

INTRODUCTION

PHILOSOPHIE JURIDIQUE DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ¹

1. Absence de réquisit philosophique sur la matière - Trop rares sont aujourd'hui en France les ouvrages exclusivement consacrés aux droits de la personnalité. Un siècle après leur apparition, l'explication liée à leur naissance tardive dans les différents systèmes juridiques européens ne constitue plus une raison satisfaisante ; faut-il alors s'acquiescer de l'hypothèse avancée par certains auteurs, inhérente à la légèreté d'un thème auréolé par une jurisprudence souvent caractérisée par la vanité des choses de ce monde² ?

Ceci expliquerait sans doute jusqu'à présent *l'absence de réquisit philosophique* sur la matière.

2. Légitimité du thème - Pourtant, l'expression « droits de la personnalité » unit sémantiquement les caractéristiques identitaires de la personne au droit. Sans pour autant *spiritualiser* la personne juridique, de tels *droits* aujourd'hui qualifiés de *subjectifs* expriment la possibilité de protéger la personne en *elle-même*.

D'où, une *légitimité* du thème en *philosophie juridique*, pour qui veut appréhender par une réflexion sur *les causes*, les mécanismes de production, d'apparition et de validation de ces droits, suite à leur expansion spectaculaire depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle³.

3. Spécificité de l'approche juridique. - Seulement en raison du développement différentiel des sciences, si l'objet étudié peut quand bien même être identique, les approches peuvent être à tels points autonomes, qu'elles en deviennent imperméables les unes à l'égard des autres. Il n'y a donc que peu de rapport entre l'étude de la personnalité investie par les sciences du comportement et l'approche *spécifique* des droits de la personnalité engagée par la science juridique.

4. Spécificité de la philosophie du droit. - L'objectif de la philosophie du droit est justement d'éviter cet écueil en reliant les savoirs juridiques et le questionnement philosophique dans un renouvellement constant. Pour que son activité puisse être signifiante, elle doit légitimer sa réflexion sur une identité scientifique et technique reconnue par le droit comme par la philosophie.

Sa spécificité est dans cette « position difficile »⁴. Elle ne saurait se confondre avec la *théorie du droit* dont le but est de donner sens et cohérence savantes à une notion singulière dans l'univers

¹ Introduction rédigée par Alexandre Zabalza, Maître de conférences à la faculté de droit et science politique de l'Université de Bordeaux (Montesquieu-Bordeaux IV), Institut de sciences criminelles et de la justice (EA 4601).

² V° B. Beignier, *Les droits de la personnalité*, PUF, p. 5.

³ A. Lepage, *Droits de la personnalité*, Rép. Civ. Dalloz, p. 4. Que traduit selon G. Cornu une véritable « convergence des inspirations » pour l'individu au respect de sa personnalité ; *Les personnes*, Paris, Montchrétien, 13 éd., 2007, n° 26.

des catégories, des logiques et des mécanismes juridiques⁵. Pas plus qu'elle ne saurait s'isoler dans une *philosophie de la personnalité* ne visitant le droit que de manière accessoire, sans véritablement s'en instruire.

La philosophie du droit n'est donc ni une *théorie du droit*, ni une philosophie *portant sur le droit*⁶. Sa vérité, elle la doit à sa méthode, qui la place à la jointure de l'articulation des deux savoirs : c'est une philosophie *tirée* de l'analyse du droit⁷.

5. Méthode. – La philosophie juridique relève donc, comme la qualifiait G. Renard, d'une *méthodologie mixte*⁸. Elle n'est jamais totalement spéculative, comme peut l'être la *métaphysique* car elle repose sur la connaissance du *donné juridique*⁹.

Elle emprunte d'abord à la philosophie sa méthode qui passe par la question du *comment*, puis elle tire du droit son objet qu'elle identifie au *quoi*. Ce n'est ainsi qu'au terme d'une connaissance suffisante des mécanismes juridiques, qu'elle rétablit l'ordre des facultés. C'est pourquoi en matière de droits de la personnalité, la méthode utilisée se doit d'être *réaliste*¹⁰.

C'est bien la voie que déclare suivre Alphonse Boistel dans une des toutes premières esquisses de philosophie du droit autour de la question des droits de la personnalité. Son attitude qu'il qualifie lui-même de « réaliste »¹¹ sera pourtant requalifiée par Jean Carbonnier de philosophie *idéaliste*¹². Cette disqualification, loin d'être anecdotique, montre toute la difficulté

⁴ L. Husson, *La philosophie du droit et les sciences humaines*, APbD 1962, p. 62 et s. ; que l'on peut également par manque de maîtrise qualifier de « faiblesse organique », P. Piovani, *La philosophie du droit dans la pluralité des expériences juridiques*, APbD 1962, p. 13 et s.

⁵ Sur l'option méthodologique opposant philosophie et théorie du droit, v° d'un côté, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934 ; N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant, 1998 ; également *l'avant propos* de P. Roubier, dans *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951 ; M. Villey, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, t. I., 4^{ème} éd, 1986, n° 13 et s. et n° 76 ; *Théorie générale du droit et philosophie*, dans *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 219 et s. ; H. Battifol, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 1960, p. 5 ; J.-M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 2^{ème} éd., p. 17 et s. puis p. 38 et s.

⁶ Même si l'une éclaire l'autre et vice-versa, Ch. Perelman, *Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe*, APbD 1962, p. 35 et s.

⁷ Sur le rapport des vérités aux méthodes, F. Nietzsche, *Fragments posthumes*, XVI, 469.

⁸ G. Renard, *Le droit, la logique et le Bon sens*, Introduction philosophique à l'étude du droit, Paris, Sirey, 1925.

⁹ Ce donné se mesure par la philosophie du droit selon S. Corra, au regard de « l'étude de la place qu'occupe le droit dans l'existence humaine », *Le droit dans l'existence, Eléments d'une ontophénoménologie juridique*, Bordeaux, Bière, 1996, p. 9. Ou encore comme le souligne M. Reale en corrélation « avec l'ensemble des facteurs historiques et sociologiques dont découle la nouvelle attitude observée », *La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique*, APbD 1962, p. 45.

¹⁰ Quitte à comprendre cette réalité dans son mouvement dynamique décrit par les philosophies vitalistes comme par exemple chez H. Bergson, *L'évolution créatrice*, 1907 ; B. d'Espagnat, *Une certaine réalité*, Paris, Gautier-villars, 1985, G. Ganguilhem, *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1993. Ou à étudier cette réalité par la sociologie juridique historique comme par exemple chez L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1920, p. 7 et s, J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, 10^{ème} éd.

¹¹ L'auteur souvent mis en évidence dans l'évolution de la notion des droits de la personnalité, énonce : « l'esprit général qui me paraît devoir présider à nos recherches comme à toute étude philosophique, je le caractérisai par un seul mot ; le réalisme. Le réalisme ! C'est-à-dire la ferme et inébranlable volonté de ne discuter que sur des choses et jamais sur des mots ; de chercher toujours sous les mots que nous emploierons quelle est la réalité qui leur correspond dans l'ordre des faits, et d'avoir cette réalité toujours présente à l'esprit », plus loin « rien n'est plus rare en philosophie qu'un vrai et sincère réalisme », *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Paris, E. Thorin, 1870, p. 17 et s.

¹² J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, Paris, PUF, 2000, n° 93. L'idéalisme est employé en philosophie pour caractériser des systèmes philosophiques construits en opposition au « matérialisme », puis au « réalisme » voire à

qu'il y a de se lancer dans une perspective de philosophie juridique¹³, qui relève à la fois d'un *réalisme* par l'expérimentation de l'objet, et d'un *idéalisme* par l'exploration de la pensée. C'est celle que nous suivrons.

6. Etude de la causalité. - Les leçons inaugurales des philosophies réalistes commencent par *l'étude de la causalité*. Celle-ci se propose d'appréhender la *substance* de la chose, *cause* du discours, pour en exposer *l'essence* dans l'univers de la représentation¹⁴. Elle en dénombre traditionnellement quatre : la cause *efficiente*, la cause *formelle*, la cause *matérielle* et la cause *finale*¹⁵. L'étude de la causalité peut alors s'apprécier au contact des droits de la personnalité.

La première interrogation tirée de la *cause efficiente*¹⁶ questionnera le contexte philosophique et métaphysique qui voit naître, puis se développer les droits de la personnalité dans le droit occidental (Section I).

Ces droits apparaissent alors sous l'aspect de leur *causalité matérielle*, à partir d'un *patrimoine* juridique mais aussi philosophique (Section II).

Ce phénomène original se construit à travers une *cause formelle* : le droit subjectif de la personnalité, parvenant à concilier unité de la personnalité et pluralité d'intérêts légitimes (Section III).

Enfin, l'étude de la *cause finale*, qui est aussi celle du *but*, nous renseigne *mutatis mutandis* sur les valeurs protégées qui vont de la personne au droit (Section IV).

SECTION 1. L'efficacité des droits de la personnalité

7. Le contexte philosophique et métaphysique efficient : le phénomène de la puissance. - Les droits de la personnalité sont portés par une *efficacité* philosophique et métaphysique : *l'hégémonie de la puissance*.

Affilié à l'idée de progrès et engagé dans l'évolution des sciences et des techniques, *l'idée de puissance* s'est progressivement retourné contre l'humanité dans un développement devenu autonome et incontrôlable (§1), jusqu'à provoquer une *réaction protectrice* du droit de la personnalité (§2).

« L'empirisme », J.-M. Aguirre Oraà, *Idéalisme, Encyclopédie Philosophique Universelle, Les notions*, t. 1, (sous la dir. de S. Auroux), Paris, PUF, 1998, p. 1194 et s.

¹³ Sur cette distinction faite par l'auteur, v° J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 25, mais aussi dans le même sens, v° la distinction entre les sciences théologiques, métaphysiques et positives d'A. Comte, *Les cours des philosophie positive*, puis en droit, L. Duguit, *Les transformations du droit privé de puis le Code Napoléon*, *op. cit.* p. 13 et s ; R. Hubert, *Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit*, *APhD* 1931, p. 43 et s., spéc. p. 60 et s. ; comp. avec G. Gurvitch, *La sociologie juridique*, Paris, 1940 ; G. Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, 1922.

¹⁴ Sur cette manière d'interroger le réel, qu'il nomme « réalisme méthodique », qui part de l'observation de l'existence d'une chose dans ses différentes manifestations, v° les travaux d'E. Gilson, *D'Aristote à Darwin et retour, Essai sur quelques constantes de la biophilosophie*, Paris, Vrin, 1971. V° également G. Romeyer Dherbey, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, *APhD* 1979, p. 127 et s. Dans une perspective phénoménologique qui revient sur la tradition idéaliste et sur la manière kantienne d'interroger la chose, v° M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?* trad. J. Rebol et J. Taminiaux, Paris, Gallimard, 1971, p. 67 et s.

¹⁵ Aristote, *Physique*, II, 3-9.

¹⁶ Qui selon N. Bobbio « met le juriste au contact des origines culturelles dont est issu tout ordre juridique », *Nature et fonction de la philosophie du droit*, *APhD* 1962, p. 1 et s.

§1. - Le déploiement de la puissance technique contre l'homme

8. L'origine métaphysique du paradigme de la puissance. - *Le paradigme de la puissance* est la marque des temps modernes, que Bertrand de Jouvenel qualifia de *civilisation de puissance*¹⁷. Son origine est avant tout métaphysique, inscrite dans la *volonté de libérer l'homme* de l'emprise contraignante des *forces de la nature*.

9. Itinéraire. - L'itinéraire de la puissance prend sa source dans le dernier quart du XVII^{ème} siècle¹⁸. En ordonnant qu'on ne commande à la nature qu'en lui obéissant (Novum Organum, I, 14), et en enjoignant de se rendre maître et possesseur de la nature (Discours, 6^{ème} partie), les pensées de Bacon et de Descartes fournissent les clefs d'un programme métaphysique dont les modalités scientifiques et techniques vont progressivement innover les schèmes de toute une civilisation. Le passage entre la découverte de la subjectivité cartésienne et l'objectivité baconienne est entièrement contenu dans la volonté de maîtrise que procure le développement des savoirs scrupuleusement tirés de l'observation de la nature par l'homme. Se rendre maître et possesseur de la nature, c'est développer sa puissance savante mais aussi sa puissance technique pour l'engager dans un processus libéral d'émancipation de l'humanité.

L'obéissance et la compréhension de la nature seront assurées par les savoirs et les sciences, la maîtrise et la transformation de cette même nature seront exercées par l'industrie et les techniques.

Ce processus est rapidement marqué en Europe par le développement intégral des logiques de puissance dans toutes les structures comme dans les grands domaines de la société.

10. L'engagement politique et économique de la puissance. - Sur un plan de philosophie politique¹⁹, la puissance est primitivement et définitivement associée par Bodin à la formulation de la *souveraineté* qu'il définit comme la *puissance absolue et perpétuelle d'une république*²⁰. La force discursive de la notion est telle, qu'elle conduit à fonder l'autorité de l'Etat, que ce soit par délégation contractuelle comme chez Hobbes²¹, ou par participation du peuple en corps dans le contrat d'association chez Rousseau²². Dès le XVIII^{ème} siècle le développement de la liberté est ainsi octroyé à la citoyenneté par la souveraineté de l'Etat « au titre des puissances sociales »²³. C'est donc, par une dialectique de la puissance de l'Etat et de la citoyenneté que se réalise la *liberté politique*. Cette idée culmine dans la pensée idéaliste allemande chez Hegel, où la puissance libérale

¹⁷ B. de Jouvenel, *La civilisation de puissance*, Paris, Fayard, 1976.

¹⁸ Au sein duquel on peut déjà distinguer « une physique de la force » et « une poussée de la question du pouvoir », Cl. Lavaud, *Itinéraires de la puissance*, Pessac, PUB, 2004, p. 8.

¹⁹ Ph. Secretan, *Autorité, pouvoir, puissance ; principes de philosophie politique réflexive*, préf. Ricoeur, Paris, l'âge d'homme, 1969, p. 50 et s.

²⁰ J. Bodin, *Les six livres de la république*, Ch. VIII.

²¹ Hobbes, *De cive*, Ch 7, §6.

²² Rousseau, *Contrat Social*, Ch, VII.

²³ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit, op. cit.*, t. 1, n° 52.

de la Raison engagée l'histoire devient la « *substance*, c'est à dire, ce par quoi et en quoi toute réalité trouve son être et sa consistance »²⁴.

Dans sa dimension économique, *l'impérialisme de la puissance* conforte le *déploiement de l'industrie* et des *techniques* dans les *logiques du marché*. L'industrie permet alors d'extraire de la matière inanimée des forces énergétiques qui produisent de la richesse. Cette mutation de la matière en énergie est sans précédent ; elle place l'humanité dans une situation nouvelle face à la nature. Par le jeu des représentations cumulées, la nature change d'aspect. Elle se trouve placée dans une position d'estimation, de transformation physique, biologique, atomique²⁵.

11. Paradoxe de la puissance et naissance de la tragédie européenne. Mais son diagnostic précis place l'homme au cœur d'une contradiction. Parti de l'affirmation de sa puissance libératrice qu'il pensait comme infinie, il se trouve ensuite contraint d'affirmer sa finité pour se protéger contre les effets tyranniques d'un mouvement dans lequel il se trouve lui-même engagé. La croissance comme le progrès se confrontent ainsi au double *paradoxe de la puissance* dont les effets vont s'avérer pervers, annonçant une véritable *tragédie* au sein de la civilisation européenne²⁶.

Sur un plan métaphysique, le déploiement de la puissance dans la modernité ne ressemble donc plus à la compréhension classique de la puissance. Celle-ci ne renvoie plus à *l'être en puissance* (*dynamei on*) tel que le concevait Aristote (comme réservoir des possibles en attente d'actuation et de forme). Elle assure désormais *son propre développement*, qui non seulement *transforme*, mais qui tend aussi à *faire être* ce qui au départ *n'est pas*²⁷.

C'est là un changement radical ; la puissance devient autonome en tant qu'*être*. Elle suit dorénavant une conduite effrénée qui n'a ni fin, ni but²⁸. Le thème Nietzscheen, souvent mal compris, qui s'analyse en une sorte de *redoublement* de la puissance par la *volonté de puissance*, dénonce cette situation tragique dans laquelle l'homme occidental est condamné²⁹. L'industrialisation de l'Europe promue par l'ère Watt, durant tout le XIX^{ème} siècle, épouse ce mouvement continué d'autodépassement. En réalité, elle engage un processus d'abstraction de la matière et du vivant. Insensée, elle ne s'arrête pas aux frontières physiques et psychologiques de l'individu.

²⁴ « Elle est, poursuit Hegel, l'infinie puissance... », La raison dans l'histoire. Introduction aux leçons sur la philosophie de l'histoire, trad. K. Papaïonnou, Paris, Plon, 1965, 47-48.

²⁵ Sur l'analyse de ce processus appliqué à la nature dans son ensemble, v° A. Zabalza, *La terre et le droit, Du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux, Bière, 200, n° 363 et s.

²⁶ P. Caye expose ainsi le paradoxe de la puissance affecté du paradoxe de l'infini : « 1) Paradoxe de la puissance : plus nous faisons preuve de puissance, et en particulier de puissance technique, plus nous éprouvons notre impuissance vis-à-vis de ce que nous mettons en œuvre, c'est-à-dire plus nous engendrons des effets pervers que nous ne savons pas traiter, pire encore que nous sommes incapables de prévoir si ce n'est même de nous imaginer. 2) Paradoxe de l'infini : plus notre inventivité technique ouvre d'horizons aux possibilités de notre agir, plus nous en découvrons les limites, c'est-à-dire plus nous éprouvons la finité du monde, son caractère épuisable et non régénérable, qui à son tour marque les limites de notre condition » ; *Les paradoxes de la puissance : les enjeux philosophiques, politiques et juridiques de la question écologique*, *Thèmes*, II, 2006, Philosophiedudroit.org.

²⁷ O. Boulnois, *La puissance et son ombre*, Paris, Aubier, 1994, p. 12.

²⁸ J. Wahl, *Traité de métaphysique*, Paris, Payot, 1953, p. 606.

²⁹ *Naissance de la tragédie*, Leipzig, 1872 ; G. Marcel, *Les Hommes contre l'Humain*, Paris, Fayard, 1968.

12. Logiques de la puissance : abstraction et réification de l'homme. - Si la civilisation de puissance transforme les choses qu'elle manipule, il en va de même pour l'homme qu'elle *abstrait*, puis qu'elle *chosifie* dans les logiques industrielles. Si la pensée marxiste condamne les formes d'exploitations humaines que le processus libéral met en œuvre, c'est véritablement la pensée philosophique de la technique qui va se faire véritablement l'écho d'une critique radicale, attentatoire de l'humanité³⁰. L'industrie est alors seulement perçue comme un moment du développement de la puissance qui convertit l'homme en énergie (*energeia on*) dans une « vacuité ontique », pour le conduire (comme le soutiendra Heidegger à partir de 1950), vers des *Chemins qui ne mènent nulle part*³¹.

Sur ce point, la guerre constitue un moment important révélant au monde la conscience de ce drame. Elle rassemble en elle, autour d'une idéologie de pouvoir et de libération, toute la puissance industrielle et technique dont elle peut disposer, infernale, démente, méthodique. La victoire des alliés n'échappe pas à la critique, puisqu'elle passe par la barbarie dévastatrice de la puissance atomique lâchée les 6 et 9 août 1945 sur Hiroshima et Nagasaki³². Au dénuement mortifère des victimes, fait face la misère morale des vainqueurs, laissant le monde dans une crise tous azimuts de croyances³³.

Désormais, l'humanité fait face sa finitude, captive d'une hégémonie de puissance, dont elle fut jadis, la commanditaire.

§2. - Le déploiement de la puissance du droit de la personnalité pour l'homme

13. Les deux moments de la puissance juridique subjective. – Dans le même temps, le droit va lui aussi s'engager dans le processus de généralisation de la puissance. Mais (et c'est là toute son audace), il va mettre sa puissance au service de la faiblesse de l'humanité.

Il convient de distinguer deux moments. Le premier concomitant de la reconnaissance universelle de la puissance dans les savoirs consacre la *puissance juridique subjective* dans *l'essence de l'homme*. Le second, plus contemporain, correspond à l'événement des droits de la personnalité et

³⁰ Comme l'expose P. Ricoeur dans un rapport présenté sous le titre « L'aventure technique et son horizon planétaire » au Congrès du christianisme social 1958, si la puissance comme le progrès sont désormais entrés dans une ère planétaire, ils ne sont pas exempts de nombreuses contradictions. Le progrès était censé apporter une puissance de libération de l'homme sur la nature, et de lui-même, en réalité, il est devenu indifférent aux hommes ; cf., *Esprit*, 2006, p. 98 et s. Comme le souligne M. Villey, « l'écrasement de l'homme sous les techniques et les machines[...] ne nous est pas venu d'Athènes, ni de Rome », *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 82. Sur cette question v° notamment M. Heidegger, *La question de la Technique*, dans *Essais et Conférences*, Paris, Gallimard, 1958 ; J. Ellul, *La Technique ou l'enjeu du siècle*, Economica, 1954, *Le système technicien*, Paris Calmann-Lévy, 1977 ; J. Habermas, *La Technique et la Science comme idéologie* (1963), trad. J.-R. Ladmiral, Éd. Denoël, 1973 ; H. Jonas, *Le principe responsabilité*, Paris, Champs-Flammarion, 1998.

³¹ Heidegger, *Chemins qui ne mènent nulle part*, Paris, Gallimard, 1962.

³² J. Ellul, *Le Bluff technologique*, Paris, Hachette, 1988.

³³ M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919 ; M. Gauchet, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.

à la reconnaissance de la dignité de la personne humaine. Il consacre l'aptitude d'un droit dans sa propre puissance contre l'autocratie de la toute puissance³⁴.

14. La reconnaissance de la puissance essentielle du sujet. - Sur un plan de philosophie juridique, la puissance est reconnue au sujet dans ses *facultés*³⁵, par la reconnaissance d'un *pouvoir* qu'il exerce sur l'espace civil, comme sur les choses, tiré de *l'autonomie de la volonté*³⁶. Faculté, pouvoir et volonté sont les prismes par lesquels s'exerce le droit subjectif dans le prolongement de la liberté³⁷.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen est une reconnaissance de la puissance politique et juridique de l'homme *libre* au regard de l'Etat, et de la puissance juridique et politique du *propriétaire* au regard des choses. Si le rapport de la puissance politique à la puissance juridique est étroit, il reste dans l'esprit du XIX^{ème} et durant la première moitié du XX^{ème} siècle, celui d'une *dépendance* de la puissance privée à la puissance publique, ou d'une *soumission* du droit à la *puissance du politique*³⁸.

15. La reconnaissance de la puissance existentielle de la personne. - L'appel du vide généré par la puissance d'abstraction des sciences et des techniques va provoquer une réaction du droit contemporain³⁹. L'avènement des droits de la personnalité répond à un certain désarroi de l'humanité citoyenne insuffisamment protégée par le politique. Après guerre, la reconnaissance et la protection de la dignité de la personne humaine vont faire figure de *valeur absolue*, et porter le témoignage inattendu de la *puissance du droit* à la disposition d'une humanité concrète.

Cette nouvelle forme de puissance s'est donc progressivement détournée d'une certaine dépendance du pouvoir de *justice politique* pour rendre compte de la réalité juridique incarnée du prétoire. C'est dans cette perspective, que sont constitués les outils historiques juridiques majeurs qui vont servir de cadre pour la protection du droit de la personnalité. Avant de mettre en place une véritable *théorie des droits subjectifs de la personnalité*, la puissance dans l'humanité va être

³⁴ La transition entre ces deux moments s'analyse au moyen de la philosophie juridique comme le passage d'une représentation quelque peu abstraite de la liberté proclamée par les droits de l'homme (dont la traçabilité se retrouve encore dans le titre du livre II du Code Civil qui s'intitule très génériquement « *des personnes* ») au traitement plus individuel et spécifique *des droits de la personnalité*.

³⁵ Pour un rapport de la puissance au droit subjectif établi dans la pensée de Duns Scott, V^o les analyses de O. Boulnois, *La puissance et son ombre*, *op. cit.*, p. 263 et s. ; L. Parisoli, *La philosophie normative de Jean Duns Scott*, Roma, Istituto Storico dei Capuccini, 2001, p. 200 et s.

³⁶ Ces trois notions consacrent toutes une certaine idée de la puissance de l'individu sur le réel, comme « puissance de la volonté » (*Willensmacht*) telle qu'elle s'exprime chez Puchta, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^{ème} éd., Frankfurt, 1906, p. 156 et s.

³⁷ Sur les rapports de la puissance, du pouvoir et de la liberté au regard du droit subjectif, V^o J.M. Trigeaud, *Liberté, pouvoir et puissance dans le langage des sources du droit*, dans *Droits premiers*, Bordeaux, Bière, p. 147 et s. Egalement, *Droit subjectif*, dans *Enc. Phi. Univ.*, *op. cit.*, t. I, p. 704 et s.

³⁸ Sur ce constat à l'intérieur même du droit fait par P. Roubier, « dans des lois d'une très grande perfection technique, et dans des sociétés où la plus puissante des autorités était mise au service de ces lois, on est parfois loin de la justice idéale du contenu », *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n^o 14, p. 120.

³⁹ Sur les rapports juridiques de cette puissance abstraite autonomisée associée à l'idéalisme du droit subjectif, V^o J.M. Trigeaud, *Droits premiers*, *op. cit.*, p. 164.

reconnue autour d'une série d'outils juridiques comme la *puissance d'agir*⁴⁰, la *propriété*⁴¹, le *patrimoine*⁴² ou encore le *droit subjectif*⁴³.

La personne humaine qui fait apparition au XX^{ème} siècle, au seuil de la reconnaissance des droits de la personnalité est une personne déjà juridiquement affaiblie : ce sont l'image, la voix, le corps, l'honneur, le travail, la vie familiale ou la vie privée qui apparaissent dans le prétoire comme autant d'intérêts dispersés prouvant que l'homme est l'objet d'un processus de fragmentation déjà bien amorcé⁴⁴.

SECTION 2. La matière des droits de la personnalité

16. Les temps modernes et les droits de la personnalité. - La notion de droits de la personnalité est d'apparition récente, que l'on situe simultanément à la fin du XIX^{ème} siècle dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique et anglo-saxone. On s'accorde à reconnaître que le Code civil ignorait cette réalité, consécutive de la place progressive de la personne humaine dans le droit.

Ce constat appelle une explication. Si les droits de la personnalité ne sont alors « pas pensés » comme ils peuvent l'être aujourd'hui, c'est en grande partie parce que les *structures mentales* qui permettent d'identifier certains phénomènes comme d'y répondre n'étaient, à l'époque pas modélisées.

Sens de la matérialité juridique. - D'après le sens donné aux mots⁴⁵, les droits ne sont pas constitués de matière, puisqu'ils sont avant tirés d'un *procédé intellectuel* qui aboutit à la création d'un *concept juridique*⁴⁶. La philosophie réaliste oblige à dépasser ce sens purement « corporel » de la matérialité⁴⁷, puisqu'elle désigne, de façon plus métaphysique, le *support qui existe en puissance au moment où l'opération intellectuelle va lui donner forme dans une existence individualisée*⁴⁸.

Ce faisant, concernant les droits de la personnalité, ce *support matériel* est édifié par un ensemble de *données juridiques* (§2) mais aussi *philosophiques* (§1)⁴⁹.

§1. - Les données philosophiques

⁴⁰ Cf. A. Boistel, *Cours de philosophie du droit, op. cit.*, t. 1, n° 40.

⁴¹ J.M. Trigeaud, *Propriété, Enc. Phi. Univ. op.cit.*, t. II., p. 2086.

⁴² Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, 1873, IX., § 573.

⁴³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, Dalloz, 1952, p. 39.

⁴⁴ Les droits de la personnalité sont alors agencés contre le fait des puissances *d'autrui*, colle le souligne F. Gény autour de « prérogatives inhérentes à la personne, et consistant en *puissances*, dont elle est investie, pour assurer, en quelque façon, sur elle-même, l'épanouissement de ses intérêts propres, vie, intégrité corporelle, individualité, liberté, dignité, honneur, intimité, etc », *Science et Technique en droit privé*, Paris, Sirey, 1924, III, n° 225.

⁴⁵ P. Ghrénassia, *Matière, Enc. Phi. Univ.*, Les notions, op.cit., t. II, p. 1566.

⁴⁶ F. Gény, *Science et Technique en droit privé*, III, *op. cit.*, n° 214 et s. Puis sur le droit subjectif, n° 224 et s.

⁴⁷ Pour des illustrations de cette philosophie, cf. Aristote, *Physique*, I ; G. Bachelard, *Le matérialisme rationnel*, Paris, 1953 ; F. Dagognet, *Rematérialiser*, Paris, Vrin, 1985.

⁴⁸ P. Aubenque, *La matière de l'intelligible*, Revue Philosophique de la France et de l'Etranger, 1982, p. 307 et s.

⁴⁹ Sur le rapport du droit construit au regard du matériau tiré de l'observation sociale ou d'un ensemble de données que l'on pourrait classer, v° les analyses classiques de F. Gény, *Science et technique en droit positif*, I, n° 32, puis vol. II, p. 369 et s. ; G. Renard, *Le Droit, La Logique et Le Bon Sens*, Paris, Sirey, 1925 p. 73 et s. ; *Le droit, l'ordre et la raison*, Paris, Sirey, 1927, p. 38 et s. ; également sur ce rapport du droit à la matière perçu par d'autres disciplines, J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles-Paris, 1935 p. 36 et s.

17. Les sources épistémologiques. - Pour une grande partie de la doctrine juridique, c'est *l'individualisme* agissant au cœur du droit qui serait à l'origine des droits de la personnalité. Cette assertion classique, que l'on retrouve déjà au XIX^{ème} chez Gierke⁵⁰, dispose d'un inconvénient majeur, puisqu'il aboutit le plus souvent hors du champ de la personnalité, dans un débat d'Ecoles portant les rapports du droit et de l'Etat à travers l'opposition du *bien individuel* au *bien commun* et au sacrifice de l'un sur l'autre⁵¹.

On peut éviter cet écueil en remontant vers d'autres sources moins prosaïques, plus *épistémologiques*, agissant à l'intérieur du droit, comme le *subjectivisme*, le *personnalisme* ou encore la *phénoménologie*.

A. - Le subjectivisme

18. Approche subjectiviste. - Le subjectivisme est l'espace de représentation qui se fonde d'abord sur la reconnaissance puis sur la connaissance du sujet comme principe de compréhension et d'organisation du réel. Plus qu'un simple courant de pensée, le subjectivisme devient un postulat de civilisation, à son tour légitimé par le langage du droit comme par ses qualifications.

19. Le rapport au droit : le cadre des situations juridiques. - Le rapport du subjectivisme dans le droit moderne occidental est sinon total, au moins intégral. Le subjectivisme agit en effet comme une fonction analytique qui développe une série de variables plus ou moins complexes dans le droit, à partir d'un domaine opératoire bien défini. Il n'est donc pas aisé d'en sortir, puisqu'il offre une grille de lecture en même temps qu'un cadre de représentation des *situations juridiques*⁵², articulant ce qui relève des attributs du sujet (le *droit subjectif*) et ce qui relève des caractères de la norme (le *droit objectif*)⁵³.

20. Evolution historique et juridique du subjectivisme. - Il va sans dire que l'importance donnée à la notion de sujet remonte l'histoire bien avant l'avènement du monde moderne, comme en témoigne Protagoras qui enseigne au V^{ème} siècle avant notre ère dans les rues d'Athènes que *l'homme est la mesure de toute chose*. Quelques décennies plus tard, suivant le précepte delphique du *connais-toi toi-même*, Platon avancera l'hypothèse, dans *l'Alcibiade*, d'une distinction dans le sujet entre ce qui est *à soi* et ce qui est *soi*⁵⁴.

⁵⁰ O. Gierke, *Deutsches privatrecht*, Leipzig, 1895 ; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen geistesgeschichte*, Tübingen, 1944.

⁵¹ Sur ce point v° le travail de M. Walline qui délimite la question, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat Montchrétien, 1949, 2^{ème} éd., p. 31 et s. ; également G. Radbruch, *Du droit individuel au droit social*, *APbD* 1931, p. 389 et s.

⁵² Sur ce point v° les critiques de P. Roubier, et son analyse précieuse de la notion de « situations juridiques » qui distingue les droits subjectifs au sens plein du terme définis comme des « prérogatives appropriées par les sujets, dont ils peuvent disposer comme de véritables biens » et à côté des situations juridiques objectives, v° *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1962, n° 2 et s.

⁵³ Il est en effet difficile de penser le droit subjectif, sans concevoir le rapport d'autorisation ou de dépendance couvert par la norme, ou par le droit objectif, M. Walline, *op. cit.* p. 122 et s.

⁵⁴ *Alcibiade*, 129b et 131a.

Mais ces réflexions associant l'homme et la conscience de soi, en tant que sujet, si riches soient-elles, ne servent pas encore de *paradigme* pour toute une culture⁵⁵. Elles ne concernent qu'une élite spirituelle en recherche de sagesse. Si l'homme se distingue des choses par sa nature, il reste avant tout *une substance*, fut-elle intelligible ou spirituelle⁵⁶. La notion de sujet, qui équivaut à celle de substance, désigne « ce qui est sous-jacent » (sous la forme de *l'ousia* ou *l'ypokeiménon*) qui réside dans toute *chose*. Rien de comparable avec *l'anthropomorphisme* moderne qui opère une disqualification de la chose (*objet*) au profit de l'homme (*sujet*).

Dans une logique juridique et politique, l'homme grec, qu'il soit *citoyen* ou *justiciable*, reste une partie du tout. Les lois de la cité sont tirées de l'ordre naturel des choses (*nomos kata phusis*), et le droit (*to dikaion*) n'est donc jamais conçu en terme de subjectivité. Si bien que l'on peut dire, après Michel Villey, qu'il n'y a pas *de trace de droits subjectifs* dans l'antiquité. De même, si à Rome la décision de droit (*juris dictio*) comprend l'art et la technique de *distribuer* et de *rétribuer* à chacun ce qui lui est du, en suivant la *nature des choses* (*de natura rerum*), il n'est encore une fois pas question de droit subjectif au sens moderne du mot⁵⁷.

C'est véritablement avec Descartes que s'installe la modernité⁵⁸. S'il n'est pas un philosophe du droit, comme le souligne S. Goyard-Fabre, son « ombre plane » sur la perception du monde par le droit⁵⁹. Sa manière d'interroger la chose conduit à la séparation méthodique des substances : la chose pensante (*res cogitans*), qui devient le sujet d'un côté, et celle qui est pensée ou étendue (*res extensa*), qui sera l'objet, de l'autre. Très vite, cette séparation métaphysique fait office d'axiome de la perception pour les sciences en général, comme pour le droit en particulier.

Entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle sous l'impulsion de la Seconde scolastique espagnole (Vitoria, Suarez, Las Casas...), puis sous l'autorité de l'École du droit de la nature et des gens (Grotius, Pufendorf, Wolf, Vattel, Barbeyrac...), et enfin sous l'influence des Contractualistes (Hobbes, Locke et Rousseau), le paradigme subjectiviste œuvre dans toute l'architecture de l'univers juridique.

En l'espace de trois siècles, le droit en tant que science, comme en tant que système de représentation a opéré sa propre révolution copernicienne. Alors que le droit traditionnel pouvait aussi bien faire état d'un droit *dans* les choses, comme des personnes *sans* droits, c'est désormais l'inverse. Le droit moderne se pense comme un droit qui part du sujet vers les choses et qui ne va pas de la chose vers le sujet. C'est pourquoi il n'y a plus de personnes sans droits, comme il n'y a plus de droit *dans* les choses (*in re*), mais des droits des personnes *sur* les choses (*ad rem*)⁶⁰.

⁵⁵ Th. S. Khun, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962.

⁵⁶ En comprenant l'univers, il est celui qui, selon la belle expression d'Heidegger, « depuis toujours [...] saute par-dessus les choses », *Qu'est-ce qu'une chose*, Paris, Gallimard, trad. J. Reboul et J. Taminiaux, 1972, p. 250.

⁵⁷ M. Villey, *Le droit romain*, Paris, PUF, 1946 ; également *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, RHD 1946-1947, p. 223 et s. ; sed contra J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, op. cit., p. 93 et s., *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, APhD, 1964, p. 21 et s., qui considère à l'encontre de M. Villey, que la prise en compte du destinataire dans l'échange est une forme de reconnaissance du droit subjectif.

⁵⁸ J. Brun, *Les conquêtes de l'homme et la séparation ontologique*, thèse Paris, PUF, 1961 ; F. Alquié, *La découverte métaphysique de l'homme chez Descartes*, Paris, PUF, 1966.

⁵⁹ S. Goyard-Fabre, *La chose juridique dans l'idéalisme moderne*, dans *APhD* 1979, p. 153 et s. ; J.-M. Trigeaud, *Le rationalisme cartésien et le droit*, dans *L'homme coupable*, Bordeaux, Bière, 1999, p. 73 et s.

⁶⁰ Sur les oppositions et les significations dans l'histoire du droit, du *jus in re*, *jus ad rem*, *jus in personam*, v° M. Villey, *Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, Rev. Hist. Droit, 1946, p. 201 et s. ; *Les origines de la notion de droit subjectif*, dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 221 et s.

Le droit des gens (*jus gentium*) n'est plus un droit des choses (*jus rerum*) : c'est un droit investi dans la reconnaissance d'un sujet universel, libre et égal de condition.

21. Les carences du subjectivisme dans la personnalité. - Si dans l'histoire juridique, le phénomène de personnification est lié au subjectivisme, celui-ci n'explique pas tout en matière de droit de la personnalité.

Plus que la *personne*, telle qu'on se la représente aujourd'hui derrière l'expression juridique de la personnalité, c'est *l'homme* représenté d'abord en tant que « sujet » qui est reconnu par le droit moderne, voire l'homme citoyen que consacre notamment la Déclaration des droits de l'homme. Il n'est alors pas question d'associer le droit garanti par l'Etat avec la personne. C'est pourquoi, lorsque la doctrine construit la notion de personnalité juridique comme un artifice juridique, elle est encore loin de lui reconnaître des *droits fondamentaux*.

On peut même avancer que, c'est en réaction à un subjectivisme devenu trop abstrait, identifiant *le sujet* avec *l'idée* qu'on pouvait, ou qu'on devait s'en faire, que va se construire le concept de droit de la personnalité.

B. - Le personalisme

22. Approche du personalisme - Parce qu'il se définit dès son origine par Ch. Renouvier comme une « doctrine de la personnalité »⁶¹, le personalisme va logiquement soutenir la relation juridique du droit à la personnalité⁶².

Le personalisme est un courant de pensée qui va s'élaborer *contre* la figure impériale du sujet *pour* une représentation plus *universelle* et en même temps plus *concrète* de la personne.

23. Evolution et apport. - Le terme de personalisme, formé à la fin du XIX^{ème} siècle mais peu utilisé va rencontrer après la guerre une fortune considérable. En France comme à l'étranger, de nombreux philosophes tels Berdiaeff, Scheller, Stern, Mounier, Laberthonnière, Maritain, Marcel, Lacroix, Guittou, Ricoeur, Nédoncelle, Le Senne, Lachièze... vont se réclamer du personalisme pour répondre d'une pensée protectrice de la personne⁶³. Plus qu'un *dogme* ou une *idéologie*, le personalisme se revendique comme une *philosophie* de la *valeur humaine*. Les démarches sont aussi diverses que les auteurs viennent d'horizons philosophiques différents. Elles s'attaquent pour l'essentiel à tout ce qui a pu faire que du sujet découvert, puis magnifié comme tel dans la culture occidentale, on en soi arrivé à un tel contresens. Elles reposent donc sur une analyse critique remontant aux origines d'un subjectivisme abstrait, trop oublieux du sujet véritable, de la substance qui fait être la personne dans sa réalité circonstanciée. C'est ainsi que

⁶¹ Selon les propres termes de Ch. Renouvier, *Le personalisme*, Paris, Félix Alcan, 1903.

⁶² Par exemple, B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, p. 7. Même si le concept de personnalité juridique se construit avec sa propre signification dans le langage du droit.

⁶³ Pour une bibliographie non exhaustive, D. de Rougemont, *Politique de la personne*, Paris, Je sers, 1934 ; G. Marcel, *Être et Avoir*, Paris, Aubier, 1935 ; N. Berdiaeff, *Cinq méditations sur l'existence*, Paris, Montaigne, 1936 ; M. Buber, *Je et tu*, Paris, Aubier, 1938 ; L. Laberthonnière, *Esquisse d'une philosophie personaliste*, Paris, Vrin, 1942 ; M. Nédoncelle, *La personne humaine et la nature*, Paris, Aubier, 1943 ; E. Mounier, *Le personalisme*, Paris, PUF, 1949 ; E. Mounier, *Qu'est-ce que le personalisme ?*, Paris, Seuil, 1947 ; G. Bastide, *Méditations pour une éthique de la personne* ; M. Deschoux, *Essai sur la personnalité*, Paris, PUF, 1949 ; L. Jerphagnon, *Qu'est-ce que la personne humaine ?*, Toulouse, Privat, 1961 ; J. Lacroix, *Le personalisme comme anti-idéologie*, Paris, PUF, 1972 ; F. Jacques, *Différence et subjectivité*, Paris, Aubier, 1982.

pour J. Lacroix, c'est en revenant sur la formulation prétendument universelle du cogito cartésien qui n'est qu'un « accident grammatical » qu'il faut opérer un travail de reconstruction. Pour M. Scheller, il faut dénoncer la morale kantienne désincarnée, fondée sur elle-même, étrangère à la sensibilité en réduisant la personne à l'activité rationnelle, ou à la construction d'activités volontaire conformes à la loi de la raison⁶⁴. Pour Ch. Renouvier c'est Fichte interprète de Kant, qui « en formulant le système du moi absolu, a détruit [...], la vraie notion de personnalité, en pensant lui donner un fondement inébranlable »⁶⁵.

Bref, la philosophie personaliste propose un retour à la personne contre le processus de déshumanisation avancé du monde. Elle cherche à dépasser les écueils d'une philosophie trop idéaliste du sujet et ceux d'une philosophie trop existentielle de l'individu, voués à l'agonie de la désincarnation ou de l'absurde.

24. Rapport aux droits de la personnalité. - On ne s'étonnera donc pas de suivre la récurrence de ces thèmes de recherche, de protection, d'analyse de la personne, dans la théorie des droits de la personnalité. On y retrouvera par analogie dans le domaine du droit, la vocation de défense de l'identité et de l'intimité de chacun, notamment dans sa qualité de justiciable, c'est-à-dire dans sa dimension juridique existentielle, que ce soit par la valorisation de son éminente dignité, la protection de sa vie privée, de son image, de son honneur, de son corps et de tous les attributs de la personnalité.

C. - La phénoménologie

25. Approche phénoménologique. - On peut immédiatement penser que l'influence de la phénoménologie sur les droits de la personnalité fût moins certaine que le personalisme, qui vise expressément les rapports de la personne et de la personnalité⁶⁶. Pourtant l'extraordinaire vitalité du mouvement phénoménologique (qui se mesure au regard de ses illustres continuateurs en France, que sont notamment G. Bachelard, M. Merleau-Ponty, P. Ricoeur, E. Levinas, J. Derrida, ou encore M. Henry) est bien réelle sur l'élaboration des droits.

26. Méthode. - C'est que l'importance de la phénoménologie s'apprécie plus en raison de sa *méthode*, qu'en tant *qu'objet de cette méthode*. Elle se propose en effet d'étudier le phénomène, non pas dans son contenu, en tant *qu'objet*, mais en tant que *mode d'apparition*⁶⁷. C'est cette distinction majeure que reprendra Heidegger en opposant le phénomène qui apparaît (« *das was sich zeigt* »), de l'acte d'apparaître (*phainesthai*) dans son étude sur *La méthode phénoménologique de la recherche*⁶⁸.

⁶⁴ M. Scheler, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, trad. Candillac, Paris, Gallimard, 1955, n° 4 et s.

⁶⁵ C. Renouvier, *Les dilemmes de la métaphysique pure*, Paris, PUF, 1927, p. 77.

⁶⁶ La notion apparaît pour la première fois dans l'œuvre de J. H. Lambert, *Le nouvel organon* en 1764. On la retrouve chez Kant, *Premiers principes métaphysiques de la science de la nature*, puis chez Hegel, *La phénoménologie de l'Esprit*, 1804, chez Fichte, ou encore chez Hartmann, *Phénoménologie de la conscience morale*, 1869. L'ouvrage « inaugural » est celui de E. Husserl, *Recherches logiques*, Paris, PUF, Epiméthée, 1953-1963 ; *Idées directrices pour une phénoménologie*, 1913, trad. S. Bachelard, Paris, PUF, Epiméthée, 2^{ème} éd. 1967, *Méditations cartésiennes*, 1931, trad. E. Levinas, Paris, Vrin, 1947.

⁶⁷ Ce qui l'intéresse, c'est le « comment de l'objet » (*Gegenstände im Wie*), non le contenu, cf. E. Husserl, *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, trad. H. Dussort, Paris, PUF, 1964, p. 157.

⁶⁸ M. Heidegger, *Être et Temps*, trad. F. Vezin, Paris, Gallimard, 1976, pp. 53-66.

La phénoménologie s'édifie dans le doute de *la séparation des substances*, opérant ainsi une réhabilitation du phénomène dans l'expérience de la subjectivité. On en tire une série de conséquences. La première invite le sujet percevant à se placer sans cesse devant les choses pour les interroger à nouveau, étant entendu que la connaissance dépend des manifestations renouvelées d'un phénomène dans la conscience. La phénoménologie nous appelle alors selon les mots de Husserl à *faire retour aux choses mêmes*. Cette méthode conduit à penser que l'objet de la représentation (véhiculé dans le langage commun ou des sciences), n'est pas un donné *prédéfini* et *figé* dans la conscience ou dans l'histoire. La seconde porte un regard critique sur l'appauvrissement des sciences en tant qu'elles figent leurs propres représentations dans l'espace des représentations collectives. Ce processus qui conduit à une perte inexorable de sens et qui nous met à distance des choses nous cache une manipulation de notre présence au monde. La redécouverte de la chose dans son mode d'apparition est donc une injonction à la proximité, le phénomène ne pouvant être saisi que par l'expérience de la chose vécue dans le cheminement de la conscience du sujet.

27. Phénoménologie et droits de la personnalité. - La phénoménologie intègre le droit comme méthode d'analyse et d'étude du phénomène normatif. Elle propose d'interroger et de suivre les modalités d'apparition d'un phénomène sur la conscience juridique⁶⁹. Cette méthode appelle donc à un cheminement renouvelé du droit, dans sa présence quotidienne au monde⁷⁰. La phénoménologie pousse la conception du droit vers son but, comme vers sa valeur.

Sur le plan des droits de la personnalité, cette vision nous exhorte à recevoir la personnalité comme le résultat d'une expérience nouvelle de la conscience juridique à travers les différentes sources normatives aux termes desquelles elle apparaît. Le droit devant pouvoir faire retour *aux choses mêmes* qui font la *personne*. *L'audace phénoménologique*⁷¹ va ainsi au-delà du simple étiquetage pour proposer une redécouverte de la personne, non sous l'angle du personnalisme quelque part marqué par une forme de christianisme social⁷², mais sous l'angle des manifestations objectives de l'expérience juridique.

§2. - Les données juridiques

28. Théorie singulière des droits de la personnalité et données juridiques. - Pour assurer certains intérêts liés à la conservation et à la protection de la personne humaine, la doctrine s'est efforcée de construire une *théorie singulière des droits de la personnalité*. Celle-ci s'est

⁶⁹ Sur ce point v° par ex J. Carbonnier pour qui « le mot *phénomène* est capital : il marque d'emblée l'intention de s'en tenir aux *apparences*, de renoncer à atteindre les *essences*. Mais c'est de phénomènes *juridiques* dont il s'agit », *Sociologie Juridique, op. cit.*, p. 16. La méthode phénoménologique permet donc de rappeler que « dans tout phénomène juridique il y a un fait (économique, géographique, démographique, etc.), ordonné normativement, selon des valeurs déterminées », M. Reale, *La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique*, APbD 1962, p. 52. Puis sur ces « éléments » qui fondent les trois dimensions de « l'expérience juridique » dans l'œuvre phénoménologique de M. Reale, *Teoria tridimensional do direito*, Sao polo, 1958, *Expérience et culture, Fondement d'une théorie générale de l'expérience*, Bordeaux, Bière, 1990.

⁷⁰ Sur cette approche v° A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.

⁷¹ S. Goyard-Fabre, *Essai critique phénoménologique du droit*, Paris, Klincksieck, 1972, p. 151 et s.

⁷² J. Lacroix, *La personne humaine et le droit*, APbD 1938, p. 174 et s.

construite de façon autonome, à partir des données juridiques existantes du *droit commun de la responsabilité civile* et du *droit des biens*.

L'effort s'est donc porté sur l'intégration de la *théorie de la personnalité* dans celle des *droits subjectifs*, donnant ainsi naissance aux *droits subjectifs de la personnalité* (A), délaissant progressivement et corrélativement la voie (rivale ou complémentaire) *des biens de la personnalité* (B).

A. - Les droits de la personnalité

29. L'articulation de la protection de la personnalité avec le droit subjectif. - La doctrine civiliste a forgé la notion des *droits de la personnalité* au moment où elle s'attachait à préciser les contours du *droit subjectif*. Les efforts des auteurs se sont portés vers la création d'un genre nouveau : *les droits subjectifs de la personnalité*, proches parents *des droits de l'homme*⁷³.

1° Droits de la personnalité et droits subjectifs

30. Le principe de l'adéquation tardive. - En dépit des objections virulentes dont ils furent l'objet de la part d'éminents auteurs⁷⁴, les droits de la personnalité sont aujourd'hui considérés par une majorité de la doctrine française comme *des droits subjectifs*⁷⁵.

Néanmoins, en dépit du subjectivisme qui conditionne notre représentation du droit, cette reconnaissance associant les éléments de la personnalité dans la catégorie des droits subjectifs fut tardive. Les raisons de ce décalage dans le temps sont nombreuses. Elles tiennent essentiellement au fait que la notion de droit subjectif, qui irriguait les fondements philosophiques du droit, était largement colorée d'essence *métaphysique*⁷⁶. Ce qui la rendait certainement *fertile* sur un plan spéculatif mais aussi *aride* pour une théorie judiciaire ayant besoin de définition précise à fin de qualification⁷⁷.

31. Les débats autour du droit subjectif. - Les débats autour du droit subjectif vont durer plus d'un siècle⁷⁸. La faute, sans doute, à l'accaparement du concept par la philosophie morale et politique qui n'avait jusqu'alors reçu l'adhésion totale de la communauté juridique : jugée trop abstraite, la notion de « droit subjectif » manquait de résonance pratique et technique.

⁷³ L. Husson, *Droits de l'homme et droits subjectifs*, APhD 1981, p. 345 et s.

⁷⁴ Sur ce point v° les critiques de Roubier dans la préface de la thèse de son élève R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939, mais aussi plus tard dans P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Sirey, 1963, p. 47 et s ; *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, APhD 1964, p. 83 et s.

⁷⁵ *Sed contra* v° Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2000-2001, n° 1308, n°1606.

⁷⁶ A propos du droit subjectif, Duguit expose « que cette notion est d'ordre purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes, et avec le réalisme, disons le mot, avec le positivisme de notre époque », *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit. p. 9 et 17; *Traité de droit constitutionnel*, 1911, p. 245 et s., à comp. avec Kelsen qui suspendra l'existence du droit subjectif à l'individualisation architectonique de la norme H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, Dalloz, p. 170 et s; rappelant par ailleurs que « ce droit au sens subjectif n'est pas quelque chose de différent du droit au sens objectif de la norme juridique », *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, pp. 179-180 ; ou à l'idée de « personification d'un ordre juridique partiel », *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, *Rev. Dr Pub. Sc. Pol.*, 1926, p. 573.

⁷⁷ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n° 224 p. 212 et s. spéc. p. 221 et 225.

⁷⁸ V° *infra* n°0 et s.

En témoignage en 1964 la parution aux *Archives de Philosophie du Droit*, d'une étude générale intitulée : *le droit subjectif en question*. Le Professeur Helmut Coing ouvre les contributions rappelant que « c'est au cours des temps moderne que l'Idée du droit subjectif a pris un sens »⁷⁹. L'ouvrage est l'occasion de rappeler la profusion conceptuelle de la notion dans le développement de la pensée juridique. Le droit subjectif fut successivement, alternativement, voire cumulativement, associé par les auteurs classiques à la reconnaissance d'une *volonté* comme chez Kant⁸⁰, d'un *pouvoir* chez Saleilles⁸¹, d'un *pouvoir de volonté* chez Savigny⁸² ou d'une *puissance de volonté* chez Windscheid⁸³. Il prend un autre contour dans la pensée objectiviste de Jhering⁸⁴, qui le définit comme un *intérêt juridiquement protégé*⁸⁵. Le subjectivisme conduit pour l'essentiel à reconnaître dans la forme du droit subjectif la libre expression *des facultés du sujet*⁸⁶ ; l'objectivisme vient suspendre la reconnaissance de cette prérogative à un *intérêt légitime reconnu dans les limites de la loi*⁸⁷.

Or les inconvénients liés à l'amplitude spéculative du droit subjectif finirent par dissimuler les avantages procurés par sa générosité conceptuelle. En retenant une conception étendue du droit subjectif, on en venait à considérer de la même façon la *liberté* et la *propriété*, sans pouvoir dissocier ce qui relevait des *facultés de la personnalité*, de l'expression précise d'un droit, dont le contenu demandait à être déterminé par ses *composantes* comme par ses *critères*. Autrement dit, c'est *l'essence même du droit subjectif* qui faisait défaut dans son *exigence technique*.

La pensée civiliste s'est donc employée durant le XX^{ème} à définir le droit subjectif dans des *contours juridiques précis*. Les *facultés* relayant la liberté du sujet, sa capacité à vouloir ou à consentir, ne furent pas considérées comme suffisamment opérantes dans la définition rigoureuse de la notion. La *liberté*, si capitale dans l'exercice du droit, apparut non pas comme étrangère au droit, mais comme « la souche commune de tous les droits »⁸⁸. Paul Roubier, s'opposant à Josserand, entreprit alors de discerner, au stade de la formation des *situations juridiques*, les *droits*, des *libertés*, des *facultés*. La liberté lui apparut distinctive par son caractère *inconditionné* et comme *une prérogative non définie ni causée*, débordant du cadre strictement juridique⁸⁹. Si la liberté pouvait être considérée comme un *principe sous-jacent à l'exercice du droit*, comme *un droit en puissance*, comme *antériorité*, elle ne pouvait désormais se confondre avec lui.

⁷⁹ H. Coing, Signification de la notion de droit subjectif, APhD 1964, p. 1 et s.

⁸⁰ Que l'on trouve chez Kant dans la *Doctrine du droit*, conformément au *théorème IV* de la *Critique de la raison pratique*, 1788.

⁸¹ R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, Rousseau, 1922, p. 546 et s.

⁸² Savigny, *Traité de droit romain*, Ch. Guenoux, Paris, 1840, t. 1, p. 7 et s.

⁸³ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Francfort, 1900.

⁸⁴ Qui se fait critique de ces représentations subjectives qui sont toutes liées aux *facultés* de l'individu. Sur ce point v° l'étude de M. Villey, *Le droit subjectif chez Jhering, Seize essais de philosophie du droit*, Paris Dalloz, 1969, p. 208 et s.

⁸⁵ Jhering, *Esprit du Droit romain*, tr. O. de Meulenaère, t. IV, 3^{ème} éd., § 70.

⁸⁶ Ici la notion de « *droit subjectif* se distingue malaisément de celle de *liberté publique* » ; même si la distinction se révèle d'autant plus nécessaire, F. Terré, *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux*, dans *Libertés et droits fondamentaux* (sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A Frison Roche, Th. Revet), Paris, Dalloz, 2011, p. n°3 et s.

⁸⁷ O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, th. Paris, 1931, n° 49.

⁸⁸ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 1039, n°203, p. 275. Les droits de la personnalité apparaissent comme une transcription proprement juridique de la liberté individuelle. L'analyse de la liberté faite par Josserand vaut alors pour des générations de civilistes : elle devient est une *virtualité de droit*. La liberté est un droit en *puissance* que le droit vient *actualiser* de façon positive.

⁸⁹ Sur les caractères généraux de la liberté, P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.* p. 147 et s.

32. L'articulation des droits subjectifs et des droits de la personnalité. - La reconnaissance progressive des droits de la personnalité participa indirectement au travail d'analyse du droit subjectif. On passa ainsi, en l'espace d'un demi siècle, d'une notion dont on pouvait initialement dénoncer le caractère « artificiel » à un concept désormais reconnu comme « indispensable » au fonctionnement du droit⁹⁰.

L'articulation de la protection de la *personnalité* par le *droit subjectif* peut être aisément suivie à travers trois grandes étapes consolidant avancées *prétoriennes*, évolutions *législatives* et analyses *doctrinales*.

La première se situe au tout début du 20^{ème} siècle, lorsque E. H Perreau, déplorant l'inexistence de « la moindre théorie générale sur ce sujet » marquée par « l'absence de principes déterminés », jette les bases d'une réflexion autour de l'expression « droits de la personnalité »⁹¹. Appelant de ses vœux la doctrine à mettre de l'ordre « dans cette matière touffue » à propos d'un contentieux essentiellement ouvert par l'action en responsabilité civile, il propose d'étudier ce qui distingue les *droits de la personnalité* des *droits patrimoniaux*⁹².

La seconde période s'ouvre vingt huit ans plus tard lorsque Robert Nerson dans sa thèse intitulée *Les droits extra-patrimoniaux* va définitivement sceller la vocation extra patrimoniale des droits de la personnalité (construits en opposition des droits patrimoniaux)⁹³. Cette initiative conduisit à isoler la nature extrapatrimoniale de certains droits, tout en ouvrant une interrogation sur la nature et sur la forme technique des droits subjectifs. Les travaux de Jean Dabin et de Paul Roubier opposés dans leurs appréciations des droits de la personnalité, fournirent les bases d'une compréhension détaillée et renouvelée de la figure du droit subjectif. Dépassant la controverse doctrinale Pierre Kayser dressa une liste de droits portant sur la personnalité⁹⁴ dont la jurisprudence et la plupart des auteurs se firent, par la suite, l'écho.

Mais une fois ce contenu délimité, il resta une dernière étape qui scella définitivement l'autonomie du droit subjectif sur la reconnaissance de l'action en justice qui lui était consubstantielle⁹⁵. La rédaction de l'art. 30 du nouveau Code de Procédure Civile de 1975 assimilant (sous condition de délimitation de l'objet précis de la prétention) l'action civile et le droit confirma les avancées de la doctrine judiciaire. C'est par le biais de l'action en justice visant à protéger un droit subjectif, que se dessine la forme définitive des droits de la personnalité.

Le droit de la personnalité est alors compris comme un droit subjectif, c'est-à-dire un pouvoir circonscrit autour d'un objet juridique reconnu comme tel, exercé par une volonté libre et autonome, protégé et sanctionné par une action en justice⁹⁶.

⁹⁰ J. Dabin, Le droit subjectif, op. cit. p. 50.

⁹¹ E. H. Perreau, Des droits de la personnalité, RTD civ 1909, p. 501 et s.

⁹² Rigoureusement parlant, écrit l'auteur, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles, ou, d'une façon plus générale, insusceptibles de conventions, ou un peu plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine », *Des droits de la personnalité*, op. cit., p. 517.

⁹³ Tels qu'il les présente dans l'introduction de sa thèse, chez Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique de Droit civil français*, T. III, *Les biens*, LGDJ, Paris, 1926, n° 51 et chez H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, Pedone, Paris, 1929, p. 9 ; *Les droits extra-patrimoniaux*, op. cit.

⁹⁴ P. Kayser, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTD civ. 1971, p. 445 et s.

⁹⁵ H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, APhD 1964, p. 215 et s.

⁹⁶ V° *infra*, n°408 et s.

33. L'originalité procédurale des droits de la personnalité. – *L'originalité* des droits de la personnalité se consolide par la *procédure de l'action* désormais *indépendante* du *droit commun de la responsabilité civile*.

Au départ protégée par le droit commun de l'action en réparation fondée sur la reconnaissance d'un préjudice, l'association de la personnalité au droit subjectif, aura pour effet de pouvoir faire cesser le trouble de la personnalité, indépendamment du préjudice ou de la nature de la faute. La protection de la personnalité peut désormais s'effectuer sans confusion possible, selon deux modalités complémentaires, l'une construite sur la reconnaissance du droit subjectif de la personnalité, l'autre dans l'action en responsabilité civile⁹⁷.

Au terme de cette évolution, la protection de la personnalité s'est émancipée du droit commun de la responsabilité civile comme de l'action pénale. Le titulaire du droit obtient réparation de la violation de son droit, sans qu'il lui soit nécessaire de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice consécutif à l'établissement d'une faute de l'auteur du dommage. L'atteinte devient condamnable a priori, sans que la personne concernée n'ait à faire la preuve d'un préjudice spécial qui l'affecte, ni de la faute de son auteur.

2° Droits de la personnalité et droits de l'homme

34. Rapports ambivalents. – Une fois reconnus dans leurs spécificités, la question de la valeur des droits subjectifs de la personnalité au regard des droits de l'homme restait posée. Les rapports des droits de la personnalité aux droits de l'homme demeurent aujourd'hui encore *ambivalents*. Ils couvrent dans la doctrine une série d'alternatives, qui va de l'assimilation pure et simple (*ce sont des droits de l'homme*) à l'exclusion radicale (*ce ne sont pas des droits de l'homme*), en passant par une conciliation sous la dénomination commune (*ce sont comme les droits de l'homme des droits fondamentaux*). Quelque soit l'option choisie, il faut en dégager les raisons.

35. L'association naturelle. – Pour toute une partie de la doctrine classique, les droits de la personnalité, quels que soient leurs formes, entreraient dans la famille des *droits de l'homme*⁹⁸.

C'est dans cette continuité que les premières évocations de droits de la personnalité apparaissent au XIX^{ème} siècle chez Toullier comme des « *droits de l'homme, dans l'état civil* »⁹⁹, ou encore chez Boistel qui les tire « *de l'essence même ... de la nature humaine* »¹⁰⁰. On retrouve semblable attitude chez Perreau, pour qui, en dépit de l'absence de dénomination précise, plusieurs droits de la personnalité auraient été proclamés dans les diverses *Déclarations des droits* de l'époque révolutionnaire ; « le plus souvent reconnus derrière les lois pénales (droit à la vie, à la santé, à l'honneur, à la liberté physique, etc), quelquefois par des lois administratives (liberté religieuse, liberté des funérailles, liberté d'association), dans certains cas par les lois ouvrières (droit à

⁹⁷ L'action en cessation n'excluant pas une action en réparation ; J.C Saint-Pau, *La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile*, Mélanges H. Groutel, Paris, Lexis-Nexis, 2006, p. 405 et s.

⁹⁸ Longtemps pour la pensée juridique les diverses déclarations des Droits de l'homme « prennent le mot dans le sens de droit subjectif », H. Levy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1975, p. 6.

⁹⁹ Ch. Toullier, *Le droit civil suivant l'ordre du code*, Paris, Warée, Vol. I, n° 211 p. 182.

¹⁰⁰ A. Boistel, *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, op. cit., p. 155.

l'activité physique, droit syndical), plus rarement par les lois civiles (état des personnes, aptitude aux charges protectrices des incapables, comme tuteur, curateur, etc.) »¹⁰¹.

L'association des droits de la personnalité aux droits de l'homme semble donc aussi légitime qu'elle traduit l'attachement du droit au *genre humain*¹⁰². Si elle va de soi, c'est qu'elle suit le *syllogisme* qui rattache la personnalité à la nature humaine. C'est ainsi qu'en considérant les droits de l'homme comme ceux qui appartiennent à tout homme, et la personnalité juridique comme l'enveloppe juridique de cette humanité qui va de la naissance à la mort ; on en déduit que la personne juridique se confond avec la personne physique. On ne saurait par conséquent distinguer les droits de la personnalité et ceux de l'homme puisqu'ils sont logiquement l'expression de ceux-là.

Si la personnalité est une caractéristique de l'homme, en tant qu'existant concrètement, c'est qu'il n'y a pas de différence de *nature* entre les droits de l'homme et les droits de la personnalité, mais seulement des *singularités* dans leurs existences concrètes. Dans cette perspective, que l'on peut qualifier de « naturaliste »¹⁰³, les droits de la personnalité ne feraient *qu'actualiser des droits de l'homme* déclarés à une époque et à un temps donné¹⁰⁴. Cette position répond à une vision classique *jusnaturaliste* faisant dépendre l'effectivité du droit positif à des principes communs qu'il faut mettre en œuvre selon les époques et les lieux¹⁰⁵.

36. La distinction positive. - L'argument *positiviste*, dans un sens contraire, tendrait à voir dans cette reconnaissance tardive et décalée dans le temps, la preuve formelle d'une *distinction positive* entre ces deux types de droits, sur laquelle viendrait se greffer une différence de *valeur normative* entre les différentes générations de droits.

Aux droits de *l'homme initiaux* (*naturels et politiques*), se seraient succédés les droits *économiques et sociaux* (*droits créances*), auxquels se seraient rajoutés les droits *de la personnalité*, venant brouiller la cohérence des droits « cruciaux » ou « essentiels ». Par leur hétérogénéité, le cortège des droits de la personnalité viendrait *infléchir* l'architecture des droits de l'homme. Les droits de la personnalité seraient alors aussi « généraux dans leurs formulations, qu'incertains dans leur contenu »¹⁰⁶, parce

¹⁰¹ E. H. Perreau, Des droits de la personnalité, op. cit., p. 502.

¹⁰² M. Amiaud, *Rapport sur les droits de la personnalité*, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1947, p. 82.

¹⁰³ Le *naturalisme* ou *jusnaturalisme* est fondée sur la compréhension classique d'une *nature juridique des choses* que la modernité associe à la *nature de l'homme*, Sur ce point v° les analyses de M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2002, p. 51 et s, du même auteur : *Abrégé de droit naturel classique*, APhD 1961, p. 25 et s ; A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris PUF 1992.

¹⁰⁴ Dans cette logique, Esmein rassemblera les *droits de la personnalité* et les *biens innés* comme « les droits individuels ou libertés publiques affirmées par les déclarations des droits de l'homme : droit à l'intégrité du corps, au respect de la pensée et de la vie intime, de la réputation et de la libre intimité », v° Aubry et Rau, par Esmein, *Cours de droit civil français*, 1953, 6^{ème} éd., t. IX, n° 574.

¹⁰⁵ C'est la position adoptée par Boistel, à propos des biens de la personnalité, qui considère que : « s'ils ne figurent pas dans les Codes relatifs au droit civils, c'est qu'étant très simples et ne donnant pas lieu à des conflits sérieux [ils n'appellent] pas une réglementation détaillée », *Cours...*, op.cit., p. 176.

¹⁰⁶ V° D. Lévis, qui expose que la personne humaine visée par les droits de la personnalité, n'a pas les qualités du citoyen et de l'individu, et qu'en conséquence, « les droits qui s'y attachent et qui servent à la définir, couvrent un espace plus vaste, plus concret, mais assurément plus flou », *L'instauration d'un ordre de prééminence des droits fondamentaux*, RFDr. Const. 2010, p. 693 et s, spéc. p. 709 et 712.

qu'en substance, ils viendraient « régir ce qui, originellement, relevait de la seule liberté des individus »¹⁰⁷.

Autrement dit, dans cette perception purement formaliste des droits de l'homme, la multiplication des droits de la personnalité finirait par nuire à la cohérence des *droits initiaux*, limités en nombre comme en qualité. Les premiers formeraient un socle tiré de l'intérêt de l'existence de l'individu alors que les seconds viendraient affaiblir l'unité de fonctionnement hiérarchique entre les générations de droits.

37. L'intégration légitime. - Reste une troisième voie, dissociant les droits de la personnalité des droits de l'homme, tout en les rassemblant sous *l'unité* de genre des *droits fondamentaux*.

Dans cette perspective, les droits de la personnalité échappent aux objections philosophiques et politiques que firent Burke (*Réflexions sur la révolution de France*, 1790), Bentham (*Sophismes anarchiques*, 1829), Marx (*La question juive*, 1843), ou encore H. Arendt (*L'impérialisme*, 1951), en leurs temps à l'endroit des droits de l'homme¹⁰⁸.

Moins *idéologiques*¹⁰⁹, les droits de la personnalité ne seraient pas tant l'émanation de la puissance du politique que l'expression des forces pragmatiques du prétoire. Moins *abstraites*¹¹⁰, les droits de la personnalité échapperaient aux critiques attachées à la représentation générique de l'humanité, pour veiller la personne humaine dans son existence concrète. Plus *universels*¹¹¹, les droits de la personnalité permettraient de rendre compte de l'ensemble des figures de l'humanité, qu'elle soit personne, homme ou citoyen¹¹².

Aucune des perspectives *confusionnelles* ou *séparatistes* ne semble donc totalement satisfaisante. On trouve néanmoins en doctrine des *associations d'équivalence* entre les *droits de la personnalité*, les *droits de l'homme*, les *droits primordiaux*, ou encore les *droits fondamentaux*. Cette similitude ne va pas sans poser problème pour de nombreux auteurs, qui, tentant d'isoler chaque expression par son contenu comme par sa valeur, s'engagent alors dans un véritable « cauchemar » sémantique¹¹³.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 711. Cet avis constitue un contresens au regard des avancées de la doctrine privatiste en la matière, puisque ce qui caractérise le droit subjectif de la personnalité est justement son contenu technique, comme son objet circonscrit, v° *infra* n°424 et s.

¹⁰⁸ B. Binoche, *Les critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1996 ; M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.

¹⁰⁹ Sur cet aspect idéologique relevant que les droits de l'homme qui ne sont que des idéaux et ne constituent pas un progrès réel de droit, v° M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18 et s.

¹¹⁰ Pour cette représentation très « individualiste du droit » selon laquelle « la première place à la personne physique de l'homme, l'envisage en quelque sorte abstraitement dans son entité individuelle, abstraction faite de ses modalités ou différenciations », P. Roubier, *Théorie générale du droit*, *op. cit.* n° 29.

¹¹¹ V° Encyclique Jean XXIII, *Pacem in Terris*, 1962.

¹¹² L. Legaz Lacambra, *La noción jurídica de persona humana y los derechos del hombre*, *Revista de Estudios Políticos*, 1951, p. 15 et s.

¹¹³ E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, *AJDA*, n° spéc. 1998, p. 6 et s ; R. Sève, *Les droits de l'homme sont-ils vraiment fondamentaux ? Ethique et droits fondamentaux*, 1989, p. 16 et s ; N. Molfessis, *Droit fondamental. Un label incontrôlé*, *JCP G* 2009, n°25, p. 58 et s ; P. Wachsmann, *L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux"*, *RUDH* 2004, p. 40 ; D. Rousseau, *Droits fondamentaux*, dans L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 372 et s.

Pourtant, en dépit des critiques dont elle peut être l'objet, la dénomination récente de *droit fondamental*¹¹⁴, permettrait sans doute d'apaiser, sinon de clore le débat¹¹⁵.

En réalité, par delà leurs différences, l'évolution générale des déclarations montre leur *indivisibilité*¹¹⁶ et leur *complémentarité*¹¹⁷ : au droit public la garantie politique des droits de l'homme en qualité de citoyen dans l'Etat¹¹⁸, au droit privé « le respect des droits primordiaux de la personne humaine dans les relations entre particuliers »¹¹⁹. On peut désormais insister sur l'interdépendance des libertés civiles et des libertés publiques¹²⁰. Il existe un dénominateur commun de ces différents droits dans « la protection de la personne, contre toute atteinte grave qui peut lui être portée, qu'elle qu'en soit la cause »¹²¹.

B. - Les biens de la personnalité

38. Substitution terminologique et alternative doctrinale. - L'expression *biens de la personnalité* réapparaît de temps à autre sous la plume d'auteurs pour désigner les *droits subjectifs de la personnalité*. Cette substitution terminologique des « biens » à la place des « droits » peut être considérée comme un *abus de langage*, comme elle peut révéler une véritable *alternative doctrinale*.

39. L'hypothèse concurrente. - Il est vrai que la théorie des droits de la personnalité s'est construite dans une *concurrence* entre le droit des biens et le droit des personnes. La doctrine s'est progressivement ralliée au droit des personnes écartant les avancées du droit des biens hors du champ de la personnalité.

C'est ainsi que, dès le début du XX^{ème} siècle, les maîtres du droit civil se sont rattachés à la construction germanique de la personnalité importée en France par Roguin via la Suisse, qu'ils ont simultanément intégrée à la notion de patrimonialité théorisée par Zachariae, elle-même relayée par Aubry et Rau. La majorité des auteurs ont alors progressivement écartés les biens de la personnalité de la sphère de la patrimonialité et de la propriété¹²².

Cette attitude théorique n'est pas exempte de critiques : la première invite à sortir de la confusion initiée par Savigny entre le sujet et l'objet de droit, la seconde, inspirée par une

¹¹⁴ Sur l'historique de la notion v° M. L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, LPA, 6 mai 1994, n° 54 p. 6 et s ; M. Delmas Marty, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996, p. 11 et s ; E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, p. 6 et s.

¹¹⁵ R. Sève pour qui la doctrine des droits de l'homme est aujourd'hui reconnue sous les expressions « droits de la personne », ou « droits et libertés fondamentaux », *Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie, dans Liberté et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶ Sur cette impulsion nouvelle d'une importance exceptionnelle essayant de saisir « indivisiblement l'ensemble des droits et des facultés sans lesquels l'être humain ne peut développer pleinement sa personnalité », v° R. Cassin, *Droits de l'homme et méthode comparative*, RIDC 1968, p. 449 et s, spéc. n°49.

¹¹⁷ G. Cornu, *Les personnes, op. cit.*, n° 26.

¹¹⁸ Tsikilitiras, La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français, Th, Paris, II, 1988.

¹¹⁹ G. Cornu, *Les personnes, op. cit.*, n° 26.

¹²⁰ J. Carbonnier, *Les personnes, op. cit.*, n° 82.

¹²¹ E. Dreyer, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, D. 2006, Chr. 748, spéc. 749.

¹²² *Sed contra*, la théorie de F. Zenati-Castaing et de Th. Revet pour qui : « dans son principe la protection de la personne humaine n'est pas une technique différente de la protection des biens », *Manuel de droit des personnes, op. cit.*, n° 250. Les auteurs exposent par ailleurs, que : « l'opposition prétendue des droits de la personnalité au droit de propriété est artificielle... », *Manuel de droit des personnes, op. cit.*, n° 257.

renovation de la théorie de la propriété conduite par Frédéric Zenati¹²³, propose d'envisager la personnalité comme un *bien non fongible* et situé *hors du patrimoine*.

1° Confusion du sujet de droit et de l'objet de droit

40. La distinction nécessaire. - En distinguant la personne juridique des éléments qui la composent, on peut dissocier ce qui relève du *sujet de droit* de ce qui peut être envisagé comme *objet de droit*. Cette variation entre le sujet et l'objet est traditionnellement condamnée par le subjectivisme juridique¹²⁴, qui associe la personne humaine et la personne juridique dans la figure du sujet de droit, refusant de concevoir ce même sujet en sa qualité d'objet, sous peine de dénaturer la première qualification. Ce qui reviendrait à *humaniser* l'objet de droit et à *déshumaniser* le sujet de droit¹²⁵.

En réalité, cette interdiction peut être perçue comme une sorte de *paralogisme juridique* reposant sur la confusion de la personne juridique et de la personne humaine qu'elle représente¹²⁶. Or la personnalité juridique n'est qu'un artefact par lequel la personne humaine considérée en tant que sujet de droit exerce ses droits sur des objets. Rien n'empêche alors de concevoir l'individu en sa qualité de sujet d'un côté, et de le percevoir, de l'autre côté, comme objet de ces mêmes droits¹²⁷. Si dans un sens subjectiviste, la personne est nécessairement sujet *de* droit, elle est aussi dans une perspective objectiviste, sujet *dans* le droit. La personne constitue par elle-même un « intérêt juridique » ; c'est une chose du droit, entendue comme « réalité objective » protégée par le droit subjectif dont elle dispose en tant que sujet.

2° Le droit de propriété et les droits de la personnalité

41. Retour sur les concepts de propriété, de biens innés, de patrimonialité et de patrimoine. - Certains auteurs n'écartent pas le droit de propriété des droits de la personnalité, envisageant ces derniers, comme des biens. Cette hypothèse doctrinale repose sur une rénovation des notions de *patrimonialité*, de *biens innés* comme de la *propriété* autour du *patrimoine* et des droits de la *personnalité*.

42. Le patrimoine. - Le patrimoine juridique tel qu'il est aujourd'hui perçu en France est largement dépendant du cadre intellectuel posé par Charles Aubry et Charles Rau à partir de

¹²³ F. Zenati, *La nature juridique de la propriété. Contribution à l'étude du droit subjectif*, Th., Lyon, 1981 ; du même auteur, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD civ. 1983, p. 305 et s.

¹²⁴ Encadré par le subjectivisme philosophique qui ne peut conduire l'esprit vers des variations entre le sujet et l'objet. Sur ce point v° E. Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie*, op. cit., 4^{ème} éd., p. 32 et s.

¹²⁵ S. Goyard-Fabre, *Sujet et objet de droit. Défense de l'humanisme*, Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen, t. 22, p. 9 et s.

¹²⁶ V° notre étude sur ce problème en droit de l'erreur sur le paralogisme naturaliste humien, *APbD* 1997, T. 41, p. 557 et s.

¹²⁷ Pour qui accepte de ne pas voir dans la chose qu'une simple étendue matérielle mais l'objet d'une perception, l'analyse peut être inversée puisque celui-ci qui à son tour peut être envisagée comme substance, sujet de propriétés ; V° par exemple les analyses de J.L. Vullierme, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, *APbD* 1979, op. cit. p. 31 et s ; également G. R. Dherbey, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, op.cit., p. 129.

1837¹²⁸. L'héritage des auteurs strasbourgeois sera reçu par des générations de juristes, et les alternatives critiques qui seront proposées (si profondes soient elles) ¹²⁹ n'infléchiront que modérément le poids de la tradition, tant elle comporte de nombreux avantages¹³⁰, et même si, en matière de droit de la personnalité, elle soulève de nombreuses difficultés.

Pour rappel, le patrimoine y est défini comme « l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme une universalité de droit »¹³¹. D'où, son importance radicale, au moment de saisir les biens dans le ressort du *patrimoine* et de la *patrimonialité*¹³².

Aubry et Rau, vont engager l'acception du bien selon une double critériologie : l'une fait dépendre la patrimonialité d'une *puissance*¹³³, d'une *capacité* du bien à entrer, à rester, comme à sortir du patrimoine (que l'on retrouve derrière la notion de *disponibilité*)¹³⁴. L'autre, qui va s'imposer dans la pratique juridique consiste à analyser les biens dans leurs *fongibilités*, comme des *valeurs pécuniaires*¹³⁵. Parce qu'ils sont juridiquement fongibles, les biens sont interchangeable et peuvent être évalués sous une mesure commune : l'argent¹³⁶. On mesure d'emblée les avantages d'une telle association dans le rapport des pratiques juridiques et commerciales. Celle-ci dispose néanmoins d'un inconvénient majeur, puisqu'elle finit par dissoudre la patrimonialité dans la *valeur économique* ; ce qui est patrimonial devenant synonyme de *valeur pécuniaire*.

Certains auteurs tenteront de rompre l'association, en montrant que, la patrimonialité qui est une qualité distinctive dans le langage juridique n'est pas le calque de la commercialité qui est un critère économique¹³⁷. Mais la pression de l'usage et des pratiques sur le patrimoine, notamment au regard du gage en général, tendra à généraliser la substitution, surtout en considérant que *l'échange juridique* se double d'un échange de *valeurs*, qui en cas de défaillance du débiteur, se trouve sanctionné par le droit sous forme de compensation pécuniaire¹³⁸.

¹²⁸ *Cours de droit civil français de M. C. S Zachariae*, (traduit de l'allemand par Ch. M. Aubry et F. Ch. Rau), Strasbourg, Lagier éditeur, 1837. Il s'agit de la traduction de l'édition allemande de 1827.

¹²⁹ A. Sériaux, La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, 801 et s ; Heurs et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, dans Aubry et Rau ; Leurs œuvres leur enseignement, op. cit., p. 78 et s, spéc. p. 79 ; M. Fabre Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ 1997, p. 583 et s

¹³⁰ F. Cohet-Cordey, La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, RTD civ. 1996, 819 et s.

¹³¹ Nous empruntons l'édition de 1873 pour les références ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode Zacharie*, t. 6, 1873, § 573 n°1 ; « un et indivisible, comme la personnalité même », § 574, n° 1.

¹³² C. Grzegorzcyk, Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? APhD 1979, p. 259 et s ; J.-M. Trigeaud, Les biens, Enc. Phi. Uni., op. cit. p. 232 et s.

¹³³ Les auteurs rappellent que : « le mot allemand *Vermogen*, qui signifie à la fois *pouvoir* et *patrimoine*. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique... », *ibid.*, § 573, note 6.

¹³⁴ C'est dans ce contexte que les objets du patrimoine « sont soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté et à l'action d'un même pouvoir juridique », *ibid.*, § 573.

¹³⁵ « Le patrimoine, considéré comme un ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même en définitive, pareille valeur », *ibid.*, § 573, n° 3.

¹³⁶ « Les éléments dont se composent le patrimoine se ramenant tous, en qualité de biens, à l'idée commune de valeur pécuniaire, revêtent pas cela même, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles », « De la fongibilité des éléments du patrimoine », *ibid.*, § 575, n° 1.

¹³⁷ Une autre perspective permettrait d'envisager la patrimonialité comme *l'aptitude à l'échange* (ce qui peut avoir des connaissances monétaires, mais qui ne saurait en dépendre) qui finit par identifier patrimonialité et disponibilité, sur ce point v° A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, op. cit., p. 801 et s.

¹³⁸ Mais n'est-ce pas confondre le bien et sa valeur en argent, comme un état de son effet ? Même si Aubry et Rau considèrent que le patrimoine est une abstraction, n'assiste-t-on pas ici à une double abstraction de la chose dans la

La qualification de biens de la personnalité ne peut donc se faire que dans une compréhension renouvelée de la théorie du patrimoine.

43. Personnalité et patrimoine. - Personnalité et patrimoine sont au départ reliés par un lien étroit dans la théorie d'Aubry et Rau, parce que « l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité »¹³⁹, ou encore parce qu'il est « l'émanation de la personnalité »¹⁴⁰. Cette liaison intime est également la preuve du subjectivisme profond qui sous-tend la théorie du patrimoine exposée par Aubry et Rau¹⁴¹. Le patrimoine constitue donc le cadre initial légitime d'une réflexion sur les attributs de la personnalité¹⁴² (même si la doctrine ultérieure va très vite considérer les droits de la personnalité hors du patrimoine).

44. Personnalité et droit extra-patrimonial. – En retenant la valeur pécuniaire comme critère essentiel de définition du bien patrimonial, il paraît clair que les droits de la personnalité ne sont pas des droits patrimoniaux.

C'est l'analyse induite par Perreau constatant que « d'après l'opinion reçue, [...], les droits patrimoniaux, sont ceux qui portent sur les biens [...]. Par une définition négative, nous engloberons tous les autres sous la rubrique droits de la personnalité ». L'opposition du patrimonial et de l'extra-patrimonial est poursuivie et scellée par la thèse de Nerson ; les droits de la personnalité sont définitivement placés hors du patrimoine¹⁴³.

Mais la frontière entre le patrimonial et l'extra-patrimonial s'avère « flottante », lorsqu'une chose, considérée en dehors du patrimoine peut faire l'objet d'échange¹⁴⁴. Ce qui conduit F. Zenati-Castaing et Th. Revet à affirmer que la théorie des droits de la personnalité est désormais « entravée par la distinction de patrimonial et de l'extra-patrimonial » laquelle est « inapte à rendre compte des nuances de la réalité »¹⁴⁵.

45. Les biens innés. – On considère ensuite largement, que la notion de *biens innés* annonce très tôt l'avènement des droits de la personnalité¹⁴⁶. Les biens innés se comprennent comme des « objets qui se confondent avec l'existence même de la personne ». Si leur définition n'a pas

qualification par sa valeur monétaire ? Sur cette double dématérialisation v° notre *La terre et le droit*, *op. cit.*, n° 246 et s. Sur son fonctionnement F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁹ Cours de droit civil français d'après la méthode Zacharie, *op. cit.*, § 573, n° 1.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 573, n° 4.

¹⁴¹ Pour F. Zenati, « la théorie d'Aubry et Rau « subjectivise » un patrimoine qui, dans une acception romain, n'est qu'une masse de biens », *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *op. cit.*, p. 319. Dans le même sens, J. M. Trigeaud qui critique l'inspiration de l'idéalisme kantien dans cette représentation du patrimoine, *Les biens*, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴² Les auteurs ajoutent « le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme » ; § 573, note 6.

¹⁴³

¹⁴⁴ P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTD civ. 1966. 185 et s ; Ch. Atias, La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit un utile face à face, RRJ 1987, II, p. 477 et s.

¹⁴⁵ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 257. Pour F. Zenati en distinguant les droits patrimoniaux des droits extra-patrimoniaux, « on est allé au delà de leur pensée (Aubry et Rau) en attribuant au patrimoine la vertu de réduire les biens au contenu d'un patrimoine étriqué », *op. cit.*, p. 463.

¹⁴⁶ D. Deroussin, Personnalité et biens innés chez Aubry et Rau : entre nature et abstraction, dans Aubry et Rau, *Leurs œuvres leurs enseignements*, *op. cit.*, p. 91 et s.

totalelement convaincu la doctrine par la suite, elle est à l'époque à la fois retenue, exposée avec réserve par Demogue¹⁴⁷, Demantes¹⁴⁸ ou encore Boistel¹⁴⁹ pour qualifier l'honneur, la voix, le secret des correspondances, ou encore le patrimoine¹⁵⁰.

L'étude de cette catégorie de biens est contrariée par une difficulté. Les auteurs strasbourgeois ne le cachent pas¹⁵¹. Pour eux, « en pure théorie, le patrimoine comprend indistinctement les biens innés et les biens à venir »¹⁵². Or, compte tenu de l'association des biens du patrimoine à la fongibilité comme à la pécuniarité, leur statut pose problème. Certes, ils ouvrent, en cas de lésion, la possibilité d'une action en réparation, dont on saisit le caractère pécuniaire. Mais cela ne suffit pas pour les comparer aux *biens acquis*, susceptibles d'entrer dans le commerce des choses. Pour toutes ces raisons, ils sont donc théoriquement entrés dans le patrimoine, pour y être quasi simultanément écartés¹⁵³.

Les biens innés sont donc à l'articulation métaphysique de l'être au fondement de la liberté et de la personnalité et de l'avoir juridique dont il faut bien reconnaître que le droit, en raison même de cette nature, a du mal à fixer le régime¹⁵⁴. Ce n'est qu'en revenant sur l'étude de la théorie générale des droits de la personnalité, en considérant la personnalité comme un bien¹⁵⁵, que les biens constitutifs de cette personnalité peuvent être envisagés comme des biens innés¹⁵⁶.

46. La propriété des biens de la personnalité. – Mais à regarder la personnalité comme un bien, faut-il pouvoir l'analyser sous l'archétype du droit subjectif qu'est la propriété. L'idée est rejetée par une majorité d'auteurs l'estimant aussi bien équivoque, qu'impropre à la matière¹⁵⁷. Pour autant, il existe une analogie forte, qui peut être pensée comme une véritable propriété sur

¹⁴⁷ Demante, *Cours analytique de Code Civil*, Paris, 1848, t. 1, n° 15.

¹⁴⁸ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1865, t. 3, n° 30.

¹⁴⁹ Boistel, *Cours de philosophie du droit*, op. cit., § 98 et 131.

¹⁵⁰ Pour Aubry et Rau, le « patrimoine lui même constitue un bien inné en ce sens qu'il est inhérent à sa personnalité même », *Ibid.*, § 577.

¹⁵¹ Tout simplement parce qu'elle relève d'une adaptation juridique inspirée de la notion de droits innés contenu dans la métaphysique des mœurs de Kant. Sur ce point v° A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, n° 32 et s. M. Xifaras, *Propriété et Justice. Recherche sur les modes de conceptualisation de la propriété chez les commentateurs de Code Napoléon*, th. Besançon, 2001, p. 296 et s ; D. Deroussin, *Personnalité et biens innés chez Aubry et Rau : entre nature et abstraction*, op.cit., p. 106, note 91.

¹⁵² *Ibid.*, §573, n°2.

¹⁵³ Selon Aubry et Rau : « En théorie pure, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement et notamment les biens innés et les biens à venir. Le droit français s'est conformé à cette théorie, en ce qui concerne les biens à venir... Mais il s'en est écarté en ce qui concerne les biens innés », *Cours de droit civil français*, 1873, IX, § 573, *Contra* F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 263.

¹⁵⁴ Ce que résume parfaitement D. Deroussin, pour qui : « La notion de biens innés n'est pas dépourvue d'ambiguïté...partant pourtant de l'être, de l'adhésion à la personne, leur définition nous transporte dans le monde de l'avoir, de l'extériorité », *Personnalité et biens innés chez Aubry et Rau : entre nature et abstraction*, op.cit., p. 108.

¹⁵⁵ « La notion de personnalité induit per elle-même la qualification de bien,... Il n'y a pas de bien plus précieux que la personnalité parce qu'elle n'existe qu'en un seul exemplaire, et est rebelle à toute fongibilité », *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 260, plus loin : « La structure caractéristique du droit de propriété constitue le critère du droit de la personnalité », *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 262.

¹⁵⁶ « Les biens constitutifs de la personnalité sont des biens innés, des biens dont la possession est inhérente à la situation objective d'existence humaine. Ces biens et les droits dont ils sont l'objet s'acquièrent de plein droit avec l'apparition de la personnalité juridique », *Manuel de droit des personnes*, op. cit., n° 263.

¹⁵⁷ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, op. cit., n° 26 ; pour une série de critiques v° *infra*, n°523 et s.

les attributs de la personnalité¹⁵⁸. Sous cet angle, la nature juridique des droits de la personnalité peut être qualifiée de bien¹⁵⁹.

C'est la position de F. Zenati, qui considère qu'en raison d'un déclin de « l'esprit philosophique », la doctrine a donné une « lecture minimaliste de la propriété »¹⁶⁰. Celle-ci peut servir de modèle à l'endroit où elle avait précisément été écartée. En réalité, la structure même de la propriété, comme modèle de droit subjectif n'est jamais loin des théories les plus abouties du droit subjectif¹⁶¹. Il est vrai que la notion est devenue emblématique d'un droit épuisant son objet, servant d'alibi pour rejeter une certaine conception abusive de la relation de l'homme aux choses. F. Zenati et Th. Revet vont alors jusqu'à affirmer que « la prérogative ayant pour objet la personnalité est un droit de propriété »¹⁶². Ce droit en qualité ne rentre pas dans le patrimoine, puisque c'est « l'instrument par lequel la chose devient un bien »¹⁶³. Rien n'empêche alors de concevoir que ce droit puisse saisir non seulement des biens entrant dans le patrimoine, et qui seront cessibles, soumis, comme des biens extérieurs au patrimoine¹⁶⁴.

On retrouve dans le domaine de la personnalité les caractères traditionnels de la propriété que sont l'exclusivité, l'absolutisme et la perpétuité¹⁶⁵. Les déclinaisons du droit des biens, qui vont de la rareté à l'utilité fondent un rapport d'exclusivité et de non-fongibilité de la personne sur les éléments de la personnalité. La perpétuité caractérise ce droit attaché à la personne, non à la chose, et qui s'éteint au décès de son titulaire. L'absolutisme est reconnu dans le pouvoir de consentir dans sa sphère d'autonomie à certaines atteintes, dans les limites fixées par la loi ou les règlements, l'ordre public.

¹⁵⁸ Elle est même pour Aubry et Rau « un bien inné en ce sens qu'il est inhérent à la personnalité juridique même », *op. cit.*, § 577.

¹⁵⁹ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.*, n° 260. Pour les auteurs : « La notion de personnalité induit par elle-même la qualification de bien, laquelle lui est inhérente ». *Ibid, loc. cit.*

¹⁶⁰ F. Zenati, p. 447.

¹⁶¹ L'exemplarité du droit de propriété est retenue en jurisprudence comme en doctrine. L'analyse de la construction de la notion de droit subjectif montre d'ailleurs à quel point la propriété s'invite dans la compréhension de l'analyse du droit subjectif à travers le concept « d'appartenance-maîtrise » exposé par J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 80 et s. L'exposition du droit subjectif chez Roubier qui parle de *prérogative appropriée*, demeure d'une certaine façon imprégnée par la relation juridique de l'avoir (que l'on retrouve en droit des biens comme dans l'histoire de la propriété). L'auteur décompose le droit subjectif en trois éléments : « un avantage, une prérogative », « constitutive d'un bien », « dont le titulaire peut disposer », *Droit subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, pp. 128 et 129.

¹⁶² *Manuel de droit des personnes*, *op. cit.* n° 262. Pour autant, comme le souligne les auteurs : « ce constat n'appelle pas l'abandon du concept des droits de la personnalité, notion qui conserve l'avantage de signaler le particularisme des biens sur lesquels la propriété porte en la matière ». *Ibid., loc. cit.*

¹⁶³ F. Zenati, Th. Revet, *Les biens*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., n° 90 et s.

¹⁶⁴ Cf les souvenirs de famille ou les créances alimentaires, *ibid.*, n° 262.

¹⁶⁵ A titre d'illustration on verra que la propriété est utilisée en matière de *droit à l'image* très tôt en jurisprudence (DP 1905.2.389), pour rappeler le caractère *imprescriptible* que toute personne a sur son image. Seul l'intéressé possède sur son image un droit *exclusif* (JCP 1970 II.16328) que l'on a pu qualifier de *droit de propriété absolu* (D 1966.566). C'est l'indisponibilité du droit de la personnalité qui empêcherait que l'on puisse l'assimiler au droit de propriété, v° P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, th., Dijon, 1978, n° 291. Mais on retrouve en matière de droit au corps cette notion de propriété, qui vient du fait que chacun est *propriétaire de soi même*. Comme matière de vie privée, J. Carbonnier considère que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. C'est traiter la vie privée, semble-t-il, comme une propriété privée... », *Les biens*, *op. cit.*, n° 95 ; comme en matière de droit de propriété sur le nom, v° l'exposé d'A. Lefebvre-Teillard revenant sur l'analyse inexacte de Perreau, *Le nom. Droit et histoire*, Paris, PUF, 1992, p. 171 et s. Sur l'importance de la propriété sur les droits de la personnalité; F. Zenati-Castaing, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ. 2006 p. 445 et s.

La notion de biens de la personnalité va donc s'articuler autour de la notion de patrimoine soit de l'intérieur à partir de concept de biens innés comme de l'extérieur, où rien n'interdit de penser l'hypothèse d'une propriété portant sur des biens hors du patrimoine.

47. Fondement philosophique de la propriété objective. - Cette présentation renouvelée du droit subjectif de la propriété moderne plonge ses racines dans l'ancienne conception objective du *dominium* romain. Les travaux d'histoire de la philosophie du droit engagés par Michel Villey ont pu montrer toute la richesse de la structure du droit de propriété, qui ne s'épuisait pas dans le subjectivisme étriqué d'un pouvoir absolu exercé sur son objet (*jus ad rem*), mais qui pouvait renvoyer au rapport juridique de destination de l'objet, déterminant les pouvoirs du propriétaire envers la chose (*jus in re*)¹⁶⁶.

D'autres études de philosophie du droit, portées en *amont du titre*, comme celle réalisée par J. M Trigeaud sur la *possession*¹⁶⁷, ou encore portant sur *la nature même de la chose* objet de propriété¹⁶⁸, permettent de fonder juridiquement et philosophiquement dans le langage des sources d'autres formes d'approches de la propriété, susceptibles d'en apprécier la prospérité par delà les limites étroites à l'intérieur desquelles une certaine idéologie savante, plus ou moins consciente du phénomène, l'a insérée¹⁶⁹.

SECTION 3. La forme des droits de la personnalité

48. L'un et le multiple. - L'exposition théorique des droits de la personnalité est souvent indécise, partagée entre une présentation des différents droits qui la composent et un droit unitaire susceptible de les rassembler. Ce flottement sur les contours juridiques de la personnalité suit une logique passant de *l'un* au *multiple* dans la recherche d'une seule forme juridique derrière l'expression *des* droits de la personnalité.

§1. - Les droits de la personnalité

49. L'articulation des attributs. - C'est de l'articulation raisonnée des attributs que naît la compréhension unitaire de la personnalité.

S'il ne saurait y avoir de nombre clos des éléments de la personnalité, l'image, le corps vivant et la vie privée, sont les intérêts juridiques premiers de toute son architecture¹⁷⁰. Le *corps*

¹⁶⁶ Parce qu'il vient protéger la « qualité de ce qui est propre », il peut concerner aussi bien l'objet que le sujet. Cette distinction retenue par les romanistes entre le *jus in re* et le *jus ad rem* n'est pas retenue par la doctrine classique, qui n'y voit qu'un *pouvoir de volonté* s'exerçant sur la chose. Pas de limite donc à la volonté, exclusive individuelle absolue trahissant les caractères de la propriété *subjectiviste*. Dans une logique *objectiviste* qui privilégie la *qualité de la chose juridique*, seule compte le « bien » qui est perçu dans l'intégralité de son rapport de la nature de la chose en relation juridique avec une personne, M. Villey, *Notes sur le concept de propriété, Critiques de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 187 et s ; J.-M Trigeaud, *Propriété, Enc. Phi. Uni., op. cit.*, p. 2086 et s.

¹⁶⁷ J. M. Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, th. Paris II, 1979.

¹⁶⁸ Comme cela peut être le cas de la propriété foncière. Sur ce point v° notre analyse des relations sur la structure du droit subjectif de propriété et le *fonds de terre*, dans *La terre et le droit, op. cit.*,

¹⁶⁹ Sur ce point v° Les modèles propriétaires au XXI^{ème} siècle, Paris, LGDJ, 2009, spéc. notre La propriété foncière et le développement durable ; l'œil et l'esprit, p. 147 et s.

¹⁷⁰ Sur lesquels viennent se greffer une série d'objets (honneur, inviolabilité du domicile, droit à la présomption d'innocence, droit au nom, droit à sa propre apparence, qui d'une certaine façon conservent une unité distinctive,

humain vivant est la condition même de la personne comme de la personnalité. L'*image* constitue un mode d'accès de la personnalité, voire son mode d'expression, sans pour autant s'y confondre¹⁷¹. C'est ensuite dans l'espace de la *vie privée* que s'exerce l'*activité* domestique de la personne.

A. - L'image

50. L'hégémonie problématique de l'image. – L'image envahit tous les espaces de nos représentations quels qu'en soient les supports (intellectuels ou matériels), les aspects (artistiques ou purement techniques), la nature (photographique, cinématographique, télévisuelle, médicale, numérique, infographique)... Elle est le moyen par lequel s'établit toute forme première de manifestation, et par l'intermédiaire duquel nous communiquons avec autrui. Son *hégémonie* est aujourd'hui totale, puisque que *nous pensons* et que *nous comprenons* désormais par l'image¹⁷².

Cette importance devrait contraindre le droit à la présenter sans ambivalence. Or il n'en est rien, l'image se présente dans les qualifications au moins sous une *double nature juridique*. Si ce constat est en partie lié à la nature des enjeux juridiques qui l'entourent, il est également le reflet d'une *métaphysique de la perception*, au cœur de relations de *pouvoirs*, du rapport à la *vérité*, des *mouvements industriels et technologiques* du monde moderne.

51. La nature juridique de l'image. - Sur le plan des qualifications juridiques, on peut comprendre qu'en tant que *représentation de soi*, de son *être intime*, l'image ne puisse être rangée dans le domaine de l'avoir et constituer un bien, puisqu'elle est l'expression de la personnalité. L'abus d'usage de l'image, le contexte de sa diffusion, dès lors qu'elle porte atteinte à la considération, à l'honneur, le plus souvent réalisé sans l'assentiment de celui ou celle qui est représenté, devient alors (en dépit de certaines analyses qui préfèrent y voir une atteinte à la *vie privée* ou à la *dignité*), le support autonome d'un *droit de la personnalité*¹⁷³.

Mais on peut tout aussi bien considérer, en tant que *produit* représenté de ce même soi (qui n'est justement pas soi), qu'elle puisse être envisagée comme une marchandise et constituer *un bien*. Le processus est bien connu en matière de création et de propriété intellectuelle, au terme duquel la captation de l'image devient le support d'un intérêt représenté, distinct du sujet représentant¹⁷⁴.

L'ambiguïté juridique de l'image comme droit extra-patrimonial, ou comme droit patrimonial, pose donc problème¹⁷⁵. Parce qu'elle *manifeste* la personne, voire un élément de sa personnalité, l'image apparaît presque naturellement *hors* du commerce juridique. Mais parce qu'elle peut être aussi d'une production impliquant la personnalité de son auteur, l'image peut tout aussi bien entrer *dans* le commerce des choses, qui plus est, quand le sujet représenté consent à la *captation* comme à la *diffusion* de sa propre image.

mais qui peuvent se ramener sur un plan de lecture de philosophie juridique aux trois grands reflets de la personnalité que sont l'image, le corps, la vie privée. Cette représentation n'est pas partagée par la doctrine, qui sur ce point est loin d'être unanime.

¹⁷¹ P. Schilder, *L'image du corps*, tr. F. Gantheret et P. Truffert, Paris, Gallimard, 1980.

¹⁷² R. Huyghe, *Dialogue avec le visible*, Paris, Flammarion, 1955, p. 24 et s ; *Les puissances de l'image*, Paris, 1966.

¹⁷³ La jurisprudence adopte une interprétation stricte en la matière, v° *infra* n°1044 et s.

¹⁷⁴ J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, 1978.

¹⁷⁵ E. Gaillard, *La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français*, D 1984, Chr. 161 et s ; D. Acquarone, *L'ambiguïté du droit à l'image*, D 1985, Chr. 129 et s.

L'image juridique est donc au carrefour d'une série de conflits possibles. Qu'elle puisse être un bien, soumis à l'échange, ne pose en soi pas de problème, sauf à apprécier l'abus qui touche à la considération de la personne dont cet échange fait état.

D'où une série d'interrogations théoriques, qui débouchent sur la question de *l'autonomie du droit à l'image*, et que l'on cherche à requalifier derrière l'expression droit *sur* l'image plutôt que droit *à* l'image. Pour certains auteurs, l'image protégée par les droits de la personnalité n'est jamais qu'un moyen ramenant la représentation juridique de l'image à celle de la protection de la vie privée ou de la dignité humaine. L'autonomie élémentaire de l'image, comme droit de la personnalité, pourrait à l'inverse se déduire des enjeux distincts qu'elle couvre. L'image intègre donc la protection de la personnalité par l'usage qui en est fait, en portant hors du consentement de l'intéressé une expression publique du *quant à soi*. Les enjeux juridiques de l'image sont liés à son statut, comme au rapport qu'elle entretient avec le sujet qui y est représenté, voire avec son auteur. La représentation y est dans toute son ambivalence susceptible de causer un dommage au représenté, que celui-ci ait donné son consentement à la représentation, ou par dol, voire par l'usage qui en est fait. Cette question que l'on retrouve dans le droit à l'image derrière le moyen requis du consentement, ou encore derrière l'usage que pourra faire le juge de la dignité, est au seuil de la philosophie de l'image, puisqu'elle fait d'elle tour à tour un pouvoir, une simple copie et une valeur marchande.

52. Le pouvoir de l'image. - Tout se passe comme si, derrière les discussions juridiques portant sur l'autonomie du droit à l'image, les caractères métaphysiques de la perception de l'image qui la regardent comme *un pouvoir* venaient contraindre les facultés juridiques.

La description de l'image en tant que pouvoir est ancienne. Comme le rappelle L. Lévy-Bruhl dans les sociétés primitives : « qui possède mon image me tient en son pouvoir »¹⁷⁶. Dans sa fonction originelle, l'image présente au regard de celui qui l'observe la manifestation d'une présence. Mais presque immédiatement, cette présence engage une relation, puis un rapport de pouvoir de l'observateur sur la chose, ou sur le sujet représenté¹⁷⁷. En analysant d'abord le pouvoir comme le fait « d'être en état d'exercer une action sur quelque chose ou sur quelqu'un », ou « d'en avoir la puissance », puis en reliant l'image transformant cette force en puissance » et cette « puissance en pouvoir », Louis Marin revient sur ce phénomène de maîtrise de l'observateur sur le représenté¹⁷⁸. Mais ce dernier n'est pas univoque, puisqu'envisagé du côté du manifesté, le sujet advient à la présence en s'imposant au regard d'autrui traduisant une autre forme de pouvoir.

53. La vérité et la trahison de l'image. – Comme le montrent les philosophies de la perception, *l'essence de la manifestation*¹⁷⁹ s'articule autour de trois termes : *l'observateur*, le *support* et le *sujet* représenté. Ce triptyque est à la fois signifiant et conflictuel, puisque derrière l'adéquation

¹⁷⁶ L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive*, Paris, Alcan, 1927, p. 111.

¹⁷⁷ Ce que traduit E. Mounier lorsqu'il affirme que « le regard d'autrui me vole mon univers », *Le personnalisme*, *op. cit.* p. 33.

¹⁷⁸ L. Marin, *Le pouvoir des images*, Paris, Seuil, 1993, p. 14 et s.

¹⁷⁹ M. Henri, *L'essence de la manifestation*, Paris, PUF, 1963.

présupposée entre l'image et le représenté, c'est la question de l'adéquation du représenté dans l'image représentante qui se pose. Imperceptiblement, sujet et objet se mélangent, pour ne devenir qu'un dans une confusion où se loge le conflit du vraisemblable pris pour vrai¹⁸⁰.

Cette association de l'image *copie*, exacte du réel ou *simulacre*, se retrouve au seuil de la philosophie. Pour Platon, c'est le statut confus de l'*eidōs* qui guide l'opinion dans une perversion du réel, et qui pousse l'humanité à la tragédie que symbolise la mort de son maître. C'est, en effet, en se servant de l'image d'un Socrate présentée par Aristophane dans *Les nuées*, que se construira l'un des chefs d'inculpation qui le mènera à la mort en 399. Mais on peut également considérer que la parole de Platon dans *L'apologie de Socrate* diffuse en négatif une toute autre valeur de l'image du sage ; celle d'un homme bon, pieux et vertueux. En ventant ses vertus face à son procès, Platon donnera aux yeux de l'histoire une vision iconographique de son maître¹⁸¹.

L'image peut donc être l'objet d'une série de polarités qui peuvent s'opposer et se rassembler, comme le décriront justement Gaston Bachelard¹⁸² ou Gilbert Durand¹⁸³. En réalité, une photographie même officielle, est en réalité faussement objective puisqu'elle se destine à une opération de police publique¹⁸⁴. À l'inverse de la caricature, dont on sait à l'avance la feinte par l'exagération, l'image qui se veut fidèle n'est qu'une représentation partielle et partielle de la réalité. Au fond, l'image n'est jamais assimilable à l'objet représenté, mais elle le présente, sans dire qu'elle le représente ; tel est sans aucun doute le sens de *La trahison des images* peinte par Magritte dès 1927.

C'est pourquoi l'image, en rendant manifeste certains aspects plus ou moins tendancieux de la personnalité, est source de fracture dans la représentation¹⁸⁵. En montrant certains aspects de la personne, l'image met à distance le sujet au regard de sa représentation. Ce dédoublement par l'image de la personnalité représentée, est le drame qui conduit Narcisse à la folie, et qui prend aujourd'hui une dimension nouvelle dans sa diffusion technologique exponentielle.

54. La profusion marchande et industrielle de l'image – C'est un phénomène nouveau qui sort des représentations imaginaires, libératrices et symboliques de l'image classique. L'image de la modernité engagée dans la reproduction technologique, massive, *industrielle et marchande* entre dans une ère nouvelle. Ce faisant, elle se déplace vers un espace moins esthétique et plus politique, où la liberté individuelle côtoie l'aliénation massive. Les philosophes et sociologues de l'École de Francfort, W. Benjamin, Th. Adorno, H. Marcuse et Max Horkheimer ne s'y sont pas

¹⁸⁰ La dialectique de l'image est celle du *visible* et de l'*invisible*. L'image donne à voir un quelque chose, un objet, qui en tant que tel, si elle reflète un aspect, un moment, un caractère du représenté ne peut donc être assimilable au représenté, comme ne jamais pouvoir s'y réduire ; sur cette opposition v° M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, Gallimard, 1964.

¹⁸¹ Voire « fascinante » d'un « polichinelle » comme le soutiendra Nietzsche dans *Le problème de Socrate* (ch II) du *Crépuscule des idoles*, 1888.

¹⁸² Dans une psychanalyse du *contre* et de l'*adversité* ou du *dans* et du *repos*, G. Bachelard, *La poétique de la rêverie*, Paris, PUF, 1960.

¹⁸³ Opposant le *régime diurne* de l'image et le *régime nocturne*, G. Durand, *Les structures anthropologiques de l'imaginaire*, Paris, Bordas, 1969, p. 67 et s et 217 et s.

¹⁸⁴ *Philosophie de l'image*, Paris, Vrin, p. 15 et s.

¹⁸⁵ L. Lévy-Brhul, *L'âme primitive*, qui décrit l'image comme l'ombre, le reflet, le double, « une appartenance essentielle » de la personnalité, p. 102.

trompés ; l'image entre dans un processus d'aliénation de l'individu pris dans les masses et de dépendance à l'idéologie de la technique.

L'invasion de l'image dans l'espace public par l'intermédiaire de la multiplication des réseaux de communication et de diffusion conduit à des phénomènes de multiplications de transformations des espaces pris pour vrais¹⁸⁶. L'image entre dans un processus industriel massif multipliant les risques de confusions, de fractures et d'atteintes à la personnalité d'un individu présenté, porté au regard d'autrui par un support démultiplié qui n'est plus lui. Les analyses posées plus haut sur l'essence du pouvoir se mêlent à la trahison des images : le soi soumis au regard d'autrui est donc un soi qui prend non seulement le risque d'être dépossédé de son image, mais aussi celui d'être trahi¹⁸⁷.

55. L'abstraction par l'image. - Le développement de la diffusion technique d'images en réseaux ne fait qu'amplifier cette distance de l'instantané de la personnalité et de sa représentation dans le temps et dans l'espace. Tout se passe comme si le processus technologique intégrait le modèle plus large d'abstraction de l'individu par l'image. L'abstraction est le processus qui ôte le sujet de sa substance réelle et personnelle pour placer cette représentation sur un support qui n'est pas lui.

Les puissances de l'image associées au processus de développement des échanges et des techniques rivalisent ainsi de subtilité pour atteindre l'identité des personnes, avec ou sans leur consentement, selon leurs qualités respectives, publiques, privées ou anonymes¹⁸⁸.

B. - Le corps humain vivant

56. L'importance radicale du corps humain vivant. - La relation des éléments de la personnalité au corps humain est essentielle. C'est par le corps que la personne se présente au monde. Mais le rapport du droit au corps est délicat. La pensée philosophique sur ce point ne l'aide pas. Elle qui montre l'ambiguïté d'une notion tour à tour : substance *matérielle*, situation ou *portion d'espace*, ou encore *objet* et *sujet* d'une même *substance*.

L'importance du *corps humain vivant* est pourtant radicale car il est le siège de la vie affective et sensible, existentielle et idéale de la construction de la personnalité¹⁸⁹.

57. Le corps objet de toutes les convoitises. – La séduction idéologique du corps est telle qu'elle finit par engendrer des mutations profondes à l'endroit de sa représentation¹⁹⁰. En repoussant les frontières du vivant, les *biotechnologies* sont venues briser les figures traditionnelles

¹⁸⁶ W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, 1939.

¹⁸⁷ Comme le souligne très justement B. Edelman, d'une certaine façon, « l'essence de l'homme est, sans médiation, aliénée dans sa propre représentation », *Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image*, D 1970, Chr. p. 121.

¹⁸⁸ J.C. Saint Pau, *L'anonymat et le droit*, thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998.

¹⁸⁹ La vie ne saurait être à cet égard séparée de la représentation du corps humain, puisqu'elle définit l'essence même de la nature humaine affective et sensible, indivisiblement corps et esprit, M. Henry, *Philosophie et phénoménologie du corps*, Paris, PUF, 1965 ; F. Dagognet, *Le corps multiple et un*, Paris, 1993, *Le vivant*, Bordas, 1988.

¹⁹⁰ Que l'on peut envisager comme de véritables révolutions épistémologiques. L'analogie est forte entre l'abstraction de la matière et celle du corps matière, A. David, *La cybernétique et l'humain*, Paris, Gallimard, 3^{ème} éd. 1970.

du corps (sociales, juridiques, morales et religieuses)¹⁹¹. Au corps vécu comme un espace intérieur, celui du sujet caché dans les plis et les mystères de l'intimité, succède une *substance convoitée* par le monde moderne. Le corps est l'objet de toutes les ambitions portées par la médecine, la biologie, la chirurgie, la génétique, les neurosciences, voire même par les nanotechnologies.

58. Difficultés posées par la représentation philosophique du corps. - La tradition philosophique occidentale perçoit le corps comme *une substance matérielle définie par ses propriétés*, que sont : *le volume, la résistance et la masse*. Cette représentation devient problématique dès lors qu'elle s'engage dans une compréhension humaine au terme de laquelle elle opère une vision duelle du corps et de l'esprit. L'histoire occidentale de la pensée du corps ne se résume pourtant pas à ce dualisme¹⁹².

La pensée antique grecque et romaine du corps est entièrement tournée vers la *valorisation intelligible* de la *substance corporelle*. Tandis que la philosophie platonicienne semble laisser à la postérité l'image d'un *corps tombeau*¹⁹³, que la philosophie aristotélicienne en fait le siège de *la génération et de la corruption* du vivant¹⁹⁴, que l'École épicurienne revient sur la dimension *atomique* des corps¹⁹⁵, la pensée Stoïcienne (dont l'influence sera certaine sur le monde juridique romain notamment dans la catégorie des *jura*) répartit le monde selon la nature *corporelle* et *incorporelle* des choses¹⁹⁶.

La tradition chrétienne réunit les contraires entre déconsidération de la volupté coupable et glorification divine. C'est le corps du Christ mutilé sur la croix, *axis mundi*, qui témoigne de l'amour infini de Dieu, que les fidèles absorbent et qui s'unit dans la chair. Le corps chrétien est alors offert au monde comme un corps total, profane et sacré, souffrant et bienheureux, fonds et spirituel, périssable et immortel. C'est un corps incarné par la parole de l'Évangile qui s'adapte aux couleurs du monde : *le Verbe qui se fait chair*. Le corps chrétien est alors un corps intégral.

Tout autre est la *fracture* du corps inaugurée par la modernité, qui sert aujourd'hui d'alibi à la conquête des sciences et des techniques¹⁹⁷. Le corps y est dévalorisé au profit de l'esprit. Dans la pensée Cartésienne, le sujet est établi au regard du *cogito* qui est *pensant*, par opposition à son

¹⁹¹ En témoigne la naissance de la bioéthique dans les années 70 dont l'objet est d'apporter des réponses morales aux pratiques scientifiques et médicales du corps humain.

¹⁹² M. Marzano, *Penser le corps*, Paris, PUF, 2002, *Dictionnaire du corps*, Paris, PUF, 2007.

¹⁹³ Sur ce rapport et le jeu (*sōma-sēma*) qui emprisonne l'âme de sa véritable nature « intelligible », *Gorgias*, 493 *ab*. Platon opère ainsi une séparation de l'âme et du corps, celui-ci appartenant au monde sensible, qui est celui du mouvant et de la corruption, celle-là appartenant au monde intelligible, celui de l'être véritable, *République*, Livre VII, 524 *ac*. Il faut néanmoins être prudent à l'endroit de la philosophie de Platon qui considère aussi que le corps est le signe de l'âme (*Cratyle*).

¹⁹⁴ *De la génération et de la corruption*, Pour Aristote, « le corps est la matière de l'âme, comme l'âme constitue la forme du corps, leur conjonction est celle de l'être vivant et naturel », *De anima*, 412 *ab*.

¹⁹⁵ Epicure, *Lettre à Herodote*, § 45. Puis Lucrèce, *De natura rerum*, II, 114-120.

¹⁹⁶ E. Bréhier, *La théorie des incorporels dans l'ancien stoïcisme*, Paris, 1907.

¹⁹⁷ Que l'on attribue souvent à Descartes dans l'établissement du cogito mais dont témoigne la représentation de l'échelle des êtres (*scala naturae*) dans la théologie dite « naturelle » telle que l'exprime notamment Raymond Sebond dans son *Liber creaturarum* communément appelé *Theologia naturalis* (1436). Cette représentation a pour effet de rechercher le principe distinctif entre ces différents états de la nature. Ce sera le vivant pour le végétal, le vivant sensible pour l'animal et le vivant sensible intelligible pour l'homme. Autrement dit, ce qui fait l'essence de l'homme se trouve dans sa capacité à l'idéation, voire dans son libre arbitre, plus que dans le corps dont il partage la communauté avec l'animal et le reste de la nature ; pour une appréciation actuelle, voir *Les défis de la technoscience* (sous la dir. T. Ferencsi), Bruxelles, Complexe, 2001.

corps, qui relève de l'étendue¹⁹⁸. Si cette séparation des substances rend la représentation du corps délicate, il y a pire. La dissociation opérée par la pensée se prolonge par une dissociation réelle. Le dualisme des substances fixe le mode opératoire de la compréhension du monde. Il est alors problématique, car il prive la personne de son unité, devenue inaccessible en elle-même.

C'est contre cette aporie bi-substantialiste que Bergson propose une lecture plus *temporelle* de la relation de l'esprit au corps¹⁹⁹. Il n'y a donc pas de dimension spirituelle qui ne soit l'expression d'une interférence entre la perception et l'expression de cette perception dans le *lieu du corps* comme un *système d'action*. La dualité de l'âme de l'esprit, de l'être et de l'avoir, du possédant et du possédé s'abolit dans une *réalité unitaire et vivante*²⁰⁰.

C'est dans cette voie, que s'engage la phénoménologie de M. Merleau-Ponty puis celle de M. Henry²⁰¹. Pour le premier, le *cogito* ne se construit pas de façon séparée, impersonnelle. Il est au contraire l'expression d'une perception produite dans toute l'unité du corps sensible²⁰². L'existence, ne saurait être abstraite du corps, qui lui sert de substrat²⁰³. Pour M. Henry le *corps-sujet* est un *corps-propre* qui peut être envisagé dans sa relation d'appropriation, comme mode d'appartenance ; mon corps est la condition de mon expérience (même si je ne suis pas totalement mon corps)²⁰⁴. Ce statut du corps-propre (est celui de l'existence) s'incarne dans une philosophie de l'expérience (qui est celle de la chair).

Mais la liberté laissée à la pensée philosophique n'est pas celle du droit. Les contraintes de la science normative l'obligent à représenter le corps selon les schémas qui se présentent devant lui. Ainsi, l'isolement mécaniste des organes, des produits du corps humain, tout comme la fracture quasi schyzophrénique du corps et de l'individu portée par les sciences, somment le droit de livrer réponse en traçant les frontières du licite et de l'illicite²⁰⁵.

59. L'ambiguïté des qualifications juridiques. – Entre les biens et les personnes, le corps ne trouve sa place dans le droit que lorsqu'il est qualifié. Or la qualification juridique, qui vient placer dans le champ du droit différentes représentations du corps, obéit à ses propres exigences²⁰⁶.

On constatera que tout corps envisagé *ut singuli* peut être un bien. Il n'est pas constitutif d'une personne. Que le corps vivant est difficilement un bien (même s'il peut l'être) et qu'il n'est

¹⁹⁸ « Je conçois pleinement ce qu'est le corps, en pensant seulement que c'est une chose étendue... », *Première réponse aux objections*, Pléiade, Œuvres, p. 359.

¹⁹⁹ Matière et mémoire : essai sur la relation du corps à l'esprit, 1896.

²⁰⁰ G. Marcel, *Être et avoir*, Paris, Aubier, 1955, p. 238 ; J.-M. Trigeaud, *Dualité ou unité de l'homme, Essais de philosophie du droit*, Genova, 1987, p. 203 et s. Ce « phénomène anthropologique bi-substantialiste qui conduit à la disparition de la personne », *L'homme coupable, op. cit.*, p. 80 et s

²⁰¹ M. Henry, Philosophie et phénoménologie du corps. Essai sur l'ontologie biranienne, PUF, coll. "Epiméthée", 1965.

²⁰² Phénoménologie de la perception, Paris, Gallimard, 1945, Le visible et l'invisible, Paris, Gallimard, 1964.

²⁰³ Le corps est le véhicule de l'être au monde, et avoir un corps, c'est pour un vivant se joindre à un milieu défini, se confondre avec certains projets et s'y engager continuellement », *Phénoménologie de la perception*, p. 111.

²⁰⁴ M. Henry, Philosophie et phénoménologie du corps, Paris, PUF, 1965 et Incarnation, Une philosophie de la chair, Paris, Seuil, 2000.

²⁰⁵ B. Edelman, *La personne en danger*, Paris, PUF, 1999, p. 2 et s.

²⁰⁶ T. Lahalle, Qualification juridique du corps humain, th. Paris, 2002 ; J.-P. Baud, L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Paris, Seuil, 1993 ; X. Dijon, Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif, Larcier, 1982 ; B. Edelman, Sujet de droit et techno-science, APhD 1989, p. 165 et s.

pas non plus obligatoirement une personne (même s'il peut l'être). Que corps humain vivant n'est pas un bien et qu'il est une personne. Le corps ainsi entendu se situe ainsi à la jointure de toutes les qualifications pouvant être bien et personne, ou à terme, n'étant ni l'un ni l'autre²⁰⁷. Cet espace ouvert dans le champ des qualifications possibles montre toute la difficulté qu'il y a de représenter le corps humain dans le droit moderne²⁰⁸.

60. L'axe posé par les lois bioéthiques. - Les lois bioéthiques vont fixer les grands principes guidant ces réponses. Attachées au respect de la dignité de la personne humaine et refusant de toute forme de marchandisation et d'exploitation biologique liée au corps humain, elles incitent à distinguer le *corps humain vivant* des *éléments et des produits* qui en sont issus.

Le corps humain vivant constitue la substance de la personne physique, même s'il n'est pas toute la personne et qu'il faut apporter des précisions quant aux frontières de son existence temporelle (du début de la vie avec le statut de l'embryon à la fin au statut du cadavre). De la même façon, les éléments et les produits qui le composent ne sont *ni le corps ni la personne*, mais *ils font partis du corps et de la personne*.

61. Indisponibilité et non patrimonialité. - Le corps humain était depuis longtemps considéré par le droit comme radicalement indisponible²⁰⁹. Les éléments et les produits l'étaient moins, même si l'on pouvait reconnaître que certaines formes de disponibilité risquaient d'affecter la représentation du tout²¹⁰.

Au terme de la nouvelle rédaction de l'art. 16 du Code civil, le principe *d'indisponibilité* du corps humain a été remplacé par le législateur par un principe de *non patrimonialité*²¹¹. Le législateur a préféré user de la notion de *non patrimonialité* au lieu et place du principe d'indisponibilité. L'indisponibilité avait pour effet de placer le corps hors commerce²¹². La non patrimonialité n'étant pas la non commercialité, elle a seulement pour effet d'entraver les cessions à titre onéreux, mais permet les conventions à titre gratuit (notamment lorsqu'elles sont passées sous condition de nécessité thérapeutique et avec le consentement de l'intéressé). Si la non patrimonialité est a priori moins protectrice que l'indisponibilité, elle permet d'empêcher la commercialisation du corps humain en évitant toute forme d'évaluation pécuniaire du corps humain et de ses éléments. Sans confondre commercialité juridique et commercialité économique, le principe prohibe donc toute forme de circulation marchande.

²⁰⁷ B. Edelman, Ni chose, ni personne,

²⁰⁸ X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles, 1982. Sur l'établissement des nouvelles relations de la biologie à l'éthique puis au droit, v° J. Bernard, *De la biologie à l'éthique. Nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux devoirs de l'homme*, Paris, Buchet-Chastel/Hachette, 1990, et *De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La documentation française, Paris, 1988 ; C. Neirinck (ss la dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, LGDJ, 1994 ; J.-F. Mattei, *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, La documentation française, 1994.

²⁰⁹ R. Beraud, *L'indisponibilité juridique*, D. 1952, Chr. p. 187 et s.

²¹⁰ E. Bayer, *Les choses humaines*, th. Toulouse (sous la dir. Th. Revet), 2003, n° 368 et s.

²¹¹ Art. 16. 1 C. Civ : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Art. 16. 5 : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulls » ; S. Lavroff-Detrie, *De l'indisponibilité à la non patrimonialité du corps humain*, th. Paris I, 1997 ; S. Dubernat, *La non-patrimonialité du corps humain*, th. Bordeaux, 2000.

²¹² M. A. Hermitte, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, APhD 1988, p. 335 et s.

62. Commercialité et réification. - Si le corps est peut être considéré comme une chose, c'est une chose dont la valeur *incommensurable* a pour effet de la sortir de la commercialité et des logiques de prix. Toute la difficulté pour le droit moderne est d'éviter, au grès des qualifications qui suivraient les fragmentations réelles du corps, d'entériner une forme de chosification indirecte de la personne humaine. Possible en droit romain²¹³, cette assimilation du corps à la chose matérielle dans le droit moderne conduit à une forme de réification de la personne, constituant un obstacle épistémologique juridique majeur²¹⁴.

La commercialité est pourtant à la base du fonctionnement du droit à travers l'échange. Le commerce est une relation qui traduit le mouvement d'une chose entre les patrimoines. La commercialité désigne la capacité d'une chose à faire l'objet d'un engagement juridique. Ainsi, et en principe, lorsqu'une chose est appropriée, c'est qu'elle dispose d'une dimension commerciale. Si bien que la notion de patrimonialité est progressivement venue recouvrir cette qualité pour qualifier un échange à titre onéreux. Or une chose peut être dans le commerce sans pour autant être patrimoniale²¹⁵.

C. - Vie privée

63. Approche et dimension historique. - C'est dans une logique de respect d'un espace minimal privatif autour de l'intimité de l'individu que naissent les droits à la protection de la vie privée²¹⁶. Le droit au respect de la vie privée est cette faculté reconnue à l'individu de se protéger contre l'immixtion d'autrui dans une série d'espaces qui englobent la vie familiale, les activités personnelles, la réserve, l'intimité spirituelle, les données personnelles, la santé ou encore l'image et le travail²¹⁷.

C'est à partir du XVIII^{ème} siècle que la notion prend naissance, mais c'est véritablement au XIX^{ème} siècle, qu'elle devient un fait de civilisation²¹⁸. La protection de la vie privée trouve rapidement un écho dans les différents systèmes juridiques occidentaux (*Intimsphäre* et *Geheimsphäre* en droit germanique, *Right of privacy* introduits dans la tradition anglo-saxonne aux Etats-Unis par Brandeis et Warren devant le Cour suprême dès 1870)²¹⁹. Le respect de la vie privée est aujourd'hui devenu un élément *matriciel* des droits de la personnalité proclamé par l'art. 9 de la CEDH, dégagé en France par la jurisprudence, puis inséré par la loi du 17 juillet 1970 à l'art. 9 du Code Civil²²⁰.

²¹³ Qui se distingue en ce sens radicalement du droit romain qui permet de penser le statut juridique du corps humain comme une chose. Le corps, comme toute chose fut-elle incorporelle appartient à la catégorie générale des *res*, Y. Thomas, *Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain*, *APhD* 1980, p. 413 et s.

²¹⁴ Y. Thomas, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, *Le Débat*, n° 100, 1998, p. 85 et s.

²¹⁵ I. Moine, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

²¹⁶ R. Lindon, *Vie privée, Dictionnaire*, n° 57, p. 120.

²¹⁷ P. Kayser, *La protection de la vie privée*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 1995.

²¹⁸ A. Pardailhé-Galabrun, *La naissance de l'intime. 3000 foyers parisiens. XVII^{ème} XVIII^{ème} siècle*, Paris, PUF, 1988 ; *Histoire de la vie privée* (sous dir. de Ph. Ariès et G. Duby), Seuil, T 1 et Tome 5, 1999.

²¹⁹ F. Rigaux, *La vie privée*, Louvain, 1999, également pour une dimension comparatiste du même auteur : *La liberté et la vie privée*, *RIDC* 1991, p. 539 et s ; P. Kayser, *Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles*, dans *Mélanges Marty*, 1978, p. 740 ; E. Zoller, *Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis*, dans *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne des droits de l'homme*(ss dir. F. Sudre), Bruylant, 2005, p. 35 et s.

²²⁰ V° *infra*, n°900 s.

64. Mutation sociétale. - On assiste en l'espace de deux siècles à une mutation sociétale où l'individu traditionnellement immergé dans un univers relativement clos autour du foyer familial va s'exposer dans un espace libéré par l'échange, le travail et plus globalement par la démocratie. Cette mutation conduit à une rivalité des espaces où les zones que l'on considérait jadis comme domestiques se dilatent dans l'espace public si bien qu'à terme l'espace singulier de l'intimité se trouve concurrencé par la toute puissance des moyens d'information, d'introspection, de dépossession de l'espace public²²¹.

Cette mutation est sans précédent dans l'histoire puisqu'elle repose sur une permutation ontologique de l'environnement humain : le Léviathan des modernes se substitue à la Nature des anciens. Ce changement a alors un effet métaphysique direct sur la compréhension de la condition humaine. Au thème pascalien magnifiant la grandeur de l'homme par l'espace singulier de sa pensée, succède une vision de cette même humanité, toujours aussi faible et aussi fragile que jadis, mais en position virtuelle d'aliénation sans garantie d'espace propre devant l'espace social et communicationnel qui s'avance comme un univers infini.

65. Le rapport entre la vie privée et la vie publique. – Par sa terminologie, la vie privée semble refléter une démarcation construite par opposition à la « vie publique » dans l'intervalle de laquelle se construit la reconnaissance juridique²²². Il faut donc tenter de l'explicitier.

L'étymologie de « ce qui est public » joue simultanément sur plusieurs registres : *ce qui relève de l'Etat*, sous une forme plus ou moins forte de dépendance (contrôle, gestion, domanialité, etc), *ce qui concerne le peuple*, ou encore *ce qui est connu* (ou porté à la connaissance de tous)²²³. On retrouve ces recouvrements de sens dans l'appréhension juridique de la vie privée, qui se construit aussi bien dans une opposition à la dimension Etatique, que dans la résistance à l'emprise de la communauté. On peut en tirer quelques conséquences. Dans le premier cas, la vie privée viendrait consacrer une liberté civile à la différence des libertés publiques. La distinction statutaire reposerait sur l'héritage des rapports de l'individu en société, l'un – *status civilis* – juridique et civil, l'autre – *status civitatis* – politique et civique²²⁴. Dans le second cas, l'adjectif qualifiant la vie de « publique » renvoie à un rapport de droit et non à la qualification populaire de *personnage public*. En matière de droit de la personnalité, l'homme public bénéficie également d'un droit à la vie privée. Cela signifie que la vie privée résulte plus d'une sphère d'activité décrivant un état, que l'inverse²²⁵. On peut logiquement en déduire que la vie privée engage une protection de l'aire

²²¹ V° sur ce point la thèse de J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, rééd.

²²² B. Beignier, *Vie privée et vie publique*, APbD 1997, p. 163 et s.

²²³ A. Ernout et A. Maillet, mot *publicus, -a, -um*, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 4^{ème} éd., 1979, p. 542.

²²⁴ Cette double filiation que l'on peut trouver dans l'opposition romaine du *status civilis* et du *status civitatis* devient rapidement un critère distinctif de ce qui relève du droit privé et des droits publics, même si on s'empresse de reconnaître que la distinction n'est pas toujours fondée, voire acceptable, F. Terré, *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux*, dans *Libertés et droits fondamentaux, op.cit.*, p. 3 et s.

²²⁵ La jurisprudence témoigne de cette difficulté quelque soit la dimension publique de l'atteinte, qu'elle vienne du lieu public, d'une personnalité ou d'une fonction publique, v° *infra*, n°1141 et s.

domestique des droits, par-delà le statut circonscrit des libertés publiques traditionnelles protégées par l'Etat.

66. Intimité et spatialité. - Ce que l'on peut envisager au départ comme une circonscription *horizontale* de la vie privée, qui s'exercerait de façon centrifuge de l'espace public vers l'espace privé, se transforme par l'introduction du mot « vie » dans une circonscription comportementale, psychique, plus *verticale*²²⁶.

Le contentieux juridique se saisit alors de cette dimension de l'intime et de l'intériorité autour de la protection d'un espace propre de la découverte de soi, du secret, de la réserve comme de la spiritualité²²⁷. Le doyen Carbonnier y voit la marque « d'une philosophie sous-jacente [...] bien française : philosophie du quant à soi »²²⁸. On peut le suivre dans cette voie, amplement développée au début du XIX^{ème} siècle notamment chez Maine de Biran²²⁹, tout en modérant le caractère nationaliste du thème, puisqu'il remonte aux origines de la découverte de *l'intime*. En effet déjà pour Saint Augustin²³⁰ l'intimité est ce lieu intérieur « privé d'espace » (*nusquam locus*) qui est aussi le lieu de l'être. En cela, l'intimité est aussi singulière qu'énigmatique puisqu'elle relève d'un monde de l'être qui n'a pas d'espace. La difficulté pour l'entendement juridique est de concilier une métaphysique de l'intimité avec l'ordre du droit. Or ce que le droit cherche à protéger de façon objective, c'est la circonscription de cet espace intérieur radicalement subjectif sans pouvoir, ni devoir y pénétrer. Le passage à l'objectivité se fait alors par le corps vivant qui, comme le montre la phénoménologie husserlienne est un corps ouvert sur l'extérieur²³¹. Autrement dit, l'intimité de la conscience comme de la liberté ne saurait être exercée sans une certaine extériorité. À cet instant l'intimité s'expose dans l'espace public. Elle devient objectivable. C'est le moment que choisit le jugement de droit pour sécuriser la personne par l'attribution du droit subjectif.

§2. - Le droit de la personnalité

67. Relier les parties au tout. - La difficulté d'appréhender la forme unitaire du droit de la personnalité vient de la diversité des objets constitutifs des caractères de la personnalité.

On soutiendra qu'il ne faut pas confondre la *partie* et le *tout*, même si comme souvent, le *tout* se trouve *dans* la *partie*. L'objection se double d'une difficulté technique d'exposer *les* droits de la personnalité dans leurs singularités, puis de leur associer un régime *unitaire*.

²²⁶ Ce qui conduit la pensée à écarter l'opposition de principe entre privé et public. Sur ce point, v° les analyses de J. Rivero, *Les libertés publiques*, 4^{ème} éd., 1989, t. II, p. 76.

²²⁷ P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTDCiv. 1971, n° 22 ; *Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles*, Mélanges G. Marty, p. 725 et s.

²²⁸ J. Carbonnier, *Les personnes*, op. cit., n° 95.

²²⁹ *Nouveaux essais d'anthropologie*, Paris, PUF, 1949 ; M. Henry, *Philosophie et phénoménologie du corps. Essai sur l'ontologie biranienne*, op. cit.

²³⁰ Dans le discernement de la présence divine (*tu autem eras intimo meo*), *Les Confessions*, III, 6, 11. Sur ce rapport de l'intériorité et de l'extériorité, *De Magistro*, Paris, Klincksieck, 1988, n° 45 et s.

²³¹ E. Husserl, *Méditations cartésiennes*, Paris, Vrin, 1931.

68. Les attributs de la personne. - Pour qualifier les éléments de la personnalité, la doctrine fait usage de la notion *d'attributs de la personne humaine*. L'idée est de rendre compte d'une série de caractéristiques susceptibles d'être protégées par le droit à la fois par leur caractère objectif (appartenant à toute personne), comme dans ce qu'elle a de plus subjectif (l'exercice de sa liberté individuelle). Ce passage entre les catégories de l'objet au sujet, comme de l'avoir à l'être, de la philosophie au droit, n'est pas toujours conciliant.

Reste une dialectique formelle entre d'un côté ce qui semble être protégé dans toute sa diversité, élément après élément, qui donne l'impression d'une protection fragmentée, et de l'autre, ce qui relève de la liberté du sujet de saisir ces mêmes éléments comme des objets de droit.

69. Le genre juridique unitaire : la figure du droit subjectif. - Envisager la singularité d'un droit de la personnalité au lieu et place de droits de la personnalité peut dès lors apparaître difficile, tant l'expression semble désormais renvoyer aux droits singuliers qui en constituent le contenu.

Pourtant, la diversité des éléments protégés ne saurait témoigner d'une déficience de l'unité juridique du droit la personnalité. La personnalité est une caractéristique de l'individu valorisée parmi une série de représentations à l'intérieur desquelles les éléments de la personnalité sont autant d'intérêts juridiques identifiables et susceptibles d'être protégés par des droits subjectifs. Les droits de la personnalité se singularisent dans des particularismes, mais ils obéissent à une unité de genre.

Le droit de la personnalité repose donc sur une unité formelle technique qu'est la *figure du droit subjectif*. Celui-ci retranscrit un même pouvoir de l'individu de faire respecter l'exercice de sa liberté dans son état de personne, comme dans sa sphère d'activité personnelle, de faire sanctionner toute atteinte à son identité et son intimité personnelle dans l'espace juridique.

SECTION 4. La finalité des droits de la personnalité

70. Rapport de la finalité et de la valeur. - Le développement des droits de la personnalité obéit à une architecture juridique ordonnée par une *finalité*²³², valorisant les deux termes du syntagme, qu'il s'agisse de la personnalité (§1) ou du droit (§2).

§1. - La valeur de la personnalité

71. Les valeurs protégées. - Lorsqu'on foule la personnalité dans sa capacité à posséder comme à s'engager, c'est *l'essence* même de la représentation juridique de la *personne humaine* qui est touchée (A) ; on parle alors d'atteinte à la *dignité humaine* (B).

²³² Sur cette relation entre finalité et valeur dans l'ordre du droit, v° G. Rümelin, R. Bonnard, *L'origine de l'ordonnement juridique*, Paris, 1929 ; P. Roubier, pour qui le droit en tant que science normative tend à formuler des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité, *Théorie du droit, op. cit.*, n° 36 ; H. Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 328 et s. et les références citées ; G. Vlachos, *Nouvelles recherches sur la philosophie des valeurs du droit*, APbD 1965, p. 117 et s ; L. Lavelle, *Traité des valeurs, Théorie générale de la valeur*, Paris, PUF, 1950, t. I, p. 19 et s.

A. - La personne humaine

72. La valeur socle des droits de la personnalité. - Qu'il s'agisse de l'image, de la voix, de la vie privée, de l'intimité, de la tranquillité, du corps, le droit protège un ensemble d'intérêts constitutifs de la représentation juridique de la personne humaine : *valeur socle* des droits de la personnalité²³³, comme point de convergence de toutes les confusions.

73. La personne au double visage. - La personne conçue par le droit est avant tout une *entité complexe à double visage* : le visage juridique, que le justiciable présente sur la scène du droit, et son propre visage.

La tradition distingue ainsi depuis l'Antiquité *la personne physique* de son *moi juridique*. On se réfère à l'histoire du mot pour montrer qu'il ne saurait y avoir de confusion possible entre le rôle joué par la partie au procès et sa personnalité singulière dissimulée sur la scène juridique²³⁴. Seulement les distinctions de raison ne sont pas toujours des raisons suffisantes dans l'épreuve de l'existence, et il y a entre ces deux figures janusiennes, une série combinatoire qui va de la séparation à leur assimilation pure et simple. L'homonymie de la personne entraîne de nombreuses difficultés puisque dans la représentation, la personne juridique n'est jamais totalement séparée de la personne humaine, elle devient celle-là, et vice et versa²³⁵.

74. Personne, personnalité et personnage. - Il est vrai que la perception intuitive des droits de la personnalité se heurte à de nombreux obstacles liés aux différentes acceptions du substantif revendiquées par de nombreux savoirs. Le mot décline ainsi différents états de la *personnalité* au *personnage* comme autant de formes de présence de l'existence dans son rapport au monde.

À gros traits, la *personnalité* se définit d'abord en dehors du droit, comme le caractère singulier du genre, marque de l'identité propre de chacun. Elle est l'attribut distinctif psychique, intellectuel ou moral d'un individu²³⁶. Le *personnage*, plus formel, est le rôle qu'un individu épouse dans l'espace du jeu sociétal. Avant de renvoyer à un critère distinctif de la personnalité, il est une apparence qui habille l'individu dans une partition prédéterminée. La *personne* transcende ces

²³³ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, p. 631 et s.

²³⁴ Il y a donc bien au moins deux visages de la personne dans le droit, comme le suggère l'image du masque porté par l'acteur à laquelle renvoie l'étymologie de la notion de personne, qu'elle soit grecque, avec « *prosopon* », ou latine et romaine, avec « *persona* ». Ainsi que le rappelle Jean-Marc Trigeaud, le trait commun des deux notions est de se distinguer de « *Pousia* » qui servira à conduire la notion philosophique et théologique de substance derrière les expressions latines de « *l'esse* », de « *l'essentia* » ou « *substantia* » ; *La personne humaine sujet de droit*, Journées R. Savatier, 1993, PUF, p. 5 et s ; Y. Thomas, *Le sujet de droit, la personne et la nature, op. cit.*, p. 85 et s ; D. Bourg, *Sujet, personne, Individu, Droits*, 1991, p. 87 et s ; A. Garapon, *Le sujet de droit*, RIEJ 1993, p. 69 et s.

²³⁵ Pour une étude du langage des sources et de ses implications philosophiques et juridiques sur la personne, on consultera les travaux de J. M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, Bordeaux, Bière, 2009, (notamment sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne), p. 17 et s. Puis plus généralement ; *Persona ou la justice à double visage*, Gênes, Bib. Filosofia Oggi, 1990 ; *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bière, 1995 (ch 1 à 8, 17, 19) ; *Justice et hégémonie*, Bière, 2006, (ch. 13, 23) ; sur l'histoire du concept de personne, *Philosophie juridique européenne*, Bordeaux, Bière, 1990, p. 127 et s, et les nombreuses références citées dans chaque ouvrage.

²³⁶ "La personnalité consciente est, selon Jung, la somme des données psychologiques qui sont ressenties en tant que personnelles", C. J. Jung, *Dialectique du moi et de l'inconscient*, Paris, Folio, p. 82.

différents états par sa dimension universelle et singulière qui se trouve derrière tout un chacun. Entre ces référents, la *personne* véhicule un patrimoine sémantique que s'est approprié la métaphysique comme la théologie chrétienne, dont les influences particulièrement fécondes viennent parfois brouiller l'ordre du droit.

Ainsi, lorsque le droit se tourne vers ces autres savoirs (sous prétexte de profit et d'enrichissement), c'est une dépendance possible qui se profile, en même temps qu'un risque de perte du sens propre de la valeur de la personne ou de la personnalité dans le langage des sources²³⁷.

75. Valorisation du vocabulaire juridique. – Pourtant, dans le vocabulaire juridique, les notions ne sont ni employées ni valorisées dans le même sens.

La personne *sujet* peut être, dans les droits de la personnalité, conçue comme *objet* d'une série de droits. Le sujet de droit n'est pas toujours l'humain, mais l'expression d'une valeur, que la perception reconnaît comme chose²³⁸. Aujourd'hui encore, la personnalité juridique s'étend de la personne physique à la personne morale qu'il s'agisse d'un groupement de personnes ou de biens comme la fondation. De la même façon, la personnalité psychologique n'est pas la personnalité juridique qui renvoie à l'état et à la capacité de pouvoir jouir ou d'exercer des droits. Cette personne juridique est envisagée sous un aspect formel, comme un *sujet* de pouvoirs et de droits.

Le risque pour le langage juridique, une fois libéré de l'exercice terminologique, est d'enchâsser sous une même terminologie la substance de la forme, de la *personnalité* à la *personne*, en passant par le *personnage*.

Cette difficulté *confusionnelle* est accentuée en matière de droits de la personnalité, puisque ce dont il est fait état, n'est pas la personnalité juridique relevant du droit de la capacité, mais autant d'intérêts juridiques à l'intérieur desquels on trouve des expressions de la personne physique (respect de la vie privée, de la voix, du nom, de l'honneur, de l'image, du corps, etc). Ce que le droit protège n'est donc pas seulement une aptitude juridique, c'est une consécration de cette aptitude juridique dans des espaces existentiels circonscrits. Ce que le droit saisit alors par le biais de la personne juridique c'est la personne réelle. La personne juridique est alors envisagée sous son aspect identitaire, substantiel et réel comme un *objet* ou un *intérêt* que le droit doit protéger.

76. L'ordre du droit. - *L'ordre du droit* n'est pas celui du langage commun. L'ordre des valeurs y est parfois inversé.

Quand, dans le langage courant, le personnage se destitue dans la caricature de la personnalité comme le masque prisonnier de sa propre composition, dans l'ordre du droit, ce rôle

²³⁷ J.M Trigeaud rappelle ainsi que dans le langage des romanistes, règne de *l'objectivité pure*, la personne est d'abord *seconde* ou *subalterne*, puisque c'est le bien (la « *res* » qui peut également être humaine) qui est saisi en premier. Elle est ensuite *plurale*, puisqu'elle relève non de « *l'unité de l'être, mais de la multiplicité des apparences ; il y a des personnes autant qu'il y a de biens et de rôles à interpréter relativement à eux* ». Enfin, la personne est *relationnelle* au sens objectiviste, où elle apparaît assujettie à la nature du droit, pour être le référent de l'échange ou de l'attribution. Puis, surtout, elle est *fonctionnalisée*, c'est-à-dire perçue comme un personnage qui interprète un rôle que le droit lui assigne. La fonction de personne juridique qui est exercée par la personne humaine n'implique aucune confusion entre les deux ; *Personne, Droit et Existence, op.cit., p. 23 et s.*

²³⁸ S. Goyard-Fabre, *Sujet de droit et objet de droit, APdD* 1995, p. 517 et s.

redevient capital. Il est la garantie d'une objectivation de la cause du procès dans la personne réelle qu'est la personne humaine.

77. Réalisme et objectivité. - Cette dissociation est donc essentielle puisqu'elle couvre un dédoublement philosophique du rapport de la personne au droit. Le droit donne à voir *comment* la personne apparaît quand la pensée philosophique étudie *qui* elle est. Mais plus encore, la philosophie du droit, reliant la *manière* d'apparaître à la *nature* de l'apparition montre que si l'amnésie de ce dédoublement initial sous couvert d'influence et d'enrichissement cumulés du concept de personne et de personnalité par d'autres sciences peut être aléatoire, la dévaluation de la représentation singulière opérée par le droit à cette occasion est dangereuse²³⁹.

D'où le réalisme fondamental qui préside aux représentations des droits de la personnalité. L'artifice nécessaire à la représentation juridique de la personnalité n'est pas totalement éloigné de la personne dans son existence concrète.

Seulement en droit l'étude du rôle passe avant celui de la substance, même si cette dernière ne lui est pas abstraite. Ce mouvement est gage d'objectivité et de réalisme. Le premier permet de protéger la personne par delà la subjectivité dans son rôle, ou dans sa fonction objective. Le second permet d'éviter que l'objectivité ne dérive en idéalisme, dans l'abstraction du rôle au regard de l'existence. Le réalisme impose donc une vision intégrale de la personnalité juridique qui ouvre la voie de la déclaration et de la protection de la dignité de la personne humaine.

B. - La dignité

78. Approche conceptuelle. - La dignité est un concept qualifiant, valorisant et protégeant la personne au-delà de laquelle toute forme d'oppression, d'outrage (physique et psychologique), de déconsidération, peut être saisie et condamnée par le juge.

Introduite dans le droit moderne à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la notion répond à une vocation défensive de la fragilité existentielle contre le développement de certaines capacités destructrices de la civilisation de puissance, qu'elles soient masquées par un support technique, médical, étatique, commercial ou marchand. Elle intègre le mouvement historique de protection des droits de la personnalité en contre-point des Déclarations des libertés opposées au despotisme d'Etat, plutôt comme une limite à la tyrannie des puissances privées²⁴⁰. Elle a pour effet de sortir l'humanité du *règne des moyens* où toutes les choses ont une *valeur marchande*.

La dignité se présente ainsi, tour à tour comme un *droit de la personnalité*, un *droit fondamental*, ou une *valeur limite* au-delà de laquelle *une certaine forme d'agir* ne saurait enfreindre la substance même de la personne. Elle est un concept qui trouve dans *l'histoire de la pensée occidentale* sa raison d'être, et qui laisse désormais aux juges un pouvoir d'*appréciation controversée* du *seuil* de la condition humaine.

²³⁹ J.-M. Trigeaud, Le dédoublement du sujet : entre sujet juridique et sujet social, dans *personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 157 et s.

²⁴⁰ B. Edelman, *L'ennemi dans les déclarations des droits de l'homme*, *Droits*, 1992, n° 16 et s. Et s'il va de soi, que la dignité de la personne humaine peut-être invoquée contre des agissements d'Etat, v° *infra*, n°275 et s.

79. Droit de la personnalité, droit fondamental et Valeur. – La dignité est devenue un principe juridique *premier* placé en tête de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et susceptible de se diffuser dans toutes les branches du droit²⁴¹. Elle est souvent présentée comme un droit *primordial* de la personne²⁴², voire comme un *droit de la personnalité* « opératoire » et « autonome », pouvant être invoqué devant les tribunaux²⁴³.

Le concept apparaît dans la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, pour signifier face aux horreurs de la barbarie massive, qu'il ne saurait y avoir désormais d'atteintes (furent-elles masquées par certains droits ou par certaines politiques) à la qualité fondamentale de tout être humain²⁴⁴. En tête des droits de la Constitution Allemande, elle fixe selon D. Rousseau « le principe » d'où découlent les autres droits fondamentaux qui « prennent vie et intelligence par et dans lui »²⁴⁵. Elle permet ainsi de les consolider puisque « le principe de dignité ne s'accomplit, ne devient effectif que par eux »²⁴⁶.

En considérant la violation des droits fondamentaux comme une atteinte à la dignité de l'homme, la notion apporte de nombreux avantages. Elle permet, en outre, de redonner un sens concret à certaines libertés considérées comme abstraites, puisque l'atteinte aux libertés touche la dignité reconnue comme droit subjectif²⁴⁷. Dans cette perspective, on peut soutenir qu'elle est un bénéfice pour le droit, puisque si « elle ajoute, [elle] ne retranche rien cependant en matière de droit des droits de l'homme »²⁴⁸.

Mais dans le même sens, on peut s'inquiéter d'une forme indirecte de moralisation des mécanismes juridiques par l'intermédiaire d'un concept qui semble tout permettre, y compris de limiter l'usage et l'exercice d'une liberté par son titulaire, sous couvert de sa propre dignité. Ce phénomène génère un grand malaise doctrinal et l'appréciation du terme en tant qu'axiome juridique devient problématique²⁴⁹. Il peut ainsi d'un côté, être adopté par une partie de la doctrine car il sert de rempart contre toute forme d'asservissement et de dégradation de la

²⁴¹ Pour une étude de cette diffusion, *La dignité de la personne humaine* (ss. la dir. de M. L. Pavia et Th. Revet), Paris, economica, 1999.

²⁴² V° J.F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2001 ; D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrétien, 1998.

²⁴³ M. Fabre-Magnan, *Dignité humaine*, dans *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 286 et s.

²⁴⁴ L'inscription dans le corps du texte de la Constitution Fédérale allemande à l'art. 1. 1 de « la dignité de l'être humain » (*Würde*) pose cette valorisation comme *fondamentale* (*Würdenorm*), voire comme *intangibile* reproduite par la clause d'éternité (*Ewigkeitsklausel*) de l'art. 79 al. 3. L'usage juridique du terme est donné par les sources internationales et internes du droit (*Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948*, *Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales de 1950*, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966*). Elle est en France reconnue au terme de l'article 16 du Code civil qui dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Par décision du 27 juillet 1994, les juges du Conseil Constitutionnel lui donne une nouvelle dimension en consacrant le principe de « sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ».

²⁴⁵ D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrétien, 1998 p. 70.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ La Cour européenne des droits de l'homme ayant reconnu que « la dignité, comme la liberté, est de l'essence même de la Convention » (*C.R./Royaume-Uni et S.W. /Royaume-Uni*, 22 nov. 1995).

²⁴⁸ M. L. Pavia, *La dignité de la personne humaine*, dans *Libertés et droits fondamentaux* (sous la dir. de R. Cabrillac, M.A. Frison Roche, Th. Revet), *op. cit.*, n° 281.

²⁴⁹ M. Fabre-Magnan, *La dignité en Droit : un axiome*, dans *La dignité aujourd'hui. Perspectives philosophiques et théologiques*, (sous la dir. de A. M. Dilblens & B Van Meenen), Fac. Univ. Saint Louis, 2007, p. 53 et s.

personne, comme de l'autre, il peut être suspecté car il sert de limite à l'exercice de cette même liberté.

80. Les trois âges de la notion dans l'histoire -. Pour l'heure, il faut déjà mesurer l'ancrage du terme dans le vocabulaire de la culture européenne, dont on peut d'ores et déjà schématiser trois grands moments d'évolution aux termes desquels la dignité, qui était au départ un *titre juridique* attribué et reconnu selon une *forme de mérite* devient un *attribut moral et juridique de la personne humaine*. De distinctive, la dignité est progressivement venue désigner une condition égalitaire.

81. Elitisme moral et condition sociale. - Le premier moment, que l'on pourrait qualifier d'*âge classique* du concept, se trouve dans l'antiquité gréco-romaine où la dignité apparaît comme la *reconnaissance d'un titre*, d'une *fonction* ou d'une *attitude*. Reprenant l'héritage grec, la *dignitas* romaine s'articule sur deux ordres qui vont demeurer inchangés durant toute l'histoire du mot : celui de la *considération sociale* et celui de la *conscience morale*.

À Rome, comme l'atteste Cicéron, la dignité est avant tout un titre, un office, un prestige ou une fonction acquise par un individu ou un groupe en lui donnant un certain rang privilégié dans la cité ou la république²⁵⁰. C'est une notion proche de l'honneur apportant autorité et charge à celui qui en est investi. Une relation s'établit ainsi entre l'agir, qui est le fait de l'individu, et la considération morale, sociale, juridique ou politique, qui est le fait de la cité ; l'agir venant légitimer le statut social. À côté de cette représentation politique, le mot dispose d'une orientation purement anthropique, puisqu'il permet aussi de distinguer l'homme de la nature, en le plaçant « au-dessus des êtres vivants »²⁵¹. La dignité peut donc être conçue comme une sorte de titre naturel « qui convient au sage »²⁵². Qu'elle soit morale, sociale ou politique, elle demeure dans cette acception essentiellement élitiste.

82. Elitisme et égalité de condition morale. - La pensée chrétienne va ensuite investir le concept en lui donnant une densité ontologique quasi incommensurable en la rapportant à Dieu.

On retrouve ainsi chez Saint Augustin la dignité « office », distinctive, octroyée par le sacerdoce, qui donne rang moral et reconnaissance publique selon les usages de l'Eglise. Mais en utilisant l'expression « d'éminente dignité humaine », l'évêque d'Hippone introduit un élément renversant le rapport de la dignité, puisqu'il la confère à tout homme²⁵³.

La dignité devient alors un attribut de l'humaine nature, porté en *égalité de condition*. Mais si la dignité est en l'homme, c'est parce que Dieu l'a voulu ainsi, lui donnant le pouvoir de diriger son existence. C'est parce que l'homme dispose du libre arbitre, qu'il est placé dans toute sa dignité au sommet des créatures. Au sortir de la seconde scolastique, la dignité n'est donc plus élitiste, puisqu'elle est attribuée à part égale dans chaque personne. L'humaine condition dispose ainsi

²⁵⁰ V° par ex les multiples références au terme en ce sens dans le *De Officiis ou le Traité des devoirs*, trad. Ch. Appuhn, Paris, Garnier, 1933, Livre I, Ch XII, XXXIV, XXXIX.

²⁵¹ *De officiis, op. cit.*, Livre I, XXX, XXXIV et XXVII.

²⁵² *De officiis*, Ibid., L., XX.

²⁵³ M. Blondel, Saint Augustin, l'unité originale et la vie permanente de sa doctrine philosophique, *Revue de métaphysique et de morale*, 1930, pp. 423-469, p. 437.

d'une *dignité d'état* qui ne devient distinctive dans son exercice que dans le regard divin, seul véritable Maître de l'appréciation de cette dignité ontologique²⁵⁴.

83. Égalité de condition sociale et morale. - La modernité introduit une nouvelle ère de la notion. La dignité se transforme ainsi chez Kant en impératif qui s'impose à la condition humaine par la conscience morale ; la dignité est cette « valeur intérieure absolue » qui empêche qu'un homme puisse « être utilisé par aucun homme (ni par autrui, ni même par lui-même) simplement comme moyen, mais doit toujours être traité en même temps comme fin »²⁵⁵.

Il n'est donc plus question de *rapport conditionnel* établi sur une fonction, une charge, un rang éminent qui serait attribué selon la considération d'une action, d'un mérite²⁵⁶. La dignité devient un *état*, consubstantiel de l'humanité en tant qu'être moral, qui se prolonge en *attitude* ou (impératif moral) qui interdit de considérer tout homme comme moyen²⁵⁷. Cette représentation de la dignité de condition a de nombreux avantages, puisqu'elle fait de l'homme *l'alpha et l'omega* de la raison juridique. Elle a néanmoins de sérieux inconvénients, au moment de vouloir en apprécier le contenu, puisqu'elle ne dit rien sur les critères qui la conditionnent, sauf à retenir un impératif moral fondé en raison²⁵⁸.

84. Difficulté d'appréciation et usage normatif. – Les âges de la notion se suivent mais ne se ressemblent pas. L'usage juridique peut trouver dans ces écarts une source d'enrichissement, comme il peut ressentir une gêne liée à l'appréciation strictement positive de la notion.

En effet, le jugement qu'il engage ne soulève pas les mêmes problèmes selon que l'on se place dans telle ou telle perspective. Le premier état de la notion repose sur un jugement établissant une adéquation entre un *agir* (ou un comportement individuel ou collectif) et une *condition politique* ou *morale*. Le second généralise cette condition à tout homme sur un plan *spirituel*. Le troisième, en attribuant la dignité à tout homme, brise l'établissement d'un *rapport conditionnel* pour établir un *rapport de condition* qui n'est pas seulement moral, puisqu'il est politique et juridique.

²⁵⁴ Car sa « dignité ... surpasse toute dignité » ; St Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, Q 29, 3.

²⁵⁵ Kant poursuit : « c'est en cela que consiste précisément sa dignité (sa personnalité), *Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, § 38 ; 758.

²⁵⁶ Au moins en apparence, puisqu'en réalité, peu de commentateurs l'exposent la dignité chez Kant peut être perdue dans l'Etat de par sa propre faute auquel cas, s'il (l'homme) conserve sa vie, il devient un instrument entre les mains d'autrui (soit de l'Etat, soit d'un autre citoyen), *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, 1^{ère} partie, 1^{ère} section II, *Remarque D*, p. 212.

²⁵⁷ Principe que l'on retrouve par exemple formulé chez Boistel, lorsqu'il expose que le « principe moral qui protège le droit, c'est l'inviolabilité de la personne humaine », *Cours de philosophie du droit, op. cit.*, t. 1, n° 41.

²⁵⁸ En se coupant du référent religieux qui lui servait de critère étalon, l'appréciation de la dignité des modernes se trouve entièrement disposée dans une valorisation humaine que comble dans un premier temps l'impératif catégorique issu de la raison éclairée. Mais le scepticisme, l'empirisme, comme l'expérience de la souffrance, vont à leur tour remettre en cause le bien fondé d'une telle position. Reste une notion difficile à appréhender si ce n'est de façon passive, comme par le biais d'une image en négatif. C'est là, la thèse de F. Mattei où elle semble devenir le reflet du sentiment d'*indignation* qui va se déployer au sortir de la guerre, *De l'indignation*, Paris, Ed. de la Table Ronde, 2005.

Dans l'appréciation moderne de la dignité, comme il n'y a plus de référent *transcendantal*, seules les *attitudes* jugées *indignes* peuvent être identifiées, sans pour autant ôter à leurs auteurs la *dignité de condition*.

Dès lors, même en affirmant que l'intérêt protégé touche désormais bien plus une *valeur normative fondamentale* que *fonctionnelle* de la personne humaine²⁵⁹, en confiant au droit le soin d'apprécier le contenu d'une notion touchant à la valeur de l'être humain et par conséquent sur la manière dont il peut être traité, la modernité place les acteurs de justice dans une position inconfortable²⁶⁰. Cette situation, certainement due à l'apparition tardive du concept dans la norme positive, est sans aucun doute accentuée par la dimension morale du terme²⁶¹. L'enjeu est crucial. En protégeant la valeur irréductible de tout homme dans la reconnaissance de la dignité de la personne humaine, c'est le droit lui-même, en tant qu'agent de cette appréciation qui prouve aux justiciables son autorité. Faut-il pour lui, ne pas se tromper.

§2. - La valeur du droit

85. La valeur de l'autorité protectrice. - En remontant vers le *terme* protégé par le droit, on mesure la force de *l'agent* protecteur. C'est ainsi qu'en valorisant la personnalité, le droit redessine les contours de sa place dans le monde contemporain.

Le phénomène mérite d'être décrit pour une série de motifs : en premier lieu, parce que ses effets sont observables sur le *droit objectif* de la personnalité alors que l'étude juridique de la personnalité est entièrement tournée vers la consécration des *droits subjectifs* ; ensuite parce que son allégeance à la protection de la personne démontre en sens inverse son indépendance ontologique à l'égard des contingences historiques.

Ces raisons permettent d'apprécier *l'autorité du droit objectif de la personnalité* (A) dont la *puissance* devient synonyme de *valeur ontologique* d'entrave des procédés de réification de la personne (B).

A. - L'autorité du droit objectif de la personnalité

86. Nature de l'autorité. – L'autorité du droit objectif de la personnalité est originale parce qu'elle est créatrice de droits subjectifs²⁶².

Pour l'opinion commune, l'autorité est synonyme de contrainte. Appliquée au droit, l'autorité a pour *objet de contraindre* la commercialité des échanges sous l'effet de la norme. En ce sens, le droit est bien une autorité, mais elle n'est pas véritablement créatrice, puisqu'elle a tendance à imposer la répétition d'un modèle normatif. L'autorité créatrice du droit de la personnalité est authentique : elle n'a pas pour effet de soumettre le terme de la relation d'autorité (la personne) mais de la libérer du tourbillon des échanges, en lui donnant plus de pouvoir.

²⁵⁹ M. L. Pavia, La dignité de la personne humaine, dans Libertés et droits fondamentaux op. cit., n° 263 et s.

²⁶⁰ Reste alors une difficulté capitale dans l'appréciation de la valeur normative des droits et des libertés qui relève de l'appréciation des juges et des modalités d'appréciation hiérarchique, mais qui fait selon certains auteurs la substance même de l'originalité du droit, v° CH. Perelman, L. Olbrecht-tyteca, *Traité de l'argumentation*, 1958.

²⁶¹ B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, Chr. 205 et s.

²⁶² Même si cette autorité n'est pas une évidence pour qui regarde le droit dans sa dimension purement positive, effective et sanctionnatrice, H. Battifol, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 139.

87. Philosophie inédite du droit de la personnalité. – La philosophie juridique du droit de la personnalité participe de la vision *historiciste* du droit qui engage l’humanité dans une logique de progrès. Ce regard n’est certainement pas une nouveauté pour les analyses hégéliennes et marxistes du phénomène normatif. La thèse fut par ailleurs magistralement exposée par Jhering associant définitivement les concepts de *lutte et de travail* du droit dans le processus créationniste historique²⁶³. Ce qui demeure en revanche *inédit*, c’est la résurgence et la portée de cette analyse dans le cadre des droits de la personnalité.

La lecture est pourtant pertinente quand on regarde d’une part le travail de la doctrine pour élaborer une théorie unitaire sortie du prétoire, quand on observe d’autre part la rixe où s’affrontent sur la scène du droit, *l’homo faber* (soumis au déploiement de la technique), *l’homo oeconomicus* (calibré par les lois du marché) et *l’homo juridicus* (gardien de l’autorité de justice)²⁶⁴.

88. Indépendance et autonomie juridique. – Au centre de cette joute, le droit de la personnalité montre que le droit dans sa nature, n’est donc pas réductible au développement de la *puissance économique* ni à la *puissance du politique*²⁶⁵.

D’un côté, ce droit témoigne que si la loi du « *laissez-faire, laissez-passer* », est créatrice de richesses, elle peut être dommageable pour l’humanité entraînée par la convoitise et par l’emballement des logiques de marché. C’est pourquoi, en érigeant sa propre valorisation de la personne dans le champ de la personnalité, le droit défend sa propre représentation de la place de l’homme dans l’échange²⁶⁶. Cette autorité du droit est consubstantielle au fondement du droit privé régissant depuis l’antiquité le commerce des choses. L’histoire de ces relations rappelle alors que la valeur de l’homme n’est donc pas seulement réductible aux lois économiques puisque le commerce obéit aussi aux lois du droit, et que les valeurs promues par l’économie, ne sont pas fatalement celles du droit²⁶⁷.

D’un autre côté, le droit montre son indépendance au regard du politique²⁶⁸. De la doctrine juridique officielle du début du XIX^{ème} siècle qui plaçait « le Code civil sous la tutelle du politique »²⁶⁹ à « l’aveu d’impuissance » d’un droit, du milieu du XX^{ème} siècle soumis à l’autorité de l’Etat²⁷⁰, se substitue un autre genre de droit émancipé des tutelles politiques.

²⁶³ Elle-même construite « sous le rapport de la nécessité pratique comme de l’importance morale », Jhering, *La lutte pour le droit*, 9^{ème} éd, 1889, p. 5.

²⁶⁴ A. Supiot, *Homo juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Seuil, 2005.

²⁶⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

²⁶⁶ Ce qui caractérise le droit de la personnalité étant son extra-patrimonialité, même si on lui reconnaît des limites, celles-ci sont toujours considérées comme des exceptions. La valorisation marchande des droits, qui est une importation d’une valeur vers l’autre, n’est aucunement le principe; c’est une “importation peu glorieuse” (G. Cornu, *Les personnes*, *op. cit.* n° 36), que le droit d’une certaine façon tente de contrôler.

²⁶⁷ V° A. Kojève, qui rappelle que “l’idée de Justice et le Droit qui la réalise... sont des phénomènes autonomes par rapport à l’économie”, *Esquisse d’une phénoménologie du droit*, *op. cit.*, p. 199.

²⁶⁸ Même si ces effets ont une incidence politique, v° M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959.

²⁶⁹ Discours préliminaire cité par G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, p. 15.

²⁷⁰ M. Hauriou, *Aux sources du droit, Le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 14.

Par-delà les tâtonnements, les objections autour de la protection de la personnalité, le droit objectif démontre ici une autorité qui le libère de nombreux réductionnismes et positivismes institutionnels²⁷¹.

89. Axiologie du droit de la personnalité : idéalisme et réalisme. - Le contexte des droits de la personnalité est donc l'occasion de faire retour sur les deux dimensions métaphysiques *réalistes* et *idéalistes* qui le guident dans l'histoire.

Le premier fait du droit privé le siège des rapports d'échange. Dans une société où l'échange devient un moteur de puissance, le droit dispose d'une puissance de contrôle et d'autorité légitime. Le second place le droit au service de la personne, de ses faiblesses consubstantielles, et de la protection de ses intérêts les plus intimes. Ces deux dimensions sont celles d'une axiologie que traduit la valeur objective de la protection de la personnalité.

B. - La valeur objective de protection de la personnalité

90. Nature et puissance du droit de la personnalité. - La *lutte du droit* pour l'avènement des droits subjectifs de la personnalité se répercute sur la valeur objective de la protection de la personnalité : le droit devient à son tour synonyme de force et de puissance.

Comme le soutient Jhering, la force n'est pas *le but du droit*²⁷², c'est au contraire en suivant sa propre fin que le droit est en mesure de dévoiler sa véritable nature. Ce caractère de la force du droit est la marque de sa puissance, qui est une puissance de *service* contre les « traces de la puissance privée »²⁷³. Le droit protège une certaine représentation de la personne humaine, *cause* et *fin* du droit, mais *jamaïs moyen*²⁷⁴. Il doit alors sa valeur à la puissance qu'il dresse face aux puissances abusives de fragmentation, de chosification et de déshumanisation de la personne²⁷⁵.

91. Historicisme et valeur du droit de la personnalité. - De la première à la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le contexte des droits de la personnalité forme un cadre temporel sans précédent. Changement d'époque d'un droit qui dominerait le temps²⁷⁶. Ce *moment* engagé par la

²⁷¹ Elle conduit le droit en général et le droit civil en particulier à se replacer dans son environnement économique, politique et social, G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ème éd, Paris, LGDJ, 1951 ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*,

²⁷² Jhering, *L'esprit du droit romain*, trad. de Meunelaere, 1866, p. 336.

²⁷³ G. Ripert appelant « la civilisation [à] détruire de telles puissances », *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^{ème} éd., 1936, n° 59, p. 103.

²⁷⁴ C'est pourquoi, même les formes de servitudes modernes, déclarées *volontaires* ou *librement consenties* par les individus, ne sauraient constituer un *intérêt légitime* susceptible de protection, la dignité des personnes rétroagissant désormais sur celle du droit, v° *infra*, n°229 et s.

²⁷⁵ Pour une étude sur la force du marché sur les attributs de la personne, v° B. Edelman, *La personne en danger*, *op. cit.*, p. 109 et s.

²⁷⁶ Loin d'être marquée par un contexte historique (que l'on pourrait considérer comme relatif), la *création continuée* des droits de la personnalité tendrait alors à montrer que le droit domine le temps, S. Cotta, *Le droit dans l'existence, Eléments d'une ontophénoménologie juridique*, *op. cit.*, p. 155 et s. Sur le rapport du droit moderne et le thème général de l'accélération de l'histoire, v° *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959, p. 1 et s.

doctrine civiliste peut être considéré comme *historique* dans la compréhension de l'articulation des libertés civiles et des droits subjectifs²⁷⁷,

À l'Etat providence projeté par les idéaux de la nation, garanti par le culte du pouvoir absolu, succède un *monde désenchanté* selon l'expression de Marcel Gauchet, allant jusqu'à douter de la valeur de l'Etat. Par une sorte d'effet de vase communicant, le droit, *motu proprio*, est investi sinon comme une valeur refuge, au moins comme un refuge de valeurs. Ce phénomène est particulièrement remarquable en matière de droit de la personnalité qui émerge comme une forme de création autonome, capable de promouvoir un *humanisme juridique*. Son indépendance vis-à-vis de l'économie comme du politique lui donne cette légitimité historique susceptible de réaliser une forme d'accomplissement de l'incarnation de l'idée de Justice²⁷⁸.

Au fond, tout se passe comme si la puissance libérale remettait finalement au droit le soin de solder ses propres contradictions. Les philosophes d'après-guerre, qui s'intéressent aux facultés juridiques après des années d'ignorance, ne s'y sont pas trompés.

92. Conclusion. - Il y a quelques années la protection juridique de la personnalité n'avait guère la réputation d'être un thème bien sérieux²⁷⁹. Les choses ont donc changé. On ne saurait désormais dénigrer la place des droits de la personnalité dans les sciences juridiques. Le débat ne se situe donc plus sur *l'existence* ou non de tels droits, pas plus que sur leurs *formes*, puisqu'ils entrent dans la catégorie des droits subjectifs. Il s'est déplacé du foisonnement d'informations techniques vers la compréhension organisée d'un thème susceptible de faire l'objet d'un traité. Ce faisant, il a gagné en maturité pratique comme en densité théorique, montrant que le rapport de l'individu au droit change, et qu'il évolue à travers l'histoire. La relation des personnes au droit, comme des personnes à la personnalité à travers le droit, est sujette à de profondes modifications.

D'un point de vue juridique, les éléments qui fondent les droits de la personnalité restent d'expressions comme d'expositions complexes. Leur diversité peut même faire craindre une fragmentation de la personne derrière la personnalité. Mais ce manque apparent d'unité n'est pas un argument suffisant pour une condamnation de principe. Au contraire, la manifestation du droit subjectif de la personnalité est une confirmation de la *valorisation* de la personne *par* le droit comme *du* droit lui-même.

D'un point de vue philosophique, le déploiement de la puissance du droit n'apparaît alors en rien comparable à celle des autres sciences engagées dans la croissance des moyens, que l'on peut assimiler à des puissances de contraintes de l'humanité. Cette puissance porte sa légitimité, puisqu'elle s'exerce dans une certaine forme d'altérité, faite d'insoumission aux finalités du politique, de refus d'abstraction par le genre, pour se réaliser dans la casuistique singulière de la pratique juridique.

²⁷⁷ Sur ce point v° G. Ripert, Régime démocratique et droit civil moderne, Paris, LGDJ, 1936, n° 59 ; également R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui. Approfondissement d'un droit renouvelé, Ibid.

²⁷⁸ A. Kojève, Esquisse d'une phénoménologie du droit, op. cit., § 36 et 37 ; J. M. Trigeaud, Le concept de droit et l'idée du juste, dans L'homme coupable, op. cit., p. 223 et s.

²⁷⁹ B. Beignier, Le droit de la personnalité, op. cit. p. 5.

L'enjeu d'une philosophie juridique des droits de la personnalité se trouve là ; comme un regard non négociable de l'autorité métaphysique du droit, indépendante de tout ordre, si ce n'est de *l'idée anthropogène de Justice*.