnalité, mais encore à propos de conventions désignées habituellement comme "relatives aux droits de la personnalité". - terme vague qui, nous allons maintenant le montrer, recouvre une catégorie de conventions bien difficile à délimiter.

-ooOoo-

(I) Vergnaud, Les contrats entre peintres et marchands de tableaux, thèse, Paris, I957. et Les droits du peintre sur son oeuvre, J.C.P. 66-I-I975 ; Sarraute, Peintres et marchands de tableaux, G P I965-Ier sem. doct. 92 ; P. Kayser, Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit "de mécénat", Etudes offertes à A. Audinet, p. I29 et s.
(2) Paris I5 décembre I966, D I967 - 284.
(3) Aix 23 février I965, D I966 - I66 note R. Savatier.
(4) dans ce sens Kayser op cit n° I2 ; Cornu , obs Rev. trim. dr. civ. I967 p. I89 n° 5.

SECTION 2 - LES CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE LATO SENSU.

I73 - Parce qu'elles sont souvent étudiées à tort sous la rubrique "indisponibilité des droits de la personnalité" nous avons déjà rencontré un certain nombre de ces conventions : conventions relatives à l'intégrité corporelle, cessions de nom, contrats relatifs à l'image ou à une oeuvre littéraire et artistique...

Il apparaît assez vite qu'il est très artificiel de regrouper ces conventions sous le vocable de "conventions relatives aux droits de la personnalité". On se trouve en effet en présence d'un groupe de conventions à la fois très hétérogène (A), et sans limites précises (B).

A - L'hétérogénéité du groupe des conventions relatives aux droits de la personnalité.

I74 - A côté des conventions qui ont pour objet, stricto sensu, un droit de la personnalité, certains auteurs regroupent les conventions comportant "une cession restreinte de l'exercice des droits de la personnalité" (I) ou encore "un aménagement volontaire" de cet exercice (2). Mais il s'agit là, à notre avis, d'artifices de langage qui dissimulent mal la grande variété des conventions étudiées sous ce vocable. Celles-ci sont, en effet, tantôt des conventions génératrices d'obligations de faire (a), tantôt des contrats translatifs **d'un droit (b).**

I75 - a) - Certaines conventions sont dites "relatives aux droits de la personnalité" dans la mesure où elles sont génératrices d'obligations de faire dont l'exécution porte ou risque de porter atteinte à la personnalité de l'une des parties. Ce peut être tout d'abord le contractant dont les intérêts personnels sont en cause qui s'oblige : c'est le cas de l'artiste qui s'engage à réaliser et à livrer une oeuvre de commande, alors qu'il ne sait pas, ni s'il aura l'inspiration créatrice **nécessaire, ni si l'oeuvre achevée lui paraîtra digne.**

-ooOoo-

(I) Nerson, thèse précitée, n° I93 p. 429 ; comp. Michaelides Nouaros, Le droit moral de l'auteur, précité, n° 50.
(2) Tallon op cit n° I30.

d'être divulguée. C'est encore, dans un domaine très différent, le cas du boxeur qui s'engage à participer à un combat où son intégrité corporelle est mise en cause.

Mais, dans d'autres hypothèses, c'est, à l'inverse, le contractant dont la personnalité peut être atteinte, qui est le créancier de l'obligation : ainsi dans le contrat médical, c'est le médecin qui s'engage à intervenir, si nécessaire, sur le corps de son patient, celui-ci n'étant tenu que d'obligations d'ordre pécuniaire. D'emblée, on conçoit que ce type de convention ne puisse être totalement assimilé au précédent, ni au point de vue de sa validité, ni au point de vue de son régime juridique.

176 - b) - A côté de ces conventions génératrices d'obligations de faire, qui ne sont pas elles-mêmes homogènes, on rencontre parmi les conventions dites"relatives aux droits de la personnalité", certains contrats translatifs de droit. Mais ce n'est pas, comme dans certaines hypothèses déjà étudiées (I), le droit de la personnalité lui-même qui est cédé.

C'est ainsi que, lorsqu'une personne vend ses cheveux, son lait, ou donne son sang, on ne voit pas comment analyser la convention autrement que comme une cession d'un droit que la personne a sur les parties ou sur les produits de son corps - ceci quelles que soient les controverses qui peuvent surgir sur la nature du droit cédé, ou sur son caractère patrimonial ou extrapatrimonial (2).

Dans un domaine très différent, les conventions par lesquelles un individu autorise un tiers à se servir de son nom, si elles n'impliquent aucune transmission du droit au nom lui-même (3), n'en apparaissent pas moins comme des cessions d'un droit d'usage portant sur le nom (par exemple le droit d'utiliser le nom comme marque, comme nom commercial...)

Les conventions sur l'image, souvent citées mais rarement analysées, entrent également dans cette catégorie de contrats translatifs de droits. Certes, dans un premier temps, le modèle assume une obligation de faire, qui consiste à se soumettre aux séances de pose pour permettre la réalisation de l'image. Mais l'objet principal du contrat n'est pas là : il s'agit avant tout de permettre au cocontractant une utilisation

-ooOoo-

(I) voir supra Section I.
(2) voir infra n° 204 et s.
(3) voir supra n° I68.

déterminée de l'image ainsi réalisée, utilisation qui interviendra à un moment où le modèle aura exécuté son obligation. A priori cette possibilité pour le cocontractant d'utiliser licitement l'image, apparaît simplement comme l'effet, non du contrat en tant qu'acte juridique, mais du consentement du modèle, envisagé comme fait justificatif. Cette explication ne saurait cependant être retenue : le consentement, en tant que fait, n'a de valeur justificative que pendant le temps où il est maintenu ; en l'absence de véritable contrat entre la personne représentée et l'auteur de la publication, le modèle peut, au moins tant que la publication n'est pas intervenue, retirer l'autorisation qu'il a d'abord donnée ; la publication qui irait contre ce retrait de l'autorisation serait illicite. On ne peut admettre la même solution pour le modèle professionnel, qui a passé un véritable contrat : même si l'on devait admettre, dans un souci de protection de la personnalité de ce modèle, qu'il puisse, dans certains cas, empêcher ou faire interrompre une publication de son image à laquelle il a d'abord consenti, il est certain que cette révocation ne saurait s'opérer librement et sans contrepartie (I). C'est qu'au delà du consentement du modèle qui, en tant que fait, rend licite la publication de l'image tant qu'il est maintenu, le contrat comporte la cession d'un droit d'exploitation de l'image, cession sur laquelle le modèle ne peut revenir librement. On fera observer à nouveau que, ce qui est cédé, ce n'est pas, bien entendu, le droit à l'image, droit de la personnalité : ce n'est pas la faculté de décider discrétionnairement si et à quelles conditions l'image sera divulguée, qui est conférée au cocontractant, c'est seulement le droit d'utiliser une image déterminée de la personne. La même analyse vaut, à notre avis, pour le contrat par lequel une personne cède à un journal ou à un éditeur le droit de publier des informations ou des souvenirs relatifs à sa vie privée.

177 - Il faut encore mettre à part, parmi les conventions citées comme "relatives aux droits de la personnalité" les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité pour les dommages causés à la personne, spécialement à l'intégrité corporelle. Pour la plupart des auteurs, ces clauses s'analysent en une renonciation anticipée au droit de demander réparation ; mais il est parfois difficile d'en distinguer les clauses qui limitent l'obligation pesant normalement sur le débiteur (2). Dès lors, étudier les clauses de non-responsabilité parmi les conventions relatives aux droits de la personnalité (3) ne contribue guère à renforcer l'homogénéité de cette catégorie.

-ooOoo-

(I) sur ce problème du"droit de repentir" du modèle voir infra n° 224 et s. à propos de la force obligatoire des conventions sur la personne.

(2) sur cette distinction maintenant classique voir P. Durand, Des conventions d'irresponsabilité, thèse, 1931 - et supra n° 39.

(3) Josserand, Cours de droit civil 3ème ed. t II n° 479 ; Mazeaud-Tunc, t III, n°2275 ; Tallon, op cit, n° 131 Mimin, note sous Civ. 2 août 1950, D 1951 - 581.

Cette classification est d'ailleurs loin d'être unanimement admise. Beaucoup d'auteurs distinguent nettement les clauses d'irresponsabilité pour les dommages corporels, des conventions qui ont directement pour objet une atteinte au corps humain. Le principe d'indisponibilité de la personne humaine ne s'appliquerait qu'à ces dernières (I). Ces hésitations marquent le souci d'un certain nombre d'auteurs de conserver une certaine unité du groupe des conventions relatives aux droits de la personnalité. Mais elles révèlent en même temps, l'imprécision des limites de ce groupe.

B - Les limites imprécises du groupe des conventions relatives aux droits de la personnalité.

I78 - Derrière la disparité de structure des contrats qui viennent d'être décrits, on peut sans doute discerner un point commun : toutes ces conventions, par les obligations qu'elles font naître ou par les droits qu'elles transfèrent, ont des incidences directes sur la personnalité de l'un au moins des contractants.

Mais comment cela permettrait-il de délimiter une catégorie particulière de conventions ? Il est clair, en effet, que toute convention affecte, de près ou de loin, la personnalité des parties. Tout contrat de louage de services, par exemple, dans la mesure où il impose au salarié un certain rythme de vie, un lieu de résidence déterminé, met en cause la personnalité de celui-ci (2). Même un contrat de vente, dont l'objet est éminemment patrimonial peut avoir des répercussions sur la personnalité des parties, si, par exemple, le bien vendu est un souvenir de famille (3).

Il n'est pas question de mettre à part les conventions touchant les seuls aspects de la personnalité qui sont protégés par les "droits de la personnalité" traditionnels : droit à l'intégrité physique, droit au nom, droit à l'image et à l'intimité de la vie privée, droit moral de l'auteur. En effet, nous savons que la catégorie des droits de la personnalité n'est pas une catégorie fermée et que, contrairement à ce que pourrait laisser croire l'énumération, parfois tentée en doctrine, de ces "droits", tous les aspects de la personnalité sont protégés en droit français (4). Dès lors il

-ooOoo-

(I) Chauveau, note sous Civ^{I} 3 juin I970, D I97I-373.
(2) cf Ripert, Les forces créatrices du droit p.
(3) sur les souvenirs de famille voir Demogue, Les souvenirs de famille et leur condition juridique, Rev. trim. dr. civ.1928 p.27; Lindon, Les droits de la personnalité, précit p.225 et s.
(4) voir supra, Introduction n° 6.

n'y a pas de raison de distinguer les conventions qui concernent l'intégrité corporelle, la vie privée etc... d'une personne, de celles qui mettent en cause, par exemple, son honneur, sa pudeur, ou ses affections.

179 - Même d'ailleurs si on voulait se limiter, très artificiellement, à certains aspects de la personnalité, le champ des conventions qui y ont trait reste immense. Etudiant les seules "conventions relatives à la personne physique" (I), Mme Mayer-Jack soulignait la nécessité de définir précisément l'objet de l'étude, car toutes les conventions intéressent plus ou moins la personne physique. Au sens large, il faudrait y comprendre "tous les accords de volonté d'où naissent des obligations d'accomplir des actes matériels, d'exercer des activités dont le corps humain est nécessairement l'instrument, tous les louages de services, presque tous les louages d'ouvrage..." (2).Mme Mayer-Jack se proposait finalement de n'étudier que "les conventions dans lesquelles l'objet d'une au moins des obligations stipulées concerne expressément la personne physique" (3). Mais elle y incluait, non seulement les conventions ayant pour objet une prestation matérielle à accomplir sur le corps d'un contractant, mais aussi celles qui comportent des obligations dont "l'exécution présente un risque plus grave qu'à l'ordinaire quant à l'intégrité corporelle d'un contractant, et tel que les parties ont dû nécessairement envisager l'accident probable lors de leur accord" (4). L'embarras et l'imprécision de cette formule traduit l'incertitude du critère, et les difficultés que l'on rencontre à vouloir délimiter une catégorie spécifique de conventions relatives à la personne physique.

Le même problème de délimitation se pose pour les autres aspects de la personnalité qui sont censés faire l'objet de conventions particulières. Pourquoi, par exemple, ne pas considérer que le contrat médical est un contrat relatif à l'intimité de la vie privée, dans la mesure où il implique certaines confidences d'ordre intime faites au médecin ? De même, pourquoi limiter la catégorie des conventions relatives au droit à l'image aux contrats passés par les modèles professionnels ? Ne faudrait-il pas y inclure également tous les contrats d'engagement des acteurs cinématographiques, puisqu'ils impliquent la diffusion de leur image dans le public ? Or, à notre connaissance, aucun auteur n'a songé à contester la validité de ces

-ooOoo-

(I) A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. jur. I933, p. 362.
(2) ibid n° 3 p. 367 ; voir aussi Rodière note J.C.P. 54-II-8094 ; Chauveau, note D 7I - 373.
(3) ce critère est repris par Nerson, thèse précitée, n° I86 p. 4I0.
(4) A. Jack, op cit, n° 3, p. 368.

contrats, ni à leur appliquer le prétendu régime particulariste des "conventions relatives aux droits de la personnalité".(1)

Il peut paraître surprenant que la doctrine puisse poser un principe général de nullité, ou définir un régime exorbitant du droit commun pour une catégorie de conventions dont les contours sont aussi mal délimités. Aussi bien une telle incertitude dans la définition des conventions "relatives aux droits de la personnalité" fait elle sérieusement douter du mérite des thèses qui affirment la spécificité des règles applicables à ces conventions.

-ooOoo-

(1) sur les contrats passés par les acteurs, voir : P. Chesnais, L'acteur, Lib. techniques, 1957 ; F.Furkel, Le statut juridique de l'acteur cinématographique, thèse, Strasbourg, 1972 (ed.Carl Heymanns Verlag, Köln, 1974)

CHAPITRE DEUXIEME - LES REGLES APPLICABLES AUX "CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE" (I).

180 - Si la doctrine française conçoit les conventions "relatives aux droits de la personnalité" comme une catégorie autonome de conventions, c'est, semble-t-il, pour leur appliquer des règles spécifiques. Cependant toute l'évolution doctrinale a tendu à faire douter de cette spécificité : depuis longtemps déjà la plupart des auteurs ont renoncé à l'idée que ces conventions se différenciaient de celles du droit commun quant à leur validité (SECTION I) et l'affirmation qu'elles obéissent à un régime juridique spécial (SECTION 2) est aujourd'hui de plus en plus incertaine.

SECTION I - LA VALIDITE DES "CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE".

181 - Nous avons vu que, parmi les conventions étudiées, on ne pouvait mettre à part, avec certitude, que celles qui ont pour objet les droits de la personnalité eux-mêmes, à savoir les cessions et renonciations portant sur ces droits. Cela est confirmé par le fait que seules ces conventions sont frappées d'un principe général de nullité (§ I), les autres conventions "relatives aux droits de la personnalité étant valables dans des limites qui sont celles du droit commun (§ 2).

§ I - Les cessions et renonciations portant sur les droits de la personnalité.

182 - La nullité de ces cessions et renonciations, qui constituent des actes de disposition portant sur les droits de la personnalité, est la traduction directe de l'indisponibilité de ces droits, stricto sensu. Cette nullité semble aisée à justifier : les droits de la personnalité sont inséparables de la personne de leur titulaire, parce qu'on ne peut concevoir, dans l'état actuel de notre

-ooOoo-

(I) nous n'employons plus cette expression, dont nous avons montré l'inexactitude et l'imprécision, que par commodité.

civilisation, un individu dont l'honneur, la vie privée, l'intégrité corporelle... ne feraient l'objet d'aucune protection. "Sans ces droits, estimait Amiaud, on ne peut concevoir de vie digne d'être vécue" (I) ; M. Tallon note, de même, que se dépouiller irrévocablement de ces droits est aussi inconcevable que de renoncer à sa personnalité juridique (2). Les mêmes arguments justifient d'ailleurs non seulement l'inaliénabilité mais aussi l'imprescriptibilité des droits de la personnalité, affirmée par une doctrine unanime : pas plus que ces droits ne peuvent être abandonnés volontairement, ils ne peuvent se perdre par le non-usage (3).

Cependant, la nullité des cessions et renonciations portant sur les droits de la personnalité n'a qu'une portée pratique très limitée, puisque, nous l'avons vu, ces actes sont extrêmement rares ; le plus souvent, parler de"cessions" à propos des droits de la personnalité n'a même aucun sens (4). Ce n'est que pour le droit moral de l'auteur que de tels actes sont concevables, et c'est donc dans ce seul domaine que nous allons pouvoir vérifier, en droit positif, l'affirmation doctrinale de l'indisponibilité, stricto sensu, des droits de la personnalité.

S'agissant du droit moral de l'auteur, l'indisponibilité n'est pas seulement une formule doctrinale. Faisant écho à de nombreuses décisions jurisprudentielles antérieures, l'article 6 de la loi du II mars I957 dispose que le droit moral est inaliénable et attaché à la personne. Et il apparaît assez vite qu'il ne s'agit pas là d'affirmations purement formelles : avant comme après I957, la jurisprudence a toujours tiré des conséquences précises de ce principe d'inaliénabilité, aussi bien à propos des renonciations au droit au respect (a) que des renonciations au droit de paternité (b) .

183 - a) - Les renonciations au droit au respect de l'oeuvre ne nous retiendront pas longtemps. C'est en effet surtout dans les contrats d'adaptation cinématographiques des oeuvres littéraires que l'on trouve de telles renonciations, et le problème qui se pose n'est pas le plus souvent celui de leur validité en tant qu'actes juridiques, mais celui de la valeur justificative du consentement donné par l'auteur de l'oeuvre adaptée. Nous avons donc déjà eu l'occasion de signaler que ce consentement ne vaut pas comme fait justificatif s'il porte sur des modifications indéterminées de l'oeuvre (5). Il faut donc considérer, a fortiori, qu'une clause autorisant des modifications indéter-

-ooOoo-

(I) Travaux de l'Association Henri Capitant I947, Recueil I948 p. 82.
(2) Tallon, Enc. Dalloz V° Droits de la personnalité n° I27.
(3) Tallon op cit n° I28 ; Nerson thèse précitée n° I94 et s.
(4) voir supra n° I67.
(5) voir supra n° 155.

minées de l'oeuvre est parfaitement nulle en tant qu'acte juridique de renonciation au droit au respect. C'est dire que l'auteur pourra, en invoquant la nullité du contrat, faire interrompre l'adaptation de son oeuvre, ou s'opposer aux modifications qui doivent y être apportées. C'est ainsi que dans l'affaire Fantomas, déjà citée, l'auteur des oeuvres adaptées ne demandait pas des dommages-intérêts pour les adaptations déjà réalisées - ce qui aurait posé le problème de la valeur justificative de son consentement - mais prétendait faire interrompre la série d'adaptations prévues au contrat (I).

184 - b) - Le problème de la validité des renonciations au droit de paternité mérite de plus longs développements car il se pose toujours sous l'angle de la validité de la renonciation en tant qu'acte juridique. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir si l'auteur peut demander réparation pour la publication anonyme de son oeuvre lorsqu'il l'a autorisée. La question est, très différemment, de savoir si l'auteur peut mettre fin à cette publication anonyme alors qu'il s'est engagé à ne pas révéler sa paternité.

Avant I957, une certaine partie de la doctrine proposait de distinguer selon le but poursuivi par les parties, et de n'annuler que les renonciations répondant à un mobile illicite ou immoral : dans cette conception, il fallait considérer comme licites, par exemple, les abdications du droit de paternité consenties par les auteurs participant à l'élaboration d'une oeuvre collective (journal, encyclopédie), car de telles clauses permettent d'assurer une certaine unité de l'oeuvre ; par contre, les conventions passées par des "nègres", destinées à tromper le public, devaient être déclarées nulles (2).

La jurisprudence n'a jamais suivi cette thèse, et elle a toujours affirmé la nullité de toute renonciation au droit de paternité : l'auteur qui a accepté de laisser publier son oeuvre sous l'anonymat ou sous la signature d'un tiers peut, à tout moment et nonobstant toute clause contraire, exiger que sa paternité soit révèlée et mentionnée lors des reproductions ultérieures de l'oeuvre (3).

-ooOoo-

(I) T.G.I. Paris 7 janvier I969 précité supra n° I55 - voir aussi Paris 20 janvier I97I, précité (affaire du film Le Grabuge : le réalisateur qui avait consenti d'avance, à ce que le producteur procède librement à toutes les modifications du film, s'est vu reconnaître le droit de s'opposer à ce que ces modifications aient lieu).

(2) dans ce sens voir notamment Michaelides-Nouaros, Le droit moral de l'auteur n° 49 et s., spec. p. 56.

(3) Paris I5 novembre I966 précité (contrat de mécénat), T.G.I. Seine 24 novembre I967 et Paris I7 mai I969, D I969-J-703 (photographes de presse), T.G.I. Paris 3 juillet I969, D 69-J-703 (infirmé par Paris 30 juin I970, G P 70-2-66 mais sur le fondement du caractère documentaire des photographies publiées, excluant l'application de la loi de I957.

185 - Cette jurisprudence est généralement approuvée par la doctrine (I), mais certains auteurs en donnent une présentation ambigüe : les conventions d'anonymat seraient valables, mais elles pourraient être révoquées à tout moment par l'auteur (2). Cette interprétation paraît confirmée par certaines formules jurisprudentielles : ainsi, un jugement du tribunal de Paris fait état d'une "convention d'anonymat temporaire" (3). Et le législateur lui-même, dans l'article 53 al. 3 de la loi du II mars I957, dispose, à propos du contrat d'édition, que l'éditeur doit "sauf convention contraire, faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur".

En réalité, comme le remarque M. Huguet (4), il s'agit là d'une "expression malheureuse" ; l'auteur, en effet, "ne convient" pas avec l'éditeur, il décide que son nom ou son pseudonyme figurera sur l'oeuvre, il décide qu'il publiera sous l'anonymat" et il peut, à tout moment, revenir sur cette décision.

Parler à ce propos d'une convention d'anonymat, valable mais révocable, repose sur une confusion caractéristique entre le consentement de l'auteur envisagé comme fait justificatif de la non-révélation de sa paternité, et la convention comportant renonciation au droit de paternité, envisagée comme acte juridique. Le problème illustre parfaitement la distinction que nous avons essayé de mettre en oeuvre au niveau du plan général de notre étude. La valeur justificative du consentement de l'auteur est certaine : tant qu'il ne s'oppose pas à la publication anonyme ou pseudonyme de son oeuvre, cette publication est parfaitement licite ; elle ne constitue pas une atteinte au droit de paternité dont l'auteur pourrait demander réparation. Cela est d'autant plus évident que la loi de I957 organise le statut des oeuvres publiées sous l'anonymat ou sous un pseudonyme. Mais, en raison de l'inaliénabilité du droit moral, l'anonymat ou le pseudonyme ne peuvent faire l'objet d'aucune convention valable entre l'auteur et l'éditeur de l'oeuvre : c'est pourquoi l'auteur peut à tout moment révéler sa paternité. Il n'y a là aucune révocabilité de la convention contenant une renonciation au droit de paternité, mais simplement la conséquence de la nullité d'une telle convention.

-ooOoo-

(I) Desbois, Le droit d'auteur n° 43I et s. ; Françon, La liberté contractuelle et le droit d'auteur, D I976 chr. p. 55 et s. I,B ;Parisot, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur, D I972-7I n° I9 et s.
(2) dans ce sens R. Plaisant, J Cl Propriété littéraire et artistique fasc. 8 n° I2 et note au J.C.P. I970 - II - I64I5.
(3) T.G.I. Paris I3 décembre I968, D I969-J-702.
(4) Huguet, L'ordre public et les contrats relatifs au droit d'auteur, n° I02.

186 - Il ne fait donc aucun doute qu'en droit positif, les cessions et renonciations portant sur le droit moral de l'auteur sont nulles. Il y a là une véritable application de l'indisponibilité des droits de la personnalité.

On peut, dès lors, s'étonner qu'un important courant doctrinal conteste l'inaliénabilité du droit moral : pour M. René Savatier, la règle posée par l'article 6 de la loi de I957 est constamment démentie en pratique (I). M.Parisot estime, quant à lui, que la notion d'inaliénabilité ne doit pas être entendue de manière trop absolue, et qu'elle subit des atténuations justifiées par l'intérêt de l'auteur lui-même, ou par le souci de respecter les droits de son cocontractant (2). Ces auteurs citent, pour étayer leurs affirmations, diverses conventions comme le contrat de commande d'une oeuvre, les contrats d'adaptation (3).

En réalité, ces contrats, s'ils limitent les prérogatives personnelles de l'auteur, ne constituent pas à proprement parler des renonciations au droit moral, encore moins des cessions de ce droit. Certes, l'auteur qui travaille sur commande s'engage à livrer, donc à divulguer son oeuvre ; mais nous verrons qu'il ne peut y être contraint, et que son refus ne peut être sanctionné que par des dommages-intérêts (4), ce qui montre qu'il n'a pas renoncé à son droit de divulgation. En dehors des clauses illicites étudiées plus haut, qui tombent précisément sous le coup de l'inaliénabilité du droit moral, le contrat d'adaptation ne constitue nullement une renonciation au droit au respect de l'oeuvre, dans la mesure où l'auteur n'autorise que des modifications déterminées ou limitées de son oeuvre.

On retrouve donc, chez les auteurs qui contestent l'inaliénabilité du droit moral, la confusion, déjà dénoncée à un niveau plus général entre les conventions qui ont vraiment pour objet un droit de la personnalité et les autres conventions "relatives aux droits de la personnalité". Si la nullité des premières est certaine, il nous apparaît impossible de poser, à propos des secondes, le même principe général de nullité.

-ooOoo-

(I) R. Savatier, Le droit de l'art et des lettres, n° I8 et I25 ; commentaire de la loi de I957, au J.C.P. I957-I-I398 n° 43.
(2) article précité n° I et I4.
(3) ibid n° I6.
(4) voir infra n° 222 et s.

§ 2 - Les autres conventions relatives aux droits de la personnalité.

187 - L'idée, exprimée en I909 par E. H. Perreau, selon laquelle les droits de la personnalité sont, non seulement incessibles au sens strict, mais plus généralement hors du commerce, insusceptibles de conventions (I), a profondément marqué la tradition doctrinale française. Cela est d'autant plus surprenant que ce principe n'a jamais vraiment rendu exactement compte des solutions du droit positif, et qu'il y correspond de moins en moins.

Tous les auteurs, s'accordent aujourd'hui à considérer qu'il existe, en droit positif, de nombreuses conventions valables relatives aux droits de la personnalité (A). Cela, cependant, ne signifie pas que la doctrine ait complètement abandonné l'idée que ces conventions sont, en principe, frappées de nullité (B).

A - Les conventions valables en droit positif.

188 - Il faut remarquer une certaine évolution du droit positif. Historiquement certains aspects de la personnalité ont paru particulièrement "intouchables" au point de ne pouvoir être concernés par une veritable convention, quelle qu'en soit l'utilité. Nous retrouvons ici, à propos des conventions sur le corps humain (a) le phénomène de sacralité déjà rencontré à propos des atteintes consenties à l'intégrité physique. La validité de conventions relatives aux autres aspects de la personnalité a été reconnue avec beaucoup moins de difficulté (b).

189 - a) - Le contrat médical offre un exemple caractéristique des difficultés soulevées dans le droit positif par l'idée d'une véritable convention sur le corps humain. Alors même que la valeur justificative du consentement du malade aux atteintes à son corps ayant un but curatif a toujours été admise sans difficulté (2), on a douté pendant longtemps de l'existence d'un véritable contrat entre le malade et son médecin. Certes, la jurisprudence, dès le XIXème siècle, admettait que le médecin avait contre son malade une action contractuelle en paiement de ses honoraires (3). Mais, sans prendre garde au curieux déséquilibre

-ooOoo-

(I) Perreau, article précité à la Rev. trim. dr. civ. I909 p. 5I7.
(2) voir supra Ière partie n° II5.
(3) Req. 2I août I839, S I839-I-663, Civ. 8 février I932, D H I932-202.

qui en résultait, les tribunaux se refusaient à mettre à la charge du médecin une obligation contractuelle de donner des soins au malade. En conséquence, la responsabilité du médecin ne pouvait être engagée que sur le fondement des articles I382 et I383 du Code civil (I). Il fallut attendre le célèbre arrêt de la chambre civile du 20 mai I936 (2) pour que soit reconnu "qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement de donner des soins... consciencieux, attentifs et, sauf circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation d'une obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature". La solution antérieure, difficilement justifiable sur un plan rationnel, ne pouvait s'expliquer que par une répugnance instinctive à considérer qu'un contrat puisse faire naître une obligation mettant directement en cause l'intégrité corporelle - indépendamment de l'utilité que pouvait présenter un tel contrat.

190 - Des réticences semblables ont pu se manifester, à une certaine époque, à l'encontre de conventions ayant pour objet l'utilisation de produits ou de parties séparées du corps. A cet égard, on peut rappeler qu'en droit romain la vente de son lait par une nourrice n'était pas, au moins à l'origine, considérée comme un contrat : la nourrice s'obligeait à donner des soins à l'enfant mais elle ne donnait son lait que si elle y consentait et elle n'avait aucune action contractuelle pour obtenir la rémunération de cette dernière prestation (3). Beaucoup plus près de nous, il faut citer les premiers développements doctrinaux relatifs à la transfusion sanguine : Lachèze, auteur d'une thèse sur ce sujet en I924, ne doutait pas un seul instant du caractère licite de cette opération ; en revanche, il n'admettait pas qu'elle puisse faire l'objet d'un véritable contrat (4). Cet auteur se fondait sur l'indétermination de l'objet du contrat, la quantité de sang à transfuser n'étant pas connue à l'avance. En réalité, derrière ces arguments contestables, on reconnaît la répugnance à admettre qu'une partie du corps puisse faire l'objet d'un acte juridique véritable (5).

-ooOoo-

(I) Demolombe, Contrats, t 8 n° 469 ; Guillouard, Traité du louage t 2 n° 696 ; Aubry et Rau dans les premières éditions jusqu'à la 5ème par Bartin t 6 § 446 p.373.
(2) D P I936-I-96 rapport Josserand, concl. Matter note EP.
(3) Decocq thèse précitée n° 38.
(4) Lachèze, La transfusion de sang au point de vue juridique, p. 70 et s.
(5) Decocq, thèse précitée n° 93.

Ces réticences sont aujourd'hui dépassées. Il n'y a aucune raison de ne pas considérer la vente de lait, règlementée par les articles I70 à I75 du Code de la santé publique, comme une opération de nature contractuelle. Quant à la fourniture de sang humain, certains auteurs, comme M.René Savatier refusent sans doute d'y voir une vente en raison du caractère extrapatrimonial des droits sur le corps ; mais, indépendamment de ce problème de qualification, l'éminent auteur reconnaît lui-même que "la fourniture de sang n'en reste pas moins un accord de volontés créateur d'effets de droit et, spécialement, d'obligations à la charge de l'organisme fournisseur"(I). C'est ce que reconnaît sans équivoque la cour de cassation lorsqu'elle affirme le caractère contractuel de la responsabilité d'un centre de transfusion sanguine ayant fourni du sang syphillitique (2).

I9I - b) - S'il ne fait donc aucun doute, actuellement, que la personne physique soit l'objet de conventions valables (3), on peut en dire autant des aspects moraux de la personnalité qui sont protégés par les "droits de la personnalité" traditionnels : droits à l'image et à l'intimité de la vie privée, droit au nom, droit moral de l'auteur... Il ne suffit, pour s'en convaincre, que de relever les principales conventions étudiées en doctrine et dont la validité n'est pas contestée.

I92- - La validité des contrats passés par les modèles professionnels relativement à la reproduction de leur image semble avoir été admise depuis longtemps, mais en réalité, les auteurs anciens envisagent surtout l'effet justificatif du consentement donné par le modèle (4).La doctrine récente va plus loin. Elle remarque que le consentement du modèle s'insère dans une véritable convention, dans laquelle des obligations sont assumées, le plus souvent à titre onéreux (5) et qui, comme nous l'avons vu, comporte une cession du droit d'exploitation de l'image (6).

-ooOoo-

(I) note au J.C.P. I955-II-8490.
(2) Civ^{e} I7 décembre I954, J.C.P. I955-II-8490 infirmant Paris 26 avril I948, D I948-272 (le débat d'ailleurs ne portait pas sur l'existence d'un contrat, mais sur le point de savoir si ce contrat, passé entre l'organisme fournisseur et l'hopital, pouvait bénéficier au malade qui n'y était pas partie. La cour de cassation admet que le contrat contient une stipulation pour autrui au profit du malade).
(3) voir encore récemment l'affirmation doctrinale de la validité des contrats portant sur le placenta humain : M.L.Rassat,Le statut juridique du placenta humain, J.C.P. I976-I-2777.
(4) Perreau, art. précité p.5I9 ; Fougerol, La figure humaine et le droit p. Nerson, thèse précitée n° I87 p. 4I7.
(5) voir par exemple Tallon art. précité n°II0 ; Ravanas, thèse précitée n° 264 et s. ; Stoufflet art. précité n° 3I.
(6) voir supra n° I76.

Les auteurs qui ont mis en lumière cet aspect spécifiquement contractuel ont parfois émis quelques doutes sur la validité de la convention : ainsi M. Stoufflet se demandait en I957 si elle n'était pas contraire au principe d'indisponibilité de la personne humaine ; mais il en admettait finalement la validité au motif qu'elle ne portait pas sur un élément essentiel de la personnalité et qu'elle ne heurtait "ni les consciences ni l'ordre public" (I).

De tels doutes sont aujourd'hui parfaitement superflus depuis que la loi du 26 décembre I969 soumet au droit du travail "tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un mannequin"(article L 763-I du Code du travail). Aux termes de l'alinéa 3 du même article, un mannequin est "toute personne de l'un ou l'autre sexe qui est chargée, soit de présenter personnellement au public des modèles ou des nouveautés... soit de poser pour une présentation quelconque" - ce qui inclut les modèles photographiques (2). On ne peut que s'étonner, qu'après une telle intervention législative, M. Carbonnier se demande encore, dans la dernière édition de son manuel de droit civil, si les conventions sur l'image ne sont pas contraires à l'ordre public et s'il ne s'agit pas de simples tolérances (3).

193 - - La plupart des conventions qui viennent limiter le droit moral de l'auteur d'une oeuvre de l'esprit ont également été réglementées par le législateur, mais leur validité était certaine bien avant la loi du II mars I957. Nous avons déjà eu l'occasion de citer quelques unes de ces conventions, présentées à tort comme des exceptions à l'inaliénabilité du droit moral : contrat de commande d'une oeuvre, contrat d'adaptation. Si ces conventions ne constituent pas de véritables renonciations au droit moral (4), elles le limitent incontestablement, la première parce que l'artiste s'engage à divulguer une oeuvre dont il ne sait pas si elle correspondra à ses aspirations, la seconde parce que toute transposition de l'oeuvre risque d'en donner une image déformée dans le public et ainsi de porter atteinte à la personnalité du créateur.

Mais, plus généralement, il faut remarquer avec M. Tallon (5),

-ooOoo-

(I) Stoufflet, op cit, n° 3I.
(2) Y. Saint-Jours, Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins, D I970, chr. p. I7.
(3) t I n° 73 p. 325.
(4) voir supra n° I67.
(5) op cit n° I3I.

que toute cession des droits patrimoniaux d'exploitation de l'oeuvre ampute sérieusement le droit moral. En effet, dès lors que la divulgation de l'oeuvre résulte d'un contrat, et non d'une simple manifestation de volonté unilatérale révocable à tout moment, l'auteur ne peut pas faire cesser la diffusion de son oeuvre dans le public sans méconnaître la force obligatoire de la convention. Or le maintien de l'oeuvre dans le public peut compromettre les intérêts moraux de l'auteur dont les idées ont évolué ou qui a acquis une plus grande maturité artistique. Certes, l'article 32 de la loi de I957 accorde à l'auteur un droit de repentir ou de retrait vis à vis du cessionnaire des droits d'exploitation ; mais l'exercice de ce droit étant subordonné à l'indemnisation préalable du cocontractant, l'auteur devra le plus souvent se résigner à l'atteinte portée à sa personnalité (I).

La limitation du droit moral est d'ailleurs beaucoup plus importante encore dans les contrats transférant la propriété d'une oeuvre d'art plastique (peinture ou sculpture), dans la mesure où le droit de repentir ne fait pas échec au droit de propriété de l'acquéreur de l'oeuvre(2).

194- - Il faut encore citer de nombreuses conventions sur le nom patronymique, dont la validité n'a jamais été contestée. E.H. Perreau, dans son ouvrage sur "le droit au nom en matière civile", l'admettait déjà sans difficulté (3).

La doctrine civiliste reconnaît ainsi qu'on peut valablement autoriser l'usage de son nom comme pseudonyme (4). A vrai dire, la jurisprudence généralement citée n'est guère caractéristique : il s'agit des nombreux arrêts qui considèrent qu'une personne ayant toléré pendant un certain temps l'utilisation de son nom comme pseudonyme par un tiers, ne peut plus ensuite, sauf abus, lui en interdire l'usage (5). Mais cette solution doit être rattachée, plus qu'à un accord de volontés

-ooOoo-

(I) sur le droit de repentir voir infra n°219 à propos du régime juridique des conventions "relatives aux droits de la personnalité".
(2) Desbois, Le droit d'auteur n° 4I2, voir infra n°°221
(3) Sirey, I9I0, p.I43 et s.
(4) Perreau op cit p. I44 ; Planiol Ripert, 2ème ed, t I n° II9 ; Marty-Raynaud, Les personnes ; A. Bénabent, J Cl Civil Annexes V° Nom-Prénom n° 3I ; Nerac, La protection du nom patronymique.
(5) Trib. civ. Seine Ier août I903, D P I904-2-4 (Rosny) ; Paris 22 novembre I9II, D I9I2-5-4 ; Paris 8 juillet I949, D I949-40I ; T.G.I. Seine 25 novembre I960, D 6I.som. 6.

entre l'utilisateur et le titulaire du nom, à l'usage paisible et prolongé du nom qui a permis l'acquisition d'un droit sur le pseudonyme (I). On peut cependant citer une décision, plus significative, qui fonde expressément le droit, reconnu à une artiste, d'utiliser comme pseudonyme le nom de la famille qui l'a élevée, sur l'autorisation écrite de membres de cette famille (2).

Le titulaire d'un nom peut également en autoriser l'usage par un tiers à titre de marque ou de nom commercial. La solution est fort ancienne puisqu'en I888 la cour de Paris admettait déjà que "le nom patronymique peut être cédé, en dehors de toutes questions d'état, au point de vue de l'usage industriel ou commercial qui peut en être fait": il s'agissait en l'espèce de l'autorisation donnée par Sarah Bernhardt à un parfumeur d'utiliser son nom comme marque de produits de beauté (3). La jurisprudence devait avoir par la suite l'occasion d'affirmer à nouveau la validité de conventions semblables intervenues entre le duc de Sagan et un producteur de champagne (4) et, plus récemment, entre le champion de ski Emile Allais et un fabricant d'articles de sports (5).

Mais il faut surtout citer, à ce propos, l'arrêt de la cour de cassation du 6 juillet I965 (6) : la veuve d'Henri Negresco, fondateur du célèbre hôtel du même nom, avait tacitement autorisé la société Mazet à utiliser le nom Negresco comme marque de café ; près de vingt ans plus tard, la dame K. fille et unique héritière d'Henri Negresco, prétendait faire cesser cette utilisation. La cour de cassation rappelle que "le titulaire d'un nom patronymique doit être protégé et défendu contre toute usurpation de la part d'un tiers commerçant", mais elle estime que la seule constatation, par la cour d'appel, de l'accord de la dame Negresco, justifie le rejet de l'action de la dame K.

-ooOoo-

(I) cf. Nepveu, Du pseudonyme, J.C.P. I96I-I-I662 ; Leloup JM. Le pseudonyme, Rev. trim. I963 p. 449 n° I2 ; G. Bonet, L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique thèse, Paris, I966, p. 58 et s. (à la limite, il n'est pas nécessaire que le titulaire du nom ait connu l'usage qui en était fait : Aix I7 mai I96I, Rev. trim. dr. civ. I962. 88 obs Desbois, D I96I-J-434).

(2) Req. II février I935, S I935-I-I63.

(3) Paris I8 avril I888 infirmant Trib. com. Seine 8 juin I886, Ann. prop. ind. I894, 349 art. 3757 (l'arrêt ne reconnaît cependant pas en l'espèce l'existence d'une telle cession).

(4) Trib. civ. Seine I9 novembre I900, Pand. fr. I902-2-64.

(5) Trib. com. Seine 29 mai I95I, Ann. prop. litt. I95I p.287 (le jugement admet la recevabilité de l'action du fabricant autorisé contre un tiers qui utilisait sans autorisation le nom Allais pour la désignation d'articles semblables) - voir aussi dans une affaire différente mais à propos des mêmes conventions : Paris 30 janvier I952, Ann. prop. ind. I952.29I.

(6) Civ I 6 juillet I965, D I965-J-70I, note Lindon.

Cet arrêt, il faut le souligner, ne se borne pas à reconnaître l'efficacité du consentement du titulaire du nom comme fait justificatif de son utilisation : la dame K. ne se plaignait pas de l'utilisation passée de son nom, elle prétendait seulement en interdire la continuation à l'avenir. En rejetant cette demande, la cour de cassation admet la validité d'une véritable convention portant sur l'usage du nom, dont la force obligatoire interdit de revenir sur l'autorisation accordée.

195 - Il faut remarquer que, pour la plupart des conventions citées, et mis à part le domaine un peu particulier des actes de disposition portant sur le corps humain, le droit positif a fort peu évolué. Dès qu'elles sont apparues dans la pratique, les tribunaux ont reconnu la validité des conventions sur l'image, sur le nom, sur le droit d'auteur. Par ailleurs, la doctrine n'a jamais contesté la validité de ces conventions. Les solutions admises par Perreau en I909 ne sont pas, en définitive, très différentes de celles qu'expose M. Kayser en I97I (I).

Ce qui a évolué, c'est la présentation doctrinale de ces solutions. Pour Perreau, et encore pour M. Nerson, les conventions valables apparaissent comme autant d'exceptions à un principe général de nullité (2). On y voit plutôt, aujourd'hui, la conséquence normale de la liberté contractuelle. Encore cet abandon du principe de nullité des conventions relatives aux droits de la personnalité est il loin d'être complet dans la doctrine moderne.

B - L'abandon doctrinal du principe de nullité des conventions relatives aux droits de la personnalité.

196 - Apparaissant dans les développements doctrinaux les plus anciens comme des exceptions à un principe général de nullité, la validité des diverses conventions relatives aux droits de la personnalité qui viennent d'être citées aurait dû, semble-t-il, se justifier par quelque considération particulière, quelque raison impérieuse susceptible de sauver ces conventions du néant juridique où elles auraient dû, normalement, tomber. Or, on ne découvre pas chez les auteurs cités, ce souci de justifier, par exemple, la licéité des conventions sur l'image ou sur le nom par une utilité sociale particulière : ces

-ooOoo-

(I) article précité à la Rev. trim. dr. civ. I97I n° 37.
(2) E.H. Perreau article précité p. 5I7 ; Nerson, thèse précitée n° I93.

conventions, observent ces auteurs, sont valables parce qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs (I).

C'est là, il faut le remarquer, la négation même du principe posé : si les conventions relatives aux droits de la personnalité ne sont nulles que lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs, elles ne se distinguent en rien, quant à leur validité, des autres conventions. M. Nerson, d'ailleurs, n'hésite pas à reconnaître dans sa thèse que "les conventions relatives à des situations juridiques extrapatrimoniales... ne sont pas nulles en elles-mêmes, elles ne peuvent être invalidées que dans les termes du droit commun, sur les mêmes bases que toutes les autres conventions" (2). Dès lors, l'affirmation selon laquelle ces droits de la personnalité sont insusceptibles de conventions a-t-elle jamais été autre chose qu'une formule de style, sans signification réelle ?

On ne peut donc que se ranger aux côtés des auteurs qui, actuellement, ont renoncé à l'affirmation d'un tel principe. Ainsi, pour M. Kayser, si les droits de la personnalité sont inaliénables, "il ne faut pas en conclure que ces droits ne sont susceptibles d'aucune convention" (3). M. Tallon note de même que la thèse classique, telle qu'elle est énoncée par Perreau, "explique seulement l'indisponibilité du droit lui-même, dont son titulaire ne peut se dépouiller. Mais l'exercice de ces droits peut faire l'objet d'aménagements volontaires... sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs" (4).

Ces affirmations, parfaitement justifiées, ne se trouvent cependant que dans les développements consacrés à la théorie générale des droits de la personnalité. Il n'est pas rare, aujourd'hui encore, de rencontrer sous la plume de certains civilistes, l'affirmation que telle convention est nulle parce qu'"elle touche à un droit de la personnalité" ou que telle autre, à l'inverse, est valable "malgré le principe de l'indisponibilité de la personne humaine".

Ces formules, qui traduisent la persistance de la tradition doctrinale, n'apparaissent guère, à dire vrai, que comme des sortes d'incantations qui ne rendent nullement compte du fondement réel des solutions. On le constate à propos des conventions sur le nom patronymique (a) et des conventions sur la personne physique (b) - à propos desquelles le principe de l'exclusion du commerce des droits de la personnalité est aujourd'hui encore le plus souvent affirmé.

-ooOoo-

(I) Perreau article précité p. 517 et Le droit au nom en matière civile p. 143.
(2) Nerson, thèse précitée n° 193.
(3) article précité Rev. trim. dr. civ. 1971 n° 37.
(4) Tallon op cit n° 130.

197 - a) - Toutes les conventions sur le nom patronymique ne sont évidemment pas valables. Il est certain par exemple, qu'on ne peut pas autoriser par convention l'usage de son nom à titre de patronyme : nous savons déjà que le consentement du titulaire du nom à une telle utilisation est sans incidence sur l'existence du délit pénal d'usurpation de nom (I) ; il faut en déduire que la convention qui permettrait une telle utilisation est nulle pour objet illicite - ce qui signifie que le titulaire du nom ou ses héritiers peuvent, à tout moment, interdire au bénéficiaire de l'autorisation de faire usage du nom à l'avenir (2).

Mais, pour justifier cette "indisponibilité" du nom, il n'est nul besoin d'affirmer, comme le font certains auteurs, que le droit au nom est un droit de la personnalité, et que, à ce titre, il est insusceptible de conventions. La nullité de la convention s'explique suffisamment ici par l'immutabilité du nom : parce qu'il est un mode d'identification des citoyens, son attribution et sa transmission ne peuvent dépendre de la volonté des particuliers.(3)

198 - C'est également à tort que les liens du nom patronymique avec la personnalité de son titulaire ont été parfois invoqués pour justifier la nullité de la convention par laquelle un mari autorise son ex-épouse à continuer à faire usage de son nom après le divorce (4).

Il faut rappeler à ce propos que, jusqu'à la loi du II juillet I975 portant réforme du divorce, l'article 299 al. 2 du Code civil disposait que "par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom". La jusrisprudence avait d'abord considéré que ce texte n'était pas d'ordre public : en conséquence, était valable la convention par laquelle le mari autorisait son ex-épouse à continuer à faire usage du nom marital, et le mari ne pouvait, sauf motif grave, revenir sur son autorisation (5). A la suite de nombreuses critiques doctrinales (6), cette

-ooOoo-

(I) voir supra Ière partie n° 87.
(2) Bruxelles 5 août I854, D P I855-2-248 ; Trib. Seine I2 mars I896, La loi I896-57I ; Req. 2I juillet I926, S I926-I-3II.
(3) art. Ier de la loi du 6 fructidor an II : "aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance".
(4) sur ce problème avant la loi du II juillet I975 voir notamment : Planiol-Ripert 2ème ed. t I par R. Savatier n° III ; Mazeaud-de Juglent t I 5ème ed. n° 539 ; A. Ponsard, V° Nom prénom, Enc. Dalloz n° 62 ; A. Bénabent, J Cl Civil art. 295-305 n° 64 et s. ; Le Bris, L'effet du divorce sur le nom des époux, D I965 chr. I4I.
(5) Bourges I8 octobre I92I, D P I92I-2-I28 et Civ. 20 février I924, D P I925-I-I25 ; Grenoble 3 mai I950, D 50-J-606 (motifs).
(6) Planiol-Ripert op cit n° III ; A. Ponsard op cit n° 62. La commission de réforme du Code Civil avait proposé de modifier l'article 299 en précisant que "par l'effet du divorce, chacun des époux cesse nécessairement d'avoir l'usage du nom de son conjoint" (art. 336 de l'avant-projet).

solution devait être abandonnée par la cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du I3 octobre I964 (I). Selon cet arrêt, "l'autorisation donnée par un des anciens conjoints à l'autre de continuer à faire usage de son patronyme ne peut revêtir qu'un caractère précaire et révocable" : en conséquence le mari peut retirer son autorisation à tout moment, sans avoir à prouver que la femme fait un usage anormal ou abusif de son nom. C'est dire qu'il n'existe, entre les époux, aucune convention ayant force obligatoire (2). Pour justifier cette solution M.M. Mazeaud et de Juglart faisaient remarquer, que l'article 299 du Code civil devait être considéré comme d'ordre public parce qu'il touchait à un droit de la personnalité (3). De même M. Le Bris estimait que "si le nom fait partie de la personne toute convention passée à son sujet, qu'elle implique ou non la transmission du nom, est difficilement justifiable" (4).

Cette référence à l'indisponibilité des droits de la personnalité pour justifier la nullité de la convention relative à l'usage du nom marital ne nous paraît pas exacte. En effet, si l'on admet cette explication, comment justifier la validité des conventions portant sur l'usage commercial du nom ou sur son emploi comme pseudonyme ? De telles conventions, en ce qu'elles amènent une large exploitation du nom auprès du public, portent au moins autant atteinte à la personnalité du titulaire du nom que l'accord entre époux divorcés (5). C'est qu'en réalité, pour ce dernier, interviennent des considérations particulières qui n'ont rien à voir avec la nature de droit de la personnalité attribuée au droit au nom. Certes une telle convention ne porte pas vraiment atteinte à l'immutabilité du patronyme, car la femme ne prétend pas faire un usage officiel du nom de son ancien mari (6). Mais à la différence du pseudonyme, avec lequel on l'a parfois comparé (7), le nom marital n'est pas, pour la femme mariée un nom de fantaisie librement choisi ; il est un signe

-ooOoo-

(I) D I965 p. 209 note Foulon-Piganiol cassant Paris 2 déc. I960, J.C.P. 60.II.II88I concl. Nepveu.
(2) Le Bris op cit I, B ; Benabent, op cit n° 66.
(3) op cit n° 539 et Lectures de la 26e leçon.
(4) Le Bris op cit I A (b).
(5) voir la comparaison entre ces différentes hypothèses dans la note de M. Lindon sous l'arrêt Negresco, D I965-J-70I.
(6) cependant, à l'époque où la jusrisprudence reconnaissait la validité de la convention sur le nom marital, un arrêt avait reconnu à la femme le droit d'exiger de l'administration la mention du nom de l'ancien mari sur sa carte d'identité (Paris 7 janvier I959, D I959-58).
(7) T.G.I. Paris 9 juin I970 et Paris 25 mai I97I, Rev. trim. dr. civ. I972 p. 372 obs Nerson.

de son état de femme mariée et, au delà, il marque le rattachement de la femme à la famille du mari. Cette dernière, aussi bien que les tiers qui doivent être avertis du changement d'état de la femme, ont donc intérêt à ce qu'elle perde l'usage du nom du mari. Ce sont de telles considérations, d'ailleurs assez largement développées en doctrine (I) qui pouvaient justifier la solution de l'arrêt de 1964, beaucoup plus que le souci de protéger la personnalité du mari.

199 - C'est d'ailleurs sur l'intérêt des tiers et de la famille du mari que se sont fondés les premiers commentateurs de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, pour critiquer les solutions apportées par le législateur au problème du nom de la femme divorcée. Le nouvel article 264 du Code civil permet à la femme de conserver le nom de son ancien mari, lorsque le divorce a été demandé par le mari pour rupture de la vie commune ou altération mentale ; "dans tous les autres cas, la femme pourra conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants". Le législateur a pensé au cas où la femme exerçait, pendant le mariage, une activité professionnelle sous le nom du mari ; par ailleurs, si la femme a la garde des enfants, il peut être souhaitable pour eux que, dans la vie courante, leur mère porte le même nom qu'eux.

Ces considérations ne suffisent pas, cependant, à justifier les solutions nouvelles aux yeux d'un certain nombre d'auteurs qui regrettent que le mari puisse désormais disposer d'un droit dont il n'est pas le seul titulaire(2). En réalité, il n'est pas certain que la loi apporte une modification sensible de la solution antérieurement admise quant à la force obligatoire de l'accord du mari : le texte ne précisant pas si cet accord est ou non révocable, il faut considérer, avec M. Raynaud, que la jurisprudence antérieure demeure valable (3). Certes, si le mari retire son consentement, la femme pourra se faire autoriser par le juge à continuer de porter le nom - c'est la principale innovation de la loi - et ce recours au juge permettra, en fait, un contrôle des motifs de la révocation. Juridiquement, cependant, cela ne revient pas à consacrer la validité d'une véritable convention entre époux, dotée de force obligatoire : c'est de la décision du juge, et non de l'accord du mari, que naîtra le droit de la femme à continuer de porter le nom.

La solution, nous l'avons montré, n'est pas liée au prétendu principe de l'exclusion du commerce des droits de la personnalité. C'est parce qu'il ne lui appartient pas à titre exclusif, et non parce qu'il est attaché à sa personnalité, que le mari ne peut céder définitivement à son ex-femme le droit de faire usage de son nom après

-ooOoo-

(I) Planiol-Ripert t I par R. Savatier n° II ; A. Ponsard, Enc. Dalloz. Droit civil V° Nom-prénom n° 62 (2ème ed. avec le concours de P. Blondel).

(2) Brazier, Le nouveau droit du divorce n°181; dans le même sens: Lindon et Bertin, Divorce 76 n°313 et s.; M.Gobert, Aperçu de le loi française sur le divorce du 11 juillet 1975, Bulletin de l'institut international de droit d'expression française 1975, n°12.

(3) in Marty et Raynaud, Les personnes 2ème ed., n° 320 bis.

le divorce. Il est d'autant plus artificiel d'invoquer ici l'indisponibilité des droits de la personnalité que la cause de la nullité n'est même pas liée au souci de protéger les intérêts moraux d'une des parties (I).

200 - b) - Il n'en est pas de même en ce qui concerne les conventions relatives à la personne physique. Encore que le problème se pose rarement sous cet angle mais plutôt sous celui de la valeur justificative du consentement (2), il est certain que les conventions qui ont pour objet une atteinte injustifiée au corps humain (mutilation, stérilisation, changement de sexe...) sont nulles.

Or, bien que Mme Mayer-Jack ait établi, dès I933 qu'il s'agissait là d'une nullité pour atteinte à l'ordre public et aux bonnes moeurs, dans les termes du droit commun (3), les formules utilisées par de nombreux auteurs montrent qu'ils restent fidèles à l'idée que cette nullité est l'application normale du principe d'indisponibilité de la personne humaine ; ce sont les conventions valables qui, pour ces auteurs, apparaissent comme des exceptions à ce principe (4). Dans la même optique, certains auteurs ont prétendu qu'étaient nulles les conventions d'irresponsabilité pour les dommages causés à la personne physique, au seul motif que la personne n'est pas dans le commerce (5), et les tribunaux ont parfois consacré cette solution en invoquant le même argument (6).

Dans ces hypothèses, à la différence de ce qui a été constaté pour les conventions sur le nom, la nullité est étroitement liée au souci de sauvegarder la personnalité d'un contractant.

-ooOoo-

(I) on pourrait faire la même remarque à propos de la convention de prête-nom par laquelle une personne, homonyme d'une marque connue, autorise un commerçant à utiliser son nom pour faire concurrence à l'entreprise propriétaire de la marque considérée. La nullité d'une telle convention est certaine mais elle se justifie aisémen par son caractère frauduleux, et non par le souci de protéger la personnalité du prête-nom - voir, parmi de nombreuses décisions, Req. 4 février I852, S I853-I-213 Besançon 30 novembre I86I, S I862-2-342 Dijon 25 juillet I905, Pand. fr. I905-2-I65 Trib. civ. Seine I6 décembre I949, G P I950-2-59.

(2) voir supra Ière partie.

(3) A. Jack, article précité n° I0.

(4) voir par exemple, pour s'en tenir à la doctrine récente : Dierkens, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme précité ; Doll, La discipline des greffes... précité ; M.L. Rassat, Le statut juridique du placenta humain, J.C.P. I976-I-2777 n°4.

(5) Mazeaud-Tunc,Responsabilité civile tIII, 5ème ed. I960, n° 2575 ; Mimin, note D I95 58I ; comp. Decocq op cit n° I67 et s.

(6) Toulouse 23 octobre I934, D P I935-2-49 ; Paris 25 mars I954, J.C.P. I954-II-8094 ; Trib. civ. Seine I5 avril I958, D 58-J-573 (2ème espèce).

Il est donc moins inexact d'invoquer ici le principe de l'exclusion du commerce ou de l'indisponibilité de la personne humaine qu' à propos des conventions sur le nom, où jouaient de tout autres considérations.

Il n'en est pas moins maladroit de mettre en avant un tel principe. Ce que l'on veut dire, lorsqu'on affirme que le corps humain est indisponible ou hors du commerce c'est seulement, en réalité, que certaines atteintes particulièrement graves à l'intégrité physique sont contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Sous couvert de poser un principe général de nullité, on ne fait que décrire certains cas de nullité justifiées par l'impératif de sauvegarde de la personne.

201 - La jurisprudence sur les conventions d'irresponsabilité ou limitatives de responsabilité pour les dommages corporels est d'ailleurs significative à cet égard. Plus d'une fois, les juridictions du fond ont expressément ou implicitement validé ces clauses (I) et la cour de cassation a bien montré qu'elle n'entendait pas poser un principe général de nullité : saisie d'un pouvoir qui invoquait le principe d'ordre public de l'intégrité du corps humain à l'encontre d'une clause limitative de responsabilité dans un contrat de transport, la première chambre civile a refusé de se prononcer sur ce moyen qu'elle a jugé mélangé de fait et de droit. (2). En réalité, les tribunaux n'invoquent l'argument tiré de l'indisponibilité de la personne humaine que pour condamner les clauses qui leur semblent les plus inopportunes, parce que particulièrement contraires à l'impératif de protection de la personne (3).

Cela montre bien que ces conventions ne constituent pas, quant à leur validité, une catégorie homogène d'actes juridiques. C'est la conclusion que nous pouvons tirer pour toutes les conventions "relatives aux droits de la personnalité".

Il reste maintenant à se demander si, à défaut de se distinguer des autres conventions au niveau de leur validité, ces conventions ne forment pas une catégorie particulière par le régime auquel elles sont soumises.

-ooOoo-

(I) voir infra n° 246 et s.
(2) Civ. 3 juin 1970, D 1971-I-373 note Chauveau.
(3) Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité... précité n° 39.

SECTION 2 - LE REGIME DES CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE.

202 - Sous cet intitulé, les auteurs rangent certains problèmes que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner, parce qu'ils se posent de la même manière que la convention des parties soit envisagée comme fait justificatif ou comme acte juridique : il s'agit des règles qui sont relatives au consentement et à la capacité du contractant dont la personnalité est mise en cause. Il suffit ici de rappeler sommairement nos conclusions.

Nous avions montré que, sauf pour certaines atteintes graves au corps humain, il n'y avait en droit positif aucune exigence particulière touchant à l'intégrité du consentement du sujet dont la personnalité est concernée (I).

Les règles de capacité sont, elles aussi, les mêmes que pour les actes juridiques relatifs aux biens. Où s'accuse apparemment une divergence, c'est quant aux moyens de suppléer la volonté de l'incapable. Mais, même à ce niveau, nous avions vu qu'on ne peut affirmer, d'une manière générale, qu'il y a substitution, au système de représentation de droit commun, d'un régime d'assistance. Dans de nombreux cas le représentant légal de l'incapable ou la personne ayant autorité sur lui, peut passer seul, des conventions touchant sa personnalité (2).

La conclusion à retenir ici est donc l'absence de règles générales spécifiques touchant le consentement et la capacité du titulaire des droits de la personnalité.

203 - Cependant, ce rappel n'épuise pas le problème du régime des "conventions relatives aux droits de la personnalité". Certains éléments de ce régime, tel qu'il est défini en doctrine, n'apparaissent que lorsque la convention est envisagée en tant qu'acte juridique.

D'une part, dans cette optique, la volonté individuelle n'apparaît plus comme ayant pour effet unique de rendre licite un fait touchant la personnalité, mais comme contribuant à créer un ensemble complexe de droits et d'obligations. Dans cet ensemble complexe, à la prestation qui met en cause la personnalité, correspond souvent une contrepartie pécuniaire. Or il a pu sembler à certains auteurs que cette contrepartie était incompatible avec le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité, d'où l'idée que les conventions qui y sont relatives devraient normalement être à titre gratuit.

-ooOoo-

(I) voir supra n° 139 et s.
(2) sur tous ces points voir supra n° 126 et s.

D'autre part et surtout, alors que la volonté comme fait justificatif n'est considérée qu'au moment où elle se manifeste, dans la convention, elle projette ses effets dans le temps, en ce qu'elle lie pour l'avenir les contractants. Celui qui s'oblige à une prestation ou qui cède un droit relatif à sa personnalité peut ainsi être amené à subir une atteinte à sa personnalité à un moment où il n'est plus en accord avec son consentement passé. C'est précisément ce que refuse d'admettre une partie importante de la doctrine, pour laquelle l'impératif de protection de la personnalité justifierait une certaine révocabilité des conventions qui y ont trait.

Il nous faut donc examiner successivement le problème de la contrepartie dans les conventions relatives aux droits de la personnalité (§ I) et celui de leur force obligatoire (§ 2).

§ I - La contrepartie pécuniaire dans les conventions relatives aux droits de la personnalité.

204 - L'affirmation selon laquelle les droits de la personnalité sont "hors du commerce" n'est pas exempte d'une certaine ambigüité. Le juriste devrait seulement comprendre que ces droits sont hors du commerce juridique, au sens où l'article II28 du Code civil dispose : "il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions". Mais n'y a-t-il pas aussi dans cette affirmation l'idée que la personne est en dehors des transactions commerciales, au sens courant du mot "commerce" ? Ce qui paraît surtout choquant, en effet, ce n'est pas tant que la volonté puisse avoir prise, juridiquement, sur la personne humaine, c'est que celle-ci puisse être achetée et vendue, ravalée ainsi au rang des choses, "américanisée" selon l'expression de Josserand (I).

Un certain courant doctrinal a prétendu, dans cette optique, que les conventions sur la personne humaine ne pourraient normalement être que des conventions à titre gratuit. "Les valeurs humaines sont incommensurables aux valeurs comptables" écrit M. René Savatier (2), pour qui "les privilèges propres à la personne humaine lui sont trop substantiellement intégrés pour pouvoir être cédés par elles, à plus forte raison pour qu'il soit concevable qu'elle les cède contre argent" (3).

-ooOoo-

(I) Josserand, La personne humaine dans le commerce juridique, D H I932. chr. I. où cette tendance à assimiler la possibilité de passer des conventions sur la personne à sa "patrimonialisation" est particulièrement nette.

(2) Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, Mélanges Gothot I962 p. 567 et s. adde p. 590.

(3) Métamorphoses économiques et sociales du droit privé contemporain 3ème série I959 n° 356.

Ces affirmations n'ont en réalité qu'une portée très limitée. Que la personne humaine ne puisse être, comme une chose, un véritable objet de commerce - du commerce des marchands - est incontestable. Il n'en résulte nullement, cependant que la contrepartie pécuniaire doive être exclue dans les conventions qui mettent en jeu des intérêts liés à la personnalité. S'il est vrai qu'en droit positif, il existe quelques conventions relatives aux droits de la personnalité où cette contrepartie pécuniaire est illicite (A), cela ne doit pas faire oublier que la plupart de ces conventions sont, sans que nul s'en étonne, à titre onéreux (B).

A - Les conventions où la contrepartie pécuniaire est illicite.

205 - La contrepartie pécuniaire est exclue, pour des raisons bien différentes, dans les conventions qui sont relatives au comportement sexuel d'une personne (a) et dans certaines conventions sur le corps humain (b).

a) - Lorsqu'on affirme que la personne humaine ne peut se vendre, on songe immédiatement à la prohibition de la prostitution. M. R. Savatier y voit l'illustration la plus ancienne de l'impossibilité de mettre en balance les valeurs personnelles et les valeurs d'argent (I).

Il ne fait aucun doute, effectivement, que le contrat passé entre la prostituée et son client est nul, de nullité absolue, en raison de l'immoralité de son objet - nullité toute théorique, d'ailleurs, que la jurisprudence n'a jamais eu l'occasion d'affirmer directement (2).

D'une manière plus générale, d'ailleurs, le système juridique condamne les contrats par lesquels une personne accepte, moyennnant rémunération, de se livrer à une prestation d'ordre sexuel. Rappelons à ce propos que la cour de Paris a considéré qu'il était "contraire aux bonnes moeurs de monnayer la divulgation de faits d'ordre intime" (3). On peut penser que la jurisprudence condamnerait a fortiori les contrats de travail passés par les acteurs de films pornographiques. (4)

-ooOoo-

(I) article précité aux Mélanges Gothot p. 590.
(2) la jurisprudence a eu, en revanche, l'occasion de tirer les conséquences de la nullité du contrat passé entre la prostituée et le proxénète (Crim. 7 juin I945, précité supra n° 67, qui ordonne la restitution à la prostituée des sommes versées en exécution de ce contrat).
(3) Paris 2I janvier I972, précité supra n° 76.
(4) comp. TGI Paris 8 novembre 1973, D 1975-J-402 (nullité d'une convention ayant pour objet l'exhibition de strip-teaseuses)

Il n'est pas sûr cependant que ces solutions soient la meilleure illustration de l'extrapatrimonialité de la personne humaine. Indépendamment de la contrepartie pécuniaire, ces conventions ont en effet un objet contraire aux bonnes moeurs : n'est-il pas de toute façon immoral de s'engager à avoir des relations sexuelles avec le premier venu, de raconter au public sa vie intime, ou a fortiori de l'en faire spectateur ? La rémunération ne vient ici, à notre avis, que renforcer l'immoralité, elle n'en est pas vraiment la cause.

206 - b) - Beaucoup plus significative, sans doute, est la prohibition de la contrepartie pécuniaire dans certaines conventions sur le corps humain. Il suffit ici de rappeler certaines solutions déjà exposées ; en effet cette prohibition se traduit d'abord, et principalement, par l'inefficacité du consentement donné à une atteinte corporelle dans un but lucratif. Nous avions vu ainsi que la transfusion sanguine ou le prélèvement d'organes sont illicites s'ils donnent lieu à une rémunération du "donneur" (I). Il en résulte bien entendu que le contrat ayant pour objet un tel prélèvement rémunéré est nul : la personne qui le subit n'a aucun droit à la rémunération promise (2). En ce qui concerne les transfusions sanguines, la règle posée par le législateur dépasse d'ailleurs le problème qui a été exposé dans la première partie de nos développements ; l'exclusion de tout profit dans les opérations portant sur le sang humain, prévue à l'article L. 673 du Code de la santé publique, ne vaut pas seulement, en effet, pour la transfusion elle-même mais encore pour les opérations portant sur le sang ou ses dérivés après le prélèvement, à un moment où le problème de la valeur justificative du consentement du donneur ne se pose plus. La limite à l'efficacité de la volonté est ici spécifiquement contractuelle.

On a vu, le plus souvent, dans ces solutions, la conséquence de

-ooOoo-

(I) voir supra n° II8.
(2) ce qui sera parfois compensé par les dommages-intérêts dus à la victime de l'atteinte ; voir par exemple Lyon 27 juin I9I3, précité ; T.G.I. Paris 23 juin I969, précité.

l'extrapatrimonialité du corps humain, ce qui a pu être contesté par certains auteurs. M. Decocq, notamment, a critiqué, dans sa thèse l'interdiction de toute véritable rémunération du "donneur" de sang : une telle rémunération ne serait pas plus dégradante, observe l'auteur, que l'évaluation pécuniaire du préjudice subi du fait de la perte d'un membre. La règle posée par le législateur ne serait, selon M. Decocq, qu'un "phénomène sacral" (I).

Nous croyons que l'interdiction de toute rémunération du donneur de sang ou d'organe se justifie en réalité par d'autres considérations. Beaucoup plus que le signe d'une incompatibilité entre les valeurs personnelles et les valeurs patrimoniales dans le cadre contractuel , elle nous paraît être une règle protectrice du consentement du donneur. On pourrait craindre en effet que certaines personnes ne consentent à subir le prélèvement que pour le gain pécuniaire qu'il leur ferait réaliser, ce qui serait de nature à leur faire perdre une claire conscience des risques auxquels elles s'exposent. L'argument vaut davantage, il est vrai, pour le prélèvement d'organe qui comporte des risques considérables et qui entraîne pour le donneur un préjudice irrémédiable.

Mais, même pour le prélèvement de sang, il faut éviter l'apparition de "donneurs professionnels" qui consentiraient dans un but lucratif à des prélèvements trop fréquents, au mépris de leur santé (2). L'interdiction de la rémunération du donneur apparaît donc en définitive non comme une conséquence de l'extrapatrimonialité du corps humain, mais comme une des manifestations du souci de protéger la personne contre elle-même lorsqu'il s'agit de son propre corps (3).

207 - Ce fondement explique que la prohibition de la contrepartie pécuniaire ne vaille que pour les contrats sur le corps qui comportent certains risques pour la vie ou la santé de la personne. La contrepartie pécuniaire sera licite, notamment, chaque fois que le contrat porte sur des éléments qui sont normalement destinés à être séparés du corps. Ainsi le caractère onéreux de la vente de cheveux ou de lait n'est plus discuté (4). En pratique, la vente de sperme en vue de l'insémination artificielle n'est plus rare (5) ; et si la validité d'une telle convention a pu être

-oo0oo-

(I) Decocq thèse précitée n°II7 ; dans le même sens A. David, Structure de la personne humaine p. I5.

(2) il s'agit aussi d'éviter une spéculation sur le sang, "marchandise" rare, ce qui serait nuisible aux intérêts de la santé publique. Cette préoccupation explique que le prix des opérations sur le sang soit règlementé de façon à exclure tout profit même lorsque le sang est sorti du corps du donneur et qu'il ne s'agit donc plus de le protéger.

(3) voir supra Ière partie n° I44-I45.

(4) sur ces contrats voir supra n° I90.

(5) ce problème a fait l'objet d'une journée au ème congrès de médecine légale (Dijon I2-I3 mai I977).

contestée, ce n'est pas en raison de la rémunération de l'homme, mais sur le fondement de considérations morales condamnant le but ou les moyens de l'opération (I). Il faut encore citer le cas des contrats portant sur le placenta humain : Mme Rassat, qui s'est récemment penchée sur le problème, estime qu'il n'y a aucun obstacle d'ordre éthique à ce que la mère vende le placenta de son enfant ; compte tenu de la nature particulière de la chose, en effet, l'abus qui pourrait se produire en matière de prélèvement sanguin n'est pas à craindre (2).

Ainsi même dans le domaine des conventions sur le corps humain, la gratuité n'est pas une règle générale. Aussi bien, l'illicéité de la contrepartie pécuniaire dans les quelques conventions qui viennent d'être citées ne doit elle pas dissimuler que la plupart des conventions relatives aux droits de la personnalité sont à titre onéreux.

B - Les conventions où la contrepartie pécuniaire est licite.

208 - Si la licéité de la contrepartie pécuniaire dans de nombreuses conventions touchant la personnalité n'est pas contestable en droit positif (a), la difficulté est de concilier ces solutions avec le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité (b).

a) - La licéité de la rémunération dans les conventions relatives aux droits de la personnalité ne fait pas difficulté lorsque cette rémunération correspond à un travail fourni : nul ne songe à contester, par exemple, aux acteurs et aux autres artistes du spectacle le droit de recevoir un salaire au motif que leur travail touche de trop près leur personnalité, et qu'il ne faut pas mettre en balance les valeurs personnelles et les valeurs d'argent ! Il n'y aurait d'ailleurs aucune raison de distinguer ces contrats de tout autre contrat de travail, qui, de toute façon, implique une certaine "aliénation" de la personnalité du salarié (3). Or, bien loin d'être incompatible avec cette mise en cause de la personnalité, la rémunération est une condition de validité du contrat (4) ; le souci de

-ooOoo-

(I) Dierkens, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, n° 89 et s.
(2) M.L. Rassat, Le statut juridique du placenta humain, précité, n° 5.
(3) voir supra n° I78.
(4) Decocq, thèse précitée, n° 179

protéger le salarié conduit même à exiger que cette rémunération atteigne un montant minimum.

La rémunération peut apparaître plus choquante dans des conventions où elle n'est pas la contrepartie d'un travail fourni, mais où elle compense directement une atteinte à la personnalité du contractant. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un individu autorise, moyennant une contrepartie pécuniaire, l'utilisation de son nom comme marque : or la jurisprudence a plusieurs fois reconnu la validité de ces cessions de nom à titre onéreux(I).De même il n'est pas douteux que le modèle professionnel a droit à une rémunération ; or la plus grande partie de cette rémunération ne correspond pas au travail fourni lors des séances de pose, mais à la cession du droit d'utiliser l'image pour la publication. La même analyse vaut pour le contrat par lequel une personne "vend" à un journal ou à un éditeur les souvenirs de sa vie privée - contrat que la jurisprudence n'a condamné que dans une hypothèse où les faits publiés étaient suffisamment scabreux pour que leur divulgation soit en elle-même contraire aux bonnes moeurs (2). Rien ne permet d'affirmer qu'en dehors de cette hypothèse particulière, il est illicite de "monnayer" des faits touchant à la vie privée.

209 - b) - Pour concilier ces solutions avec le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité, il faut rappeler que les contrats sur l'image, le nom, la vie privée n'ont pas pour objet les droits de la personnalité eux-mêmes, mais un droit d'utilisation du nom, de l'image, ou des souvenirs de la vie privée (3). Dès lors on peut très bien reconnaître à ces droits un caractère patrimonial sans remettre en cause l'extrapatrimonialité essentielle des droits de la personnalité.

Cette coexistence d'un droit patrimonial et d'un droit extrapatrimonial constitue le fondement de la conception française du droit d'auteur : tout en protégeant les intérêts moraux de l'auteur d'une oeuvre d'art, grâce au"droit moral", le système juridique reconnaît

-ooOoo-

(I) la plupart des décisions citées supra n° I93 concernaient des cessions à titre onéreux.
(2) Paris 2I Janvier I972,précité.
(3) voir supra n° I76.

au créateur un droit patrimonial d'exploitation de cette oeuvre (I). De même, parce que le nom patronymique est lié à la personnalité de son titulaire, celui-ci a un intérêt moral à ce qu'il ne soit pas utilisé par des tiers sans son consentement ; mais cette reconnaissance d'un "droit de la personnalité" sur le nom ne s'oppose pas à ce que, par ailleurs, le droit d'utilisation du nom prenne une valeur patrimoniale qui se traduit par le caractère onéreux de la cession de ce droit. Cela est admis sans difficulté lorsque le nom est utilisé par son titulaire pour désigner un produit ou un fonds de commerce (2), mais il faut bien voir que le droit d'utilisation du nom peut également prendre une valeur patrimoniale du seul fait de la notoriété de son titulaire, même en dehors de toute activité commerciale, parce qu'il permet, de même, d'attirer la clientèle du produit ou de l'établissement qu'il désigne (3).

C'est également le pouvoir d'attraction qu'elle peut exercer sur le public qui explique la valeur patrimoniale que peut prendre l'image d'une personne, en raison, soit là encore de la notoriété de cette personne, soit simplement de ses qualités esthétiques. Cette valeur patrimoniale, qui apparaît spécialement lors de l'utilisation publicitaire de l'image, n'a été reconnue qu'assez récemment dans la doctrine française (4). Elle est d'ailleurs protégée par les tribunaux, comme en témoignent certaines décisions qui attribuent des dommages-intérêts importants à des modèles professionnels ou vedettes du spectacle dont l'image avait été reproduite sans leur consentement, dans des hypothèses où le préjudice moral était quasiment inexistant et n'aurait justifié que l'allocation d'un franc symbolique. La plupart des commentateurs ont souligné que, dans ces hypothèses, les dommages-intérêts étaient en

-ooOoo-

(I) sur la conception dualiste du droit d'auteur voir Desbois, n° 2I0 et s.

(2) sur la distinction entre le droit patrimonial sur le nom commercial et le droit extrapatrimonial sur le nom civil, voir notamment : P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t II n° 288 et s. ; J Cl Commercial, Annexes, Fonds de commerce par Weill et Cornihons n° I3I-I32 ; Ripert-Roblot, Droit commercial.

(3) tel est l'intérêt de la convention par laquelle un champion sportif "vend" son nom à un fabricant d'articles de sport (affaire Emile Allais : Paris 30 janvier I952, précité), ou une vedette de spectacle "patronne" un commerçant en lui permettant de se servir de son nom comme marque (affaire Sarah Bernhardt, Paris I8 avril I888 précité).

(4) voir les développements de Stoufflet, Le droit de la personne sur son image, J.C.P. I957-I-I374 (II. L'image comme objet d'intérêt patrimonial n° 25 et s.) ; D. Tallon op cit, n° I07-I08 - comp. l'analyse marxiste du phénomène par B. Edelman, Le droit saisi par la photographie, Maspero, I973 spec. p. 63 et s. (La forme marchande du sujet).

réalité destinés à compenser le manque à gagner subi par ces personnes qui auraient pu monnayer leur autorisation (I).

Comme le remarque M. Tallon, même dans ce cas le droit à l'image - entendu au sens classique - ne devient pas patrimonial (2) ; on doit continuer d'admettre que toute personne, même le modèle professionnel, a un intérêt moral à ce que son image ne soit divulguée qu'avec son consentement et aux conditions qu'elle détermine : c'est cet intérêt moral qui est protégé par le droit à l'image, droit de la personnalité. Ce qui est patrimonial, c'est le droit d'exploitation des images du modèle - étant précisé que toute cession à titre onéreux de ce droit implique un sacrifice des intérêts moraux de la personne (de même que, dans un domaine voisin, toute convention sur le droit patrimonial d'exploitation d'une oeuvre littéraire ou artistique vient limiter le "droit moral" de l'auteur).

210 - Bien entendu, si l'on dépasse le niveau de la technique juridique, on peut dénoncer cette patrimonialisation de la personne que Josserand avait été un des premiers auteurs à remarquer (3). La doctrine française a surtout approfondi les techniques et les limites de cette patrimonialisation à travers le problème des cessions de clientèles civiles (4), mais non dans l'étude des conventions relatives à la personnalité, où cette patrimonialisation est pourtant la plus criante.

A cet égard, il faut relever une certaine contradiction dans la doctrine humaniste traditionnelle : l'affirmation que les valeurs humaines et les valeurs patrimoniales sont sans commune mesure, qu'elles ne peuvent être mises en balance, devrait conduire à une critique radicale du droit positif. Elle conduit au contraire, en mettant en valeur les quelques cas où la contrepartie pécuniaire est prohibée, à rejeter dans l'ombre les aspects les plus choquants de la patrimonialisation de la personne.

Cette tendance à mettre en avant quelques solutions particulières,

-ooOoo-

(I) Paris Ier déc. I965, J.C.P. 66 : II I47II (Petula Clark), Civ. 20 juin I966, J.C.P. I966. II I4 890. voir à ce sujet les observations de M. Lindon, notes J.C.P. I966. II I4890, J.C.P. I970. II. I6 328 ; Nerson, obs Rev. trim. dr. civ. I97I p. I09 et s. spec. p.113

(2) op cit n° I08.

(3) La personne humaine dans le commerce juridique, précité.

(4) sur ce problème voir les nombreux articles de M. René Savatier (Mélanges II, p. 559 ; Mélanges Fredericq II p. 90I ; note J.C.P. 70. II I6429) ainsi que ses remarques aux Métamorphoses 3ème série n° 352 et 505. voir aussi : Julien, Les clientèles civiles - Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité Rev. trim. I963-2I3 et V° Clientèle in Encyclopédie Dalloz - adde Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, Rev. trim. I966. I85 n° I8 et s. rapp. n° 29.

non représentatives de l'ensemble des solutions applicables aux conventions relatives aux droits de la personnalité, nous allons la retrouver à propos du problème de la force obligatoire de ces conventions.

§ 2 - La force obligatoire des conventions relatives aux droits de la personnalité.

2II - L'idée que le caractère inaliénable des droits de la personnalité justifierait la disparition ou, au moins, un aménagement de la force obligatoire des conventions qui y ont trait, correspond à une tradition doctrinale ancienne. Après avoir été développée, sous des formes diverses, à propos des conventions sur les oeuvres de l'esprit (I) et, surtout, sur le corps humain (2), cette théorie dite "de la révocabilité des contrats sur la personne" a été systématisée dans sa thèse par M. Nerson : "dans un contrat ordinaire, écrit cet auteur, un consentement initial est suffisant ; quand une convention se rapporte à une situation non patrimoniale, le consentement de la partie intéressée est révocable jusqu'à l'exécution et parfois même après l'exécution de la convention"(3).

Bien que contestée par certains auteurs (4) et, surtout, totalement ignorée dans les développements généraux consacrés à la force obligatoire du contrat, cette théorie est reprise dans les travaux les plus récents sur les droits de la personnalité : ainsi, pour M. Tallon, "il est une caractéristique qui émerge du droit positif et qui constituerait un élément spécifique des droits de la personnalité. A l'image de la solution donnée par l'article 32 de la loi du II mars I957 accordant un droit de repentir à l'auteur qui a cédé son droit d'exploitation, les conventions et autorisations relatives à l'exercice des droits de la personnalité seraient en général librement révocables par le titulaire"(5). A la vérité la forme dubitative que prend, chez ce dernier auteur l'assertion de la révocabilité des conventions relatives aux droits de la personnalité ne peut qu'éveiller un certain scepticisme quant à ses assises en droit positif. De fait, la plupart des solutions généralement citées à l'appui de la théorie de la révocabilité constituent des atteintes purement apparentes

-ooOoo-

(I) Huard et Mack, cités par Desbois, Le droit d'auteur p.
(2) A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. jur. I933 p. 362 et s., n° I3.
(3) Nerson, thèse précitée, n° I9I.
(4) voir notamment Decocq, thèse précitée, n° 385 et s., 57I et s.
(5) Tallon, op cit n° I32 - voir aussi pour le droit à l'image : Stoufflet article précité n° 33 ; pour le droit à l'intimité de la vie privée : Badinter, article précité n° 38 et s. - comparez la position plus nuancée de M. Kayser, article précité aux Mélanges Roubier p.88 n° 18 ; adde Ravanas, thèse précitée n°288

à la force obligatoire des contrats (A). Quant aux atteintes véritables à la force obligatoire des contrats, elles ne peuvent être constatées qu'à propos de quelques conventions particulières (B).

A - Les atteintes apparentes à la force obligatoire des contrats dans les conventions relatives aux droits de la personnalité.

2I2 - La théorie classique de la révocabilité des conventions relatives aux droits de la personnalité, telle qu'elle est développée, par exemple, par le Doyen Nerson (I) est construite autour des solutions applicables aux conventions relatives à la personne physique. Or dans ces conventions, les prétendues atteintes à la force obligatoire reposent en réalité sur l'absence d'obligation (a). On le constate également à propos d'un certain nombre d'autres conventions touchant la personnalité (b).

a) - C'est à partir du contrat médical que les auteurs ont d'abord construit la théorie de la révocabilité des conventions sur la personne. On constate en effet que, dans ce contrat, le patient peut toujours refuser de se laisser opérer, ou interrompre librement les soins commencés sans avoir à indemniser le médecin ; il n'est tenu qu'à payer les soins déjà effectués (2).

Il n'y a là, cependant, aucune atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. Le droit qui est reconnu au patient de mettre fin unilatéralement aux soins qui lui sont prodigués n'est qu'une conséquence de la structure particulière du contrat médical. Par ce contrat, selon la définition qu'en a donnée la cour de cassation dans l'arrêt du 20 mai I936 (3), le médecin s'engage à apporter à son patient "des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données de la science". Le patient, quant à lui, s'oblige à rémunérer le praticien pour les soins qui lui sont donnés. Mais il ne s'engage nullement à subir ces soins, qui sont stipulés dans son intérêt exclusif, et c'est pourquoi il peut

-ooOoo-

(I) thèse précitée n° I9I.
(2) Demogue, Obligations t II n° 803 p. 652 ; A. Jack article précité n° I3 ; M.J. Lacas, Les obligations du médecin, thèse, Paris I938 p. II7.
(3) voir supra n° I89.

refuser de s'y soumettre. La prétendue révocabilité du contrat médical n'est en réalité qu'une conséquence de l'absence d'obligation (I).

213 - Le problème se pose différemment pour d'autres conventions relatives à la personne physique où l'atteinte corporelle n'est pas stipulée dans l'intérêt du contractant qui doit la subir. On suppose par exemple qu'une personne promet de donner un de ses organes en vue d'une transplantation. Il est certain que si, au moment où elle est sollicitée, cette personne refuse finalement de subir le prélèvement, non seulement elle ne saurait y être contrainte, mais encore son refus ne saurait engager sa responsabilité contractuelle (2). L'article 152 de l'avant-projet de la commission de réforme du Code civil prévoyait en ce sens, qu'"est toujours révocable l'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps, que cet acte doive recevoir exécution du vivant de son auteur ou après son décès" (3). N'est-on pas, dans ce cas, en présence d'une véritable atteinte à la force obligatoire des contrats, permettant à un individu de se soustraire impunément à une obligation qu'il a contractée ? M. Decocq, qui se montre pourtant hostile, en général à la thèse de la révocabilité des contrats sur la personne, concède cette hypothèse aux auteurs qui y sont favorables (4).

En réalité, là encore, l'atteinte à la force obligatoire est purement apparente. Tout d'abord, il semble qu'il n'y ait en pratique, avant le prélèvement d'organe, aucune véritable convention entre le donneur éventuel et le chirurgien, encore moins entre le donneur et le receveur (qui le plus souvent ne se connaissent pas) ; l'accord que peut exprimer le donneur avant la transplantation n'est qu'un accord moral, non producteur d'effets juridiques. D'autre part, et surtout, même si le donneur éventuel avait entendu s'engager juridiquement, on peut penser qu'un tel contrat serait nul : il est en effet, certains aspects de la liberté individuelle qui ne peuvent être limités par une convention (5) et c'est le cas, précisément, pour la liberté de subir ou de ne pas subir une atteinte à son intégrité corporelle (6).

-oo0oo-

(1) dans ce sens Decocq op cit n° 572.
(2) Decocq op cit n° 388.
(3) le problème ne se pose plus que pour le prélèvement effectué sur une personne vivante, le prélèvement effectué sur un cadavre étant licite en l'absence de manifestation de volonté contraire de la presonne décédée.
(4) Decocq op cit n° 389.
(5) voir infra n°260 et s.
(6) au moins lorsqu'il s'agit d'atteintes suffisamment graves : la validité de l'engagement des boxeurs et autres sportifs de combat est aujourd'hui admise sans difficulté - dans ce sens A. Jack article précité n° 13, Decocq, op cit n° 390.

La prétendue révocabilité de la convention tient, ici encore, à l'absence d'obligation, elle-même conséquence de la nullité du contrat. Cette analyse permet, seule, d'éviter ce que M. Decocq appelle à juste titre "une contradiction interne extrêmement grave". "Comment, se demande cet auteur, peut on dire que la volonté est source d'obligations si on admet qu'elle peut, unilatéralement, détruire les obligations à tout moment ?" (I). N'est-ce pas consacrer au profit du débiteur la validité d'une condition purement potestative prohibée par l'article II74 du Code civil ? (2). La contradiction révèle en réalité, non que la solution est critiquable comme le pense M. Decocq (3), mais que le problème est mal posé. La volonté peut être retirée à tout moment précisément parce qu'elle n'est pas source d'obligations.

2I4 - On voit bien, en réalité, pourquoi les auteurs sont amenés à tomber dans cette contradiction en qualifiant de révocabilité la situation qui naît de l'absence d'un véritable contrat ou de la nullité de celui-ci. C'est parce qu'ils ne conçoivent pas que la licéité du prélèvement d'organe puisse s'expliquer autrement que par un contrat valable passé entre l'auteur de l'atteinte corporelle et la personne qui la subit.

Or, nous le savons, cette licéité ne dépend pas de la validité d'un acte juridique créateur de droits et d'obligations ; elle repose uniquement sur l'existence de la volonté en tant que fait justificatif. On peut donc à la fois admettre l'impunité du chirurgien qui procède à l'ablation de l'organe avec le consentement du donneur, et l'absence d'un contrat valable par lequel celui-ci se serait engagé à subir l'intervention, ce qui explique qu'il ne puisse être sanctionné pour son refus (4).

2I5 - b)- Cette analyse révèle son intérêt à propos d'autres conventions que celles qui sont relatives à la personne physique. Dès lors que l'on écarte la confusion habituellement commise entre le contrat, acte juridique, et la volonté en tant que fait justificatif, on est amené à situer

-ooOoo-

(I) op cit n° 392.
(2) Puech, note sous T.G.I. Paris 8 novembre I973, D I975-402.
(3) op cit n° 389.
(4) M. Decocq (op cit n° 392) reconnaît finalement lui-même que "le départ est bien difficile à faire entre la théorie de la révocabilité et celle de l'illicéité des conventions".

en dehors du problème de la force obligatoire des contrats un certain nombre de solutions qui s'expliquent très simplement par l'absence ou par la nullité de la convention envisagée.

Dans une première série de cas, la doctrine parle de révocabilité alors qu'il n'y a pas de véritable convention entre les parties. C'est ainsi qu'on cite fréquemment, comme ayant admis la révocabilité des conventions sur l'image, un arrêt de la cour de Paris du 25 mai I867, rendu à la demande d'Alexandre Dumas père (I). Le célèbre romancier avait accepté de poser pour un photographe en compagnie d'une demoiselle qu'il tenait sur ses genoux ; les photos ayant été publiées et ayant causé un petit scandale parisien, Alexandre Dumas prétendit faire interdire la vente et la publication ultérieure des photographies. L'arrêt fait droit à cette demande, mais on ne saurait y voir la consécration d'une révocabilité des conventions sur l'image. Tout au contraire, l'arrêt affirme que s'il y avait eu convention formelle entre Dumas et le photographe, celle-ci aurait entraîné une "concession définitive et perpétuelle du droit de publier" (2). Si la cour de Paris admet que Dumas peut interrompre la publication, c'est précisément parce qu'en l'espèce il n'y avait pas eu une telle convention, mais "une simple tolérance dont la mesure reste toujours à la disposition de celui qui la consent". Autrement dit, le consentement de Dumas valait comme fait justificatif de la publication pendant tout le temps où il était maintenu - le romancier n'aurait pu obtenir des dommages-intérêts pour cette publication - ; ce consentement n'était pas l'élément d'un acte juridique doté de force obligatoire.

2I6 - Dans d'autres cas, une convention a bien été passée entre les parties, mais cette convention est nulle, ce qui explique l'absence de force obligatoire faussement désignée sous le nom de révocabilité. Nous avons déjà rencontré plusieurs exemples de cette confusion.

Ainsi nous avions analysé la jurisprudence qui reconnaît au mari le droit de retirer à tout moment et discrètionnairement l'autorisation qu'il a donnée à son ex-épouse de continuer à porter son nom après le divorce, comme consacrant la nullité, et non la révocabilité de la convention relative au nom (3) : l'autorisation n'a de valeur que comme

-ooOoo-

(I) S I868-2-4I - cité par Fougerol, La figure humaine et le droit précité p.88
Stoufflet op cit n° 33 ; Tallon op cit n° II6.

(2) ce qui est d'ailleurs très excessif, compte tenu des règles d'interprétation restrictive qui prévalent généralement à propos de telles conventions.

(3) voir supra n° I97 - La cour de cassation, dans l'arrêt Lefort parle de révocabilité de l'autorision et non de la convention.

fait justificatif de l'utilisation du nom pendant le temps où elle est maintenue.

De même, nous avions signalé, à propos de la renonciation de l'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique à son "droit de paternité", qu'il est inexact de dire que cette renonciation est révocable, alors qu'il s'agit simplement, là encore, de reconnaître la valeur justificative du consentement de l'auteur à la publication anonyme de son oeuvre - étant entendu qu'il peut être mis fin à tout moment à cet anonymat (I).

Le caractère fallacieux de cette prétendue révocabilité, qui retire en fait toute existence à l'acte juridique considéré, apparaît mieux si on la rapproche des véritables atteintes à la force obligatoire des conventions relatives aux droits de la personnalité.

B - Les atteintes véritables à la force obligatoire des conventions relatives aux droits de la personnalité.

217 - A la différence des auteurs plus anciens, la doctrine actuelle n'appuie plus tellement la théorie de la révocabilité des conventions relatives aux droits de la personnalité sur l'exemple contestable des conventions sur le corps humain. Les auteurs cherchent plutôt à transposer les solutions admises à propos des conventions sur le droit d'auteur (2). La théorie de la révocabilité n'en reste pas moins critiquable car, si dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, le droit moral de l'auteur justifie bien de véritables atteintes à la force obligatoire des conventions (a), il n'est pas certain que ces solutions puissent être généralisées à toutes les conventions relatives aux droits de la personnalité (b).

a) - les solutions applicables aux conventions sur le droit d'auteur.

218 - L'exemple le plus évident d'une atteinte à la force obligatoire justifiée par le souci de protéger la personnalité de l'auteur est

-ooOoo-

(I) voir supra n° 185.
(2) Tallon op cit n° 132 ; Stoufflet op cit n° 33 ; Badinter, op cit n° 38 et s.

constitué par le droit de repentir et de retrait institué par la loi du II mars I957 (I°). Dans l'optique d'une possible généralisation à d'autres conventions relatives aux droits de la personnalité, il ne faut pas cependant oublier que, de son côté, la jurisprudence a eu un rôle créateur important en reconnaissant à l'artiste un droit de révocation unilatérale dans les contrats de commande d'oeuvres d'art (2°).

I°/ Le droit de repentir et de retrait.

2I9 - Aux termes de l'article 32 de la loi du II mars I957, "nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir et de retrait vis à vis du cessionnaire". L'idée qui justifie cette disposition exceptionnelle est que l'auteur doit pouvoir empêcher ou interrompre la publication d'une oeuvre qu'il estime ne plus être un reflet exact de ses conceptions artistiques ou personnelles. Le terme de "droit de repentir" correspond à la première hypothèse - celle où l'auteur voudrait empêcher une publication qui n'a pas encore eu lieu - tandis qu'on parle de retrait lorsque la publication est déjà réalisée (I).

Bien qu'il ait été adopté presque sans discussion lors des travaux préparatoires de la loi de I957, l'article 32 n'a pas vraiment de précédents jurisprudentiels (2). Certes, quelques arrêts, que nous étudierons plus loin, permettaient à un artiste engagé dans un contrat de commande d'une oeuvre d'art, de s'en dégager en refusant de livrer l'oeuvre achevée, mais cette jurisprudence ne permettait nullement à l'auteur de revenir sur une cession déjà réalisée des droits d'exploitation de l'oeuvre, ce qui est le propos de l'article 32. Ce texte avait sans doute des précédents doctrinaux : il se trouvait quelques auteurs pour reconnaître à l'auteur, parmi les attributs de son droit moral, le droit d'interrompre la publication d'une oeuvre dont il avait cédé les droits d'exploitation (3). Mais

-ooOoo-

(I) Desbois, n°393 - selon d'autres auteurs (Plaisant, Jcl Propriété littéraire fasc. 8 n° 43 et s., Gavin, Le droit moral de l'auteur p. 64 et s.) le droit de retrait vise le cas où l'artiste veut mettre fin au contrat, et le repentir celui où il entend seulement modifier l'oeuvre.

(2) Desbois n° 394.

(3) Gorguette d'Argoeuvres, Du droit moral de l'auteur sur son oeuvre artistique ou littéraire, Lille, I924, p. I03 ; Silz, La notion juridique du droit moral de l'auteur , Rev. trim. dr. civ. I933, p. 405 et s. ; Michaelides Nouaros, op.cit, p. 284.

ce courant doctrinal, très controversé (I), n'avait trouvé aucun écho en jurisprudence, à tel point qu'à la veille de sa reconnaissance législative, certains auteurs avaient pu ironiser sur le "mythe" du droit de repentir (2).

Il semble logique qu'une atteinte aussi grave à la force obligatoire du contrat n'ait pu résulter que d'une intervention du législateur. Celui-ci a d'ailleurs considérablement atténué l'audace de la disposition de l'article 32 tant par les conditions restrictives mises à l'exercice du droit de repentir, que par le domaine limité qui lui est assigné.

220 - Les conditions mises par le législateur à l'exercice du droit de repentir ou de retrait visent évidemment à concilier la protection de la personnalité de l'auteur avec la nécessaire stabilité du rapport contractuel.

Contrairement à ce qui a été admis dans certaines législations étrangères (3), le législateur français n'a pas voulu limiter l'exercice du droit de repentir aux hypothèses où la poursuite de la publication apparaît objectivement préjudiciable aux intérêts moraux de l'auteur. C'est à celui-ci, et à lui seul, de juger de ses intérêts. Tout au plus peut-on admettre que le cocontractant puisse s'opposer à l'exercice du droit de repentir s'il prouve que l'auteur est inspiré non par le souci de protéger sa personnalité, mais par un mobile purement lucratif - par exemple s'il agit dans le but de passer un contrat plus avantageux (4). Le législateur déjoue d'ailleurs cette fraude : l'article 32 al. 2 prévoit en effet que "lorsque postérieurement à l'exercice du droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au concessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées" (5).

Dès lors que la faculté de révocation n'est pas limitée à des hypothèses déterminées, le seul moyen de la concilier avec les

-ooOoo-

(I) voir notamment les critiques de Nerson, thèse précitée, n° II3 et les auteurs cités.
(2) Sarraute et Tager, G P I953. doct. I p. 49.
(3) l'article I42 de la loi italienne du 22 avril I94I ne reconnaît le bien-fondé du retrait qu'en présence de graves raisons d'ordre moral qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier.
(4) dans ce sens Desbois n° 396 ; Plaisant J cl Prop. litt. fasc. 8 n° 46.
(5) sur les difficultés que soulève l'application de ce texte cf Desbois n° 40I.

intérêts du cocontractant et, au delà, avec l'existence même du contrat, est d'imposer à l'auteur le versement d'une indemnité destinée à compenser le préjudice subi par le cessionnaire. C'est la règle posée par l'article 32 al. I, qui exige, de surcroît, que l'indemnisation soit préalable au retrait de l'oeuvre. Tous les commentateurs ont jugé excessive cette dernière exigence (I), qui diminue considérablement la portée pratique du droit de repentir, et introduit une discrimination entre les auteurs "arrivés" et les jeunes auteurs qui, faute de pouvoir débourser immédiatement une indemnité souvent considérable, devront se résigner à la poursuite de l'exploitation, même s'ils l'estiment contraire à leurs intérêts moraux. Ce sont peut-être ces considérations qui expliquent que la jurisprudence ait eu rarement à connaître du droit de repentir. On ne peut, à notre connaissance, citer qu'une seule décision qui y soit relative, et, d'ailleurs, il s'agit d'une décision qui refuse de faire jouer l'article 32 dans une hypothèse où l'auteur n'avait pas proposé l'indemnisation préalable (2).

221 - - Le faible intérêt pratique du droit de repentir tient sans doute également au domaine très limité qui lui est assigné. L'article 32 de la loi de 1957, inséré dans le titre II relatif à l'exploitation des droits patrimoniaux ne vise que la "cession du droit d'exploitation" de l'oeuvre. Il faut, sans doute, entendre par là non seulement les droits fondamentaux de reproduction et de représentation, mais aussi leurs corollaires tels que les droits d'adaptation et de traduction (3). Par contre, l'article 32 ne s'applique certainement pas aux contrats comportant le transfert de la propriété de l'oeuvre sans qu'il y ait cession du monopole d'exploitation. L'hypothèse est celle des contrats de vente d'oeuvres d'art plastique : le droit de repentir se heurterait ici non seulement à la force obligatoire de la convention, mais aussi au caractère absolu du droit de propriété (4).

L'article 32 n'est pas davantage applicable aux contrats de commande des oeuvres d'art plastique parce que, là encore, ces contrats visent au seul transfert de la propriété du corpus de

-ooOoo-

(1) Desbois n° 400.
(2) T.G.I. Seine 27 octobre 1969, RIDA 1970 - L XIII - 235 Sarte c. Nogel (à propos du livre "L'existentialisme est un humanisme").
(3) Desbois Le droit d'auteur n° 397.
(4) Desbois n° 412 - contra : Plaisant J cl Prop. litt. fasc. 8 n° 46.

l'oeuvre, l'auteur conservant les droits de reproduction (I). Si certains auteurs emploient néanmoins l'expression de "droit de repentir" à propos du contrat de commande d'oeuvre d'art (2), c'est en réalité pour désigner le droit de rupture unilatérale reconnu à l'artiste par la jurisprudence. Ce droit se situe en dehors du cadre de l'article 32 de la loi de I957.

2°/ Le droit de rupture unilatérale du contrat de commande d'oeuvre d'art.

222 - Il a toujours été admis que l'artiste qui s'est engagé, dans le cadre d'un contrat de commande, à réaliser une oeuvre ne peut, en aucune manière, être contraint à effectuer le travail promis (3). S'agissant d'une obligation de faire qui ne peut être exécutée que par le débiteur lui-même, l'article II42 du Code Civil exclut le recours à la contrainte physique ; quant au procédé des astreintes, il dénaturerait à l'évidence l'objet du contrat : prétendre contraindre, sous la menace, l'artiste à exécuter son oeuvre alors que l'inspiration lui fait défaut semble contraire à l'essence même de la création artistique.

Mais qu'en est-il lorsque l'artiste, ayant terminé l'oeuvre commandée, se refuse à la livrer à son cocontractant ? Le problème s'est posé pour la première fois à la jurisprudence dans la célèbre affaire Whistler : le peintre Whistler s'était engagé à faire le portrait de lady Eden ; mais, une fois le portrait achevé il avait refusé de le livrer et lui avait fait subir des modifications radicales rendant le modèle méconnaissable ; lord Eden, avec lequel le contrat avait été passé prétendait obtenir la remise du tableau. Dans un jugement du 20 mars I895, le tribunal de la Seine avait accédé à cette demande et condamné le peintre sous astreinte à livrer l'oeuvre commandée (4). La cour de Paris, sur appel de Whistler, puis la cour de cassation, adoptèrent une position différente : aux termes de ces décisions, la partie qui commande un tableau n'en devient propriétaire qu'au moment où le peintre le met à sa disposition ; jus-

-ooOoo-

(I) dans ce sens Desbois n° 405 ; Gavin, Le droit moral de l'auteur n° I70 ; S. Berbigier, Droit de divulgation et droit de repentir ou de retrait thèse, Paris, I970. (dactylographiée) p. 53 et s.
(2) R. Savatier, commentaire de la loi du II mars I957, J.C.P. 57. I.1398 n°39 Plaisant, Jcl Prop. littéraire fasc. 8 n° 46 ; Ionasco, Le droit de repentir de l'auteur, RIDA janvier I975, LXXXIII p. 2I et s.
(3) Paris 4 juillet I865, D I865-2-20I (Rosa Bonheur)
(4) D P I898 - 2 - 465.

qu'à ce moment, l'artiste reste maître de son oeuvre, sauf à se voir condamner à des dommages-intérêts s'il ne satisfait pas à ses engagements (I).

Cette solution ne devait pas être démentie par la suite (2), et son fondement laisse supposer qu'elle doit être maintenue après la loi du II mars I957 bien que celle-ci ne contienne aucune disposition particulière sur ce point.

223 - Il faut voir tout d'abord que cette jurisprudence n'est pas une simple application de l'article II42 du Code civil selon lequel "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur". Ce texte repose en effet sur l'impossibilité pratique de contraindre physiquement le débiteur à exécuter ce qu'il a promis, à la fois par respect pour sa personne et pour éviter un scandale. Ce fondement indique clairement la portée de l'article II42 : d'une part il ne s'applique que lorsque l'obligation inexécutée est "purement personnelle", c'est à dire si elle ne peut être exécutée que par le débiteur lui-même (3) ; d'autre part, même dans ce cas, il est loisible au créancier de recourir à une contrainte indirecte, autre que physique, pour amener le débiteur à s'exécuter : telle est la signification des astreintes. La condamnation du débiteur à des dommages-intérêts n'est qu'une solution de dernier recours, si l'exécution en nature apparaît vraiment impossible à obtenir (4).

Or, dans l'hypothèse qui nous intéresse, il serait tout à fait possible d'amener l'artiste à livrer l'oeuvre commandée sans recourir à la contrainte physique proscrite par l'article II42. Le procédé de l'astreinte serait ici parfaitement concevable, contrairement au cas où l'artiste refuse de réaliser l'oeuvre. Cependant l'arrêt Whistler prohibe également ce mode de contrainte, et n'offre d'autre solution, en cas de refus de livrer l'oeuvre, que la condamnation de l'artiste à des dommages-intérêts.

-ooOoo-

(I) Paris 2 décembre I897, D P I898 - 2 - 467 note Planiol, S I900 -2- 20I note Wahl; Civ. I4 mars I900, D P I900-I-497 rapport Rau, conclusions Desjardins, note M.P.

(2) Trib. civ. Seine I9 mai I925 (Rodin c. Grunbaum), inédit - Trib. civ. Charolles 4 mars I949, Droit d'auteur I950 p.83.

(3) les obligations "purement" ou "strictement" personnelles auxquelles s'appliquent l'article II42 C.Civ. ne sont pas nécessairement des obligations relatives aux droits de la personnalité.

(4) sur l'interprétation de l'article II42 : Weill-Terré n° 83I et s. ; Carbonnier t IV n° I43.

Les décisions rendues dans l'affaire Rouault (I) confirment nettement que la jurisprudence relative au contrat de commande dépasse la seule prohibition de l'exécution forcée des obligations de faire strictement personnelles. Dans cette affaire le peintre Rouault avait passé un contrat d'exclusivité avec le marchand de tableaux Vollard ; à la mort de celui-ci, Rouault avait dans son atelier un certain nombre de toiles non encore signées, ce qui manifestait qu'il n'avait pas encore décidé de les communiquer au public. Or l'atelier de Rouault se trouvant au domicile de Vollard, ces toiles étaient entre les mains des héritiers de ce dernier, qui prétendaient les conserver. Le tribunal de la Seine, puis la cour de Paris condamnèrent les héritiers Vollard à restituer à Rouault les toiles non signées, au motif, notamment, que "le créateur de toute oeuvre intellectuelle... a le droit absolu de déterminer lui-même le moment où il estime que son oeuvre est achevée" ; jusqu'à ce moment, il en est le maître absolu, en conséquence la propriété de l'oeuvre ne peut être transférée au cocontractant tant que l'auteur n'a pas décidé de la mettre à sa disposition. Le droit reconnu à l'artiste apparaît donc indépendant du problème de l'exécution forcée du contrat - problème qui ne se posait pas en l'espèce.

224 - En réalité, le droit de revendication reconnu à Rouault, comme le refus de forcer la volonté du peintre dans l'affaire Whistler sont deux manifestations d'un droit de rupture unilatérale reconnu à l'artiste ou, plus exactement, d'un droit de refuser d'exécuter le contrat en nature.

Cette prérogative n'est que la traduction, dans le cadre du contrat de commande, du droit de divulgation défini à l'article I9 de la loi de I957 (2). Lorsqu'il a accepté la commande, l'artiste ignorait s'il serait ou non satisfait de son oeuvre ; il n'a donc pu prendre en connaissance de cause la décision de divulgation. Il n'a pu davantage s'engager à divulguer l'oeuvre, car le contrat de commande comporterait alors une renonciation illicite à une prérogative essentielle du droit moral (3).

L'exercice du droit de ne pas exécuter le contrat en nature

-ooOoo-

(I) Trib. civ. Seine I0 juillet I946, D I947 - 98 note Desbois ; Paris I9 mars I947, S I949 - I9 note Desbois.
(2) Desbois n° 406 ; Gavin, op cit n° I7I ; Berbigier op cit p. 55-56.
(3) Gavin op cit n° I7I ; Ionasco op cit p. 29 ; Decocq, thèse précitée n° I95.

doit être, comme celui du droit de divulgation dont il est l'expression, laissé à la seule appréciation de l'artiste (I). Cela ne signifie pas, cependant, qu'il ne puisse être susceptible d'abus : la doctrine dominante reconnaît au juge le pouvoir d'ordonner la livraison sous astreinte s'il apparaît que le refus d'exécution n'est pas commandé par des motifs liés aux intérêts moraux de l'artiste, mais par l'intention de nuire au contractant ou par des préoccupations pécuniaires (2). Par ailleurs, l'exercice du droit reconnu à l'artiste n'est pas sans contrepartie. Certains auteurs avaient soutenu autrefois que le refus de l'artiste le libérait purement et simplement (3). Mais cela reviendrait, comme nous l'avons déjà constaté à propos de certaines conventions sur le corps humain, à nier l'existence même du contrat, à n'y voir qu'un simple accord de principe sans effets juridiques. C'est pourquoi la jurisprudence impose à l'artiste défaillant le versement d'une indemnité. Contrairement à ce que suggèrent les formules des décisions jurisprudentielles, il ne faut pas analyser cette indemnité en de véritables dommages-intérêts, prononcés à titre de sanction de l'inexécution. Dès lors, en effet, que le refus de livrer l'oeuvre apparaît comme l'exercice d'un droit, l'artiste ne saurait, de ce fait, encourir aucune responsabilité (4). Pour justifier l'indemnité, M. Desbois analyse le contrat de commande comme comportant une obligation alternative : ou livrer l'oeuvre commandée, ou payer une certaine somme (5). L'analyse est intéressante en ce qu'elle distingue clairement la somme due par l'artiste de véritables dommages-intérêts. Elle a cependant l'inconvénient de mettre sur le même plan deux obligations dont l'une (le paiement d'une somme d'argent) est évidemment considérée par les parties comme tout à fait subsidiaire par rapport à l'autre. On pourrait tout aussi bien, à notre avis, expliquer l'indemnité en disant que la jurisprudence a "découvert" dans le contrat de commande une clause de dédit tacite.

-ooOoo-

(I) Desbois n° 406.
(2) Desbois, Enc. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique n° 379 (implicite) Plaisant J cl Propriété littéraire fasc. 8 n° 25 - il faut remarquer cependant que, dans l'affaire Whistler, le peintre refusait de livrer l'oeuvre uniquement parce qu'il estimait que la rémunération proposée par Eden était insuffisante, et non parce qu'il était mécontent de son oeuvre (qu'il avait d'ailleurs exposée dans un salon).
(3) Huard et Mack, cités par Decocq n° 385.
(4) sauf l'hypothèse, signalée plus haut, où l'exercice du droit est abusif.
(5) Desbois n° 408 ; dans le même sens : Decocq, thèse précitée n° I97 ; Gavin, op cit, n° I7I.

225 - La technique juridique mise en oeuvre importe du reste assez peu dans l'optique de nos développements. Ce qu'il faut surtout remarquer ici, c'est que la jurisprudence est parvenue à créer de toutes pièces, dans le contrat de commande, un droit de résiliation unilatérale moyennant indemnité, analogue au droit de repentir institué par le législateur de I957.

Le rapprochement entre ces deux droits fait cependant apparaître les limites du pouvoir de création jurisprudentielle. Tout d'abord, les conditions précises mises par le législateur à l'exercice du droit de repentir ne peuvent être exactement transposées à la rupture unilatérale du contrat de commande. M. Desbois fait ainsi remarquer qu'il semble difficile, en l'absence de texte, d'imposer à l'auteur le versement d'une indemnité préalable (I). De même les dispositions de l'article 32 de la loi de I957 relatives au sort de l'oeuvre après le repentir ou le retrait sont certainement inapplicables au contrat de commande : le refus de livrer entraîne la rupture du contrat et l'artiste conserve la pleine propriété de son oeuvre sur laquelle le cocontractant n'a jamais eu aucun droit. Si l'artiste décide par la suite de divulguer son oeuvre, on ne voit pas ce qui pourrait l'en empêcher (2), ni comment on pourrait faire bénéficier son contractant initial d'un droit de préférence identique à celui institué par le législateur ; encore moins pourrait-on imposer à l'artiste la destruction de son oeuvre (comme le prétendait Planiol) (3).

Surtout, il faut relever une distinction fondamentale entre le droit de repentir institué par le législateur et le droit de révocation unilatérale reconnu par la jurisprudence dans le contrat de commande. Ce dernier, à la différence du droit de repentir, ne vient pas mettre en échec un droit qui aurait d'ores et déjà été conféré au cocontractant sur l'oeuvre commandée. Le contrat de

-ooOoo-

(I) Le droit d'auteur n° 409 - à dire vrai, la question n'a qu'un intérêt limité puisque, en général, l'artiste qui détient l'oeuvre se trouve en position de force : le paiement de l'indemnité suivra donc nécessairement le refus par l'artiste de livrer l'oeuvre.

(2) sauf si l'oeuvre est un portrait, auquel cas la personne représentée pourrait s'opposer à sa communication au public au nom de son "droit à l'image". C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire Whistler.

(3) Planiol, note D P I898-2-465 - Planiol raisonnait, là encore, dans l'hypothèse où l'oeuvre est un portrait ; mais même dans ce cas, il ne semble pas que le droit à l'image de la personne représentée puisse conduire à imposer à l'artiste la destruction de son oeuvre - voir la discussion approfondie de cette question par Desbois n° 4I0.

commande ne comporte pas de cession des droits d'exploitation - c'est pour cela, nous l'avons vu, que l'article 32 ne lui est pas applicable -, et par ailleurs il ne transfère pas, dès sa conclusion, la propriété de l'oeuvre : la jurisprudence n'a pu reconnaître à l'artiste le droit de refuser la livraison qu'en retardant le transfert de la propriété jusqu'au moment de cette livraison. Ce qui est mis en échec par la révocation unilatérale, c'est seulement un droit de créance contre l'artiste.

On doit garder présente à l'esprit cette différence essentielle avec le droit de repentir - qui permet à l'artiste de reprendre les droits d'exploitation déjà cédés - lorsqu'on se demande dans quelle mesure les solutions admises dans le domaine de la propriété littéraire et artistique peuvent être étendues aux autres conventions "relatives aux droits de la personnalité".

b) - la généralisation doctrinale des solutions applicables aux conventions sur le droit d'auteur.

226 - Les tentatives faites par la doctrine pour généraliser les solutions admises en matière de propriété littéraire et artistique semblent de prime abord, se heurter à la grande diversité des conventions "relatives aux droits de la personnalité". Il est beaucoup plus facile, nous venons de le voir, d'admettre un droit de révocation unilatérale au profit d'un contractant dans les conventions simplement génératrices d'obligations de faire ou de ne pas faire, que dans les contrats translatifs de droits. Le problème de la révocabilité se pose donc a priori différemment selon les conventions considérées.

Plutôt cependant que les types de conventions, ce qu'il faut distinguer, ce sont les situations dans lesquelles le problème de la révocabilité se pose - situations qui peuvent se rencontrer successivement à propos d'un même contrat. Sommairement, on peut distinguer selon que le contractant dont la personnalité est concernée prétend ne pas exécuter les obligations qu'il a contractées (I°), ou qu'il prétend, après l'exécution de ses propres obligations,

-ooOoo-

priver l'autre partie d'un droit qui lui a été transmis par le contrat (2°).

I°/ La révocabilité avant l'exécution du contrat.

227 - Curieusement, alors que la révocabilité est beaucoup plus facile à admettre dans cette première hypothèse, les auteurs ne l'envisagent pratiquement jamais, sans doute parce que la question n'a qu'un intérêt pratique limité. Il s'agit de savoir si on peut transposer au profit de tous les contractants dont la personnalité est étroitement concernée, la solution admise pour l'artiste qui refuse de livrer son oeuvre. Par exemple, le modèle photographique qui refuse de se soumettre aux séances de pose, l'acteur qui n'exécute pas son obligation de jouer dans la pièce ou le film pour lesquels ils ont été engagés peuvent-ils y être contraints sous astreinte, ou faut-il leur reconnaître un droit absolu et discrètionnaire de refuser l'exécution en nature du contrat, sauf à indemniser leur cocontractant ?

La doctrine, en général, ne se soucie guère du problème. Les civilistes affirment, dans les ouvrages généraux, que les astreintes ont un domaine d'application très général, et qu'elles valent pour toutes les obligations de faire, même lorsqu'elles mettent en jeu des qualités irréductiblement personnelles du débiteur (I). On ne trouve, à notre connaissance, qu'un auteur pour considérer que le procédé des astreintes est inapplicable chaque fois que le débiteur se prévaut d'une liberté intellectuelle : il s'agit de M. Chabas, qui assimile en conséquence à l'artiste travaillant sur commande toutes les personnes qui ont une activité artistique, même si elles ne bénéficient pas du droit moral de l'auteur (interprètes, acteurs) (2).

Le problème ne s'est, à notre connaissance, jamais posé en jurisprudence. Sans doute un pittoresque jugement du tribunal de grande instance de Paris du 8 novembre 1973 a-t-il estimé qu'on ne saurait contraindre sous astreinte une strip-teaseuse "revenue

-oo0oo-

(I) la doctrine omet parfois de signaler d'ailleurs l'importante exception de l'artiste dans le contrat de commande d'une oeuvre d'art - voir par exemple : Mazeaud-de Juglart n° 948 ; Marty-Raynaud, Les obligations n° 672.

(2) J Cl Civil art. 1146-1158 fasc. VIII n° 26.

au sentiment naturel de la pudeur" à s'exhiber nue aux yeux du public comme elle s'y est engagée (I). Mais il semble que le refus d'une telle condamnation s'explique ici davantage par le caractère scandaleux d'une telle exécution forcée que par le souci de protéger la personnalité de la danseuse (2).

Dans d'autres hypothèses, le refus de l'astreinte pourrait être commandé par des considérations pratiques. Par exemple, l'obligation de jouer un rôle dans un film ou sur une scène exige une certaine spontanéité peu compatible avec une pression exercée sur la volonté de l'acteur. Plus que par le lien de l'obligation considérée avec la personnalité du débiteur, l'absence de toute contrainte même indirecte, pourrait se justifier par son inefficacité.

Quoi qu'il en soit, la plupart des auteurs devraient reconnaître sans difficulté le droit pour le débiteur dont la personnalité est en cause de refuser l'exécution en nature de son obligation, puisqu'ils admettent, d'une manière beaucoup plus audacieuse, la révocabilité intervenant après l'exécution des conventions "relatives aux droits de la personnalité".

2°/ La révocabilité après l'exécution.

228 - Les solutions proposées par les auteurs concernent surtout les conventions sur l'image et sur la vie privée. Il s'agit de permettre au modèle professionnel, ou à la personne qui a autorisé la divulgation de faits se rapportant à sa vie privée, d'empêcher ou d'interrompre, moyennant indemnité, la publication de son image ou de ses souvenirs (3). Or, au moment où ce repentir intervient, le sujet a déjà complètement exécuté ses éventuelles obligations - qui consistaient à se soumettre aux séances de pose pour permettre la réalisation de l'image, ou à se prêter aux interviews où il devait faire des révélations sur sa vie privée. Le contrat ne prolonge ses effets dans le temps que par l'exercice, par le cocontractant, du droit d'exploitation de l'image ou des faits révélés.(4) Il ne s'agit

-ooOoo-

(I) D 1975-J-402 note Puech - de cette impossibilité de l'exécution forcée, les juges déduirent, par un raisonnement inversé, la nullité de la convention de strip-tease.

(2) cf. cependant Puech, note précitée, qui rapproche cette hypothèse de celle des activités artistiques.

(3) Stoufflet op cit n° 33 ; Badinter, op cit n° 38 et s. ; Tallon op cit, n° II6. Ravanas, thèse précitée n° 288

(4) sur cette analyse du contrat voir supra n° 176

donc de rien moins que de reconnaître à une partie au contrat la faculté de priver son cocontractant d'un droit qui lui a été concédé, de revenir sur un contrat déjà exécuté, ce qui est l'exacte transposition du droit de repentir admis à propos de la cession des droits d'exploitation d'une oeuvre de l'esprit.

Pour justifier cette transposition, on invoque qu'il y a d'aussi bonnes raisons de permettre à une personne d'empêcher que se poursuive une publicité de ses traits ou de sa vie, qu'elle estime contraire à sa dignité, que de reconnaître à l'auteur le droit d'interrompre la publication d'une oeuvre qui ne reflète plus sa personnalité (I) ; et même, écrit M. Stoufflet, "les raisons qui militent en faveur de la révocabilité du consentement sont peut-être plus fortes pour le contrat de reproduction de l'image que pour le contrat d'édition, car c'est non seulement une émanation de la personnalité, mais la personnalité elle-même qui est en cause" (2).

Cet argument d'analogie, ou même a fortiori, est en réalité particulièrement ambigu. S'agit-il d'appliquer purement et simplement l'article 32 de la loi de I957 à des hypothèses non prévues par le législateur ? Mais, nous le savons, ce texte est une disposition exceptionnelle, donc d'interprétation restrictive, même dans le seul domaine de la propriété littéraire et artistique (3). S'agit-il alors de permettre aux tribunaux de créer, de toutes pièces, une solution analogue à celle instituée par le législateur ? Il nous semble, dans ce cas, nécessaire de distinguer selon que le sujet prétend exercer le droit de révocation avant ou après la publication de l'image, ou des faits relatifs à sa vie privée.

229 - - On ne voit pas par quel raisonnement la jurisprudence pourrait reconnaître à un contractant, après la publication de son image ou de faits relatifs à sa vie privée, la possibilité de priver son cocontractant du droit d'exploitation qui lui a été concédé. Une telle atteinte à la force obligatoire du contrat ne pourrait être admise qu'en présence d'une disposition expresse du législateur.

-ooOoo-

(I) Stoufflet op cit n° 33- L'analogie est particulièrement frappante lorsqu'une personne autorise un écrivain à raconter les souvenirs de sa vie privée : a priori il n'y a aucune raison de la traiter plus sévèrement que la personne qui raconterait elle-même ses mémoires et qui bénéficierait du droit de repentir de la loi de I957.

(2) Stoufflet, ibid.

(3) contra Ionasco, op cit p.4I

Le problème n'a d'ailleurs qu'un intérêt pratique limité, dans la mesure où, le plus souvent, l'image n'est cédée que pour une utilisation déterminée et limitée dans le temps. Le modèle peut s'opposer à toute utilisation qui sortirait des limites du contrat - et notamment à une publication de son image plusieurs années après l'autorisation - sans qu'il soit nécessaire de parler de révocabilité de cette autorisation. Il s'agit seulement d'un problème d'interprétation du contrat.(I)

Le véritable problème de la révocabilité - qui suppose que la publication de l'image soit dans le cadre de l'autorisation accordée - s'est rarement posé en jurisprudence.AAnotre connaissance, on ne peut citer qu'un arrêt de la cour de Rennes du 23 novembre I903 qui refuse au modèle d'un peintre le droit d'interrompre l'exposition et la reproduction d'un tableau où elle était représentée (2). Il n'y aurait aucune raison d'appliquer aujourd'hui une solution différente.

230 - - Le problème est plus complexe lorsque la personne prétend non plus interrompre, mais empêcher la publication, (alors que celle-ci n'a pas encore eu lieu) de son image ou de ses souvenirs. L'hypothèse doit, a priori, être distinguée de celle, envisagée plus haut, où le contractant refuserait d'exécuter ses obligations : ici, comme lorsque la publication a déjà eu lieu, la personne a, pour sa part, déjà exécuté le contrat en permettant la réalisation de l'image ou en confiant ses souvenirs au journaliste. Lui reconnaître le droit d'empêcher la publication, n'est-ce pas, là encore, lui permettre de priver le cocontractant d'un droit qui lui a été concédé ?

Il est cependant possible d'échapper à cette analyse en transposant très exactement le raisonnement suivi à propos des contrats

-ooOoo-

(I) voir à ce sujet les décisions citées supra, Ière partie, n° I59 notamment Trib. civ. Seine I3 juin I963 (M.J. Nat), inédit, et Paris I4 mai I975 D I976-29I (Catherine Deneuve).
comp. en matière de propriété littéraire et artistique Trib. civ. Seine 4 dec.I9II (Pataille I9I2-I p. 98 art. 4989) qui juge fautive la publication par un éditeur d'une Histoire de France écrite par Anatole France, plus de vingt ans après qu'elle lui ait été remise et alors qu'elle avait perdu tout son intérêt. Cette décision est faussement citée comme un précédent jurisprudentiel du droit de repentir : comme le remarque M. Desbois (n° 394) il ne s'agit pas d'un problème de force obligatoire mais d'interprétation du contrat.

(2) Rennes 23 novembre I903, D P I905-2-69 infirmant Trib. civ. Nantes I8 déc. I902, G P I903-I-432.

de commande d'oeuvres d'art. On peut estimer qu'au moment où la personne accepte de poser pour un peintre ou un photographe, ou de laisser divulguer par un journaliste ou un écrivain des faits relatifs à sa vie privée, elle contracte sans doute une obligation (I), mais elle ne consent pas encore définitivement à la publication. De même, en effet, que l'artiste ne peut pas exercer valablement le droit de divulgation d'une oeuvre qu'il n'a pas encore créée, de même la personne ne pourra autoriser en connaissance de cause la publication de son image ou la divulgation de sa vie privée que lorsqu'elle aura vu les images qui doivent être publiées, ou lu le récit qui est fait de sa vie. On peut donc penser que ce n'est qu'à ce moment que le droit d'exploitation de l'image ou du récit est définitivement concédé au cocontractant.

Grâce à cette transformation d'un contrat translatif de droit en un contrat générateur, dans un premier temps, d'une obligation de faire, il est possible de reconnaître au sujet le droit d'empêcher la publication jusqu'au moment où il approuve les épreuves des clichés le représentant, ou la copie du journaliste. Cette prérogative reviendrait en effet simplement à refuser d'exécuter le contrat en nature, et non à priver le cocontractant d'un droit qui lui aurait été définitivement concédé.

Cette analyse complexe semble avoir été celle du tribunal de la Seine qui, dans deux décisions, a considéré que le seul fait pour un modèle de se soumettre aux séances de pose n'équivaut pas à l'autorisation de publier les photographies, et que ce modèle a toujours le droit de se prononcer après le développement des épreuves, pour accorder ou refuser le droit d'utiliser et de reproduire les documents le représentant (2). Ces décisions semblent d'ailleurs considérer que le refus du modèle est, non seulement discrétionnaire, mais sans contrepartie, ce qui n'est pas admissible.

Si l'on veut transposer la solution admise à propos du contrat de commande d'une oeuvre d'art, il faut la transposer complètement : le modèle qui refuse de laisser publier son image doit payer à son cocontractant une certaine somme à titre de dédit.

-ooOoo-

(I) rappelons que le problème ne se pose que s'il y a un véritable contrat relatif à l'image ou à la vie privée.

(2) Trib. civ. Seine 24 mars I937, G P I937-2-I55 ; T.G.I. Seine 3 4 octobre I963, inédit, (d^elle **Cnudde** c. disques Vogue).

231 - Il nous semble de toute façon difficile d'admettre une telle transposition du droit de repentir au profit du modèle professionnel ou de la personne qui monnaye la divulgation de sa vie privée. Le droit de révocation unilatérale qui serait ainsi reconnu se heurterait en effet, non seulement à la force obligatoire du contrat, mais encore au droit de divulgation qui appartient à l'auteur de l'image ou du récit relatif à la vie privée, droit qui n'est pas né du contrat mais qui est conféré par la loi du seul fait de la création de l'oeuvre artistique. C'est pourquoi, si l'on voulait aller jusqu'au bout de l'analogie avec les contrats relatifs au droit d'auteur, ce sont les solutions admises à propos des oeuvres de collaboration, où le droit pour chaque collaborateur de ne pas divulguer sa contribution est singulièrement limité (I), qu'il faudrait appliquer aux conventions sur l'image ou sur la vie privée.

La remarque suffit d'ailleurs à exclure tout droit d'empêcher la publication de l'image lorsque celle-ci est communiquée au public dans le cadre d'un film cinématographique. Les acteurs ne sauraient en effet avoir plus de droits que les coauteurs de l'oeuvre cinématographique, lesquels ne peuvent pas retirer leur contribution, même s'ils refusent de l'achever (articles 15 et 16 de la loi du 11 mars 1957) (2). Un jugement, déjà cité, du tribunal de grande instance de Paris du 14 mai 1974 n'a reconnu à l'actrice Carole Laure le droit de s'opposer à l'insertion dans le montage définitif d'un film de quelques scènes osées où elle figurait, que parce qu'elle s'était contractuellement réservé le droit de refuser la projection publique de ces séquences (3). Du reste, la doctrine n'a jamais sérieusement soutenu l'existence d'un droit de résiliation unilatérale au profit des acteurs cinématographiques, bien que les contrats passés par ces derniers touchent directement à leur "droit à l'image".(4)

232 - Il ne semble pas davantage possible de transposer les solutions applicables aux conventions sur le droit d'auteur aux conventions "relatives aux droits de la personnalité" autres que celles qui portent sur l'image ou sur la vie privée. La révocabilité des conventions sur le nom patronymique, qui a été soutenue par quelques auteurs (5), semble bien exclue aujourd'hui.

-ooOoo-

(1) voir sur ce point Desbois, op.cit., n° 647.
(2) voir le commentaire de ces articles in Desbois op. cit. n° 663 et s.
(3) D 1974-J-766.
(4) les ouvrages relatifs au statut juridique des acteurs ne font d'ailleurs aucune allusion à ce droit de résiliation unilatérale : voir Chesnais, op. cit.; Furkel, op. cit.
(5) E.H. Perreau, Le droit au nom en matière civile, p. 148 et s.; Nerson, thèse précitée, n° 191, p. 424

Ainsi, il est certain que la cession de nom commercial confère au cessionnaire un droit définitif, dont il ne peut être privé par une nouvelle décision du cédant ou de sa famille (I). M. Stoufflet estime que, dans ce cas, la révocabilité est exclue parce que le cédant ne justifie pas d'un intérêt extrapatrimonial, le nom se détachant suffisamment de la personne pour que son utilisation par le cessionnaire ne porte pas atteinte à sa personnalité (2). Mais, outre que cette affirmation est contestable - une mauvaise utilisation commerciale du nom pouvant porter atteinte aux intérêts moraux du cédant - il faut remarquer qu'est pareillement irrévocable la convention tendant à l'utilisation comme marque ou nom commercial d'un patronyme qui ne faisait pas l'objet auparavant d'une telle utilisation par son titulaire. L'arrêt de la chambre civile du 6 juillet 1965, rendu dans l'affaire Negresco, en est la parfaite illustration (3). Or, dans ce cas, la personnalité du titulaire du nom semble beaucoup plus directement concernée.

Il apparaît donc, à l'évidence, que l'affirmation selon laquelle les conventions relatives aux droits de la personnalité sont révocables ne correspond pas au droit positif. Tout au moins est-elle trop générale : s'il est vrai que le souci de protéger la personnalité d'un contractant conduit à porter certaines atteintes à la force obligatoire de quelques unes de ces conventions, on ne saurait transposer les solutions admises à toutes les conventions relatives aux droits de la personnalité.

233 - A l'inverse, on pourrait également reprocher à la thèse de la révocabilité d'être trop restrictive. Ce n'est pas uniquement dans les conventions traditionnellement présentées comme relatives aux droits de la personnalité, en effet, que le souci de protection de la personnalité justifie certaines atteintes à la force obligatoire.

Nous songeons par exemple à ce qu'il est convenu d'appeler la "clause de conscience" du journaliste, instituée par la loi du 29 mars 1935 qui introduit dans le Code du Travail un statut des journalistes professionnels. Cette clause figure actuellement à l'article 761.7 du Code du Travail, qui dispose qu'une indemnité de licenciement est due au journaliste salarié en

-ooOoo-

(I) Com. 16 juin 1958, Ann. prop. ind. 1962, p. 233 - on notera cependant que "les héritiers du fondateur peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, si par exemple il était fait abus du nom, ou s'il se trouvait compromis dans des opérations deshonnêtes, demander que l'usage en soit réglementé ou interdit dans des conditions que les tribunaux apprécient souverainement" (Req. 3 février 1909, DP 1910-1-451) ; mais c'est autre chose qu'une révocabilité.

(2) Le droit de la personne sur son image, précité, n°33

(3) D 1965-J-701, note Lindon; sur cet arrêt, voir supra n° 194

cas de rupture, même de son fait, de son contrat de travail, dès lors que cette rupture est motivée par "un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique, si ce changement crée pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière plus générale, à ses intérêts moraux" (I). Dans ce cas, le journaliste est, de surcroît, dispensé d'observer un délai-congé. Dans les contrats à durée indéterminée, ce texte réalise un aménagement, destiné à en faciliter l'exercice, du droit de résiliation unilatérale qui appartient, normalement, à chaque contractant. Mais, le texte ne distinguant pas, il faut admettre qu'il s'applique également lorsque le journaliste est lié par un contrat de travail à durée déterminée : dans ce cas, la clause de conscience constitue un cas spécifique de révocabilité, puisqu'elle permet au journaliste de se retirer du contrat avant le terme fixé.

Au cours des travaux préparatoires de la loi de I935, la clause de conscience avait été présentée comme un mécanisme protecteur du "droit moral" du journaliste, ce qui est manifestement inexact, la résiliation du contrat de travail par le journaliste laissant entier le problème de l'utilisation de son oeuvre (2). Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là, aux termes mêmes de la loi, d'une disposition protectrice des intérêts moraux du journaliste, et on peut s'étonner que la doctrine ne rattache pas cette atteinte à la force obligatoire à la thèse de la révocabilité des conventions sur la personne. Mais c'est que, précisément, le contrat de travail du journaliste n'est pas, généralement, étudié avec cette prétendue catégorie de conventions.

D'une manière plus générale, il ne faut pas oublier que le principe même d'un droit de résiliation unilatérale dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée est justifié par le souci de sauvegarder la personnalité des contractants en prohibant une aliénation perpétuelle de leur liberté. Là encore, parce que le problème ne se pose pas uniquement dans les conventions relatives à la personnalité, la doctrine ne songe pas généralement à rattacher cette atteinte à la force obligatoire à la théorie des droits de la personnalité.

-ooOoo-

(I) sur cette disposition voir : Blin JCl Travail, fasc. 5^{3}, Salariés-journalistes ; Lindon, La clause de conscience dans le statut du journaliste, J.C.P. I962-I-I669 ; J.M.Leloup, Le journal, le journaliste et les droits d'auteur, p. I77 et s.

(2) dans ce sens Lindon, article précité.

234 - On voit ici que la doctrine est en quelque sorte prisonnière de la catégorisation des "conventions relatives aux droits de la personnalité", qui l'empêche d'avoir une vue synthétique des diverses atteintes à la force obligatoire justifiées par la protection de la personnalité. Une telle synthèse ne devient possible que si, changeant complètement d'optique, on voit dans ces atteintes l'expression non plus de règles spécifiques à une catégorie particulière de conventions, mais de règles générales d'ordre public. Il existe un certain nombre de règles d'ordre public qui ont pour finalité la sauvegarde de la personne et qui justifient, dans des conventions très diverses, certaines atteintes à la force obligatoire comme elles justifient, nous l'avons vu, la nullité de certains actes juridiques.

C'est sous cet angle qu'il nous faut maintenant étudier la protection de la personne dans les actes juridiques.

T I T R E S E C O N D

-ooOoo-

L E S D R O I T S D E L A P E R S O N N A L I T E
F O N D E M E N T D ' U N E C A T E G O R I E P A R T I C U L I E R E
D E R E G L E S D ' O R D R E P U B L I C

235 - Ce n'est pas une présentation nouvelle en doctrine que de dire que les droits de la personnalité sont protégés, dans le droit des contrats, par un ensemble de dispositions d'ordre public. Dans les développements généraux qu'ils consacrent à l'ordre public, tous les auteurs étudient bien un aspect particulier de celui-ci "au service de la personne" (1). Mais, le plus souvent, on retrouve dans ces développements des affirmations exactement similaires à celles qui figurent, dans les ouvrages de droit des personnes, sous la rubrique consacrée à l'indisponibilité des droits de la personnalité - à savoir que les conventions relatives aux droits de la personnalité ne sont pas systématiquement nulles, mais qu'elles ne sont valables que si elles sont justifiées par un intérêt légitime.

Ce n'est donc, semble-t-il, que dans cette prétendue catégorie de conventions que la doctrine étudie l'ordre public de protection de la personne. C'est là méconnaître le domaine beaucoup plus étendu de cet ordre public. D'une part, même dans les actes juridiques qui sont normalement sans incidences sur la personnalité de ceux qui les passent, on peut trouver, à l'occasion, des clauses accessoires qui portent atteinte à leur intégrité ou à leur liberté ; il nous semble de bien mauvaise méthode d'étudier ces clauses séparément, alors que leur validité peut dépendre du contrat dans lequel elles sont insérées. D'autre part et surtout , nous avons montré que tous les contrats ont plus ou moins de répercussions sur la personnalité (2), et l'impératif de protection de la personne, qui domine notre droit, ne va pas se traduire seulement dans les actes juridiques "relatifs" à tel ou tel droit de la personnalité. Aussi bien nombre de dispositions d'ordre public qui limitent la liberté des parties dans le contrat de travail, le contrat de transport de per-

-ooOoo-

(1) Marty et Raynaud, t. II, n° 75 ; voir les développements consacrés à l'ordre public de protection de la personne dans : Carbonnier, t. IV, n° 32, Flour et Aubert, n° 286; Farjat, JCl Civil art. 6, n° 109; Hauser, Enc. Dalloz, V° Ordre public, n° 81 et s.

(2) voir supra n° 179

sonnes, ou même dans le contrat de vente doivent-elles être rattachées à l'idée de protection de la personne, alors qu'elles échappent complètement à l'analyse traditionnelle.

Pour cette raison, si, en étudiant les conventions "relatives aux droits de la personnalité", nous avons déjà relevé un certain nombre de manifestations de l'ordre public de protection de la personne, nous n'avons pu en avoir qu'une vision partielle. Il nous faut maintenant tenter d'en donner une vision plus globale, en montrant que les solutions déjà connues ne sont que des éléments d'un ensemble plus large, dont nous décrirons d'abord le contenu (CHAPITRE PREMIER), avant de définir sa place au sein de la notion générale d'ordre public (CHAPITRE SECOND)

CHAPITRE PREMIER - LE CONTENU DES REGLES D'ORDRE PUBLIC PROTECTRICES DE LA PERSONNALITE.

236 - Devant ce "clignotement parfois plus éblouissant que véritablement éclairant" que constitue aujourd'hui l'ordre public (I), il apparaît bien difficile de distinguer avec précision quelles sont les limitations de la liberté contractuelle qui se rattachent à l'idée de sauvegarde de la personnalité des contractants. Dans bien des cas, en effet, la protection de la personnalité n'est qu'une des considérations qui inspirent telle disposition d'ordre public, à côté des préoccupations d'ordre social, familial, voire économique.

Si l'on essaie, néanmoins, de dresser un catalogue des principales manifestations de l'ordre public de protection de la personne, on se trouve devant un ensemble foisonnant, à l'intérieur duquel il apparaît malaisé d'établir des classifications. Toute classification est d'ailleurs, dans ce domaine, appauvrissante dans la mesure où la personnalité est souvent protégée de manière globale et non dans tel ou tel de ses aspects. Il faut d'autre part éviter de retomber dans les fausses catégories que constituent, à notre avis, les divers droits de la personnalité.

Il nous semble cependant possible de regrouper autour de deux pôles les diverses règles d'ordre public qui visent à protéger la personnalité. Certaines de ces règles tendent à éviter que la personnalité des individus ne soit détruite ou modifiée de manière trop importante dans le cadre d'un contrat : elles visent à protéger l'intégrité des personnes (SECTION I). D'autres règles, les plus significatives, ont pour but la protection de la liberté des personnes (SECTION 2).

SECTION I - LA PROTECTION DE L'INTEGRITE DES PERSONNES.

237 - Un contrat doit être annulé s'il entraîne une altération trop importante de la personnalité d'un contractant, qu'il s'agisse des aspects physiques ou

-ooOoo-

(I) Flour et Aubert, op cit n° 298.

moraux de cette personnalité. La liberté contractuelle est ainsi limitée aussi bien pour protéger l'intégrité physique (§ I) que l'intégrité morale des personnes (§ 2).

§ I - La protection de l'intégrité physique.

238 - Il s'agit là d'un aspect bien connu de l'ordre public, dont l'essentiel est constitué par les règles pénales qui prohibent les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle d'autrui. Nous avons vu en effet dans la première partie de nos développements que ces atteintes restent en principe illicites malgré le consentement de la personne qui les subit (I); il y a là autant de limites à la liberté contractuelle dans la mesure où un contrat qui aurait pour objet une atteinte illicite à l'intégrité corporelle serait évidemment contraire à l'ordre public.

On ne peut cependant s'en tenir ici à un simple renvoi à nos développements antérieurs relatifs à la valeur justificative du consentement aux atteintes à l'intégrité corporelle. Les règles d'ordre public protectrices de la vie et de l'intégrité corporelle ne s'appliquent pas seulement, en effet, aux contrats qui ont directement pour objet une atteinte au corps humain (A), mais, plus généralement, dans tous les contrats qui comportent des risques pour la personne d'un contractant (B).

A - Les règles d'ordre public dans les contrats ayant pour objet une atteinte au corps d'un contractant.

239 - Il y a ici peu de choses à dire dans la mesure où il suffit de transposer les solutions qui ont été exposées sous l'angle de la valeur justificative du consentement. Il est interdit de déroger par contrat aux règles pénales qui prohibent toute atteinte injustifiée à la vie et à l'intégrité corporelle d'autrui, nonobstant le consentement de la victime.

Cette transposition n'a, du reste, qu'un intérêt pratique très limité. D'une part, il est assez rare qu'un contrat ait pour objet une atteinte illicite au corps de l'un des contractants. La plupart des opérations illicites

-ooOoo-

(I) voir supra n° 108 et s.

dont la jurisprudence a eu à connaître, sous l'angle de la responsabilité civile ou pénale de leur auteur, se situaient dans le cadre d'un contrat médical. Mais, dans ce contrat, les éventuelles atteintes illicites à l'intégrité corporelle du patient n'interviennent, le plus souvent, qu'au niveau de l'exécution du contrat, elles ne constituent pas l'objet de celui-ci. Le contrat a pour objet un ensemble de soins, a priori indéterminés, à prodiguer au patient dans l'intérêt de sa santé ; il est donc toujours, en lui-même, conforme à l'ordre public. Si, au cours du traitement, le médecin décide de tenter une opération dont les risques sont excessifs par rapport aux chances de succès, il commet certainement une faute et se rend éventuellement coupable d'une infraction pénale. Mais cette faute n'affecte en rien la validité du contrat ; elle constitue un manquement à l'obligation née du contrat de donner au malade des soins "consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science" et, à ce titre, elle engage la responsabilité contractuelle du médecin (I).

D'autre part, même lorsqu'un contrat a bien pour objet, ab initio, une atteinte illicite au corps d'un contractant, le problème de sa conformité à l'ordre public ne se posera pratiquement jamais. La nullité du contrat, en effet, ne présente généralement aucun intérêt pour la victime de l'atteinte illicite. En dehors d'hypothèses exceptionnelles, les tribunaux n'auront à connaître que de la responsabilité civile ou pénale de l'auteur de l'atteinte (2). La nullité du contrat n'apparaîtra alors qu'implicitement à travers le caractère délictuel de la responsabilité encourue par le contractant auteur de l'atteinte.

240 - Même si les règles interdisant les atteintes à l'intégrité corporelle d'autrui n'apparaissent guère, en pratique, en tant que limites à la liberté contractuelle, il n'est pas sans intérêt de rappeler ici brièvement ces règles, afin de les replacer dans l'ensemble des règles d'ordre public de protection de la personne. L'idée essentielle est que les atteintes consenties à l'intégrité corporelle ne sont licites que si elles sont justifiées par un intérêt

-ooOoo-

(I) sur le caractère contractuel de la responsabilité du médecin qui pratique une opération présentant des risques excessifs notamment en matière de chirurgie esthétique, voir par exemple : Trib. civ. Seine I6 janvier I938, D H I938-somm. II ; Paris 7 janvier I959, D 59-J-58 ; Paris 5 juin I962, D 62. somm. I00.

(2) le problème de la nullité du contrat a été posé directement dans l'affaire déjà citée du tatouage de la jeune fille (T.G.I. Paris 3 juin I969, D I970-I36) : dans cette affaire la nullité permettait en effet à la jeune fille d'obtenir la restitution du morceau de peau qui, aux termes du contrat, était devenu la propriété du producteur du film.

suffisant, le but poursuivi devant être d'autant plus impérieux que l'atteinte est plus grave. Et il faut rappeler ici que, pour l'appréciation de cette gravité, il convient de tenir compte non seulement des effets certains de l'atteinte mais également des risques qu'elle fait courir à la personne qui la subit : une opération chirurgicale, bien que ne causant pas normalement un dommage grave au patient dans l'intérêt duquel elle a lieu, est prohibée si elle présente des risques excessifs. C'est que la personne doit être protégée non seulement contre les dommages auxquels elle consent, mais aussi et surtout contre les risques auxquels elle s'expose de manière plus ou moins consciente (I).

On retrouve la même idée au niveau de la protection de la vie et de l'intégrité corporelle dans les contrats : l'ordre public de protection de la personne n'intervient pas seulement dans les contrats qui ont pour objet une atteinte corporelle, mais aussi dans tous ceux qui font courir des risques pour la vie ou pour la santé d'un contractant.

B - Les règles d'ordre public dans les contrats comportant des risques pour la vie et l'intégrité corporelle d'un contractant.

241 - Il est peu de contrats qui peuvent être considérés a priori comme totalement inoffensifs pour la vie et l'intégrité corporelle des contractants. Il n'est que de relever à cet égard la grande diversité des contrats dans lesquels la jurisprudence a découvert une obligation d'assurer la sécurité de la personne de l'autre. Une telle obligation, qu'elle soit de moyens ou de résultat, ne se conçoit évidemment que dans les contrats dont l'exécution comporte des risques pour la vie ou la santé du créancier. Découverte d'abord dans le contrat de transport de personnes (2), cette obligation de sécurité a été depuis mise par la jurisprudence à la charge de l'hôtelier ou du restaurateur vis à vis de ses clients, de l'exploitant de jeux forains, des organisateurs de combats sportifs etc...(3) Elle existe même dans le contrat de vente lorsque le vendeur est un professionnel (4) ; c'est que, bien que son objet soit purement patrimonial, le contrat de vente peut avoir des incidences sur la vie ou la santé de l'acheteur, dès lors que la chose vendue présente des dangers. Parmi les contrats dans lesquels la

-ooOoo-

(I) voir supra n° 146

(2) **Civ. 21 novembre 1911, DP 1913-1-249, note Sarrut, S 1912-1-73, note Lyon-Caen**

(3) sur les contrats comportant une obligation de sécurité voir notamment Weill-Terré n° 400.

(4) Mazeaud-de Juglart t 3, II., n° 993. **H. Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev. trim. dr. civ. 1955, p.611 n° 6; J.F. Overstake, La responsabilité du fabricant de produits dangereux, Rev. trim. dr.civ. 1972, p.485 n°47-2**

vie et l'intégrité corporelle d'un contractant sont menacées il faut encore citer le contrat de travail ; et, si la jurisprudence n'a pas reconnu d'obligation de sécurité à la charge de l'employeur, c'est parce que cela était rendu tout à fait inutile par la législation sur les accidents du travail (I).

Dans tous ces contrats, il ne suffit pas d'assurer la réparation des dommages corporels. Il faut aussi, dans la mesure du possible, en limiter les risques, et c'est dans ce sens que l'ordre public intervient dans les contrats dangereux pour la vie et l'intégrité corporelle. Dans ce sens le législateur édicte de nombreuses réglementations préventives (a). Mais, d'autre part, les règles relatives à la réparation des dommages corporels ont elles-mêmes, indirectement, une fonction de prévention et c'est pourquoi elles sont, dans une large mesure, d'ordre public (b).

a) - les règlementations préventives.

242 - S'il existe une multitude de règlementations qui tendent à prévenir des dommages à la vie et à la santé des personnes, il n'est pas question d'en dresser ici un catalogue exhaustif. La plupart de ces règlementations, en effet, ne protègent pas exclusivement la vie et l'intégrité corporelle de contractants. Les textes qui imposent aux automobilistes le port de la ceinture de sécurité, par exemple, s'appliquent à tous les automobilistes et non pas seulement à ceux qui utilisent un véhicule dans le cadre d'un contrat (contrat de travail, de transport...) ; la règlementation ou l'interdiction de la vente de certains produits dangereux (2) ne visent pas à protéger la vie et la santé des seuls acheteurs des produits considérés mais, plus généralement, de tous les utilisateurs. Dans un domaine très différent, la règlementation de l'exercice des professions médicales et paramédicales se justifie par un souci de sauvegarde de la santé publique ; il ne s'agit pas seulement de protéger la vie et la santé de ceux qui se feraient soigner, dans le cadre d'un contrat, par un individu incompétent.

Sans doute ces règlementations constituent des limites à la liberté

-ooOoo-

(I) Weill-Terré, ibid.
(2) art. L 626 et s. du Code de la santé publique (L. n° 70.I320 du 3I décembre I970 relative aux substances vénéneuses), art. L 658-I et s. du même code (L. n° 75. 604 du I0 juillet I975 sur les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle) etc...
(3) sur cette réglementation, voir Decocq, thèse précitée, n° 309 et s., qui la présente à juste titre comme le prolongement de la règle de la"raison proportionnée"

contractuelle ; leur caractère d'ordre public n'est pas douteux : le contrat portant sur un produit exclu de la vente en raison de ses dangers est évidemment nul, de même que le contrat de soins passé avec un individu exerçant illégalement la médecine. Ce point de vue, cependant, est largement théorique : ce sont surtout les sanctions pénales qui, en pratique, assurent le respect de ces règlementations préventives. La nullité des contrats qui y dérogent est une sanction tout à fait accessoire, rarement prononcée.

243 - Parmi les règlementations préventives de dommages corporels, il faut faire une place à part aux règles qui visent à protéger la vie et la santé des travailleurs salariés : règles d'hygiène et de sécurité du travail (article L 23I. I et s. du Code du travail), règles relatives à l'emploi des femmes et des jeunes enfants et aux conditions particulières applicables à leur travail (articles L 2II.I et s., L 2I2.9 et s. du Code du travail). La doctrine civiliste, il est vrai, songe rarement à rattacher cette règlementation à l'ordre public de protection de la personne (I). N'a-t-elle pas pour but, cependant, d'éviter que le contrat de travail ne soit ce contrat, décrit de façon saisissante par Acollas au XIXème siècle, par lequel l'ouvrier "échange la certitude d'une mort à bref délai... contre le risque d'une mort à plus long terme" ? (2).

Contrairement aux règlementations citées précédemment, les règles protectrices des travailleurs visent bien exclusivement à protéger la vie et la santé de personnes menacées dans le cadre d'un contrat. Cependant, là encore, ces règles n'apparaissent guère en pratique comme des limites à la liberté contractuelle. Si on peut citer quelques exemples jurisprudentiels de contrats de travail nuls en raison du non-respect des règles concernant le travail des jeunes enfants (3), la violation des règles d'hygiène et de sécurité du travail est exclusivement sanctionnée, en pratique, par le droit pénal, et non par la nullité du contrat de travail. Il ne faut pas s'en étonner : il n'est pas dérogé à ces règles dans le contrat lui-même ; leur non-respect n'apparaît le plus souvent qu'au cours de l'exécution du contrat.

Beaucoup moins théorique est la limite à la liberté contractuelle résultant du caractère d'ordre public des règles relatives à la réparation des dommages corporels.

-ooOoo-

(I) voir cependant Planiol-Ripert t VI n° 242
(2) Acollas, Manuel de droit civil, 1874, t.2, p. 722
(3) Civ. 8 decembre 1909 et 22 mars 1912, S 1912-1-517 - voir aussi Civ. 27 avril 1906, S 1906-1-352 (nullité d'un contrat de travail pour infraction à la règlementation de la durée du travail

b) - les règles relatives à la réparation des dommages corporels.

244 - Toutes ces règles ne sont pas d'ordre public : les clauses relatives à la réparation des dommages corporels, nous l'avons montré, ne sont pas systématiquement nulles du seul fait qu'elles touchent, d'ailleurs très indirectement, à l'intégrité physique d'un contractant (I). Mais cela ne veut pas dire, bien évidemment, qu'elles ne puissent être dans certains cas contraires à l'ordre public, précisément parce qu'elles créent des risques excessifs pour le contractant dont l'intégrité corporelle est menacée. En effet, l'obligation de sécurité mise à la charge d'un contractant dans la plupart des contrats dangereux pour la vie et l'intégrité corporelle, si elle a directement pour fin de permettre la réparation des dommages corporels qui peuvent survenir dans l'exécution du contrat a aussi, indirectement, une fonction de prévention : le contractant sur lequel pèse cette obligation apportera à l'exécution du contrat plus de soin que si ses défaillances n'étaient pas sanctionnées. Dans cette optique, toute stipulation tendant à supprimer ou à limiter la responsabilité est une incitation à la négligence ; elle implique une aggravation des risques de dommage résultant du contrat.

Cela est vrai, d'ailleurs, quel que soit le type de dommage qui peut résulter du contrat et dont la clause vise à écarter ou à limiter la réparation. Mais, lorsque seuls des intérêts patrimoniaux sont en cause, l'aggravation des risques est aisément tolérable ; elle sera compensée, le plus souvent, par une diminution du coût des prestations prévues au contrat (2). Par contre l'augmentation des risques peut être inadmissible lorsque c'est la vie et l'intégrité corporelle qui sont menacées, en raison du caractère irréversible du dommage qui peut être subi.

Cette idée permet assez bien de rendre compte des limites que le droit positif apporte à la validité des clauses relatives à la réparation des dommages corporels (3). Tout d'abord, on remarquera que ces clauses sont, sans conteste, valables lorsqu'elles interviennent postérieurement à la survenance du dommage : la validité de la transaction relative à la

-ooOoo-

(I) voir supra n° 201
(2) Starck, article précité au D I974 n° 6.
(3) dans ce sens : Starck, Obligations, n° 992 et article précité au D I974 n° Esmein, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne., Mélanges Savatier, 1965, p. 271 et s.; Domages, thèse précitée, n° 132 - contra Decocq, thèse précitée, n° 171, pour qui la nullité de la clause se justifie du seul fait que les dommages-intérêts sont affectés à la conservation de la personne.

réparation du dommage corporel, par exemple, n'est pas en principe douteuse (I). C'est que, une fois le dommage réalisé, les règles relatives à la réparation n'ont plus aucune fonction préventive. La renonciation à tout ou partie de l'indemnité n'aggrave évidemment plus les risques du contrat ; elle ne se heurte donc pas à l'impératif de protection de la personne (2).

Celui-ci ne s'oppose qu'aux seules clauses d'irresponsabilité stipulées avant la réalisation du dommage. Encore n'y a-t-il pas là un principe absolu : ces clauses ne seront contraires à l'ordre public que si l'aggravation des risques qu'elles entraînent est trop importante. Au principe dogmatique de l'inaliénabilité de la personne humaine, parfois invoqué pour justifier la nullité de toutes les clauses relatives à la réparation du dommage corporel, il faut substituer la considération toute pragmatique du danger que ces clauses font effectivement courir à la personne. Comme le remarquait Starck, les tribunaux n'annulent ces clauses que dans les cas où elles leur paraissent inopportunes (3). Cela amène à tenir compte de différents facteurs, dont le contenu de la clause, la nature de la responsabilité que l'on cherche à écarter, l'objet du contrat dans lequel la clause s'insère.

245 - - Quant au contenu de la clause, nous estimons, avec de nombreux auteurs qu'il faut opérer une distinction fondamentale entre les clauses totalement exclusives de la responsabilité et celles qui limitent seulement le montant de la réparation (4). La validité de ces dernières devrait être admise sans difficulté alors même qu'elles concernent un dommage causé à la personne. En effet, pourvu que le montant fixé ne soit pas dérisoire - auquel cas la clause pourrait être requalifiée par les tribunaux en véritable clause exclusive de responsabilité - la limitation de responsabilité ne favorise pas nettement la négligence du contractant, qui reste exposé à une sanction. Le droit positif offre plusieurs indices dans ce sens. D'une part toutes les décisions citées pour illustrer la prétendue nullité généralisée des clauses relatives à la responsabilité

-ooOoo-

(I) Mazeaud-Tunc n° 2II4 note 4 ; Boyer, Enc. Dalloz 2ème ed. V° Transaction n° I47 ; Starck, article précité n° 38.

(2) La validité de la transaction en matière de dommages corporels a pu être contestée lorsqu'elle a lieu à un moment où la victime ne connaît pas encore l'étendue exacte du dommage subi (Boyer, op cit n° 240 et s.). Mais il s'agit alors de protéger les intérêts pécuniaires de la victime et non sa personnalité.

(3) Obligations n° 2I46.

(4) Starck, Obligations n° 2I46 et article précité au D I974 n° 34 ; Esmein, article précité.

encourue à l'occasion des dommages corporels concernent des clauses totalement exclusives de responsabilité ; plusieurs décisions ont au contraire admis implicitement la validité de clauses simplement limitatives, notamment en matière de transport maritime (I). D'autre part et surtout, le législateur lui-même montre l'exemple en matière de transport aérien : la loi du 2 mars I957, qui étend aux transports internes les dispositions de la convention de Varsovie régissant les transports internationaux de passagers, limite en effet forfaitairement le montant de la responsabilité du transporteur (2). S'il est vrai qu'en contrepartie la convention et la loi interdisent toute limitation à un montant inférieur, il est difficile de prétendre que le principe d'une limitation de responsabilité en matière de dommages corporels, admis par le législateur dans ce cas particulier, est contraire à l'ordre public dans les autres contrats comportant des risques pour la personne d'un contractant.

246 - - Il y a lieu de se montrer plus sévère à l'égard des clauses totalement exclusives de responsabilité en matière de dommages corporels. La plupart des auteurs proposent ici de distinguer selon la nature de la responsabilité que ces clauses visent à écarter. Ces clauses ne permettraient que d'écarter une responsabilité sans faute - c'est à dire naissant de la violation d'une obligation de résultat. En revanche elles ne déchargeraient pas le débiteur des conséquences de sa faute prouvée (3). Il ne s'agit là, on le remarque, que de maintenir à propos des clauses relatives à la réparation du dommage corporel, une distinction qui avait autrefois été admise pour toutes les clauses d'irresponsabilité - ce que l'on présentait en disant que ces clauses n'opéraient qu'un simple renversement de la charge de la preuve (4). Le maintien de ce système pour les clauses relatives à la réparation des dommages corporels se justifierait assez. La stipulation d'irresponsabilité n'est dangereuse, en effet, que si elle permet au débiteur d'échapper aux conséquences de

-ooOoo-

(I) voir les arrêts cités par Mazeaud-Tunc n° 2533 et notamment Civ^2 23 janvier I959 (Messageries maritimes), D 59-28I note Rodière (où la validité de la clause est admise de manière implicite).
(2) cf. Starck, Observations..., n° 60 et s.
(3) Savatier, Traité de la responsabilité civile t II 2ème ed. I95I n° 66I ; Mazeaud-Tunc n° 2529 note I (où s'exprime une opinion personnelle de M. Tunc) ; Esmein, article précité.
(4) voir sur ce système les intéressantes remarques de M. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral n° I39.

sa faute : c'est cela qui l'incite à la négligence. L'exonération de la présomption de responsabilité pesant sur le débiteur n'a pas le même effet : cette présomption n'a pas de rôle préventif puisque le débiteur sait que, quelque soit la diligence qu'il apporte à l'exécution du contrat, il peut être responsable. La présomption de responsabilité traduit seulement un déplacement de la charge financière des dommages occasionnés par l'exécution du contrat. L'exonération, si elle transfère cette charge, n'aggrave pas sensiblement les risques d'une exécution dommageable (I).

Il est difficile d'affirmer avec certitude, cependant, que le droit positif consacre aujourd'hui cette distinction entre responsabilité pour faute et responsabilité de plein droit à propos des clauses relatives à la réparation de dommages corporels. On peut sans doute citer un certain nombre de décisions qui, notamment en matière de transport maritime, ont admis que ces clauses ne couvraient aucune faute, même légère, et qu'elles ne constituaient qu'un simple renversement de la charge de la preuve (2). Mais ces décisions remontent à l'époque où cette solution était admise pour toutes les clauses d'irresponsabilité ; elles ne sont donc plus significatives aujourd'hui, alors que la solution est généralement abandonnée pour les clauses relatives à la réparation des dommages matériels. Par ailleurs on peut citer certaines hypothèses où les clauses relatives aux dommages corporels sont toujours illicites, sans qu'il y ait à distinguer selon que la responsabilité repose ou non sur une faute prouvée.

247 - - Il faut en effet tenir compte de l'objet du contrat. C'est ainsi qu'en matière de transport aérien, les clauses qui tendraient à exclure la responsabilité du transporteur ou à la limiter à un montant inférieur à celui prévu par le législateur sont toujours nulles (3). La rigueur de la solution se justifie, précisément, par la limitation forfaitaire incluse dans la loi et qui bénéficie de plein droit au transporteur à l'encontre de toutes les victimes, même non parties au contrat de transport (4).

-ooOoo-

(I) Esmein, article précité.
(2) voir les arrêts cités par Mazeaud-Tunc n° 2533 note I.
(3) article 23 de la Convention de Varsovie. La législation antérieure (loi du 3I mai I924) prévoyait une solution inverse.
(4) et en particulier à l'encontre des victimes par ricochet (proches des passagers décédés dans l'accident) auxquelles la jurisprudence antérieure à I957, (extension aux transports internes des dispositions de la convention de Varsovie) reconnaissait un droit à l'entière réparation, puisqu'elles étaient tiers au contrat.

C'est une toute autre considération qui explique la nullité de toutes les clauses exclusives ou même simplement limitatives de responsabilité dans le contrat médical. A dire vrai cette nullité, admise en doctrine (I), n'a jamais été clairement affirmée par la jurisprudence : toutes les décisions généralement citées sont relatives au problème, examiné dans la première partie de nos développements, de la valeur justificative du consentement aux atteintes corporelles présentant des risques excessifs (2). La jurisprudence affirme, nous le savons, que ces atteintes sont illicites nonobstant la prétendue acceptation des risques par le patient. La question qui nous occupe ici est théoriquement très différente : il s'agit de savoir si le patient, consentant à une opération, par hypothèse licite, peut décharger le médecin des conséquences des négligences ou imprudences éventuelles qu'il pourrait commettre au cours de l'opération. Cependant, les mêmes raisons qui amènent à écarter l'effet justificatif du consentement aux atteintes excessivement dangereuses justifient aussi bien la nullité des clauses excluant ou même limitant seulement la responsabilité du médecin. Une telle clause aurait pour effet d'aggraver les risques courus sur le malade, ce qui est intolérable dans un domaine où la moindre négligence peut être fatale. Il faut ajouter qu'une telle clause est, en pratique, parfaitement inconcevable car elle nuirait gravement à la confiance qui doit exister entre le médecin et le malade dans l'exécution du contrat médical.

§ 2 - La protection de l'intégrité morale.

248 - Les règles d'ordre public qui protègent l'honneur d'une personne, l'intimité de sa vie privée ou de ses traits, éventuellement son droit moral si elle est l'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique sont, de toute évidence, moins nombreuses que celles qui protègent la vie et l'intégrité corporelle. Nous savons en effet que les comportements touchant les aspects moraux de la personnalité sont normalement licites dès lors que la personne concernée y a donné son consentement (3). Or les contrats qui ont pour objet la

-ooOoo-

(I) Mazeaud-Tunc, n° 2529 et les auteurs cités.
(2) Lyon 27 juin 1913, Trib. civ. Seine 16 mai 1935, Paris II mai 1937 cités supra n° 113 et s.
(3) sur le principe de la valeur justificative du consentement à l'égard des normes qui protègent les aspects moraux de la personnalité voir supra Ière partie n° 147

divulgation de l'image ou la révélation de faits relatifs à la vie privée d'un contractant, l'utilisation de son nom ou la publication d'une oeuvre dont il est l'auteur reposent par hypothèse sur le consentement de ce contractant. Dès lors où est l'atteinte aux "droits de la personnalité" susceptible d'apparaître contraire à l'ordre public ?

En réalité il faut distinguer plusieurs hypothèses.

249 - - Un contrat peut avoir pour objet un comportement dont les répercussions sur la personnalité sont mal déterminées et, au delà d'un certain seuil d'indétermination, ce contrat pourra être contraire à l'ordre public. Il suffit ici de rappeler l'hypothèse du contrat d'adaptation dans lequel l'auteur de l'oeuvre originaire autorise l'adaptateur à y apporter librement des modifications : nous savons que dans une telle hypothèse, le consentement n'a aucune valeur justificative parce que l'auteur ne peut apprécier d'avance l'étendue de l'atteinte qui peut être portée à ses intérêts moraux ; il faut en déduire la nullité de la clause qui contient une telle autorisation trop générale, assimilable à une renonciation au droit au respect (I).

D'une manière plus générale, il faudrait replacer ici toutes les renonciations aux droits de la personnalité. Au delà du principe théorique de l'indisponibilité de ces droits, ce sont, au fond, les mêmes considérations concrètes qui justifient la nullité de telles renonciations : l'individu qui renoncerait globalement à la protection normalement due à un aspect de sa personnalité, c'est à dire qui consentirait d'avance à toutes les atteintes qui pourraient y être portées, s'exposerait à des dommages dont il ne pourrait apprécier la nature et l'importance. Il apparaît ainsi clairement que l'indisponibilité des droits de la personnalité - au sens strict - n'est qu'un aspect, parmi d'autres, de l'ordre public de protection de la personnalité.

249-1 - - Lorsque l'atteinte à la personnalité est parfaitement déterminée, le consentement de l'individu qui la subit la rend normalement licite. Cependant l'intégrité morale de la personne, qui n'est pas alors directement protégée contre la volonté de l'individu peut l'être, indirectement, par certaines limites apportées à la liberté contractuelle. Certaines atteintes à la personnalité, licites en elles-mêmes, ne peuvent faire l'objet de conventions valables : nous retrouvons ici, une fois de plus, la distinction fondamentale

-ooOoo-

(I) voir supra n° 183

entre la valeur justificative du consentement et la validité du contrat.

Il faut distinguer deux degrés dans l'effet justificatif du consentement aux atteintes à la personnalité. Dès le début de nos développements, nous avions remarqué que, dans certains cas, le consentement supprime l'atteinte à la personnalité dans sa matérialité, de telle sorte qu'on peut à peine parler de victime : l'acte consenti est alors parfaitement indifférent au regard du droit. C'est le cas lorsqu'une personne autorise la publication de son image, ou l'utilisation de son nom... Il n'est alors pas douteux, non seulement qu'une telle "atteinte" à la personnalité est parfaitement licite, mais encore qu'elle peut valablement faire l'objet d'un contrat. Dans d'autres cas, par contre, le comportement considéré, bien que consenti par la personne, est ressenti objectivement comme portant atteinte à sa personnalité : il s'agit par exemple d'une publication de faits contraires à l'honneur d'une personne, ou d'une exhibition contraire à sa dignité... Ces faits, dès lors qu'ils sont consentis, ne sont pas en eux-mêmes illicites : à ce niveau, on fait prévaloir l'appréciation que la personne a fait de ses propres intérêts sur l'appréciation objective de ceux-ci. Mais il n'en est pas de même lorsque ces comportements contraires à la dignité de la personne sont l'objet de contrats dont il s'agit de déterminer la validité.

En effet, il ne s'agit plus seulement alors de tolérer le comportement considéré , de ne pas le sanctionner. Admettre la validité du contrat qui a pour objet un tel comportement, c'est y attacher des conséquences positives, obligatoires. Sans doute n'est-il pas question, à propos de prestations étroitement liées à la personnalité, de condamner le débiteur à les exécuter sous astreinte (I). Mais le juge pourrait tout au moins être amené à condamner à des dommages-intérêts le débiteur qui refuserait de s'exécuter ; il pourrait également condamner le cocontractant à payer la rémunération convenue. Or cela est inconcevable lorsque la prestation promise apparaît, objectivement, contraire à la dignité du débiteur : le juge ne peut pas, en sanctionnant l'inexécution du contrat, apporter son aide au contractant qui organise ou qui tire profit de telles pratiques ; il ne peut pas davantage les encourager en permettant à celui dont elles outragent la dignité de réclamer le salaire de sa déchéance.

250 - Ainsi s'expliquent les solutions, déjà citées à divers propos, relatives au contrat de strip-tease (2), à la convention par laquelle une personne consent à monnayer des faits relatifs à sa vie intime (3), aux conventions passées

-ooOoo-

(I) voir supra n° 227
(2) T.G.I.Paris 8 novembre 1973 précité supra n° 227
(3) Paris 21 janvier 1972 précité G.P. 72. 1. 375 . Cet arrêt nous avait semblé une illustration caractéristique de la distinction entre valeur justificative du consentement et validité de la convention.

par les acteurs de films pornographiques (I). A la vérité, ces solutions ne s'expliquent pas seulement par le souci de protéger la personnalité d'un contractant, mais aussi et peut-être surtout par des considérations tenant à la morale sexuelle, aux "bonnes moeurs" stricto sensu. Plus caractéristique est l'hypothèse des exhibitions d'êtres humains atteints de monstruosité dans les foires ou les cirques : de telles exhibitions, bien que contraires à la dignité de la personne humaine, ne sont pas sanctionnées en elles-mêmes ; mais on peut penser que le contrat passé entre l'organisateur du spectacle et la personne exhibée est frappé de nullité, alors pourtant qu'il n'est pas critiquable du point de vue de la morale sexuelle (2).

On peut encore citer, dans un tout autre domaine, une décision de la cour de Paris rendu à propos d'un contrat, passé entre un auteur-compositeur de chansons et une société d'éditions discographiques, qui donnait le droit à cette dernière d'exiger de l'auteur autant d'oeuvres qu'elle le désirait ; "On ne saurait admettre, estime la cour de Paris, la licéité d'une clause qui donnerait (à la société) la faculté d'exiger de l'artiste un nombre excessif d'oeuvres et à la limite de le tenir pour une machine devant fonctionner au rythme maximum d'une production hâtive" (3). Cette motivation se rattache à l'idée que certaines obligations contractuelles sont contraires à la dignité humaine ; et, en définitive, on pourrait dire que doivent être annulés tous les contrats où la personnalité de l'un des contractants est niée, où ce contractant est ravalé à l'état d'une chose, "réifié" pour reprendre une terminologie utilisée par certains auteurs (4).

Cependant, le contrat dont a eu à connaître la cour de Paris aurait pu aussi bien être annulé parce qu'il constituait une limitation excessive de la liberté de création et même, en un certain sens, de la liberté de la vie privée de l'artiste. Nous sommes donc, avec cette espèce, aux frontières de la protection de l'intégrité et de celle de la liberté des personnes.

SECTION 2 - LA PROTECTION DE LA LIBERTE DES PERSONNES.

251 - Il s'agit là d'un aspect de la protection de la personnalité contre la volonté de l'individu qui n'apparaît que sous la forme de limites à la

-ooOoo-

(I) voir supra n° 205
(2) dans ce sens Decocq, thèse précitée n° 47
(3) Paris 22 mars 1968, RIDA 1969-LXIII-121. (J. Brel c. Sté Philips)
(4) Edelman, Le droit saisi par la photographie, précité

liberté contractuelle. En l'absence d'un contrat, en effet, on ne conçoit pas d'atteinte consentie à la liberté : si j'adopte volontairement tel ou tel comportement, il n'y a pas, bien évidemment, une atteinte à ma liberté, mais une simple expression de ma liberté. Ce n'est que s'il y a contrat, parce que le contrat est lien, engagement, projection dans l'avenir des effets d'une volonté présente, que l'on peut parler d'une limitation volontaire de la liberté.

Tout contrat limite la liberté des parties. En un certain sens, même les contrats abdicatifs ou translatifs d'un droit réel impliquent une telle limitation, dans la mesure où la liberté du cédant se trouve restreinte des possibilités d'action que comporte le droit cédé : si je vends mon jardin, je perds la liberté de me promener dans mon jardin. Mais une telle limitation de la liberté d'un contractant est indifférente au droit, non seulement parce qu'elle est trop minime, mais surtout parce que la liberté atteinte n'est que la conséquence d'un droit privatif et qu'elle n'appartient pas, par hypothèse, à toute personne (I). L'ordre public ne peut intervenir pour protéger la liberté individuelle que dans les contrats qui comportent une obligation de faire ou de ne pas faire, parce qu'ici, c'est la liberté de comportement appartenant à toute personne qui se trouve restreinte. A l'égard de ces contrats comportant une obligation de faire ou de ne pas faire, on rappellera d'abord une exigence fondamentale de l'ordre public, qui est que le débiteur ne peut être matériellement contraint à exécuter. La règle de l'article II42 du Code Civil permet de dire que, théoriquement, la personne demeure libre de ne pas exécuter le contrat (2). L'atteinte à la liberté qui résulte du contrat ne peut être qu'indirecte, la menace d'avoir à payer une certaine somme d'argent - dommages-intérêts ou astreinte - constituant une pression sur la volonté du débiteur.

Cependant, même si la limitation volontaire de la liberté qui naît du

-ooOoo-

(I) le législateur limite sans doute la validité des clauses qui restreignent la liberté de disposer : les clauses d'inaliénabilité ne sont, aux termes de l'article 900-I du Code Civil "ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime" (L n° 7I 526 du 3 juill. I97I). Mais cette prohibition de principe répond surtout à des considérations économiques (assurer la libre circulation des biens), non au souci de protéger la liberté individuelle du propriétaire du bien frappé d'inaliénabilité - sur les clauses d'inaliénabilité voir : L. Vincent V° Inaliénabilité in Encyclopédie Dalloz ; Simler, Les clauses d'inaliénabilité , D I97I. leg. p. 4I6 et s. ; G. Morin, Rep. not I97I, II85.

(2) voir supra n° 223 - Acollas, pour qui le droit avait pour fin exclusive la défense de la liberté des individus, voyait dans l'article II42 la nécessaire conciliation entre ce principe de liberté et la force obligatoire du contrat.

contrat n'est qu'indirecte, elle peut, dans certains cas revêtir un caractère de gravité intolérable qui se traduira par la nullité du contrat. Normalement le seuil de l'intolérable n'est franchi qu'en raison de l'étendue de l'atteinte à la liberté (§ I), mais il existe certains aspects de la liberté à l'égard desquels l'ordre public se montre plus exigeant (§ 2).

§ I - Les contrats contraires à l'ordre public en raison de l'étendue de l'atteinte à la liberté des contractants.

252 - Dans les contrats à exécution instantanée, il peut sans doute y avoir une restriction à la liberté des parties dès lors que celles-ci sont obligées à faire quelque chose : le vendeur est obligé de se déplacer pour livrer la chose, l'acheteur doit accomplir diverses opérations (bancaires, postales...) pour payer le prix. Mais cette limitation de la liberté est de trop courte durée pour être perçue par le droit. Si d'autre part le contrat, étant translatif d'un droit réel, prolonge ses effets dans le temps, ce n'est pas sous la forme d'une atteinte à la liberté des parties (I). Ce n'est que dans les contrats à exécution successive qu'une limitation excessive de la liberté des parties est à craindre, parce que les obligations s'échelonnent dans le temps.

Cependant, parmi ces contrats, il faut encore distinguer selon la nature des obligations qu'ils mettent à la charge des parties. Du point de vue de la protection de la liberté, on se montrera plus tolérant pour les obligations de ne pas faire que pour les obligations de faire, dans la mesure où il est plus contraignant d'agir que de s'abstenir, pourvu que l'abstention imposée ne restreigne pas trop les possibilités d'action. C'est pourquoi, alors qu'une durée excessive suffit à rendre illicite un contrat comportant des obligations de faire (A), il faut, pour apprécier la validité des contrats comportant une obligation de ne pas faire (B) considérer l'importance de la restriction qu'elle apporte à la liberté, non seulement dans le temps, mais aussi dans l'espace.

-ooOoo-

(I) il faut mettre à part le cas d'un contrat constitutif d'une servitude lorsque le propriétaire du fonds servant est assujetti aux travaux nécessaires à la conservation de la servitude. Mais il ne s'agit pas là d'une obligation personnelle vis à vis du propriétaire du fonds dominant, prohibée par l'art. 686 C.Civ., mais d'une charge réelle accessoire à la servitude dont le propriétaire peut toujours s'affranchir en abandonnant le fonds (art. 699 C.Civ.). Il n'y a donc pas véritablement atteinte à sa liberté. cf. Azema, La durée des contrats successifs L.G.D.J. 1969 n° 34.

A - Les contrats comportant des obligations de faire.

253 - C'est à ces contrats, lorsqu'ils sont à exécution successive que s'applique la prohibition des engagements perpétuels, affirmée d'une manière générale par la doctrine à partir de quelques cas expressément prévus par le Code Civil (I). A vrai dire, cette prohibition, qui n'a aujourd'hui qu'un intérêt pratique limité, ne s'explique pas toujours par le souci de protéger la liberté individuelle des contractants. M. Azema, qui consacre à cette question d'importants développements dans sa thèse sur la durée des contrats successifs (2) note à cet égard deux conceptions de la notion de perpétuité, qui correspondent aux divers fondements possibles de la prohibition.

Ainsi, en matière de bail, la jurisprudence a traditionnellement une conception objective de la perpétuité, en ce sens qu'elle considère comme perpétuel le bail conclu pour une durée supérieure à 99 ans (3). Ce critère, qui n'a pas une grande signification au regard de la protection de la liberté individuelle des parties, s'explique dans la mesure où la prohibition des baux perpétuels, inscrite implicitement à l'article I709 du Code Civil, était à l'origine surtout inspirée par la crainte d'un retour à la féodalité. Un tel fondement est évidemment anachronique, et la prohibition ne se justifie aujourd'hui que par le souci de protéger la liberté des parties. Dans cette optique, un bail devrait être considéré comme entaché de perpétuité dès lors qu'il est conçu pour une période excédant la durée de vie probable d'une partie, même si cette période est inférieure à 99 ans. On peut, semble-t-il, relever un début d'évolution vers cette conception subjective de la perpétuité : ainsi un arrêt de la chambre sociale du 29 mai I954 annule un bail prorogeable de trois ans en trois ans à la seule volonté de preneur, alors même que ce bail ne pouvait excéder la durée de la vie du bailleur, lequel n'était que l'usufruitier du bien loué (4).

254 - Une évolution inverse s'est produite à propos du contrat de société. Avant la loi du 24 juillet I966, plusieurs décisions avaient affirmé "qu'une société constituée pour 99 ans doit être considérée comme à durée illimitée

-ooOoo-

(I) cf. notamment articles I709 C.Civ., (bail), I780 al.I (contrat de travail), I869.5° (société).
(2) Azema, La durée des contrats successifs, L.G.D.J., I969 n° I7-37.
(3) voir les arrêts cités par Azema n° 24.
(4) Soc. 29 mai I954, D I954-680, Rev. trim. dr. civ. I955 - I29 obs. Carbonnier

du fait qu'elle doit exister pour une durée supérieure à la vie de ses membres" (I). Cette motivation semblait indiquer que, même constituée pour moins de 99 ans, une société pouvait être considérée comme à durée illimitée dès lors que "ses membres, raisonnablement, n'ont pas l'espoir d'en voir la fin" (2).

Cette jurisprudence conserve sa valeur pour les sociétés civiles ; mais, s'agissant des sociétés commerciales, l'article 2 de la loi du 24 juillet I966 prévoit que leur durée "ne peut excéder 99 ans". Le point de savoir si une société constituée pour moins de 99 ans pourrait, si sa durée excède celle probable de la vie de ses membres, être considérée comme à durée illimitée, est controversé (3). Il faut dire que le problème n'a qu'un intérêt pratique limité : dans les sociétés à responsabilité limitée, les associés peuvent se retirer en cédant leurs actions ou parts ; même si cette cession est soumise à l'agrément des autres associés, nul n'est jamais tenu de conserver ses droits dans la société puisqu'en cas de refus d'agrément, les autres associés sont tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts ou actions (article 45 de la loi de I966 pour la S.A.R.L., article 275 pour les sociétés par action). La liberté individuelle n'est menacée que dans la société en nom collectif, d'où un associé ne peut se retirer qu'avec le consentement de tous les autres (article 20 de la loi de I966) : chaque associé est donc enchaîné à la société jusqu'à la disparition de celle-ci.

La fixation d'une durée maximum de 99 ans aboutit à admettre que, dans ce type de société, les associés puissent être engagés leur vie durant. Cette limitation à la liberté individuelle est cependant tolérable dans la mesure où la qualité d'associé implique seulement des obligations d'ordre pécuniaire; les associés ne sont pas tenus d'obligations qui limitent leur liberté physique.

255 - Ce n'est pas le cas dans le contrat de travail et, ici, le souci de sauvegarder la liberté individuelle impose une limitation plus stricte de la durée du contrat. "On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée" dispose l'article I780 du Code Civil. Dans l'esprit du législateur de I804, ce texte avait pour but d'éviter la résurgence d'une certaine forme de servitude. Ce risque était surtout à craindre dans les rapports entre maîtres et domestiques et c'est à ce propos que sont intervenues,

-ooOoo-

(I) Com. I7 mars I960, Rev. trim. dr. com. I96I . 97 obs. Rodière ; Com. 30 janvier I963, D I963-308 ; Paris 4 novembre I964, D I965 - somm. 55.
(2) Cornu, obs. Rev. trim. dr. civ. I964 p. 342.
(3) voir notamment D. Bastien, La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. I967 - I - 2I2I n° III-II2.

au XIXème siècle, les quelques décisions appliquant l'article I780. Ces décisions consacrent, logiquement, une conception subjective du vice de perpétuité : l'engagement est excessif s'il apparaît que le salarié est lié pour toute sa vie, soit que cela soit expressément stipulé, soit que le terme fixé aboutisse probablement à ce résultat compte tenu de l'âge respectif des parties (I).

Si nous ne pouvions manquer d'évoquer cette question dans des développements consacrés à la liberté des contractants, il faut néanmoins souligner qu'il s'agit là d'une question dépassée, à une époque où, dans les relations de travail, on se préoccupe plus de la stabilité du rapport contractuel que de sa durée excessive. Le droit de rupture unilatérale conféré à chaque partie dans le contrat de louage de services à durée indéterminée, conséquence logique de la prohibition de l'engagement perpétuel s'est avéré beaucoup plus dangereux que celui-ci pour la personne du travailleur, en le livrant au "servage industriel" selon l'expression de M. Farjat (2). S'il y a lieu, aujourd'hui encore, de protéger le salarié contre les engagements de durée excessive, c'est surtout à propos des obligations de ne pas faire qu'il assume, parfois, accessoirement au contrat de travail.

B - Les contrats comportant des obligations de ne pas faire.

256 - C'est en effet surtout à propos des clauses de non réembauchage ou de non-rétablissement incluses dans certains contrats de travail que la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'étendue tolérable de l'abstention imposée à un contractant. Il s'agit de la clause par laquelle un salarié s'engage à ne pas s'établir à son compte ou à ne pas entrer, après la rupture du contrat de travail, au service d'un nouvel employeur, pour une activité semblable à celle qu'il exerçait dans l'entreprise (3). Traditionnellement, la jurisprudence considère que cette clause est valable même si l'interdiction de rétablissement n'est pas limitée dans le temps, pourvu qu'elle le soit dans l'espace (4). La solution est la même que pour les clauses de non-concurrence

-ooOoo-

(I) Civ. 28 juin I887, S I887-I-380, Lyon I9 décembre I867, S I868-2-258, Toulouse 28 décembre I892, S 93-2-209.
(2) Droit privé de l'économie t II p.235.
(3) sur ce problème : R. Lindon, La validité de la clause de non-concurrence dans le contrat de louage de services, J.C.P. I960-II-I593, G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage) Dr. soc. I963-88, P. Fieschi-Vivet, Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice, D I976 chr. I47.
(4) voir encore récemment : Paris 25 février I976, G P-I-2 octobre I976 p.6.

imposant au vendeur d'un fonds de commerce de ne pas se rétablir pour un commerce similaire - ce qui ne fait que préciser l'obligation de garantie qui, même en l'absence de stipulation conventionnelle, incombe au vendeur. Là encore, la clause est valable si l'interdiction de se rétablir est limitée soit dans le temps, soit dans l'espace (I). La perpétuité de l'engagement ne suffit pas, s'agissant d'obligations de ne pas faire, à le rendre contraire à l'ordre public.

257 - A l'inverse, l'obligation de ne pas se rétablir ou de ne pas se faire réembaucher pourrait être contraire à l'ordre public alors même qu'elle serait limitée dans le temps et dans l'espace. Si la clause interdisant à une personne d'exercer une activité professionnelle déterminée (2), sans limitation dans le temps ni dans l'espace est toujours nulle, c'est parce qu'une telle clause priverait, en fait, le salarié ou le commerçant de sa liberté du travail, la possibilité qui lui est laissée d'exercer une autre profession étant, dans la plupart des cas, purement théorique. Dès lors ne devrait-on pas substituer au critère précis de la limitation dans le temps ou dans l'espace, la seule considération du retentissement de la clause sur l'activité professionnelle de l'individu ? Une évolution très nette s'est dessinée en ce sens dans la jurisprudence relative aux clauses de non-rétablissement dans le contrat de travail: plusieurs décisions de la cour de cassation ont estimé justifiée l'annulation d'une clause qui, bien que limitée dans le temps et dans l'espace, mettait en fait le salarié dans l'impossibilité de trouver un travail et de gagner sa vie (3).

Il est vrai que, lorsque l'interdiction de se rétablir est illimitée dans le temps et dans l'espace, une autre considération justifie la nullité de la clause. C'est que l'acheteur du fonds ou l'employeur n'ont aucun intérêt sérieux à ce que le vendeur ou le salarié ne se rétablisse jamais et nulle part : une telle interdiction est disproportionnée au but recherché, qui est d'éviter que le vendeur ou le salarié ne fassent concurrence à l'acheteur du fonds ou à l'ancien employeur. L'atteinte à la liberté est d'autant plus intolérable qu'elle est parfaitement inutile (4). Cette considération de l'intérêt poursuivi, qui n'est ici qu'implicite, va apparaître plus nettement lorsque ce sont certains aspects de la liberté qui sont limités par contrat.

-ooOoo-

(I) voir par exemple: Com. 19 décembre 1966, D 1967-199, Com. 23 octobre 1972, D 1973 -634, note Serra, Com. 21 janvier 1975, Bull.civ. IV-17

(2) en toute hypothèse la clause ne serait pas valable si elle interdisait l'exercice de toute activité professionnelle.

(3) Soc. I8 octobre I952, J.C.P.53-II-75I9, Soc.2I octobre I960, J.C.P.60-II-II886, Soc.4 janvier I962, J.C.P. I962-II-I2522

(4) Flour - Aubert n° 286.

§ 2 - Les contrats contraires à l'ordre public en raison de la nature de la liberté atteinte.

258 - Le droit civil s'intéresse moins à la protection de la liberté, "concept général qui, comme l'écrit M. Carbonnier, par son abstraction même serait peu utilisable" (I) qu'à la protection des différentes libertés individuelles, diversifiées selon l'activité humaine qui est en cause. On parlera ainsi de la liberté d'aller et venir, de la liberté du mode de vie, de la profession, du mariage etc... Or c'est une opinion volontiers professée que, parmi ces différents aspects de la liberté individuelle, il en est qui seraient moins susceptibles que d'autres d'être limités dans les actes juridiques. "Toutes les libertés, écrit un auteur, ne bénéficient pas d'une protection identique : il en est dont l'ordre public n'est pas si jaloux et qui peuvent être violées temporairement ou partiellement ; mais il en est aussi d'absolues, qui ne peuvent faire l'objet d'aucune stipulation contractuelle, car la dignité de l'homme exige qu'il agisse selon son mouvement et sa décision propres et non sous le coup d'une contrainte extérieure" (2).

Une telle opposition nous semble excessive. S'il est vrai que l'ordre public intervient plus particulièrement pour protéger certains aspects de la liberté individuelle, on ne saurait considérer a priori qu'un contrat est nul du seul fait qu'il porte atteinte à l'une de ces libertés "privilégiées". Pour apprécier la valeur d'une telle convention au regard de l'ordre public, il faut tenir compte de la gravité de l'atteinte portée à la liberté considérée, ainsi que de l'intérêt qu'elle vise à satisfaire. Cette approche moins dogmatique permet de rendre compte notamment des solutions du droit positif en matière de liberté du mariage (A), laquelle n'est qu'un aspect de la liberté de la vie privée (B).

A - La liberté du mariage.

259 - Le problème de la validité des actes juridiques qui limitent la liberté du mariage est généralement envisagé en doctrine sous le seul angle de la protection de la liberté individuelle. On notera cependant que cette considération interfère fréquemment, pour justifier les solutions du droit positif,

-ooOoo-

(I) Carbonnier t I n° 70 p. 3II.
(2) A. Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, Rev. trim. dr. civ. I967 p. 45 et s.

avec le souci de défense du mariage en tant qu'institution, fondement d'une certaine organisation sociale - et, pour cette raison, toutes les limitations conventionnelles qui sont apportées à la liberté matrimoniale ne nous intéressent pas au même degré.

C'est ainsi que nous écarterons d'emblée le problème classique des fiançailles (I). On sait que, dans le droit positif actuel, les promesses de mariage n'ont aucune valeur juridique : le fiancé qui refuse de se marier ne saurait être en principe condamné à des dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait commis une faute délictuelle, distincte de la simple rupture de la promesse (2). On serait tenté de rattacher cette solution au souci de protéger la liberté de ne pas se marier : jusqu'au moment de la célébration du mariage, chacun des futurs époux doit rester absolument libre et la menace d'avoir à payer des dommages-intérêts ne doit pas peser sur sa décision.

A cette justification, alléguée dans certaines décisions jurisprudentielles (3), on peut objecter que, du point de vue de la liberté individuelle, l'engagement de se marier, s'il avait force obligatoire, constituerait à tout prendre une atteinte moins grave que le mariage lui-même. Celui-ci constitue en effet un engagement à vie qui ne peut être rompu que dans certaines circonstances, tandis que la violation des fiançailles ne pourrait en toute hypothèse, être sanctionnée que par l'allocation de dommages-intérêts - ce qui n'entraînerait qu'une atteinte indirecte à la liberté de ne pas se marier (4). En réalité, l'absence de valeur juridique de la promesse de mariage se justifie surtout par le souci de ne pas diminuer la portée de la célébration du mariage, qui, si elle vise à protéger le consentement des époux, traduit aussi l'intervention de la société dans la fondation de la cellule familiale. La reconnaissance de la force obligatoire des fiançailles, faisant apparaître la célébration comme la simple

-ooOoo-

(I) Josserand, Le problème juridique de la rupture des fiançailles, D H I927-2I ; Carbonnier, Terre et ciel dans le droit français du mariage, Etudes Ripert p. 325 et s. spéc. p. 329-330 ; Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, Rev. trim. dr. civ. I973 p. 440 et s. ; Wiederkehr, note sous Colmar I2 juin I970, D I97I-406.

(2) M. Benabent (art. précité n° 36) note cependant que le principe de l'inefficacité de la promesse est sérieusement remis en cause par la jurisprudence récente qui semble mettre à la charge de l'auteur de la rupture la preuve qu'il n'a pas commis de faute - voir par exemple Civ[1] 22 février I972, J.C.P. I972-II-I7 111.

(3) voir par exemple : Montpellier I9 mars I954, D I954-377.

(4) même dans l'ancien droit, qui admettait la force obligatoire des fiançailles, le fiancé récalcitrant ne pouvait être contraint au mariage - cf. Esmein sur Aubry et Rau, t VII, § 452.

consécration d'un accord de volonté antérieur, diminuerait la portée de l'intervention étatique dans la formation du mariage. Aussi bien n'est-ce pas sous la rubrique consacrée à la protection de la personnalité que la plupart des auteurs étudient le problème des fiançailles au sein des différentes manifestations de l'ordre public, mais sous celle qui est relative à la défense de la famille (I).

260 - C'est en revanche, à l'idée de protection de la personne que les mêmes auteurs rattachent les solutions relatives aux actes juridiques limitant la liberté de se marier (2), et ceci justifie qu'on s'y arrête plus longuement. Certes, on pourrait, là encore, invoquer des arguments d'intérêt social à l'encontre de tels actes : en faisant obstacle au mariage d'une personne, ces actes contribuent à l'affaiblissement démographique de la nation ; d'autre part, ils constituent un encouragement à l'union libre (3). Cependant ces considérations sont ici complètement éclipsées par l'importance de l'atteinte qui est portée à la liberté individuelle de la personne qui est empêchée de se marier et c'est sur cette atteinte que la jurisprudence se fonde pour annuler certains actes faisant obstacle au mariage d'une personne. Ces solutions jurisprudentielles (a) ne sont pas, du reste, à l'abri de toute critique (b).

a) - les solutions jurisprudentielles.

26I - La jurisprudence n'a jamais eu à connaître d'un contrat par lequel une personne s'obligerait directement à se marier. On pourrait songer ici aux voeux religieux, dont la cour de cassation a affirmé au XIXème siècle qu'ils n'avaient aucune valeur juridique (4). Mais il

-ooOoo-

(I) Flour et Aubert n° 283 ; Marty et Raynaud n° ; Weill-Terré n° 245
(2) Flour et Aubert N° 286 ; Marty et Raynaud n° 75 ; Farjat Jcl civil art. 6, n° II5.
(3) dans ce sens : Voirin "Marion crie, Marion pleure, Marion veut qu'on la marie". A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril I963, D I963 chr. p. 247 ;Guiho note J.C.P. I953-II-7632.
(4) Civ. 25 janvier I888, D I888 - I - I06 (validité du mariage contracté par un prêtre, la solution s'imposait de toute façon quelle que soit la valeur juridique reconnue aux voeux religieux : les particuliers ne peuvent pas en effet ajouter au mariage d'autres conditions que celles qui sont reconnues par la loi - dans ce sens : Huet article précité n° 3 - La reconnaissance de la force obligatoire des voeux religieux signifierait seulement que leur rupture serait sanctionnée par des dommages-intérêts - mais à qui seraient-ils versés ?)

n'est pas besoin, pour justifier cette solution, de considérer que l'engagement de ne pas se marier est nul comme portant atteinte à la liberté individuelle. Les voeux religieux ne constituent pas en effet un véritable acte juridique dont il y aurait lieu d'apprécier la valeur au regard de l'ordre public ; la personne qui prononce les voeux n'a aucune volonté de s'obliger juridiquement, elle prend seulement un engagement moral dont elle n'entend répondre que devant la justice divine. C'est l'absence de tout acte juridique, non sa nullité, qui explique que la rétractation des voeux religieux ne soit pas sanctionnée en droit positif (I).

Le problème de la validité des limitations conventionnelles à la liberté de se marier ne se pose en réalité qu'à propos de clauses accessoires incluses dans certains actes juridiques - en pratique dans les libéralités et dans les contrats de travail - Ces clauses n'obligent pas directement la personne à ne pas se marier, elles stipulent la résolution de l'acte principal en cas de mariage. L'atteinte à la liberté n'est alors qu'indirecte, elle résulte de la pression exercée sur la volonté de la personne qui a le désir de conserver le bénéfice de l'acte principal. Cependant, bien qu'on ait parfois voulu y voir un argument en faveur de la validité de telles clauses (2), cette différence avec un acte qui comporterait une obligation de ne pas se marier est purement théorique. Nous avons vu en effet que l'atteinte à la liberté résultant d'une obligation de faire ou de ne pas faire n'est jamais qu'une atteinte indirecte consistant dans la menace d'avoir à payer des dommages-intérêts, donc là encore dans une pression sur la volonté du débiteur (3). La seule différence pratique, dans le cas d'une clause accessoire, est que la pression sur la volonté est liée à la crainte de perdre le bénéfice d'un contrat avantageux, et non d'avoir à débourser une certaine somme. Mais on fera remarquer que la menace de perdre son emploi ou d'être privé d'une libéralité importante est au moins aussi contraignante que celle d'avoir à payer des dommages-intérêts (4). C'est pourquoi il faut traiter,

-ooOoo-

(I) sauf à relever que certains contrats de travail passés par le prêtre sont soumis à la condition que celui-ci ne rompe pas ses voeux religieux. voir infra n° 269

(2) Voirin, article précité.

(3) voir supra n° 253.

(4) il est certain que la différence est très grande sur le plan théorique : celui qui ne se conforme pas à la clause de célibat ne commet pas de faute, à la différence de celui qui n'exécute pas une obligation.

du point de vue de leur validité, les clauses accessoires relatives à la liberté du mariage de la même manière qu'on traiterait les contrats comportant une obligation directe de se marier. Cela est vrai aussi bien pour les clauses insérées dans les libéralités (I°) que pour celles qui figurent dans les contrats de travail (2°).

262 - I°/ Le problème des clauses limitant la liberté du mariage dans les libéralités est traditionnel. Il était déjà connu de l'Ancien Droit qui distinguait entre les clauses de célibat à proprement parler et les clauses de viduité insérées par un époux dans une libéralité qu'il fait à son conjoint ; seules ces dernières étaient valables. Le droit révolutionnaire prohiba complètement les deux types de clauses (I). Mais, depuis le début du XIXème siècle, la jurisprudence consacre une solution inverse : les clauses de viduité et de célibat insérées dans les libéralités sont en principe valables (2), sauf si elles ont été inspirées par un motif immoral ou illicite. En d'autres termes, valables par leur objet, ces clauses peuvent être contraires à l'ordre public en raison de leur cause (3).

C'est ainsi que la jurisprudence annule pour cause immorale les clauses de viduité inspirées par la jalousie posthume du testateur (4) ou les clauses de célibat dictées par un sentiment répréhensible à l'égard du futur époux du bénéficiaire de la libéralité(5). Par contre, sont traditionnellement considérées comme valables les clauses motivées par le souci d'assurer, en cas de mariage du bénéficiaire, le retour des biens à la famille du disposant (6), ou par l'idée de protéger le bénéficiaire que sa faiblesse ou son inexpérience amèneraient à conclure un mariage contraire à ses intérêts (7).

-ooOoo-

(I) loi du 5-I2 septembre I79I, sur l'historique voir Huet, article précité n° 5.
(2) le principe a été admis dès le début du XIXème siècle pour les clauses de viduité ; pour les clauses de célibat stricto sensu la solution a été admise pour la première fois par Req. II novembre I9I2, D P I9I3-I-I05 note Ripert.
(3) Huet, art.précité n° I0 ; Bénabent, article précité et note sous Rennes I4 février I972, J.C.P. I975-II-I7934.
(4) voir par exemple T.G.I.Chaumont 25 septembre I969, J.C.P. I970-II-I62I3.
(5) Paris 8 mars I924, D H 24-355 ; Civ' 8 novembre I965, G P I966-I-55 - L'immoralité du motif conduit à annuler presque systématiquement les clauses interdisant le mariage avec une personne déterminée, bien que l'atteinte à la liberté du gratifié soit, en apparence, moins grave - voir par exemple pour la clause interdisant d'épouser un juif : Trib. civ. Seine 22 janvier 1947, D 1947-J-126
(6) Trib. civ. Chambéry 2 décembre I952, J.C.P. I953-II-7632
(7) Req. II novembre I9I2, précité ; Req. 25 mars I946, D I946-J-222.

On cite, il est vrai, quelques décisions qui ont annulé une clause de célibat en raison de ses effets, indépendamment du mobile du disposant : ainsi un jugement du tribunal civil de Chatellerault du 8 février I949 prononce-t-il la nullité d'une clause de viduité qui avait pour effet d'empêcher la légitimation des enfants adultérins du légataire, alors même que telle n'avait pas été l'intention de la testatrice (I). Mais il s'agit là de décision isolées ; la jurisprudence demeure en général attachée au principe selon lequel les clauses de célibat et de viduité dans les libéralités ne peuvent être annulées qu'en raison de leur cause illicite ou immorale.

263 - 2°/ La jurisprudence se montre beaucoup plus protectrice de la liberté individuelle lorsque la clause interdisant le mariage est insérée dans un contrat de travail au détriment du salarié. Le problème s'est posé pour la première fois en I963 devant le cour de Paris, à l'occasion d'une clause de célibat insérée dans le contrat de travail d'une hôtesse de l'air (2). "Le droit au mariage, déclare l'arrêt, est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner ; il en résulte que, dans le domaine des rapports contractuels de droit privé à titre onéreux - d'où doit être exclue toute analogie abusive avec la construction élaborée au sujet des clauses de viduité insérées dans une libéralité - la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée et qu'à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité".

Plusieurs décisions postérieures devaient préciser le sens de cette formule. Un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du 7 février I968 approuve ainsi le refus d'application par les juges du fond d'une clause de célibat insérée, cette fois, dans le contrat de travail d'une assitante sociale rurale, au motif que l'employeur ne justifiait pas de "nécessités impérieuses tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice" (3). Comme dans l'hypothèse de l'hôtesse de l'air, l'employeur alléguait, pour justifier

-ooOoo-

(I) D 49-J-467 note Carbonnier, J.C.P. 49-II-6074 note J. Savatier - voir aussi les décisions citées par Bénabent, note sous Rennes I4 février I972, J.C.P. 75-II-I7934.
(2) Paris 30 avril I963, D 63-J-428 note Rouast, infirmant T.G.I. Seine I5 juin I96I, Dr. soc. I962-9I note Morellet - sur cet arrêt voir la chronique précitée de Voirin, Marion crie... D 63 - chr. 247.
(3) Soc. 7 février I968, D I968-429.

la clause, que le travail de l'assistante sociale exigeait une disponibilité constante, incompatible avec les obligations familiales résultant du mariage.

Plus récemment, la jurisprudence a eu à connaître d'une autre série d'hypothèses, où l'employeur alléguait une incompatibilité, non plus matérielle, mais morale entre le mariage et le maintien du contrat de travail. C'est dans cette optique que deux décisions récentes, l'une de la cour de Chambéry du 22 octobre 1970 (1), l'autre de la cour d'Aix du 2 décembre 1971 (2), estiment justifié le licenciement d'institutrices travaillant dans des établissements d'enseignement privé et qui s'étaient mariées dans des conditions réprouvées par la morale catholique ; (il s'agissait dans un cas du mariage avec un divorcé et, dans l'autre cas, d'un remariage après divorce). L'arrêt de la cour d'Aix a été cassé par un arrêt de la chambre mixte du 17 octobre 1975 : la cour de cassation réaffirme "qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement" (3). Selon la cour de cassation, tel n'était pas le cas dans cette affaire, dès lors que l'établissement, lié à l'état par un "contrat simple" était "accessible à tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinion ou de croyance" et devait dispenser l'enseignement dans le respect total de la liberté de conscience. Cependant la cour de renvoi (4) a considéré que, malgré ces circonstances, l'établissement avait gardé son caractère propre d'établissement catholique et que, en conséquence, l'institutrice, par son remariage après divorce "consacrant une rupture certaine, publique et durable avec le mode de vie prôné par cette institution d'éducation catholique... ne présentait plus pour l'exercice de sa profession... l'une des qualités nécessaires pour que l'établissement employeur pût atteindre le but éducatif visé par lui". En attendant un nouvel arrêt de la cour de cassation dans cette affaire, la question de savoir si l'atteinte à la liberté du mariage est justifiée dans une telle hypothèse reste donc en suspens.

-ooOoo-

(1) D 1971-313 note Demichel.
(2) J.C.P. 1972-II-17 085.
(3) J.C.P. 1976-II-18328 note Lindon ; Act. jur. 1976-370 note Madiot.
(4) Lyon 7 octobre 1976, D 1977-J-408.

264 - Quoi qu'il en soit, il faut remarquer que la solution relative aux clauses de célibat dans le contrat de travail est inverse de celle qui a été consacrée par la jurisprudence dans le domaine des libéralités : la clause de célibat imposée au salarié est nulle en principe, sauf circonstances exceptionnelles. Certains auteurs ont soutenu que l'opposition se situait seulement sur le terrain de la preuve : dans l'un et l'autre cas, la validité de la condition serait appréciée au niveau de la cause, mais tandis que la légitimité du mobile serait présumée dans les libéralités - le disposant n'ayant a priori aucune raison de vouloir nuire à celui qu'il gratifie -, ce serait à l'employeur de prouver que la clause de célibat est justifiée par une cause licite (I).

Cette explication ne saurait être retenue. D'une part, ce qui est pris en considération, dans le contrat de travail, ce ne sont pas les mobiles personnels de l'employeur -ce qui correspond à la notion de cause - mais les circonstances objectives qui pourraient rendre le mariage du salarié incompatible avec le maintien des relations de travail (2). D'autre part, la prise en considération de ces circonstances permet de sauver une clause qui, en leur absence, eût été contraire à l'ordre public, ce qui ne correspond nullement à l'utilisation de la notion de cause dans les contrats. L'appréciation de la validité d'un acte juridique au niveau de sa cause permet, à l'inverse, d'annuler ce contrat s'il est dicté par un mobile répréhensible, alors qu'il apparaîtrait extérieurement, considéré sous l'angle de son seul objet, parfaitement licite. Tel est bien, d'ailleurs, le mécanisme suivi pour l'appréciation de la validité des clauses de célibat en matière de libéralités.

En réalité, la validité de la clause de célibat dans le contrat de travail est bien appréciée au niveau de son objet ; mais cet objet lui-même peut être ou non licite selon que l'atteinte à la liberté est ou non justifiée par un intérêt légitime. Cette différence fondamentale avec le système suivi en matière de libéralités va commander une distinction quant à l'appréciation que l'on peut porter sur les solutions

-ooOoo-

(I) dans ce sens Voirin chronique précitée ; Benabent, art. précité n°
(2) sauf à remarquer qu'en pratique l'insertion d'une clause de célibat en l'absence de telles circonstances répondra souvent à des motifs illicites chez l'employeur : il s'agira souvent d'éviter le risque d'une grossesse de la femme (les clauses de célibat ne visent pratiquement jamais des hommes) et de tourner ainsi les dispositions protectrices de la femme enceinte.

jurisprudentielles dans l'un et l'autre domaine.

b) - appréciation critique.

265 - A l'époque où le problème ne se posait que dans le domaine des libéralités, la doctrine ne contestait pas, en général, le principe même des solutions jurisprudentielles relatives aux clauses de célibat, c'est à dire l'appréciation de la validité de ces clauses au niveau de leur cause. Tout au plus certains auteurs estimaient-ils - à juste titre - que les tribunaux se montraient beaucoup trop libéraux dans l'appréciation des mobiles du disposant. Ainsi peut-on considérer comme très critiquables les décisions qui admettent la validité d'une clause inspirée par le souci de protéger le bénéficiaire contre son inexpérience ou sa faiblesse : une telle clause est directement contraire au principe selon lequel toute personne est normalement apte à juger de ses intérêts si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ; elle ne vise à rien d'autre qu'à instaurer une sorte de tutelle privée (I). Plus généralement, on peut regretter, avec M. Carbonnier, une tendance jurisprudentielle à n'annuler les clauses que si le motif du disposant est immoral, sans rechercher s'il n'est pas par ailleurs illicite. Selon M. Carbonnier, il faudrait annuler toute clause par laquelle l'auteur de la libéralité a entendu peser sur la décision du bénéficiaire, donc porter atteinte à sa liberté - ce qui est, en soi, contraire à la loi. Seules devraient être considérées comme valables les clauses par lesquelles le disposant a entendu prévoir les conséquences d'un éventuel mariage du bénéficiaire sans vouloir en aucune façon faire obstacle à ce mariage (2).

La doctrine récente va généralement plus loin : un certain nombre d'auteurs contestent le principe même de l'appréciation de la validité des clauses de célibat au niveau de leur cause. Partant de l'idée que la liberté du mariage est une liberté d'ordre public, un droit de la personnalité, ces auteurs estiment que tout acte juridique qui limite cette liberté doit être considéré comme nul en raison de son seul objet ; les clauses de célibat, qui ont pour effet de faire pression sur la volonté du gratifié ou du salarié, donc de limiter, même indirectement, sa liberté,

-ooOoo-

(I) dans ce sens Carbonnier, note D 1949-J-467.
(2) ibid - sur cette distinction entre la "condition-menace" et la "condition-temps" voir aussi Guiho, note précitée ; Benabent, note J.C.P. 1975-II-17934.

devraient toujours être annulées, quelle qu'ait été l'intention du disposant ou de l'employeur (I).

Cette condamnation généralisée des clauses de célibat nous semble excessive, tout comme est excessive l'affirmation, sur laquelle elle repose, selon laquelle la liberté du mariage ne pourrait jamais être limitée par une convention. La critique de cette idée (I°) nous amènera à porter sur la jurisprudence une appréciation plus nuancée (2°).

266 - I°/ On affirme volontiers en doctrine que la liberté du mariage est une liberté d'ordre public, que le droit de se marier est un droit de la personnalité inaliénable (2). Cette affirmation, reprise dans l'arrêt déjà cité de la cour de Paris du 30 avril I963 (3) nous semble doublement contestable.

Sur le plan formel, tout d'abord, il est clair qu'assimiler la liberté de se marier à un droit de la personnalité relève du plus pur verbalisme - alors surtout que, nous le savons, la doctrine s'efforce en général de distinguer les droits subjectifs des simples libertés (4). Et, de toute façon, cette assimilation de la liberté du mariage à un droit de la personnalité n'aurait aucune conséquence quant au problème qui nous occupe : nous avons suffisamment montré, au cours de nos développements antérieurs, que toutes les conventions touchant les droits de la personnalité ne sont pas frappées de nullité.

Quant au fond, surtout, l'affirmation selon laquelle toute atteinte portée à la liberté du mariage dans un acte juridique est nécessairement contraire à l'ordre public nous semble critiquable parce qu'elle suppose une hiérarchie entre les différentes libertés : la liberté du mariage serait, au sommet de cette hiérarchie, tellement importante pour le développement de la personnalité que la moindre limitation qui pourrait y être apportée serait intolérable, tandis qu'il serait moins grave de porter atteinte à d'autres aspects de la liberté individuelle. Or une telle hiérarchie n'est pas admissible : comment

-ooOoo-

(I) G. Raymond, Le consentement des époux au mariage, L.G.D.J. I965 p.26
Huet, article précité ; Benabent, article précité n° 23 - contra J.F. Voirin, note sous Rennes I4 février I972, D I976-I85.
(2) Voirin, article précité ; Rouast, note D 63-429 ; Guiho, note précitée ; Benabent, article précité n° 5 ; Despax, La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, J.C.P. I963-I-I776.
(3) voir supra n° 263.
(4) voir supra n° 6.

affirmer que la liberté de se marier est plus importante que d'autres aspects de la liberté du mode de vie, ou que la liberté d'aller et de venir ? Cette dernière, par exemple, n'est elle pas aussi essentielle, puisque sans elle, les autres libertés n'auraient guère de sens pour l'individu ?

267 - Il est vrai que l'ordre public s'opposera plus fréquemment aux atteintes à la liberté du mariage qu'à celles qui peuvent être portées à d'autres libertés, comme celle d'aller et de venir, ou celle du travail (qui, nous l'avons vu, peut être limitée par des clauses de non-concurrence ou de non-rétablissement). Mais cela ne tient nullement, à notre avis, à l'importance respective de ces différentes libertés pour la personne.

Il faut considérer, tout d'abord, que les restrictions apportées à la liberté d'aller et de venir, ou à la liberté du travail, sont le plus souvent limitées dans le temps - et, nous l'avons vu, elles ne sont tolérables qu'à cette condition. Les atteintes à la liberté du mariage consenties dans les actes juridiques seront, en revanche, presque toujours perpétuelles, et cela les rend, a priori, plus difficiles à admettre.

D'autre part, et surtout, il faut bien voir qu'une limitation contractuelle de la liberté individuelle n'est admissible que si elle est justifiée par un intérêt suffisant. Nous l'avons constaté à propos des clauses de non-concurrence et de non-rétablissement. Mais cela est vrai également des limitations conventionnelles de la liberté d'aller et venir, bien que cela n'apparaisse guère en pratique, parce que la plupart de ces limitations ne font que traduire certaines exigences de la vie sociale : par exemple, le contrat de travail qui entraîne de nombreuses restrictions à la liberté du salarié se justifie par la nécessité d'une organisation rationnelle de la production et des échanges de biens et de services. Qui peut douter, par contre, que serait annulée une convention par laquelle une personne s'obligerait, par jeu ou par déraison, à une prestation absolument inutile ? Or il est rare que les limitations contractuelles à la liberté du mariage soient justifiées par un intérêt suffisant, qu'elles répondent à une exigence de la vie sociale, et cela s'explique aisément : le choix entre le mariage et le célibat relève de la vie privée et celle-ci est normalement étrangère aux relations sociales régies par les contrats. C'est pourquoi il y a lieu de s'interroger sur la

-ooOoo-

validité des clauses de célibat plus que sur celle des contrats limitant la liberté d'aller et venir : non que la liberté du mariage soit plus importante que d'autres libertés et donc a priori insusceptible de conventions, mais parce que les restrictions qui peuvent y être apportées apparaissent moins souvent justifiées.

On comprendra, dès lors, que le principe de la prohibition des clauses de célibat ne puisse avoir une portée absolue : il n'existe pas un cloisonnement rigide entre la vie privée et les relations sociales régies par les contrats, et on ne peut exclure a priori que, dans certaines circonstances, le mariage d'une personne apparaisse incompatible avec certaines obligations assumées par elle dans le cadre d'un contrat. Il faudrait alors considérer comme valable la clause de célibat insérée dans cet acte juridique.

268 - 2°/ Il convient donc de ne pas condamner systématiquement la jurisprudence qui admet, dans certains cas, la validité des clauses de célibat.

En ce qui concerne les clauses insérées dans les libéralités, nous nous rallierons volontiers au courant doctrinal selon lequel ces clauses devraient toujours être annulées, sans considération des mobiles du disposant. Même si ces mobiles sont parfaitement respectables, en effet, on ne voit pas quel intérêt objectif peut ici justifier l'atteinte portée à la liberté du bénéficiaire de la libéralité. Les considérations d'ordre familial ou sentimental qui sont généralement invoquées pouvaient constituer une justification suffisante à l'époque où la liberté de tester apparaissait comme plus importante que la liberté du mariage,ce quine saurait plus être admis aujourd'hui. Seules peuvent être sauvées, dans les libéralités, les clauses qui ne sont pas susceptibles de faire pression sur la volonté du gratifié, donc qui ne portent pas vraiment atteinte à sa liberté : tel, par exemple, l'acte stipulant le versement d'une rente à un célibataire jusqu'à son mariage, en vue de pourvoir à son entretien (I).

Nous croyons, par contre, que de véritables clauses de célibat pourraient parfois être admises dans le contrat de travail et il faut, à notre avis, approuver la jurisprudence d'avoir réservé l'hypothèse

-ooOoo-

(I) sur la validité d'un tel acte : Carbonnier note D 49-J-468 spec. p. 470 . Le mariage du gratifié n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif de la libéralité ; le gratifié cesse de percevoir la rente à compter du mariage.

où les"nécessités des fonctions exigent impérieusement" qu'il soit porté atteinte à la liberté du mariage. Contrairement à ce qui se passe en matière de libéralités, on peut très bien concevoir, en effet, qu'il y ait incompatibilité entre le maintien du contrat de travail et le mariage du salarié. La clause de célibat peut être objectivement justifiée.

269 - Il est vrai que, comme le souligne très justement la cour de cassation, il s'agit là de cas "très exceptionnels". Il faut tout d'abord approuver la jurisprudence d'avoir annulé les clauses de célibat chaque fois que la seule justification invoquée par l'employeur était l'exigence de disponibilité constante du salarié (hôtesse de l'air, assistante sociale). Dans ce cas, en effet, le salarié est seul juge de la compatibilité entre sa vie familiale et sa vie professionnelle ; si l'employeur constate des manquements dans cette dernière, cela pourra sans doute constituer une "cause réelle et sérieuse de licenciement", mais il n'est pas permis de supposer, au moment de la formation du contrat, que le mariage du salarié l'empêchera d'exécuter correctement ses obligations professionnelles.

Une clause de célibat ne pourrait être justifiée que dans le cas d'une incompatibilité morale entre le mariage et le maintien du contrat de travail, parce qu'il est possible de juger de cette incompatibilité dès la conclusion du contrat. Si par exemple, on admet la licéité du licenciement de l'institutrice d'un établissement catholique qui se marie dans des conditions non conformes à la morale de cet établissement, on doit admettre également la validité d'une clause interdisant, par avance, un tel mariage. Il est vrai que, dans une telle hypothèse, la clause de célibat est à peu près inutile, le licenciement étant justifié même en son absence (I).

Les applications de cette idée sont, du reste, assez limitées. Voirin imaginait l'hypothèse d'un prêtre, employé par un établissement d'enseignement catholique, qui contracterait mariage : son licenciement serait certainement licite, même en l'absence d'une clause de célibat ; mais, au moins autant que le mariage, c'est la perte de l'état de prêtre qui justifierait la résiliation du contrat de travail. La discussion est plus sérieuse lorsque le licenciement vise un enseignant

-ooOoo-

(I) l'existence d'une clause permettrait cependant à l'employeur d'éviter les formalités imposées par la loi pour le licenciement, le contrat de travail se trouvant résilié de plein droit du fait du non-accomplissement de la condition.

d'établissement catholique qui n'a pas embrassé l'état ecclésiastique. L'atteinte à la liberté du mariage ne se justifie pas aussi nettement que dans le cas précédent. Cependant, il nous semble incontestable que la personne qui accepte d'enseigner dans un établissement d'obédience religieuse, s'engage par là-même, à avoir, aux yeux des parents qui confient leurs enfants à un tel établissement, une vie privée qui ne soit pas en contradiction fondamentale avec les préceptes de la religion considérée. Sans doute, on peut estimer que, dans les hypothèses jusque là soumises à la jurisprudence, l'infraction à la morale catholique n'était pas suffisamment grave, ni surtout suffisamment publique, pour justifier le licenciement - et l'arrêt de la chambre mixte du I7 octobre I975 doit, pour cette raison, être approuvé. Il n'en reste pas moins que l'atteinte à la liberté du mariage pourrait être justifiée dans d'autres hypothèses - imaginons, par exemple, le mariage d'une enseignante d'établissement catholique avec un prêtre ayant rompu ses voeux. Même si le cas est exceptionnel, on ne peut l'exclure a priori par une sacralisation excessive de la liberté du mariage.

Du reste, le contrat de travail, dans ces hypothèses, n'entraîne pas seulement une certaine restriction du droit de se marier ; il limite, d'une manière plus générale, la liberté de la vie privée, dont la liberté matrimoniale n'est qu'un aspect particulier.

B - La liberté de la vie privée.

270 - Où vivre, avec qui, seul ou en compagnie... ? Telles sont quelques uns des choix fondamentaux qui, selon nos conceptions actuelles, doivent être laissés aux individus. Le choix entre le mariage et le célibat n'est qu'un aspect particulier de cette liberté de la vie privée, ou du mode de vie, laquelle est trop souvent négligée par la doctrine civiliste (I). En effet, si la protection de la vie privée a été très largement étudiée en doctrine ces dernières années, c'est surtout sous l'angle du droit, reconnu à chaque individu, de s'opposer aux intrusions des tiers dans son intimité ou à la divulgation de faits s'y rapportant. Mais il faut bien voir que ce "droit à l'intimité de la vie privée", consacré par la loi du I7 juillet I970, n'a de sens que si la personne se voit

-ooOoo-

(I) voir cependant Carbonnier, t I n° 7I p. 3I7.

reconnaître, en premier lieu, la liberté d'organiser sa vie privée comme elle l'entend.

Et c'est essentiellement sous cet angle que la vie privée est protégée par l'ordre public dans le droit des contrats. Nous avons vu, en effet, que les contrats par lesquels une personne permet une intrusion dans sa vie privée ou la révélation de faits qui s'y rapportent, sont en principe valables (I) - et, en ce sens, on peut dire que le "droit à l'intimité de la vie privée" de l'article 9 du Code civil n'est pas d'ordre public. En revanche, la liberté de choisir et d'organiser son mode de vie paraît, au même titre que la liberté du mariage et pour les mêmes raisons, assez rebelle à se laisser enfermer dans un cadre contractuel.

Elle ne l'est pas, cependant, au même degré. D'une part, les considérations tenant à la défense de l'institution familiale qui renforcent, à l'encontre des clauses limitant le droit de se marier, l'impératif de défense de la liberté individuelle, ne se retrouvent pas nécessairement lorsque le contrat est relatif à d'autres aspects de la vie privée. A l'inverse, on doit noter que certaines manifestations de la liberté de la vie privée, même si elles sont tolérées en elles-mêmes, peuvent aller contre l'ordre social, et, dès lors, il est difficile de considérer comme contraires à l'ordre public les actes juridiques qui tendent à les prohiber - nous pensons ainsi aux clauses de non-concubinage. D'autre part, alors que la liberté du mariage est pratiquement indivisible, la liberté du mode de vie, dans ses autres aspects, ne sera, le plus souvent, limitée que partiellement dans le temps et dans l'espace : étant moins grave, l'atteinte à la liberté est plus facile à justifier.

C'est, d'abord, de cette gravité que va dépendre la validité des clauses limitant la liberté du mode de vie ; mais d'autres facteurs entrent en jeu, notamment l'aspect de la liberté qui est en cause, ainsi que la nature de l'acte juridique dans lequel figure la clause. Comme pour la liberté du mariage, le problème se pose aussi bien dans les libéralités (a) que dans les contrats à titre onéreux (b).

a) - les atteintes à la liberté de la vie privée dans les libéralités.

27I - La jurisprudence a eu surtout à connaître des clauses imposant ou interdisant une certaine résidence au gratifié (2). Les tribunaux se sont

-ooOoo-

(I) voir supra n° 208.
(2) sur ces clauses : Planiol-Ripert, t VI n° 242 ; Carbonnier t I n° 74 p. 327 ; Hauser, V° Ordre public in Encyclopédie Dalloz, n° 89.

parfois montré sévères à l'égard de telles clauses : un arrêt ancien de la cour de Bordeaux, remarquable pour la vigueur de sa motivation, annule ainsi la clause d'un testament imposant au légataire d'habiter la maison du testateur, au motif "qu'elle porte une atteinte grave à la liberté personnelle du légataire, en le privant du droit dont jouit chaque français devenu majeur de fixer son habitation dans le lieu où l'appellent ses intérêts les plus sérieux" (I).

La plupart des décisions adoptent cependant une position plus nuancée : à l'instar des clauses de célibat, les clauses relatives à la résidence du gratifié sont valables ou nulles selon qu'elles obéissent ou non à un mobile légitime du disposant. Ainsi un arrêt de la chambre des requêtes du I7 mars I925 (2) valide la condition, mise au legs d'une maison, que le légataire y réside au moins vingt ans, au motif que cette clause "était de nature à donner satisfaction à un sentiment légitime du testateur, celui d'assurer, pendant une assez longue période de temps et dans les meilleures conditions possibles, par un de ses plus proches parents, la conservation de la propriété sur laquelle il avait vécu" (3). Un arrêt plus récent de la chambre civile, du 28 novembre I955 (4), adopte une solution contraire ; mais la cour de cassation se fonde toujours sur la considération de l'intention du disposant : dans cette affaire, en effet, la cour d'appel avait relevé que le testateur "n'avait nullement entendu laisser (au gratifié) la liberté d'un choix" ; dès lors qu'il y avait intention de faire pression sur la volonté d'autrui, la clause était viciée par un mobile illicite (5).

272 - Nous ferons sur cette jurisprudence les mêmes observations qu'à propos de celle qui est relative aux clauses de célibat dans les libéralités. Avant de considérer l'intention du disposant, il faudrait, à notre avis, rechercher si le résultat de la clause - l'atteinte à la liberté de choisir sa résidence - est, objectivement, justifiée par un intérêt légitime.

A cet égard il faut distinguer suivant le type de clause. Il semble assez facile d'admettre la validité des clauses qui interdisent au bénéficiaire d'une libéralité de résider dans un lieu déterminé. L'atteinte

-ooOoo-

(I) Bordeaux 25 août I876, S I877-2-247.
(2) S I927-I-28I, note Morel.
(3) dans le même sens voir des arrêts plus anciens : Req. 23 janvier I877, S I877-I-350 ; Pau 2 janvier I827, D I829-2-I64.
(4) Bull. civ. I955-I-n° 4I3 p. 322.
(5) on remarquera que la cour de cassation prend ici en considération l'illicéité du mobile et non pas seulment son immoralité, comme la jurisprudence a tendance à le faire à propos des clauses de célibat.

à la liberté individuelle est ici peu importante et, surtout, elle est fréquemment justifiée par des raisons d'intérêt social : dans les espèces soumises aux tribunaux, la clause avait toujours pour but d'éloigner une concubine, donc de faire cesser une situation jugée contraire aux bonnes moeurs (I). On se rapproche ici du cas des clauses de non-concubinage qui ont toujours été validées par les tribunaux (2).

Il nous semble, par contre, que les considérations familiales ou sentimentales qui sont généralement invoquées ne sont pas assez puissantes pour justifier les clauses imposant au gratifié une résidence déterminée, d'autant plus que l'atteinte à la liberté individuelle est ici beaucoup plus grave. Peut être pourrait-on distinguer, cependant, selon que l'obligation de résidence est limitée dans le temps - circonstance relevée par la chambre des requêtes en I925 - ou, au contraire, que le gratifié est tenu de résider toute sa vie dans le lieu choisi par le disposant (3).

Les atteintes à la liberté du mode de vie apparaissent plus fréquemment justifiées dans les contrats à titre onéreux.

b) - les atteintes à la liberté de la vie privée dans les contrats à titre onéreux.

273 - I°/ La doctrine ne s'intéresse guère, en général, aux multiples limitations à la liberté du mode de vie qui résultent du contrat de bail, sans doute parce que leur licéité n'est guère douteuse. Notons d'abord qu'en l'absence de clause particulière du contrat, le locataire a l'obligation d'user des lieux loués en bon père de famille (article I728 C.Civ.), ce qui lui interdit notamment de mener une vie scandaleuse : un arrêt de la cour de cassation a ainsi pu considérer comme légitime l'expulsion d'un locataire en raison des mauvaises moeurs de sa famille (4). Mais, en dehors de cette restriction très générale à la liberté du mode de vie du locataire, on peut noter l'existence de diverses clauses qui viennent souvent limiter cette liberté d'une manière plus précise - qu'il s'agisse des clauses qui, dans les immeubles collectifs, interdisent l'étendage du linge aux fenêtres (5), ou

-ooOoo-

(I) Rennes 7 mars I904, D I905-2-305 note Planiol, S I907-2-24I note Hémard ; Req. I0 mars I925, S I925-I-32.
(2) voir encore récemment T.G.I. Chaumont 25 septembre I969 précité.
(3) ce qui était le cas dans l'arrêt de I955.
(4) Soc. I4 octobre I965, D I965-8I4 ; comp. Trib. Grenoble 6 avril I964, D I964-3I7, J.C.P. 64-II-I3663.
(5) ce qui, comme le remarque M. Carbonnier (t I n° 7I) fait normalement partie du droit de chaque individu à vivre comme il lui plaît.

de celles qui interdisent la détention d'un animal dans les lieux loués. Le problème, du reste, ne se pose pas seulement dans le cadre du contrat de bail : les mêmes restrictions à la liberté du mode de vie sont fréquemment imposées par le règlement de copropriété aux différents copropriétaires d'un immeuble collectif.

Le principe est que ces clauses, aussi bien dans le contrat de bail que dans le règlement de copropriété, sont valables dans la mesure où elles sont commandées par l'intérêt du bailleur ou, dans les immeubles collectifs, des colocataires ou des copropriétaires. C'est le cas, d'une manière non douteuse, de la clause interdisant l'étandage du linge aux fenêtres (I). La jurisprudence admettait également la validité des clauses relatives aux animaux, mais une loi du 9 juillet I970 est venue briser cette jurisprudence ; l'article I0 de cette loi répute non écrite "toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier". On pourrait également s'interroger sur certaines clauses en usage dans les locations de meublés lorsque les locaux loués sont situés dans l'immeuble habité par le propriétaire - le cas typique étant celui de la "chambre d'étudiant" - Le propriétaire peut-il, par exemple, interdire au locataire de recevoir des visites, à tout moment ou à certaines heures ? Il semble que dans ce cas les intérêts du bailleur, compte tenu de la situation particulière des lieux loués, peuvent justifier d'importantes restrictions à l'indépendance du locataire.

274 - 2°/ Avec le contrat de bail, le contrat de travail est un des actes juridiques à travers lequel se manifeste le plus l'interpénétration entre la vie privée et les relations sociales, d'où les multiples limitations à la liberté du mode de vie qui peuvent en résulter. Nous l'avons déjà constaté à propos de la liberté du mariage.

En fait, en dehors des clauses de célibat précédemment étudiées, il est rare qu'un contrat de travail contienne des stipulations restreignant expressément le droit pour le salarié d'organiser librement sa vie privée. Pour l'anecdote, on peut citer les clauses par lesquelles les sociétés de production cinématographique américaines, à une certaine époque, imposaient aux acteurs qu'elles engageaient d'avoir une vie privée conforme à l'image que le public se faisait d'eux (2).

-ooOoo-

(I) Civ^{2} 27 novembre I973, J.C.P. I974-II-I7644.
(2) voir les exemples donnés par E. Morin, Les stars, ed. du Seuil, I972.

De telles clauses - difficilement concevables de nos jours - ne pourraient qu'être annulées par nos tribunaux, en application des principes que nous avons dégagés à propos de la liberté du mariage : un comportement relatif à la vie privée du salarié ne peut être interdit par le contrat que si ce comportement apparaît, dès le moment de la conclusion du contrat, incompatible avec la bonne exécution des obligations professionnelles du salarié.

Cependant, même si le contrat de travail ne contient pas de clauses limitant expressément la liberté du mode de vie du salarié, il ne faut pas perdre de vue que les relations de travail impliquent toujours, en elles-mêmes, une telle limitation. Le salarié est pratiquement contraint de fixer sa résidence non loin du lieu d'éxécution de son travail et, si ce lieu est variable, de changer fréquemment de résidence (I). Surtout, il ne peut consacrer à ses loisirs ou à ses affaires personnelles que le temps pendant lequel il n'est pas tenu par ses obligations professionnelles.

275 - C'est pourquoi il faut considérer, en un sens, comme protectrices de la liberté de la vie privée du salarié les dispositions d'ordre public qui règlementent la durée du travail (articles L 2I2.I et s. C.Trav.), qui imposent le repos hebdomadaire (articles L 22I.I à L 22I.27 C. Trav.) et les congés annuels (article L 223.I C. Trav.) (2). Certes, toute cette règlementation n'a pas pour fin exclusive de garantir au salarié un minimum de liberté dans sa vie privée. Outre qu'elle répond parfois, accessoirement, à des considérations économiques d'intérêt général (3), elle vise également à protéger l'intégrité physique du salarié et, plus généralement, à favoriser le plein épanouissement de sa personnalité (4). Mais cela ne fait que souligner que l'ordre public protège la personnalité humaine d'une manière globale, et qu'il est difficile de dissocier protection de l'intégrité et protection de la liberté, encore plus de dire si .

-ooOoo-

(I) cf. le caractère légitime du licenciement d'un ouvrier du bâtiment qui refuse de changer de résidence en fonction des nécessités de son travail : Soc. 2I janvier I944, S I944-I-I38 ; Rev. trim. dr. civ. I944-I23 obs. Carbonnier.
(2) il s'agit ici du droit du salarié à prendre effectivement le congé, distinct du droit à l'indemnité de congé - voir sur ce point H. Blaise, Traité de droit du travail sous la direction de Camerlynck, t 3 n° 119
(3) c'est le cas, par exemple, de la législation relative à la durée du travail.
(4) préoccupation particulièrement apparente pour les congés d'éducation ouvrière (D n° 73-I046 du I5 novembre I973, art. L 225-6, R 45I-I et s. du C. Trav.).

telle disposition d'ordre public vise à la défense de telle ou telle liberté, de tel ou tel "droit de la personnalité". Le caractère partiel de la présentation doctrinale habituelle des "conventions relatives aux droits de la personnalité" apparaît ici avec une particulière netteté.

A travers les dispositions protectrices de la personnalité des salariés on remarque, d'autre part, une interférence entre l'ordre public de protection de la personne, qui est l'une des limites les plus traditionnelles de la liberté contractuelle, avec certains aspects de l'ordre public social - lequel représente une catégorie relativement récente, et soumise à un certain particularisme, de règles d'ordre public. Cela nous amène à nous interroger sur la place exacte des règles protectrices de la personne au sein de l'ordre public.

CHAPITRE SECOND - LA PLACE DES REGLES PROTECTRICES DE LA PERSONNE DANS L' ORDRE PUBLIC

276 - Le problème ne se pose qu'en raison du caractère protéiforme de la notion d'ordre public dans le droit contemporain. Au XIX^{ème} siècle, l'ordre public apparaît comme une notion unitaire, recouvrant un certain nombre de règles destinées à assurer le respect de l'intérêt général, et auxquelles, pour cette raison, il est interdit de déroger dans les conventions particulières. Dans l'optique libérale, ces règles sont en nombre relativement restreint : l'intérêt général réside uniquement dans le maintien des des institutions essentielles de la société, confortées par un certain nombre de règles morales - les "bonnes moeurs" (1). Mais par la suite, avec le déclin du libéralisme,, l'Etat intervient de plus en plus fréquemment dans la vie économique pourréglementer directement les échanges de biens et de services. On voit ainsi apparaître, à côté de l'ordre public au sens classique, (ou ordre public"politique"), un ordre public dit "économique", dont la doctrine s'est attachée à mettre en évidence le particularisme (2).

Il faut remarquer, cependant, que l'ordre public reste, jusque là, une notion fondamentalement unitaire : qu'il s'agisse de réglementer les prix ou la concurrence, ou d'organiser les rapports familiaux, le but poursuivi par le législateur reste toujours d'assurer le respect de l'intérêt général menacé par les initiatives particulières.Ce qui diffère, c'est seulement le contenu de cet intérêt général, qui ne consiste plus seulement dans le maintien des institutions politiques et sociales, mais dans une certaine organisation des rapports économiques. Mais il s'agit toujours d'exprimer la supériorité du groupe sur l'individu, de l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

Cependant la notion d'ordre public est également utilisée aujourd'hui dans un tout autre sens. On appelle règles d'ordre public certaines règles auxquelles il est interdit de déroger, mais sans que l'intérêt général soit directement concerné, sans que ces règles, autrement dit, "intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs " au sens de l'article 6 du code civil. Il s'agit, très différemment, de protéger contre eux-mêmes certains contractants qui sont inaptes à défendre leurs intérêts. C'est dans ce sens que l'on parle de l'ordre public social pour désigner les règles impératives qui protègent certaines catégories de contractants en situation d'infériorité économique , notamment les travailleurs salariés. On dit encore qu'il s'agit là d'un ordre public de protection :le terme

- ooOoo -

(1)sur l'idée que les bonnes moeurs font partie intégrante de l'ordre public classique Flour - Aubert n° 275 ; Weill - Terré n° 246

(2)voir déjà Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, 1934 t.2, p. 347 ; Farjat, L'ordre public économique, thèse, Dijon, 1963

d'ordre public étant pris ici dans un sens fonctionnel, pour traduire le caractère impératif des règles considérées, sans référence à leur finalité,- alors que c'est la finalité des règles qui caractérise l'ordre public au sens classique (1).

L'un des premiers auteurs à avoir fait nettement la distinction entre cet "ordre public purement prohibitif" et l'"ordre public supérieur" a été Japiot, dans le cadre de la théorie des nullités (2). Le principal intérêt de la distinction se situe en effet au niveau de la sanction de la violation des différentes règles d'ordre public. Tandis que les actes juridiques qui méconnaissent une règle de l'ordre public politique ou de l'ordre public économique"de direction" sont frappés d'une nullité absolue, protectrice de l'intérêt général, il semble logique de sanctionner la violation des règles de l'ordre public de protection par une simple nullité relative -du moins si l'on admet, avec la doctrine moderne, que le régime des nullités est commandé par la finalité des règles violées (3).

Il n'est donc pas sans intérêt pratique d'essayer de situer les règles protectrices de la personne au regard des différents sens de la notion d'ordre public. Bien que l'ensemble de la doctrine rattache ces règles à l'ordre public supérieur (SECTION I), nous croyons que la plupart d'entre elles constituent en réalité un type particulier de règles d'ordre public de protection (SECTION II)

SECTION I - LES REGLES PROTECTRICES DE LA PERSONNE ET L'ORDRE PUBLIC SUPERIEUR

277 - Historiquement, il n'est pas contestable que les règles protectrices de la personne figurent au nombre des limites les plus traditionnelles à la liberté contractuelle, et elles présentent indéniablement la plupart des caractères de l'ordre public classique. C'est ainsi que, si l'on excepte les textes législatifs ou réglementaires relatifs à certaines activités dangereuses pour la vie et l'intégrité corporelle, ces règles ont principalement une origine judiciaire, ce qui est l'une des caractéristiques de l'ordre public traditionnel. Comme celui-ci, elles se présentent presque exclusivement sous la forme d'interdictions, alors que les nouveaux aspects de l'ordre public

-ooOoo-

(1) cette opposition doit, il est vrai, être nuancée : les règles protectrices de certaines catégories de contractants économiquement défavorisés traduisent une certaine conception de la société, et, par là, l'intérêt général est concerné ; mais il ne l'est que de manière indirecte, à travers la protection des intérêts particuliers - voir infra n° 284

(2) Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle, thèse, Dijon, 1909

(3) Flour et Aubert, n° 326 ; Weill et Terré, n°292 ; Carbonnier, t. IV, n° 48

s'expriment fréquemment par des commandements positifs. Par ailleurs, même si le contenu des règles protectrices de la personne s'est considérablement modifié avec l'évolution des moeurs (que l'on songe par exemple aux solutions relatives aux contrats sur le corps humain), ces modifications se sont faites très progressivement : on reconnaît là la stabilité de l'ordre public traditionnel, que l'on oppose volontiers à la variabilité des prescriptions de l'ordre public économique (1).

Quant à leur finalité, cependant, on peut se demander si les règles protectrices de la personne n'occupent pas une place à part au sein de l'ordre public traditionnel. Tandis que celui-ci exprime la primauté du groupement sur l'individu, de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, la défense de la personne est, tout au contraire, comme le souligne M. Carbonnier,"un aspect de l'ordre public où s'est exalté l'individualisme" (2). Et on peut dès lors s'étonner que le même auteur range sans hésitation les régles protectrices de la personne au sein de l'ordre public politique, défini comme la partie de l'ordre public qui"veille à ce que, par le jeu contractuel, ne soient pas ébranlées les colonnes de la cité : Etat, famille, individu " (3).

278 - Telle est d'ailleurs, au delà des divergences de présentation, la position de la plupart des auteurs. Les règles protectrices de la personne sont parfois classées au sein d'un ordre public civil, comprenant également les règles de défense de la famille et celles qui sont relatives à l'état des personnes (4): sans doute, dans cette présentation, la protection de la personne est-elle dissociée de l'ordre public politique stricto sensu, celui-ci recouvrant seulement le maintien des institutions ; mais le rapprochement opéré, au sein de l'ordre public civil entre la défense de la famille et celle de la personne marque bien que les auteurs rattachent cette dernière à l'ordre public au sens classique. On peut faire la même remarque à propos des auteurs qui rangent les règles de protection de la personne sous la rubrique "bonnes moeurs" (5), dans la mesure où, comme nous l'avons précisé, la défense de la morale n'est qu'un aspect de celle de l'organisation sociale.

Cette dernière présentation est d'ailleurs celle qui explique le mieux l'apparent paradoxe qu'il y a à mettre sur le même plan les règles de sauvegarde de l'individu et celles qui expriment la supériorité du groupe sur l'individu. Si certaines règles protectrices de la personne peuvent être effectivement con-

-ooOoo-

(1) sur l'opposition des caractères de l'ordre public politique et de l'ordre public économique, voir notamment Flour et Aubert, n° 294 et s.
(2) Carbonnier, t. IV n° 32
(3) ibid.
(4) Farjat, JCl civil art. 6 ; Hauser, Enc. Dalloz Droit civil, V° Ordre public
(5) Flour et Aubert, n° 286 ; Weill et Terré, n° 246

sidérées comme faisant partie de l'ordre public politique au sens large, c'est parce que ces règles ont pour finalité, non seulement la protection des intérêts particuliers des individus dont la personnalité est menacée, mais aussi la sauvegarde de la "personne humaine" en tant que valeur morale fondamentale de notre civilisation. Nous l'avions déjà relevé dans la première partie de nos développements à propos des règles réprimant les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle (1), mais on retrouve la même finalité d'intérêt général à propos de la prohibition des contrats ayant pour objet des agissements contraires à la dignité humaine. Le rattachement de ces règles aux bonnes moeurs s'impose d'autant plus que , nous l'avons vu, la plupart des contrats prohibés touchent aux comportements sexuels (strip-tease, participation à un film pornographique...) (2).

279 - Ces contrats, qui méconnaissent des principes de l'ordre public supérieur, sont naturellement frappés d'une nullité absolue. Cela amène peu d'observations dans la mesure où le régime de cette nullité ne se distingue en rien de celui de toute nullité sanctionnant la violation de l'ordre public ou des bonnes moeurs. Rappelons brièvement que la nullité pourra être demandée non seulement par la partie à qui le contrat nuit principalement - ici par le contractant dont la personnalité est atteinte -, mais plus généralement par tout intéressé ; elle pourra être soulevée d'office par le juge, et le ministère public pourra agir en nullité en tant que partie principale. En effet, l'intérêt général exige l'anéantissement de l'acte, ce qui commande l'attribution du droit d'invoquer la nullité au plus grand nombre. Pour la même raison, toute possibilité de confirmation doit être exclue : la renonciation au droit d'invoquer la nullité, même si son effet est limité au renonçant, diminuerait les chances d'anéantissement de l'acte (3). Enfin le délai d'extinction de l'action en nullité sera le plus long possible, c'est à dire trente ans.

Toutes ces règles ne sont en aucune manière spécifiques de la nullité des contrats contraires au respect dû à la personne humaine. Tout au plus peut-on observer, quant aux titulaires du droit d'agir en nullité, que l'objet extrapatrimonial du contrat influera certainement sur la détermination des tiers intéressés : on imagine mal que les créanciers du contractant dont la personnalité est menacée soient admis à agir en nullité. Par contre ce droit pourrait être reconnu aux proches du contractant, qui auraient intérêt à ce que sa vie ou son intégrité corporelle ne soient pas compromises. Notons cependant que, comme en matière patrimoniale, ce droit d'agir des tiers est parfaitement théo-

-ooOoo-

(1) voir supra n° 101 et s.
(2) voir supra n° 252
(3) G. Couturier, La confirmation des actes nuls, thèse précitée, n° 299 et s.; sur les principaux traits du régime des nullités protectrices de l'intérêt général voir aussi Flour et Aubert, n° 335 et s.

rique, le prononcé de la nullité n'empêchant pas l'exécution volontaire du contrat (1). Pour la même raison, le ministère public n'agira pas, en pratique pour obtenir la nullité d'un contrat qui porte atteinte à l'intégrité corporelle ou à la dignité d'un contractant ; il agira plutôt pour requérir des sanctions pénales contre le contractant auteur de l'atteinte prohibée. Il faut en effet rappeler que la principale sanction de la violation des règles considérées n'est pas la nullité de l'acte juridique, mais la responsabilité civile ou pénale de l'auteur de l'atteinte, ce qui nous renvoie aux développements de la première partie.

Le caractère absolu de la nullité des contrats portant atteinte à la personne n'apparaîtra donc qu'exceptionnellement en pratique. En fait, dans la plupart des cas où le problème de la nullité du contrat se posera, il s'agira d'une nullité relative, la règle violée n'ayant pas directement une finalité d'intérêt général et se rattachant plutôt à l'ordre public de protection.

SECTION II - LES REGLES PROTECTRICES DE LA PERSONNE ET L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

280 - L'existence de règles d'ordre public de protection n'a été jusqu'ici mise en lumière qu'à propos des règles d'ordre public social, les deux expressions étant généralement présentées comme synonymes. Or il nous semble que la plupart des règles d'ordre public protectrices de la personnalité, bien qu'elles figurent parmi les limites traditionnelles de la liberté contractuelle, doivent également être rattachées à cette catégorie. La prohibition des contrats portant une atteinte injustifiée à laliberté individuelle, l'interdiction des clauses d'irresponsabilité pour les dommages causés à la personne ou des renonciations au droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique, n'ont pas directement une finalité d'intérêt général ; elles ne visent à rien d'autre qu'à protéger contre eux-mêmes des contractants dont on peut craindre qu'ils soient inaptes à juger de leurs intérêts, et qui seraient insuffisamment protégés par les règles de droit commun relatives à la capacité et à l'intégrité du consentement. Le caractère impératif des règles de sauvegarde de la personne traduit un renforcement de la protection des contractants, analogue à celui que la doctrine a pu constater à propos des règles d'ordre public social. Il va de soi, cependant, que ce mécanisme n'a pas le même fondement dans l'un et l'autre cas. La spécificité du fondement de la protection renforcée instituée par les règles protectrices de la personne (§ 1) se traduit au niveau du régime de la nullité qui sanctionne leur violation (§ 2).

-ooOoo-

(1) Farjat, thèse précitée, n° 436 ; Couturier, thèse précitée, n° 305 ; Flour et Aubert, n°336 (les auteurs font généralement la remarque à propos du droit d'agir du ministère public)

§ 1+ Le fondement de la protection renforcée instituée par les règles protectrices de la personne

281 - Parce qu'elle est utilisée exclusivement à propos de la législation sociale, la notion d'ordre public de protection est liée habituellement à l'abandon de la doctrine libérale et au déclin de la philosophie individualiste. Les règles de l'ordre public social visent en effet à protéger contre eux-mêmes certains contractants qui sont en situation d'infériorité par suite de leur appartenance à une catégorie sociale défavorisée. Cette protection est inconcevable dans l'optique libérale, dans laquelle tous les contractants sont égaux et également aptes à défendre leurs intérêts.

Les règles de sauvegarde de la personne, dont la plupart existaient à l'époque du code civil, répondent bien évidemment à de tout autres préoccupations. Elles représentent un type de règles d'ordre public de protection parfaitement compatibles avec les principes du libéralisme : la protection des contractants contre eux-mêmes tient ici, non à leur appartenance à une catégorie sociale particulière, mais à la nature des intérêts en cause dans les actes juridiques considérés. En cela, les règles de protection de la personne peuvent être rapprochées de certaines règles de forme, visant à attirer l'attention des contractants sur la gravité de divers actes (donation, constitution d'hypothèque, contrat de mariage...). C'est, à notre avis, dans le même esprit que sont édictées ou reconnues par la jurisprudence la plupart des règles d'ordre public que nous avons étudiées - sauf à remarquer que ces règles ne se bornent pas à attirer l'attention des contractants dont la personnalité est menacée ; elles interdisent purement et simplement les actes juridiques considérés.

282 - La nécessité de cette protection renforcée vient de ce que ces actes juridiques ont sur la personnalité du contractant des répercussions, non seulement graves, mais surtout futures et incertaines, de telle sorte que l'individu peut mal les apprécier par avance . Ainsi, s'il convient de considérer comme nulles les clauses de célibat, c'est parce que le gratifié ne sait pas, en général, s'il aura ou non envie de se marier un jour ; il ne peut donc accepter en connaissance de cause une limitation de sa liberté qui ne lui paraîtra probablement intolérable que par la suite. De même, l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique peut très bien souhaiter, au moment de la divulgation de son oeuvre, que sa paternité ne soit pas révélée ; mais il ne peut encore savoir s'il n'éprouvera pas plus tard le besoin de se faire connaître : la renonciation au droit de paternité n'intervient donc pas vraiment en connaissance de cause, et c'est pourquoi elle doit être considérée comme nulle. De même encore, la personne qui accepte une clause d'irresponsabilité applicable aux dommages corporels ne se rend pas tou-

jours compte, par avance, des dangers présentés par ce type de clause -laquelle, nous l'avons vu, augmente les risques de dommages. Là encore, le contractant doit être protégé contre lui-même.

L'idée qui justifie la nullité de ces différents actes est la même que celle qui nous avait paru, dans la première partie de nos développements, fonder certaines restrictions à la valeur justificative du consentement. Nous avions vu que les atteintes graves et injustifiées à l'intégrité corporelle restaient génératrices de responsabilité civile malgré le consentement de la victime parce que celle-ci n'était pas apte à apprécier l'importance des risques courus (1). Mais à ce niveau, l'idée de protection de la personne contre elle-même n'avait qu'un domaine d'application très limité : pour avoir valeur justificative, le consentement doit exister au moment de l'atteinte, alors qu'il n'existe en général guère d'incertitudes quant aux répercussions de cette atteinte sur la personnalité. C'est pourquoi une protection particulière ne s'impose que pour le consentement aux atteintes corporelles, qui sont surtout dangereuses en raison des risques qu'elles présentent (2). Le problème se pose très différemment dans le cadre contractuel, en raison de l'étalement dans le temps des conséquences du contrat : les atteintes à la personnalité qui peuvent en résulter sont plus fréquemment imprévisibles. C'est pourquoi il pourra y avoir lieu à une protection renforcée même lorsque seuls les aspects moraux de la personnalité du contractant seront en cause. Ce facteur temporel doit, du reste, être également pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le régime de la nullité sanctionnant la violation des règles protectrices de la personne.

§ 2 - Le régime de la nullité sanctionnant la violation des règles protectrices de la personne

283 - Depuis Japiot,(3), l'ensemble de la doctrine française s'accorde à considérer, sans toujours d'ailleurs en tirer toutes les conséquences logiques, que le régime de la nullité des actes juridiques doit être déterminé en fonction non de la gravité du vice affectant l'acte, mais de la finalité de la règle violée (4). Dans cette optique, et dès lors que l'on reconnaît l'existence, au

-ooOoo-

(1) voir supra n° 146
(2) sur l'absence de protection de la personne contre elle-même au niveau de la valeur justicative du consentement aux atteintes aux intérêts moraux, voir supra n°147 et s.
(3) Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse précitée
(4) Flour et Aubert, n° 326 ; Weill et Terré, n°292 ; Carbonnier, t. IV, n° 48 ; Ponsard, Enc. Dalloz Droit civil V° Nullité, n°23 ; Couturier, thèse précitée, seconde partie, passim.

sein des règles d'ordre public, de règles protectrices d'intérêts privés, il faut admettre que la violation de ces dernières est sanctionnée par une nullité relative (1). Cependant, dès lors qu'elle est fondée sur le critère de la finalité de la règle violée, la distinction entre nullité absolue et nullité relative ne présente plus la même rigidité que dans la théorie classique, et on le remarque précisément à propos de la nullité qui sanctionne la violation des règles d'ordre public de protection : on ne retrouve pas, dans ce cas, le lien traditionnellement établi entre l'attribution du droit d'invoquer la nullité au seul contractant protégé et la possibilité de confirmer l'acte nul. La doctrine récente a montré, à propos des règles d'ordre public social, que la possibilité de confirmer est singulièrement restreinte en raison du caractère impératif de ces règles, de la protection renforcée qu'elles instituent (2). Or il se trouve que le particularisme du régime de la nullité est plus accusé encore s'agissant de la violation des règles d'ordre public protectrices de la personne : s'il convient en principe, conformément au droit commun des nullités relatives, de réserver au seul contractant protégé le droit d'invoquer la nullité (A), les causes d'extinction de ce droit apparaissent très proches de celles qui existent pour une nullité absolue (B).

A - L'attribution du droit d'invoquer la nullité

284 - Raisonnant dans le cadre de l'ordre public social, la plupart des auteurs s'accordent à considérer que le droit de demander la nullité d'un acte conclu en violation de règles d'ordre public de protection doit être réservé à la partie protégée (3). On ne voit pas en quoi, en effet, le caractère d'ordre public des règles considérées amènerait à attribuer le droit d'invoquer la nullité au cocontractant ou aux tiers intéressés . L'intervention de ceux-ci ne se justifie que lorsqu'il convient, dans l'intérêt général, de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite (4). Sans doute a-t-on pu faire valoir que, derrière la finalité d'intérêt privé des règles d'ordre public de protection, on retrouve toujours des considérations d'intérêt général: ainsi les règles protectrices des travailleurs visent à éviter certains troubles sociaux (5). Mais on remarquera que cela est vrai de

-ooOoo-

(1) Ripert et Boulanger, t. 2 n° 707; Weill et Terré, n° 299; Flour et Aubert, p. 254 Ponsard, Enc. Dalloz V° Nullité, n° 43
(2) voir notamment G. Couturier, thèse précitée, n° 287 et s.
(3) ibid. n° 283 et les auteurs cités
(4) Farjat, thèse précitée, n° 392 et s.
(5) Kayser, Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1136

toute règle juridique, et non pas seulement des règles de l'ordre public de protection, et que, si l'on suivait l'argument jusqu'au bout, il faudrait tout aussi bien étendre à d'autres qu'au contractant protégé le droit d'invoquer la nullité pour incapacité ou pour vice du consentement (1). D'autre part, l'attribution au seul contractant protégé du droit d'invoquer la nullité des actes conclus en violation d'une règle d'ordre public de protection se justifie par de puissantes considérations pratiques : si le contractant pouvait agir en nullité, celle-ci risquerait d'être invoquée à contretemps, contre les intérêts qu'elle est censée défendre. Le cocontractant pourrait en effet, en invoquant la nullité, faire tomber un contrat qui lui est à lui-même défavorable, mais dont la partie protégée, quant à elle, se serait satisfaite (2).

Ces considérations, qui ont été parfois méconnues par la jurisprudence dans le domaine de l'ordre public social (3), valent également en cas de violation des règles protectrices de la personnalité. La doctrine récente admet ainsi que la nullité des contrats portant atteinte à l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique ne peut être invoquée que par ce dernier. " Il serait singulier, remarque M. Kayser à propos des contrats de mécénat, que le marchand puisse se prévaloir d'une nullité qui a pour but d'assurer la protection des intérêts moraux du peintre" (4). La même solution doit valoir, à notre avis, pour les contrats qui réduisent de manière excessive la liberté individuelle : on ne voit pas à quel titre l'auteur d'une libéralité ou ses ayants cause universels invoqueraient la nullité d'une clause de célibat insérée dans cette libéralité ; et il apparaît de même évident que seule la personne qui s'est obligée pour la durée de sa vie doit pouvoir soulever la nullité de l'engagement perpétuel, à l'exclusion du cocontractant (5).

-ooOoo-

(1) G. Couturier, thèse précitée, n° 284
(2) Farjat, thèse précitée, n° 394; Couturier, thèse précitée, n° 285
(3) voir par exemple : Nancy 11 février 1931, DP 1932-2-17 note Ripert, S 1933-2-97 note Esmein (qui admet que le bailleur peut se prévaloir de la nullité d'un bail commercial contenant une renonciation du preneur à l'indemnité d'éviction) ; Com. 24 mars 1974, JCP 1976-II-18378 note Simler (droit pour le concédant de mettre fin à un contrat de concession contenant une clause d'exclusivité de trop longue durée) - Il est à noter, par contre, que de nombreux textes législatifs, dans le domaine de l'ordre public social, réservent expressément le droit d'agir en nullité à la partie protégée, conformément à l'opinion de la doctrine dominante; voir les textes cités par Farjat thèse précitée n°394
(4) article précité aux Mélanges Audinet, p. 129
(5) dans ce sens Azéma, thèse précitée n° 32 ; Carbonnier, obs. Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 129

La solution a été consacrée par la cour de cassation à propos d'une clause de non-rétablissement, illimitée dans le temps et dans l'espace, insérée dans un contrat de travail (1) : dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre sociale du 18 décembre 1968, le salarié ne prétendait pas se rétablir, mais demandait à son employeur le paiement de l'indemnité compensatrice prévue au contrat et à la convention collective ; l'employeur invoquait la nullité de la clause pour échapper au paiement de cette indemnité. La cour d'appel avait admis cette argumentation, mais l'arrêt est cassé par la cour de cassation : pour la haute juridiction, "l'absence de limitation dans le temps de la clause de non-concurrence n'était pas de nature à préjudicier à la société (l'employeur) qui ne pouvait donc s'en prévaloir pour tenter d'échapper aux conséquences pécuniaires de l'interdiction ni faire état d'une nullité instituée seulement pour assurer la protection et la liberté du travail des salariés" (2). MM. Flour et Aubert, qui rattachent la protection de la liberté individuelle, comme l'ensemble des règles protectrices de la personne, à l'idée de défense de la morale, donc à l'ordre public supérieur, présentent cette décision comme illustrant l'existence de cas"très exceptionnels où l'exercice de l'action en nullité absolue est refusé à celui des contractants contre lequel la règle enfreinte est principalement dirigée" (3). Telle n'est pas, cependant, la signification de l'arrêt : la cour de cassation refuse à l'employeur le droit d'invoquer la nullité de la clause, non parce que la règle violée est dirigée contre lui, mais parce qu'elle est édictée dans l'intérêt exclusif du salarié ; les motifs de la décision sont extrêmement clairs dans ce sens. L'arrêt consacre bien, en réalité, le caractère relatif de la nullité sanctionnant la violation des règles protectrices de la liberté individuelle.

285 - On peut se demander, cependant, si, dans certaines hypothèses, le caractère d'ordre public de la règle violée n'impose pas d'élargir le cercle des attributaires du droit d'invoquer la nullité, alors même qu'il s'agit d'une règle protectrice d'intérêts privés. Nous savons en effet que le caractère d'ordre public traduit un renforcement de la protection d'un contractant présumé inapte à juger de ses intérêts : n'y a-t-il pas lieu de craindre, dès lors, que ce contractant n'exerce pas lui-même l'action en nullité ? On peut penser, par exemple, que le salarié qui a accepté une clause nuisible à ses intérêts et prohibée par la loi, n'agira pas en nullité de cette clause tant qu'il sera dans la situation de subordination qui la lui a fait accepter, et cette considération a parfois été invoquée pour

-ooOoo-

(1) sur la nullité de ces clauses voir supra n° 258
(2) Soc. 18 décembre 1968, Bull. civ. V n° 610, p. 505
(3) Flour et Aubert, p. 256 note 2; dans le même sens: Simler, note JCP 1976-II-18378

justifier, dans le domaine de l'ordre public social, une extension du droit d'agir en nullité à d'autres qu'au contractant protégé :"la loi, estimait ainsi M. Kayser, met d'autant plus volontiers l'action en nullité à la disposition de tout intéressé qu'elle craint que son infériorité économique n'empêche celui dans l'intérêt de qui la nullité a été édictée de la faire valoir" (1). Dans le domaine de l'ordre public social, cependant, cet argument ne semble pas devoir être retenu : l'inaction du contractant en situation d'infériorité est tolérable dans la mesure où elle n'est pas génératrice d'une atteinte irréversible à ses droits. Par exemple, dans le cas d'une clause fixant un salaire inférieur au minimum garanti ou comportant une renonciation illégale à l'indemnité de congés payés, il sera toujours temps pour le salarié d'agir en nullité lorsqu'aura cessé son état de subordination, c'est à dire après la fin du contrat de travail ; il pourra alors récupérer la totalité des sommes qui lui étaient légalement dues (2).

La situation est parfois différente lorsque le contrat contient des dispositions attentatoires à la personne, dans la mesure où l'exécution du contrat peut avoir des conséquences irréparables. Il peut paraître souhaitable, par exemple, qu'une renonciation au droit au respect d'une oeuvre artistique, ou une clause d'irresponsabilité pour les dommages corporels, soient annulées le plus tôt possible, sans attendre que l'auteur de l'oeuvre ou la personne qui a accepté la clause d'irresponsabilité aient conscience des répercussions du contrat sur leur personnalité. La nullité n'aura plus guère d'intérêt, en effet, lorsque le dommage corporel se sera produit ou lorsque l'oeuvre aura été défigurée au mépris de la personnalité de l'auteur ; il n'y aura plus place, alors, que pour une réparation pécuniaire, qui ne saurait efficacement compenser le dommage subi. C'est pourquoi, dans ces hypothèses, il convient, dans l'intérêt même de la personne protégée, de ne pas lui réserver le droit de demander la nullité. Cette solution n'a rien de contraire aux principes généraux de la théorie des nullités : un des principaux apports de Japiot dans ce domaine est d'avoir montré qu'il n'existait pas deux catégories rigides de nullités, mais que le régime de chaque nullité devait être modulé exactement en fonction de la finalité de la règle violée (3). Dans les hypothèses citées, et plus généralement chaque fois

-ooOoo-

(1) Kayser, article précité à la Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1136
(2) à condition que le droit d'agir en nullité ne puisse s'éteindre tant que dure la situation de subordination - voir infra B /
(3) ce qui conduit certains auteurs à abandonner complètement la distinction classique entre nullités absolues et nullités relatives - voir par exemple : J. Chevallier, Inexistence, nullité et annulabilité, rapport à l'association H. Capitant, Travaux, t. 14, p. 514 ; Simler, note précitée, JCP 1976-II-18378

que l'exécution du contrat risque d'avoir des conséquences dommageables irréversibles, il nous semble précisément que la finalité de protection individuelle impose l'extension du droit d'invoquer la nullité à d'autres que la personne protégée.

Cette solution, du reste, sera tout à fait exceptionnelle : il est sans importance, par exemple, qu'une clause limitant la liberté individuelle ne soit annulée que lorsque la personne concernée éprouvera le désir de rompre son engagement, ou encore qu'une renonciation au droit de paternité subsiste tant que l'auteur juge bon de se dissimuler aux yeux des tiers. Dans ces hypothèses, il sera toujours temps de faire tomber la clause lorsque le besoin s'en fera sentir, son maintien n'ayant aucune conséquence irréversible. La protection de la personne n'impose pas ici l'extension du droit d'agir en nullité ; il suffit que le droit d'agir en nullité subsiste jusqu'au moment où il apparaîtra utile de faire tomber le contrat. Cette idée va déterminer les règles relatives à l'extinction du droit d'invoquer la nullité.

B - L'extinction du droit d'invoquer la nullité

286 - Le droit d'invoquer la nullité des actes conclus en violation des règles d'ordre public de protection ne doit pas pouvoir s'éteindre tant que subsiste l'inaptitude du contractant protégé à défendre ses intérêts. Cette idée, qui a été dégagée par la doctrine à propos des règles d'ordre public social, amène également, dans le domaine qui nous intéresse, à exclure temporairement la faculté de confirmation (a), et à retarder le point de départ du délai de prescription (b).

a) - la confirmation

287 - La notion d'ordre public de protection présente ici une apparente contradiction : comme le relève M. G. Couturier, "alors que l'ordre public est une limite générale à la liberté de renoncer,... ...la faculté de renoncer apparaît comme un corollaire de l'idée de protection d'intérêts privés" (1). En réalité, comme le remarque cet auteur, le caractère d'ordre public des règles considérées s'oppose seulement à certaines renonciations au bénéfice de ces règles (2), celles qui vont à l'encontre de la protection du contractant contre lui-même. Selon certains auteurs, seule serait interdite la renon-

-oo0oo-

(1) thèse précitée, n° 287 (2) ibid n° 289

ciation anticipée aux droits résultant de l'ordre public de protection; par contre, seraient valables les renonciations portant sur des droits acquis, cette acquisition ayant lieu selon les cas, soit au moment de la formation du contrat, soit au fur et à mesure de son exécution (1). Ce critère a pu justement être critiqué : si le caractère impératif des règles d'ordre public de protection interdit certainement toute renonciation anticipée, il faut voir que la plupart de ces règles instituent une protection renforcée prolongée dans le temps ; l'inaptitude du contractant protégé peut subsister après l'acquisition des droits conférés par la règle d'ordre public, et ce n'est qu'au moment ou cesse cette inaptitude que la confirmation doit devenir possible (2). Ainsi il est illusoire de permettre à un salarié de confirmer les clauses nulles de son contrat de travail , tant que ce salarié se trouve dans dans la situation de subordination qui justifie sa protection, alors même que les droits qui lui sont garantis par la loi lui sont acquis (3). Ce n'est que lorsqu'aura pris fin cette situation de subordination, c'est à dire après la fin du contrat de travail, que cette confirmation doit être possible.(4)

288 - Ces conclusions, élaborées en doctrine à propos des contrats nuls en raison d'une atteinte à l'ordre public social, peuvent être aisément transposées dans le domaine qui nous intéresse. La protection du contractant contre lui-même tient ici, nous le savons, à la difficulté d'apprécier par avance les répercussions du contrat sur la personnalité ; il nous semble dès lors que la faculté de confirmer le contrat doit être suspendue jusqu'à ce que toute incertitude sur ces répercussions ait cessé, c'est à dire jusqu'à ce que le contrat ait produit tous ses effets sur la personnalité du contractant menacé. Ainsi, si nous supposons un contrat d'adaptation contenant une clause aux termes de laquelle l'auteur autorise des modifications indéterminées et sans contrôle de son oeuvre, il apparaît clairement que cet auteur ne saurait valablement confirmer cette stipulation illicite tant que l'adaptation n'a pas eu lieu : jusqu'à ce moment, l'auteur est, tout comme au moment de la stipulation initiale, inapte à juger de l'importance de l'atteinte

-ooOoo-

(1) ce critère des droits acquis a été surtout développé par M. Malaurie, note au D 1954-J-519

(2) G. Couturier, thèse précitée, n° 292 et s.

(3) telle semble être pourtant la solution admise par la cour de cassation : un arrêt, non démenti, de la chambre sociale du 17 janvier 1957 (Bull. IV, n° 62 p. 42) affirme que le salarié peut renoncer au salaire minimum à chaque échéance du salaire

(4) Couturier, thèse précitée, n° 296 ; Flour et Aubert, n° 344

te qui peut être portée à ses intérêts moraux par suite d'une dénaturation de son oeuvre, et la confirmation, comme la clause du contrat serait une renonciation illicite au droit au respect de l'oeuvre. De même, le bénéficiaire d'une libéralité contenant une clause de célibat illicite ne saurait renoncer à en invoquer la nullité tant que cette clause risque de faire pression sur sa volonté, c'est à dire tant qu'il n'est pas marié. Toute renonciation antérieure au mariage se heurterait au principe même de la protection, le gratifié n'étant pas plus apte à consentir à une atteinte à sa liberté qu'au moment de l'acceptation de la libéralité (1).

Dans les exemples choisis, la confirmation ne deviendra possible que lorsque l'adaptation de l'oeuvre sera réalisée, ou lorsque le gratifié se sera marié en contravention de la clause. L'auteur peut alors, en pleine connaissance de cause, apprécier si ces intérêts moraux ont été lésés ; le gratifié peut très bien, sa liberté n'étant plus menacée, désirer respecter la volonté de l'auteur de la libéralité et confirmer la clause - ce qui revient à renoncer au bénéfice de la libéralité. Il n'y a plus aucune raison de protéger ces personnes contre elles-mêmes, et la faculté de confirmer n'est que la conséquence normale de la finalité d'intérêt privé de la règle violée.

Il est vrai que, au moment où la confirmation devient possible, elle n'a plus qu'un intérêt pratique très limité. Par ailleurs, il faut remarquer que, dans un certain nombre de cas, les principes qui viennent d'être exposés amènent, non seulement à suspendre temporairement la faculté de confirmer; mais à l'exclure définitivement. Il en est ainsi chaque fois que les effets du contrat ou de la clause attentatoire à la personnalité ne sont pas limités dans le temps : engagement perpétuel, renonciation au droit de paternité de l'auteur sur son oeuvre. Toute confirmation de ces actes, à un moment quelconque, serait nulle pour les mêmes raisons que l'acte initial, ce qui rapproche considérablement le régime de la nullité de celui d'une nullité absolue. On le remarque également à propos de la prescription du droit d'agir en nullité.

-ooOoo-

(1) l'existence d'une telle renonciation à agir en nullité d'une clause de célibat était invoquée dans l'affaire qui a donné lieu au jugement du tribunal de grande instance de Chaumont du 25 septembre 1969 (JCP 1970-II-16213) - le tribunal, cependant, se contente de relever qu'une telle renonciation n'existait pas en l'espèce, sans se prononcer sur sa validité.

b) - la prescription

289 - De même qu'il n'est pas possible de renoncer au droit d'invoquer la nullité tant que le contrat illicite n'a pas produit tous ses effets sur la personnalité du contractant, de même ce droit ne doit pas pouvoir s'éteindre par prescription avant ce moment. Il serait absurde que l'intéressé ne puisse plus agir au moment où il devient apte à apprécier si le contrat doit ou non être maintenu. Le délai de prescription de l'action en nullité -qui, s'agissant d'une nullité protectrice d'intérêts privés, est le délai de cinq ans prévu par l'article 1304 du Code civil (1)- ne doit donc, logiquement, commencer à courir que lorsque le contrat ne met plus en jeu que des intérêts pécuniaires (c'est à dire, dans les exemples choisis, après le mariage du gratifié ou après l'adaptation de l'oeuvre).

Là encore, il ne s'agit que de la transposition des solutions déjà dégagées par la doctrine dans le domaine de l'ordre public social : on admet en effet que le droit d'invoquer la nullité d'une clause illicite d'un contrat de travail ne doit pas s'éteindre par prescription tant que ce contrat n'a pas pris fin, tant que subsiste la nécessité d'une protection du salarié contre lui-même (2). Mais, comme nous l'avons remarqué à propos de la confirmation, cette transposition aboutit parfois, dans le domaine qui nous intéresse, non seulement à retarder le point de départ du délai de prescription, mais à exclure toute prescription : de même qu'il est insusceptible de renonciation, le droit d'invoquer la nullité d'un contrat perpétuel ou d'une aliénation du droit de paternité sur une oeuvre littéraire ou artistique est imprescriptible, bien que la nullité soit relative. On peut voir là, du reste, la traduction la plus concrète de l'imprescriptibilité des droits de la personnalité.

-ooOoo-

(1) bien que ce texte vise, à la lettre, toute "action en nullité ou en rescision", la doctrine est unanime pour reconnaître qu'il ne s'applique qu'aux seules actions en nullité relative - voir par exemple : Ponsard, Enc. Dalloz V° Nullité, n° 102; Flour et Aubert, n° 349

(2) Flour et Aubert, n° 352, p. 273

C O N C L U S I O N

290 - Au terme de cette étude, il convient tout d'abord de rappeler les principaux points que nous avons essayé d'y mettre en lumière. Nous avons voulu montrer que la formule selon la quelle les droits de lapersonnalité sont indisponibles, inaliénables, hors du commerce,...est, sinon inexacte, du moins inutile pour rendre compte des solutions du droit positif.

Il nous est d'abord apparu que ces expressions étaient surtout utilisées en doctrine à propos du problème de la valeur justificative du consentement de la victime aux atteintes à la personne. Or nous pensons avoir montré que cette valeur justificative n'était nullement liée à la validité des conventions aux droits de la personnalité : le consentement de la victime est un simple fait juridique, dont les effets dépendent uniquement du contenu des règles de conduite qui appréhendent le comportement autorisé. Ce n'est pas, par conséquent, la prétendue indisponibilité des droits de la personnalité qui peut expliquer que,certaines atteintes à la personne restent illicites même lorsqu'elles sont consenties par celui qui les subit.

L'affirmation de l'indisponibilité n'a guère plus d'intérêt lorsqu'il s'agit véritablement de s'interroger sur la validité des actes juridiques qui mettent en cause la personnalité de ceux qui les passent. Bien rares sont en effet, parmi ces actes juridiques, ceux qui peuvent être analysés comme comportant la cession d'un droit de la personnalité ou la renonciation à un tel droit, c'est à dire qui constituent à proprement parler un acte de disposition. Sans doute de tels actes de disposition sont-ils effectivement frappés de nullité ; mais cette indisponibilité n'est qu'une des multiples restrictions à la liberté contractuelle qui sont justifiées, dans notre système juridique, par l'impératif de protection de la personne -et, faut-il le rappeler, ce n'est pas la plus importante : un grand nombre de conventions et de clauses sont annulées parce qu'elles portent atteinte de manière grave et injustifiée aux intérêts extrapatrimoniaux d'un contractant, alors qu'elles ne constituent en aucune manière des actes de disposition d'un droit de la personnalité.

291 - Le faible intérêt pratique du principe selon lequel les droits de la personnalité sont indisponibles n'est, du reste, que le reflet de l'inutilité de la notion de droit subjectif pour rendre compte de la protection des

intérêts extrapatrimoniaux dans notre système juridique. Pour que l'on puisse parler d'indisponibilité des droits de la personnalité, il faudrait que ces droits soient quelque chose, un ensemble de prérogatives susceptibles d'être transmises à autrui. Or il nous est apparu que la plupart des "droits de la personnalité" n'ont aucun contenu positif, qu'ils confèrent seulement à leurs titulaires la faculté -qu'il ne peut être question de céder- d'agir en justice pour faire sanctionner pénalement ou sur le fondement de la responsabilité civile les atteintes illicites qui sont portées à la personne.

Pour la plupart de ces"droits", l'affirmation de leur indisponibilité ne peut avoir aucune signification au niveau de la technique juridique. Elle n'est qu'une manière d'affirmer la nullité d'un certain nombre d'actes juridiques qui compromettent gravement et inutilement la personnalité de ceux qui les passent. De même que la notion de droits de la personnalité dissimule l'application des règles traditionnelles du droit pénal et de la responsabilité civile, de même l'indisponibilité de ces droits ne fait que traduire la mise en oeuvre, pour la protection de la personne, du concept d'ordre public.

292 - Un principe très général d'économie de moyens conduit à douter de l'opportunité d'une telle utilisation de la notion de droit subjectif. Le juriste ne doit utiliser une technique juridique spécifique dans une matière donnée que les règles de droit commun apparaissent insuffisantes pour résoudre les problèmes qui s'y posent. Or les principes généraux de la responsabilité civile et du droit des contrats, loin d'être mal adaptés au problème, nous semblent susceptibles de répondre aux impératifs de la protection de la personne beaucoup mieux que la notion de droit subjectif. Les notions de faute et d'atteinte à l'ordre public, par leur généralité, permettent d'appréhender toutes les situations, contractuelles et extra-contractuelles, qui mettent en cause la personnalité des individus ; nous avons remarqué, par contre, que le concept de droit subjectif conduit à une approche moins globale du problème : la théorie des droits de la personnalité amène les auteurs à ne s'intéresser qu'à la protection de certains aspects de la personnalité -ceux qui, précisément, sont considérés comme étant l'objet de ces "droits"- et, s'agissant de la protection de la personne contre les atteintes qu'elle a elle-même consenties, à ne l'envisager que dans le cadre de certains actes juridiques. On opposera, par ailleurs, le contenu souple, indéterminé des notions de faute et d'ordre public, à la rigidité de la notion de droit subjectif, qui doit être délimitée avec précision. De ce fait, l'uti-

lisation de la technique de la responsabilité civile et du concept d'ordre public peut être constamment adaptée à l'évolution des moeurs et des idées; elle permet de traduire exactement au niveau des solutions du droit positif, ce qui, à un moment donné, apparaît nécessaire en matière de protection des intérêts extrapatrimoniaux.

Il n'est pas sûr, dans ces conditions, que la notion de droits de la personnalité marque un progrès décisif de la théorie juridique. On peut sans doute utiliser ces termes par commodité, mais à condition d'être conscient qu'ils n'ont pas de signification technique précise. La confusion entre le sens courant et la signification juridique des termes risque de conduire à une approche faussée du droit positif : plus encore que lorsque seuls des intérêts patrimoniaux sont en cause, le juriste doit, dans le domaine de la protection de la personne, se garder de tomber dans le piège des mots.

B I B L I O G R A P H I E

I - TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ACOLLAS , Manuel de droit civil, I874

AUBRY et RAU, Droit civil français, t. I, 7ème ed., par P. ESMEIN et A. PONSARD, t. VI, 6ème ed. par P. ESMEIN, 7ème ed., I975, par A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE.

BEUDANT et LEREBOURS - PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, 2ème ed., I934, t. IV par P. VOIRIN (Les biens), t. IX bis par R. RODIERE (La responsabilité).

BOUZAT et PINATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, t. I, Dalloz, I970, mises à jour I97I et I975.

CAMERLYNCK G.H. (sous la direction de), Traité de droit du travail, t. I : Le contrat de travail par G.H. CAMERLYNCK, I967; t.3 : La règlementation du travail, par H. BLAISE, I966

CARBONNIER J., Droit civil, t. I : Introduction. Les personnes, IOème ed. I974, t. IV : Les obligations, 8ème ed. I974, coll. Themis.

COLIN et CAPITANT, Traité élémentaire de droit civil français, par L. JULLIOT de la MORANDIERE, t. II, IOème ed., Dalloz, I953.

DECOCQ A., Droit pénal général, Armand Colin, 1971.

FARJAT G., Droit privé de l'économie, t. II, Thémis, I975.

FLOUR et AUBERT, Droit civil, Les obligations, vol. I : L'acte juridique, Armand Colin, I975.

GARCON E., Code pénal annoté, nouvelle édition revue par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, Sirey, I952-I956-I959.

GARRAUD R., Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3ème ed., Sirey, I9I3-I935.

GHESTIN et GOUBEAUX, Traité de droit civil. Introduction générale, L.G.D.J., I977.

GOYET F., Droit pénal spécial, 8ème ed. par M. ROUSSELET, J. PATIN, P. ARPAILLANGE, Sirey, I972.

JOSSERAND L., Cours de droit civil positif français, 3ème ed., I938.

JOUSSE, Traité de la justice criminelle en France, Paris, I77I.

LAMBERT L., Traité de droit pénal spécial, ed. Police-revue, I968.

LEHMANN, Allgemeiner Teil des Bürgerlechen besetzbuches, I963.

MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t.I 1er vol. : Introduction générale à l'étude du droit 2ème ed. I972, 2ème vol. : Les personnes, 3ème ed. I976 par P. RAYNAUD, t.II 1er vol. : Les obligations, 2ème ed. I962, Sirey.

MAZEAUD H., L. et J., Leçons de droit civil, par M. de JUGLART, t.I, 1er vol. : Introductions à l'étude du droit, 5ème ed. I972, 2ème vol. : Personnes : la personnalité, 4ème ed. I970, t.II, 1er vol. : Obligations, 5ème ed. I973, Montchrestien.

MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.I, 6ème ed., I965, t.II, 6ème ed., I970, t.III, 5ème ed. I960, Montchrestien.

MERLE et VITU, Traité de droit criminel, 2ème ed., Cujas, I973.

PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 2ème ed., t.I : Les personnes, par R. SAVATIER avec le concours de J. SAVATIER, I952, t.VI : Les obligations, par P. ESMEIN, I952.

PUECH M., Grands arrêts de la jurisprudence criminelle, L.G.D.J., I976.

RIGAUX F., Droit civil, t.I : Les personnes, Manuels de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, I972.

RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t.II : Obligations, L.G.D.J., I957.

RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, t.I (fonds de commerce, commerçant)

SAVATIER R., Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel, procédural, 2ème ed. L.G.D.J. I95I.

SOYER JC, Droit pénal et procédure pénale, 5ème ed. L.G.D.J., I977.

STARCK B., Droit civil, t.II, Obligations, Librairies techniques, I972.

STEFANI et LEVASSEUR, Droit pénal général, Précis Dalloz, 9ème ed. I976.

VOUIN R., Droit pénal spécial, Précis Dalloz, 3ème ed. I97 , 4ème ed. I976 par M.L. RASSAT.

WEILL A., Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Précis Dalloz, 3ème ed. I973.

WEILL et TERRE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, I975.

MONOGRAPHIES ET THESES

AUBY et DUCOS-ADER, Droit de l'information, Précis Dalloz, I976.

AUBY J.M., PEQUIGNOT H., SAVATIER R. et J., Traité de droit médical, I956

AZEMA J., La durée des contrats successifs, L.G.D.J., I969.

BADR M.A., L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale, thèse, Paris, I928.

BECOURT D., Le droit de la personne sur son image, L.G.D.J., I969.

BERBIGIER S., Droit de divulgation et droit de repentir ou de retrait, thèse, Paris, I970, dact.

BESNARD-VERCHERIN C., Représentation et droits extrapatrimoniaux de l'incapable, thèse, Lyon, I965, dact.

BLONDEL P., La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, préface de A. PONSARD, L.G.D.J., I969.

BONET G., L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique, thèse, Paris, I966, dact.

BOYER-CHAMMARD G. et MONZEIN P., La responsabilité médicale, Sup., I974.

CARTIER-ROUANET DE VIGNE-LAVIT, La notion de dommage personnel réparable par les juridictions répressives, thèse, Paris, I968, dact.

CHESNAIS P., L'acteur. Statuts professionnels, Librairies techniques, Paris, I957.

CHEVALLIER J., La charge de la preuve, Cours de la faculté de droit de Paris, I958-I959.

COLOMBET C., Propriété littéraire et artistique, Précis Dalloz, I976.

CONTAMINE-RAYNAUD M., Les contrats intuitu personae , thèse, Paris, I976, dact.

COUTURIER G., La confirmation des actes nuls, préface de J. FLOUR, L.G.D.J., I972.

DABIN J., Le droit subjectif, Dalloz, I952.

DARBELLAY J., Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal, Fribourg, I955.

DAVID A., Structure de la personne humaine, Essai sur la distinction des personnes et des choses, PUF, I955.

DECOCQ A., Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, L.G.D.J., I960.

DE CUPIS A., I diritti della personalita, Milan, I959.

DELIYANNIS J., La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, thèse, Paris, I952.

DESBOIS H., Le droit d'auteur en France, 2ème ed., I966 et mise à jour I973, Dalloz.

DESCLEVISES, Le contrôle de l'intérêt légitime, thèse, Nantes, I973, dact.

DIERKENS R., Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, préface de J.ROSTAND, coll. de médecine légale et de texicologie médicale, Masson, I966.

DOLL P.J., Analyse et commentaire du Code de justice militaire, L.G.D.J., I966.
- La discipline des greffes, transplantations, et des autres actes de disposition concernant le corps humain, coll. de médecine légale et de toxicologie médicale, Masson, I972.

DOMAGES R., Le corps humain dans le commerce juridique, thèse, Paris, I956, dact.

DOUBLIER R., Le nu et la loi, L.G.D.J., I976.

DURAND P., Des conventions d'irresponsabilité, thèse, Paris, I93I.

EDELMAN B., Le droit saisi par la photographie, Maspero, I973.

EL DINE C., Droit de la transplantation d'organes, thèse, Paris, I975, dact.

EL HADDAWI, Le contrat de commande d'objet d'art et ses suites de droit, thèse, Poitiers, I959, dact.

FAHMY ABDOU A., Le consentement de la victime, préface de R. VOUIN, L.G.D.J., I97I.

FARJAT G., L'ordre public économique, L.G.D.J., I963.

FERRIER D., La protection de la vie privée, thèse, Toulouse, I973, dact.

FOUGEROL H., La figure humaine et le droit, thèse, Paris, I9I3.

FREMOND P., Le droit de la photographie, Manuel Dalloz de droit usuel, I973.

FURKEL F., Le statut juridique de l'acteur cinématographique, Carl Heymanns Verlag, Köln, I974.

GAVIN G., Le droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique, Essais et travaux de l'université de Grenoble, Dalloz, I960.

GENY F., Des droits sur les lettres missives, Sirey, I9II.

GERMAIN J.C., Les sportifs et le droit, Travaux de la faculté de droit de Liège, LITEC I976.

GORGUETTE D'ARGOEUVES S. de, Du droit moral de l'auteur sur son oeuvre artistique et littéraire, thèse Lille, I924, Dalloz.

GOURIOU R., La photographie et le droit d'auteur, L.G.D.J., I958.

HAUSER J., Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., I97I.

HONORAT J., L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile, préface de J. FLOUR, L.G.D.J. I969.

HOUIN B., La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, thèse, Paris, I973, dact.

HUBMANN H., Das Persönlichkeitsrecht, 2ème ed., Köln, I967.

HUGUET A., L'ordre public et les contrats relatifs au droit d'auteur, L.G.D.J. I962.

von IHERING, L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement, trad. O. de Meulenaere, Paris I877-I878.

JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, thèse, Dijon, I909.

JOUVET-DELAGE C., L'influence du droit moral sur l'aménagement des droits d'auteur dans la législation et la jurisprudence française, thèse, Paris, I972, dact.

LACAS M.J., Les obligations du médecin, thèse, Paris, I938.

LACHEZE, La transfusion de sang au point de vue juridique, thèse, Toulouse, I924.

LACROIX J., Le personnalisme comme anti idéologie, Masson.

LAPLATTE, L'outrage public à la pudeur et la contravention d'affiches indécentes, Troyes, I967.

LARGUIER A.M., Certificats médicaux et secret professionnel, thèse, Lyon, I96I.

LEGEAIS C., L'autorité parentale, Dalloz, I973.

LELOUP J.M., Le journal, le journaliste et le droit d'auteur, Institut français de presse, I962.

LE TOURNEAU P., La règle nemo auditur, préface de P. RAYNAUD, L.G.D.J. I970.

LINDON R., Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Manuel Dalloz de droit usuel, I974.

LINDON R. et BERTIN , Divorce 76 , Librairies techniques, 1976

MARTIN de la MOUTTE, L'acte juridique unilatéral, Sirey, I95I.

MASSON, Le duel et la loi pénale, thèse, Dijon, I930.

MICHAELIDES-NOUAROS, Le droit moral de l'auteur, A. Rousseau, I935.

MICHOUD L., La théorie de la personnalité morale et son application en droit français 3ème ed. par L. TROTABAS.

MORIN E., Les stars, Le Seuil, I972.

NERAC P., La protection du nom patronymique en droit civil thèse Lille, I975, dact.

NERSON R., Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, I939.

PERREAU E.H., Le droit au nom en matière civile (patronymique, titre, prénom, pseudonyme, surnom, armoiries), Paris, I9I0.

PIROVANO A., Faute civile et faute pénale, L.G.D.J., I966.

POUILLET, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, 3ème ed., I908.

PUECH M., Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, préface A. RIEG, L.G.D.J., I973.

RAVANAS J., La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, thèse, Aix-Marseille, I977.

RENAULD J.G., Droit d'auteur et contrat d'adaptation, Bruxelles, I955.

RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4ème ed. L.G.D.J., I949.
- Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., I955.

ROLLAND P., La liberté morale et l'ordre public, thèse, Paris, I976, dact.

ROUBIER P., Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, I963.

ROUJOU de BOUBEE M.E., Essai sur la notion de réparation, préface de P. HEBRAUD, L.G.D.J., I974.

SALEILLES R., De la personnalité juridique, 2ème ed., préface H. CAPITANT.

SAVATIER R., Le droit de l'art et des lettres, L.G.D.J., I953.
- Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3ème série, Dalloz I959.

SEJOURNE R., L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale.

STROMMOLM S., Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, t. I, I966, t.II.1, I967, t.II. 2, I973, ed. P.A. Norsted et Soncis Forlag, Stockholm.

VERGNAUD P., Les contrats conclus entre peintres et les marchands de tableaux, Bordeaux, I958.

WEILL A., La relativité des conventions en droit privé français, thèse, Strasbourg, I939.

WINDSCHEID, Pandektenrecht, t.I, 8ème ed. I900.

ARTICLES ET CHRONIQUES

AGOSTINI E., La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, D I973. chr. 3I3.

AMIAUD, rapport à l'Association Henri Capitant, journées suisses, I946, Travaux de l'Association, t.II, p. 82 et p. 293.

ANCEL M., interventions sur l'avant-projet de réforme du Code civil, Travaux de la commission, I950-I95I, p.
- rapport général sur la protection de la personnalité dans l'ordre criminel à l'Association Henri Capitant, journées espagnoles I959, Travaux de l'Association, t. 13, p. 177 et s.

ARRIGHI P., La vie privée et les droits de l'information, Revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques, I968, Ier sem., p.73.

BADINTER R., Le droit de l'artiste sur son interprétation (L'arrêt Furtwängler), J.C.P. I964-I-I844.
- Le droit au respect de la vie privée, J.C.P. I968-I-2I36.

BARBIER P., Les limites de l'autorité parentale en matière religieuse, G P I97I-Ier sem. doct. 268.

BASTIAN D., La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. I967-I-2I2I.

BENABENT A., JCl. Civil, annexes, V° Nom.
- La liberté individuelle et le mariage, Rev. trim. dr. civ. I973 p. 440 et s.

BENET H., Le problème de la mort par pitié, Rev. dr. pen. I952/53 p. 928.

BLIN H., JCl Civil, art. I382-I383 fasc. XXXII V° Presse.

BOULAN, Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, J.C.P. I973-I-2563.

BOULOC B., Enc. Dalloz de droit criminel, V°. Attentats aux moeurs.
- Mariage et droit pénal, Rev. penit. I964, p. 286.

BOUSQUET G.H., La morale de l'Islam et son éthique sexuelle, Bibliothèque de la faculté de droit d'Alger, t.20, I953.

BOYER L., Enc. Dalloz de droit civil, V° Transaction.

BRETHE de la GRESSAYE (voir LEGAL

CARBONNIER J., Terre et ciel dans le droit français du mariage, Etudes offertes à G. Ripert, "Le droit privé français au milieu du XXème siècle", p. 329 et s.

CATALA J.M., La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, Rev. trim. dr. civ. I966, p. I85.

CHABAS F., Les conventions sur le corps humain, rapport à l'Association H. Capitant, journées belges, I974, Travaux de l'Association, t. 26, Dalloz, I977.

CHAVANNE A., La protection de la vie privée dans la loi du I7 juillet I970. Rev. sc. crim. I97I, p. 605.

CHEVALLIER J., L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques, rapport général à l'Association Henri Capitant, Travaux t. 14 p. 5I3 et s.

DECOCQ A., Le secret de la vie privée en droit français, rapport à l'Association Henri Capitant, journées libanaises , 1974 Travaux t.25, p. 467 et s.
- Commentaire de la loi n° 75-I7 du I7 janvier I975 relative à l'interruption de grossesse, Rev. sc. crim. I975, p. 724 et s., 735 et s.

DEMOGUE , Les souvenirs de famille et leur condition juridique, Rev. trim. dr. civ. I928 p. 27 et s.

DENIS J.B., L'action civile de la victime en situation illicite, D I976 chr. p.243.

DERRIDA F., Observations sur l'action civile en matière d'infractions à la législation du chèque, Mélanges Cabrillac, I968, p. 125 et s.

DESBOIS H., Enc. Dalloz de droit civil, V° Propriété littéraire et artistique.

DESPAX O., La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, J.C.P. I963-I-I776.

DOLL P.J., Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, J.C.P. I970-II-235I.
- Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé, G P I972 - 2ème sem. 428.
- L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, G.P. I974 - 2ème sem. 820.

DOUBLIER R., Le consentement de la victime, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris, I956, p. I87 et s.
- Réflexions sur le délit d'outrage public à la pudeur, Rev. sc. crim. I97I, p. 27 et s.

DUMONT E., La répression du suicide, Rev. dr. pen. I959/I960, p. 547 et s.

EDELMAN B., Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, D I970-chr.II9.

ESMEIN P., L'influence de l'idée de l'acceptation des risques sur la responsabilité civile, Rev. int. dr. comp. I952, p. 682.
- La commercialisation du dommage moral, D I954 chr. II3.
- Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne, Mélanges Savatier, I965, p. 27I et s.

FAIVRE P., Enc. Dalloz de droit criminel, V°. Action civile.

FARJAT G., JCl Civil, art. 6, V° Ordre public et bonnes moeurs.

FIESCHI-VIVET P., Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice, D I976-chr. I47.

FRANCON A., Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la propriété littéraire et artistique, R.I.D.A. avril I97I, p. I49 et s.

FROMONT M., Les droits de la personnalité dans la jurisprudence administrative française, Zeitschift für Auslandischer Offentliches Recht, novembre I968.

GARRAUD P., Les sports et le droit pénal, Rev. int. dr. pen. I924, p. 2I2 et s.

GARRAUD P. et LABORDE-LACOSTE M., Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Rev. gen. du droit I926, p. I29 et s.

GHESTIN J., La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D I97I - chr. 247.

GOBERT M., Aperçu de la loi française sur le divorce du II juillet I975, Bulletin de l'institut international de droit d'expression française, I975 n°12.

GRENOUILLEAU J.B., Commentaire de la loi du 22 décembre I976 relative aux prélèvements d'organes, D I977 chr. p. 2I3.

GROSEMANS R., Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme, Rev. dr. pen. et criminol. I960/I96I, p.875 et s

HALLEUX, Le consentement de la victime justifie-t-il l'auteur de coup ?, Rev. dr. pen. et criminol. I933 p. I82.

HAUSER J., Enc. Dalloz de droit civil, V° Ordre public.

HEBRAUD et VERDOT, Enc. Dalloz de droit civil, V° Acte

HEMARD J., Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures, Rev. crit. leg. jur. I939, p. 293.

HONORAT J., La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports, D I969. chr. 207.

HOUIN R., Les incapacités, Rev. trim. dr. civ. I947, p. 383 et s.
- Observations préliminaires à l'avant-projet de textes sur les droits de la personnalité, Travaux de la Commission de réforme du Code civil, I950-I95I, p. 3I et s.

HUET A., Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, Rev. trim. dr. civ. I967 p. 45 et s.

HUGUENEY L., Les dommages-intérêts dus par le souteneur à la prostituée, Rev. int. dr. pen. I946, p. 73.

IONASCO, Le droit de repentir de l'auteur, R.I.D.A. janvier I975, p. 2I et s.

JACK A., Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. leg. jur. I933 p. 362 et s.

JOSSERAND L., La personne humaine dans le commerce juridique, D H I932. chr. I.

de JUGLART M., L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. I945 p. I et s.

JULIEN P., Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité, Rev. trim. dr. civ. I963, p. 2I3.
- Enc. Dalloz de droit civil, V° Clientèle.

KAYSER P., Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. I933, p. 1115 et s.
- La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative, Rev. trim. dr. civ. I959, p. I0 et s.
- Le droit dit "à l'image", Mélanges Roubier, I96I, t.II, p.73 et s.
- Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, Mélanges René Savatier, I965, p. 405 et s.
- Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit "de mécénat", Etudes Audinet, 1968 p. I29 et s.
- Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, Rev. trim. dr. civ. I97I p. 445 et s.

LABORDE-LACOSTE M., (voir GARRAUD).

LARGUIER J., Action individuelle et intérêt général, Mélanges Hugueney, I964, p. 87 et s.

LEAUTE J., Le suicide et sa prévention, in : La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne, t.II, p. 277 et s.

LE BRIS , L'effet du divorce sur le nom des époux, D I965. chr. I4I.

LEGAL et BRETHE de la GRESSAYE, Enc. Dalloz de droit criminel, V° Secret professionnel.

LELOUP J.M., Le pseudonyme, Rev. trim. dr. civ. I963 p. 449 et s.

LEVASSEUR G., La protection de la personnalité en droit pénal français, rapport à l'Association Henri Capitant, journées espagnoles I959, Travaux t. I3, p. I86 et s.

- Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit français, Rev. int. dr. pen. I964, p. 765 et s.

LIMPENS J., La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé, Mélanges René Savatier, I965, p. 559 et s.

LINDON R., Aspects juridiques du transsexualisme, Rec. Commaille, I956 p. 545.

- La validité de la clause de non-concurrence dans le contrat de louage de services, J.C.P. I960-II-I593.

- La clause de conscience dans le statut du journaliste, J.C.P. I962-I-I669.

- La presse et la vie privée, J.C.P. I965-I-I887.

- Une création prétorienne : les droits de la personnalité et les droits collectifs de la famille, Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, I969, 2ème sem. p. 43 et s.

- Les dispositions de la loi du I7 juillet I970 relatives à la protection de la vie privée, J.C.P. I970-I-2357.

LYON-CAEN G., Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage), Dr. soc. I963, p. 88.

MARTY G., Illicéité et responsabilité, Etudes Julliot de la Morandière, I964, p. 338 et s.

MAZEN N.J., Le secret médical, mythe ou réalité, G P 3-5 août I975.

MERGER , Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux, J.C.P. I963-I-I770.

MEULDERS-KLEIN M.T., Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale, Ann. dr. t.27, I967, p. 3.

MICHAELIDES-NOUAROS , L'évolution récente de la notion de droit subjectif, Rev. trim. dr. civ. I966, p. 2I6 et s.

MIMIN P., Images indécentes, S I960-chr. 3I.

MORAND J., Le droit des tiers au respect par les constructeurs des règles d'urbanisme, J.C.P. I974-I-266I.

MORANGE G., Réflexions sur la sécurité publique (à propos d'une prescription contestée de la police de la circulation : l'obligation du port de la ceinture de sécurité), D I977. chr. 6I.

MORIN G., Les clauses d'inaliénabilité, Rep. nat. I97I, p. II85.

NEPVEU , Du pseudonyme, J.C.P. I96I-I-I662.

NERSON R., La protection de la personnalité en droit privé français, rapport à l'Association Henri Capitant, journées espagnoles, I959, Travaux t.13, p. 60 et s.

- Le respect par l'historien de la vie privée de ses personnages, Mélanges L. Falletti, I97I, t.II, p. 449 et s.

- La protection de la vie privée en droit positif français, Rev. int. dr. comp. 1971, p. 734 et s.

PARISOT B., L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur, D 1972 chr. 71.

PEROT-MOREL M.A., L'usage du nom patronymique d'autrui à titre de marque, Hommage à Henri Desbois, p. 182 et s.

PERREAU E.H., Des droits de la personnalité, Rev. trim. dr. civ. 1909, p. 501.

PERRET H., La personne humaine dans l'ordre du droit, Mélanges Brèthe de la Cressaye, 1967, p. 589.

PETIT J., L'ambigüité du droit face au syndrome transsexuel, Rev. trim. dr. civ. 1975, p. 273.

PLAISANT R., JCl. Civil, annexes, V° Propriété littéraire et artistique.

PLANIOL M., Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit. leg. jur. 1905, p. 283 et s.

PONSARD A., Enc. Dalloz de droit civil, V° Autorité parentale, Nom - prénom (avec P. BLONDEL pour la 2ème ed.), Nullités.

RABINOVITCH W., Enc. Dalloz de droit civil, V° Sports.

RASSAT M.L., Inceste et droit pénal, J.C.P. 1974 -I-2614.
- Le statut juridique du placenta humain, J.C.P. 1976-I-2777.

RATEAU M., L'euthanasie et sa règlementation pénale, Rev. dr. pen. 1964/1965, p. 38 et s.

RAYNAUD P., La renonciation à un droit, Rev. trim. dr. civ. 1936, p. 763.

R. C. , Le nu au spectacle peut-il outrager la pudeur ?, Rev. sc. crim. 1953, p. 362 et s.

RIPPERT G., Le prix de la douleur, D 1948, chr. I.
- L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Geny, t.II, p. 347.

RODIERE R., Enc. Dalloz de droit civil, V° Responsabilité du fait personnel.

ROUJOU de BOUBEE G., Commentaire de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption de grossesse, D 1975 chr. 209.

RUBELLIN-DELVICHI J., L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général, J.C.P. 1965-I-1922.
- L'influence de l'avènement de droits de la personnalité sur le droit moral, Etudes J. Lambert, 1975, p. 555 et s.

SAINT-JOURS Y., Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins, D 1970. chr. 17.

SARRAUTE R., Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire, G P 1966 - Ier sem. - doct. 12.

SAVATIER R., Impérialisme médical sur le terrain du droit, D I952. chr. I57.
- De sanguine jus, D I954 - chr. I4I.
- Le dommage et la personne, D I955 - chr. 5.
- Commentaire de la loi du II mars I957, J.C.P. I957-I-I398.
- L'écran de la représentation devant l'autonomie de la personne, D I959 - chr. I47.
- Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, Mélanges Gothot, I962, p. 567 et s.
- Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P. I969-I-2247.
- Propriété immobilière et contraintes d'urbanisme, D I974 - chr. 59.

SAVEY-CASARD, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit belge, Rev. int. dr. pen. I964, p. 9 et s.

SILZ E., La notion juridique du droit moral de l'auteur, son fondement, ses limites, Rev. trim. dr. civ. I933, p. 405 et s.

SIMLER P., Les clauses d'inaliénabilité, D I97I - Leg. 4I6.

SIMON , Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ? Rev. dr. pen. I933, p. 457 et s.

STARCK B., Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité, et limitatives de responsabilité, D 1974, chr., p. 157

TALLON D., Enc. Dalloz de droit civil, V° Droits de la personnalité.

TERRE F., Sur la sociologie du contrat, Archives de philosophie du droit I968, p. 7I et s.

TUNC A., L'enfant à la balle, J.C.P. I966-I-I984.

TOULEMON A., La responsabilité dans la chirurgie esthétique, S I962- chr. I3.

VIDAL J., Observations sur la nature juridique de l'action civile, Rev. sc. crim. I963, p. 48I et s.

VINCENT , Enc. Dalloz de droit civil, V° Inaliénabilité.

VOUIN R., La participation volontaire de la victime à l'infraction pénale, Rev. sc. crim. I952, p. 346 et s.
- L'avortement voulu, D I976 - chr. 243.

VOIRIN P., "Marion crie, Marion pleure, Marion veut qu'on la marie". A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril I963, D I963 - chr. p. 247.

WEILL A., JCl Commercial, Annexes, V° Fonds de commerce.

NOTES, CONCLUSIONS, COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

BENABENT A., note sous Rennes 14 février 1972, JCP 1975-II-17934
- note sous Civ^{2} 16 juin 1976, JCP 1977-II-18585

BROUCHOT, rapport sur Crim. 7juin 1952, JCP 1952-II-7074

CABANNES, conclusions sur Paris 15 mai 1970, D 1970-J-487

CHAMBON, note sous Crim. 19 novembre 1959, JCP 1960-II-11448

CHAUVEAU, note sous Civ^{1} 3 juin 1970, D 1971-J-373

COMBALDIEU R., obs. sous Riom 16 novembre 1937, Rev. sc. crim. 1938, p. 301
- note sous Cass. mixte 20 février 1970, D 1970-J-201

CORNU G., obs. sous Paris 15 décembre 1966, Rev. trim. dr. civ. 1967, p. 189

CARBONNIER J., note sous Crim. 3 juillet 1947, JCP 1948-II-4474
-note sous Trib. civ. Chatellerault 8 février 1949, D 1949-J-467
- obs. sous Soc. 29 mai 1954, Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 129
- note sous Trib. corr. Grasse 8 février 1950, D 1950-J-712
- note sous TGI Versailles 24 septembre 1962, D 1963-J-52

CONTAMINE-RAYNAUD M., note sous Cass. mixte 30 avril 1976, D 1977-J-185

DESBOIS H., note sous Trib. civ. Seine 16 mai 1935, DP 1936-2-9
- obs. sous Aix 17 mai 1961, Rev. trim. dr. civ. 1962, p. 88
- obs. sous Trib. com. Seine 26 février 1963, Rev. trim. dr. com. 1963 p. 827
- obs. sous TGI Paris 5 avril 1971, Rev. trim. dr. com. 1971, p. 692

DURRY, note sous Crim. 19 novembre 1959, D 1960-J-463
-obs. sous Crim. 22 janvier 1970, Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 363
-obs. sous Civ^{2} 2 juillet 1974, Rev. trim. dr. civ. 1975, p. 110
- obs. sous Civ^{2} 8 novembre 1976, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 328

DEMOGUE, obs. sous Douai 3 décembre 1912, Rev. crit. leg. jur. 1914, p. 262

ESMEIN P., note sous Civ^{2} 17 février 1955, D 1956-J-17
- note sous Poitiers 15 juin 1960, D 1961-J-111

EDELMAN B., note sous Civ^{2} 14 novembre 1975, D 1976-J-421

FERRIER D., note sous TGI Paris 11 janvier 1977, JCP 1977-II-18711

FOULON-PIGANIOL J., note sous Civ^{1} 13 octobre 1964, D 1965-J-209

FRANCK E., note sous Civ^{3} 2 juillet 1974, D 1975-J-61

GUIHO note sous Trib. civ. Chambéry 2 décembre 1952, JCP 1953-II-7632
- note sous Lyon 7 octobre 1976, D 1977-J-408

GULPHE, note sous Crim. 8 mai 1947, D 1948-J-109

GOUBEAUX G., note sous Civ.^{3} 23 juin 1971, JCP 1972-II-16965

JOSSERAND L., rapport sur Civ. 20 mai 1936, DP 1936-1-96

LAGARDE G., note sous Poitiers 21 octobre 1935, Rev. trim; dr.civ. 1936, p. 459

LALOU, note sous Lyon 27 juin 1913, D 1914-2-73

LAMBERT L., note sous Besançon 9 mai 1972, GP 1972-2-558

LECOURTIER, conclusions sur Paris 20 janvier 1971, D 1971-J-307

de LESTANG, note sous Trib. pol. Briançon 11 janvier 1966, JCP 1966-II-14584

LEVASSEUR G., note sous TGI Paris 3 juin 1969, Rev. sc. crim. 1969, p. 875
- note sous Trib. corr. Paris 9 juillet 1971, Rev. sc. crim. 1971, p. 684

LINDON R., note sous Civ[1] 6 juillet 1965, D 1965-J-701
- note sous Civ. 20 juin 1966, JCP 1966-II-14890
- conclusions sur Cass. mixte 20 février 1970, JCP 1970-II-18011
- conclusions sur Civ[1] 18 mai 1972, JCP 1972-II-17209
- note sous Paris 16 janvier 1974, D 1976-J-122
- note sous TGI Paris 13 février 1974, D 1974-J-551
- " " " " 14 mai 1974, D 1974-J-766
- " " Crim. 18 juillet 1974, JCP 1975-II-18011
- " " TGI Paris 3 décembre 1975, D 1977-J-211
- " " " " 11 janvier 1977, D 1977-J-83
- " " " " 20 avril 1977, D 1977-J-610

LOUP,J., note sous Paris 12 mars 1931, DP 1931-2-141

MALAURIE P., note sous Poitiers 18 décembre 1953, D 1954-J-519

MATTER, conclusions sur Civ. 20 mai 1936, DP 1936-1-96

MAYER-JACK A., note sous JCP 1950-II-5782

MERLE P., note sous TGI Nancy 8 juin 1973, D 1974-J-126

MICHEL G., note sous TGI Nancy 8 juin 1973, GP 1974-1-28

MIMIN P., note sous Civ. 2 août 1950, D 1951-J-581
- note sous Civ[2] 12 juillet 1966 et Paris 15 novembre 1966, D 1967 J-182

MOREL P., note sous Req. 17 mars 1925, S 1927-I-281

NAST,M., note sous Crim. 25 juillet 1913, DP 1915-1-150

NEPVEU P., conclusions sur Paris 2 décembre 1960, JCP 1960-II-11881
- note sous Civ[1] 17 MAI 1966, JCP 1967-II-14934

NERSON R., note sous Civ. 29 décembre 1951, S 1953-1-41
- chronique de jurisprudence (personnes - famille) à la Rev. trim. dr. civ. , notamment : 1966, p.65 (Le droit de la personne sur son image face au développement des techniques de diffusion); 1966, p. 74 ; 1968, p. 536; 1971, p. 109.(Le droit au respect de la vie privée); 1972, p. 375; 1972, p. 589; 1973, p. 334

PERREAU E.H., note sous Paris 12 mars 1931, S 1931-2-129

PERROT R., note sous Civ. 29 décembre 1951, JCP 1951-II-6421

PLANIOL M., note sous Paris 2 décembre 1897, DP 1898-2-467
- note sous Civ. 1er mai 1899, DP 1899-1-585
- note sous Rennes 7 mars 1904, DP 1905-2-305

PONSARD A., note sous Civ[1] 19 novembre 1957, D 1958-J-283

PUECH M., note sous TGI Paris 8 novembre 1973, D 1975-J-402
- note sous Crim. 26 juin 1974, D 1975-J-81

RIEG A., note sous Trib. corr. Grasse 23 septembre 1964, JCP 1965-II-13974

RODIERE R., note sous Paris 25 mars 1954, JCP 1954-II-8094
- note sous Civ[2] 17 février 1955, JCP 1955-II-8951

ROLLAND P., note sous TGI Paris 8 novembre 1976, D 1977-J-323

ROUAST, note sous Paris 30 avril 1963, D 1963-J-428

SALLE DE LA MARNIERE, note sous Paris 13 juillet 1973, D 1974-J-16

SAVATIER R., note sous Civ[2] 17 décembre 1954, JCP 1955-II-8490
- note sous Civ. 28 décembre 1954, D 1955-J-249
- note sous Civ[1] 8 novembre 1955, JCP 1955-II-9014
- note sous Civ[1] 22 janvier 1957, D 1957-J-445
- note sous Crim. 9 novembre 1961, JCP 1962-II-12777
- note sous Aix 23 février 1965, D 1966-J-166
- note sous Crim. 22 décembre 1966, JCP 1967-II-15126

SAVATIER J., note sous Trib. civ. Chatellerault 8 février 1949, JCP 1949- II 6074

SIMLER P., note sous Com. 24 mars 1974, JCP 1976-II-18378

VOUIN J.F., note sous Rennes 14 février 1972, D 1976-J-185

WAHL A., note sous Paris 2 décembre 1897, S 1900-2-201

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION (n° 1 à 9) 1

PREMIERE PARTIE - L'EQUIVOQUE DE L'INDISPONIBILITE : LE CONSENTEMENT, FAIT JUSTIFICATIF DES ATTEINTES A LA PERSONNE (n° 11) 16

TITRE PREMIER - LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT, INDEPENDANTE DE LA DISPONIBILITE DES DROITS DE LA PERSONNE (n° 14) 22

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DE LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME (n° 15) 23

Section 1 - Valeur justificative du consentement et droits de la victime (n° 16) 23

§ 1 - L'impossibilité de déterminer la nature juridique du consentement par rapport aux droits de la victime (n° 17) 24

A - Consentement de la victime et renonciation à un droit (n° 18) 24

a/ une renonciation aux droits nés de l'acte dommageable (n° 19) 24

b/ une renonciation au droit lésé par l'acte dommageable (n° 23) 28

B - Consentement de la victime et exercice d'un droit (n° 24) 30

§ 2 - L'impossibilité d'apprécier la licéité du comportement autorisé par rapport aux droits de la victime (n° 26) 31

A - Le rôle des droits de la victime dans la définition générale de l'illicéité (n° 27) 32

B - Le rôle de l'illicéité dans la protection de la personnalité (n° 30) 34

a/ arguments de droit positif (n° 30) 35

b/ arguments d'ordre rationnel (n° 35) 40

Pages

Section 2 - Valeur justificative du consentement et devoirs de l'auteur du dommage (n° 37) 42

§ 1 - Le processus de la justification (n° 38) 42

A - Le consentement, acte déchargeant l'auteur du dommage d'un devoir (n° 39) 42

B - Le consentement, élément de définition du devoir (n° 41) 44

a/ le processus de justification dans la responsabilité délictuelle (n° 42) 44

b/ le processus de justification en droit pénal (n° 44) 45

1°/ consentement et disparition d'un élément matériel de l'infraction 46

2°/ consentement et permission de la loi (n°46).. 47

§ 2 - La nature juridique du consentement de la victime (n° 47) 49

A - La nature factuelle du consentement de la victime (n° 48) 49

B - L'intégration du consentement dans un acte juridique (n° 51) 51

CHAPITRE II - CONDITIONS DE LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT DE LA VICTIME (n° 54) 54

Section 1 - Valeur justificative du consentement et conditions de validité des actes juridiques (n° 55) 54

§ 1 - La volonté et la capacité de la victime consentante (n° 56) 55

A - Référence aux conditions de validité des actes juridiques tenant au consentement et à la capacité (n° 57) 56

a/ le consentement (n° 57) 56

b/ la capacité (n° 58) 57

B - Les conditions particulières dans certaines règles de conduite (n° 59) 58

a/ exigences supérieures à celles du droit commun (n° 60) 59

b/ exigences plus réduites (n° 61) 59

§ 2 - L'objet et la cause du consentement de la victime (n° 62) 60

Pages

A - L'efficacité du consentement de la victime ayant un objet illicite ou immoral (n° 63) 60

a/ en droit pénal (n° 64) 61

b/ au regard de la responsabilité civile (n° 65) 62

I°/ solution du droit positif (n° 66) 63

2°/ explication proposée (n° 69) 67

B - L'efficacité du consentement donné pour des motifs illicites ou immoraux (n° 75) 75

a/ principe (n° 75) 75

b/ limites (n° 77) 76

Section 2 - Valeur justificative du consentement et contenu des règles de conduite relatives au comportement autorisé (n° 78) 77

§ 1 - L'inefficacité du consentement de la victime au regard des règles protectrices de l'intérêt général (n° 79) .. 79

a/ principe (n° 79) 79

b/ distinction entre le droit pénal et la responsabilité civile (n° 80) 80

§ 2 - L' efficacité du consentement de la victime au regard des règles protectrices des intérêts individuels.

a/ principe (n° 81) 82

b/ limites (n° 81) 83

TITRE DEUXIEME - LA VALEUR JUSTIFICATIVE DU CONSENTEMENT AUX ATTEINTES A LA PERSONNE, LIEE AU CONTENU DES REGLES PROHIBANT CES ATTEINTES (n° 82) 85

CHAPITRE I - LES REGLES DE CONDUITE PROHIBANT LES ATTEINTES A LA PERSONNALITE DANS L'INTERET GENERAL (n° 83) 87

Section 1 - La protection de l'intérêt général indépendante de l'atteinte portée à la personne (n° 84) 88

§ 1 - Les règles protectrices de l'organisation sociale (n° 85) 89

A - L'usurpation du nom patronymique (n° 86) 89

B - La révélation du secret professionnel (n° 88) 91

§ 2 - Les règles protectrices des bonnes moeurs (n° 90) 93

Pages

A - La répression des comportements sexuels privés (n° 91) ... 94

B - La répression des comportements sexuels publics (n° 93) .. 97

a/ l'outrage aux bonnes moeurs (n° 94) 97

b/ l'outrage public à la pudeur (n° 97) 99

Section 2 - La protection de la personne comme valeur (n° 101) 104

§ 1 - La valeur sociale de la personne (n° 102) 104

§ 2 - La valeur morale de la personne (n° 106) 108

A - La répression des atteintes consenties à la vie (n° 108) . 111

a/ solutions du droit positif (n° 109) 111

b/ fondement (n° 111) 113

B - La répression des atteintes consenties à l'intégrité corporelle (n° 112) 114

a/ solutions du droit positif (n° 113) 115

1°/ - la nature des intérêts justifiant les atteintes corporelles (n° 114) 115

- intérêt médical (n° 115) 116

- autres intérêts (n° 117) 118

2°/ la proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et l'intérêt à satisfaire (n° 120) 122

b/ le fondement des solutions (n° 122) 124

CHAPITRE II - LES REGLES PROTECTRICES DES "DROITS DE LA PERSONNALITE" (n° 125) 127

Section 1 - Les règles protectrices des droits de la personnalité des incapables (n° 126) 129

§ 1 - L'insuffisance du consentement du représentant légal (n° 127) 130

§ 2 - La prise en considération du consentement de l'incapable (n° 131) 134

A - Le consentement de l'incapable seul (n° 132) 135

a/ limites de droit commun aux incapacités (n° 133) 135

b/ insuffisance du consentement de l'incapable en dehors de ces limites (n° 134) 136

B - Le consentement de l'incapable assisté du représentant légal (n° 137) 140

Pages

Section 2 - Les règles protectrices des droits de la personnalité des personnes capables (n° 138) 142

§ 1 - La protection des intérêts de la personne liés à sa vie et à son intégrité corporelle (n° 139) 142

A - Les exigences tendant à assurer l'intégrité du consentement (n° 140) 143

a/ l'obligation d'informer (n° 141) 144

b/ le formalisme (n° 143) 146

B - Les limites à l'efficacité du consentement (n° 144) 147

§ 2 - La protection des intérêts moraux de la personne (n° 147). 149

A - La forme des autorisations relatives aux aspects moraux de la personnalité (n° 148) 151

a/ dans les contrats relatifs au droit d'auteur (n° 149).. 151

b/ autres autorisations (n° 151) 153

B - La portée des autorisations relatives aux aspects moraux de la personnalité (n° 153) 156

a/ la nécessité d'une détermination suffisante de l'atteinte consentie (n° 154) 156

1°/ applications directes de la condition de détermination (n° 155) 156

2°/ les limites à la représentation conventionnelle (n° 157) 159

b/ l'interprétation des autorisations relatives à la personnalité (n° 159) 161

EUXIEME PARTIE - LE CADRE DE L'INDISPONIBILITE : LES ACTES JURIDIQUES TOUCHANT LA PERSONNE (n° 163) 165

TITRE PREMIER - LES DROITS DE LA PERSONNALITE, OBJETS D'UNE CATEGORIE PARTICULIERE D'ACTES JURIDIQUES (n° 164) 168

CHAPITRE I - LA DEFINITION DES CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE (n° 165) 169

Section 1 - Les conventions ayant pour objet les droits de la personnalité (n° 166) 170

A - Les conventions ayant pour objet les droits de la personnalité et la théorie juridique (n° 167) 170

Pages

B - Les conventions ayant pour objet les droits de la personnalité et la pratique (n° 169) 171

a/ inexistence de telles conventions en pratique (n° 169). 172

b/ limite : les renonciations au droit moral de l'auteur (n° 170) 173

Section 2 - Les conventions relatives aux droits de la personnalité lato sensu (n° 173) 177

A - L'hétérogénéité du groupe des conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 174) 177

a/ contrats générateurs d'obligations de faire (n° 175) .. 177

b/ contrats translatifs de droits (n° 176) 178

B - Les limites imprécises du groupe des conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 178) 180

CHAPITRE II - LES REGLES APPLICABLES AUX "CONVENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA PERSONNALITE" (n° 180) 183

Section 1 - La validité des "conventions relatives aux droits de la personnalité" (n° 181) 183

§ 1 - Les cessions et renonciations portant sur les droits de la personnalité (n° 182) 183

a/ droit au respect d'une oeuvre littéraire et artistique (n° 183) 184

b/ droit de paternité de l'auteur (n° 184) 185

§ 2 - Les autres conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 187) 188

A - Les conventions valables en droit positif (n° 188) 188

a/ conventions sur le corps humain (n° 189) 188

b/ conventions relatives aux aspects moraux de la personnalité (n° 191) 190

B - L'abandon doctrinal du principe de nullité des conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 196) 194

Section 2 - Le régime des "conventions relatives aux droits de la personnalité" (n° 202) 201

§ 1 - La contrepartie pécuniaire dans les conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 204) 202

A - Les conventions où la contrepartie pécuniaire est illicite (n° 205) 203

Pages

a/ conventions relatives au comportement sexuel (n° 205) 203

b/ conventions ayant pour objet une atteinte grave au corps humain (n° 206) 204

B - Les conventions où la contrepartie pécuniaire est licite (n° 208) 206

a/ solutions du droit positif (n° 208) 206

b/ conciliation avec le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité (n° 209) 207

§ 2 - La force obligatoire des conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 211) 210

A - Les atteintes apparentes à la force obligatoire des contrats dans les conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 212) 211

a/ les contrats sur le corps humain (n° 212) 211

b/ autres conventions (n° 215) 213

B - Les atteintes véritables à la force obligatoire des conventions relatives aux droits de la personnalité (n° 217) 215

a/ les solutions applicables aux conventions sur le droit d'auteur (n° 218) 215

I°/ le droit de repentir et de retrait (n° 219) 216

2°/ le droit de rupture unilatérale du contrat de commande d'oeuvre d'art (n° 222) 219

b/ la généralisation doctrinale des solutions applicables aux conventions sur le droit d'auteur (n° 226) 224

I°/ la révocabilité avant l'exécution du contrat (n° 227) 225

2°/ la révocabilité après l'exécution (n° 228) 226

TITRE DEUXIEME - LES DROITS DE LA PERSONNALITE, FONDEMENT D'UNE CATEGORIE PARTICULIERE DE REGLES D'ORDRE PUBLIC (n° 235) 234

CHAPITRE I - LE CONTENU DES REGLES D'ORDRE PUBLIC PROTECTRICES DE LA PERSONNE (n° 236) 236

Section 1 - La protection de l'intégrité des personnes (n° 237) 236

§ 1 - La protection de l'intégrité physique (n° 238) 237

A - Les règles d'ordre public dans les contrats ayant pour objet une atteinte au corps d'un contractant (n° 239) 237

B - Les règles d'ordre public dans les contrats comportant des risques pour la vie et l'intégrité corporelle d'une contractant (n° 241) 239

Pages

a/ les règlementations préventives (n° 242)..... 240

b/ les règles relatives à la réparation des dommages corporels (n° 244) 242

§ 2 - La protection de l'intégrité morale (n° 248) 246

Section 2 - La protection de la liberté des personnes (n° 251) .. 249

§ 1 - Les contrats contraires à l'ordre public en raison de l'étendue de l'atteinte à la liberté des contractants (n° 252) 251

A - Les contrats comportant des obligations de faire (n° 253) 252

B - Les contrats comportant des obligations de ne pas faire (n° 256) 254

§ 2 - Les contrats contraires à l'ordre public en raison de la nature de la liberté atteinte (n° 258) 256

A - La liberté du mariage (n° 259) 256

a/ les solutions jurisprudentielles (n° 261) 258

b/ appréciation critique (n° 265) 264

B - La liberté de la vie privée (n° 270) 269

a/ les atteintes à la liberté de la vie privée dans les libéralités (n° 271) 270

b/ les atteintes à la liberté de la vie privée dans les contrats à titre onéreux (n° 273) 272

CHAPITRE II - LA PLACE DES REGLES PROTECTRICES DE LA PERSONNE DANS L'ORDRE PUBLIC (n° 276) 276

Section 1 - Les règles protectrices de la personne et l'ordre public supérieur (n° 277) 277

Section 2 - Les règles protectrices de la personne et l'ordre public de protection (n° 280) 280

§ 1 - Le fondement de la protection renforcée instituée par les règles protectrices de la personne (n° 281) 281

§ 2 - Le régime de la nullité sanctionnant la violation des règles protectrices de la personne (n° 283) 282

A - L'attribution du droit d'invoquer la nullité (n° 284) 283

B - L'extinction du droit d'invoquer la nullité (n° 286). 287

Pages

a/ la confirmation (n° 287) 287

b/ la prescription (n° 289) 290

CONCLUSION (n° 290) 291

BIBLIOGRAPHIE..... 294

BIBLIOTHÈQUE DIJON