

LA PROTECTION DE L'INTIMITÉ
PAR LE DROIT PRIVÉ
ÉLOGE DU RAGOT OU COMMENT VICES EXPOSÉS
ENGENDRENT VERTU

PAR

Alain BERNARD

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Considérons d'abord les délices d'un plaisir presque défendu : le commérage. Tout un chacun s'y livre, souvent avec gourmandise. Parions donc que le phénomène présente des vertus sociales¹. Le ragot se pratiquerait sous deux formes : le commérage de pitié, de soutien, s'émeut des malheurs frappant un individu ou une famille ; le commérage de réprobation, vise à stigmatiser celui qui viole les règles, de la bienséance ou du droit. L'excitation intense procurée par cette activité permet de penser qu'elle fournit une arme redoutable d'exclusion. Le groupe *"rejette les autres en tant qu'intrus cosmopolites et, par son commérage réprobateur, il les empêche de s'intégrer à son mode de vie communautaire ; et en même temps, il leur reproche de ne pas se mêler à leur vie communautaire"*². Le plaisir du commérage ne se limite pas à la destruction ou à l'exclusion. Il permet la jubilation d'une conversation sur des sujets tabous ou des choses qu'on ne devrait pas faire. Cette transgression partagée renforce la puissance de la règle, puisque le commérage redit la norme. Et dissuade les honnêtes gens de la transgresser. Par surcroît, il renforce la cohésion du groupe autour d'un modèle de conduite partagé par ses membres. Adoptons donc un point de vue réaliste, à l'opposé de celui de la doctrine universitaire qui a tôt fait de s'indigner de l'existence de la presse à "scandales". Observons, avec Erving Goffman que *"ce sont les échanges interpersonnels qu'on raconte et qu'on écoute le plus volontiers. Au lieu de répéter*

1. Sur la question, de façon étonnante assez peu étudiée par les sociologues, cf. un remarquable (et amusant) article de Elias (N.), "Remarques sur le commérage", *A.R.S.S.*, n° 60, 23.

2. Elias (N.), préc., p. 26.

que les gens sont toujours friands de ragots, il vaudrait mieux dire que les ragots sont la seule chose que les gens sont disposés à écouter”³.

La construction, brique après brique, du mur de la vie privée sera l’œuvre de la jurisprudence et l’article 1382 du Code civil — “*tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” — servira de ciment à l’édifice. La technique adoptée en France, celle de la responsabilité civile, conduit les tribunaux — saisis d’un contentieux qui gonfle dans les années 1960 — à rechercher la faute de l’auteur de l’immixtion. Mais, très vite, la faute n’apparaît plus comme la justification indispensable de la condamnation. La jurisprudence se borne à constater l’existence d’une atteinte au droit moral d’autrui. Un arrêt de la Cour d’appel de Paris du 17 mars 1966 affirme : “*chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection*”⁴. La référence à la faute disparaît. Il suffit, pour motiver la condamnation, d’établir l’atteinte à ce qui se présente comme un droit subjectif : “le droit au secret de sa vie privée”. Cette construction prétorienne⁵ du principe se double d’une politique judiciaire audacieuse de prévention des atteintes. Les tribunaux dans des cas heureusement exceptionnels, n’hésitent pas à ordonner la saisie d’un journal qui porterait atteinte à ce droit. Mais cette pratique s’appuie sur un fondement fragile, le Code de procédure civile, texte à valeur réglementaire. Alors que la liberté de la presse s’inscrit dans la Déclaration, sacralisée, de 1789.

La loi du 17 juillet 1970 qui donne naissance au nouvel article 9 du Code civil vient donc calmer d’éventuels scrupules des magistrats. Et si, dans une vision optimiste, il semble consacrer le “droit au respect de la vie privée”, il apparaît surtout comme une arme redoutable contre le commérage imprimé, puisque l’alinéa 2 dispose : “*Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestres, saisies et autres propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l’intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s’il y a urgence, être ordonnées en référé*”. L’arme atomique de la saisie ordonnée en référé⁶ montre bien la suprématie de la protection de la vie privée sur la liberté de la presse. Inévitablement cette prérogative devait recevoir l’onction constitutionnelle. Puisque seul un princi-

3. *Les cadres de l’expérience*, Les Editions de Minuit, 1989, p. 547, n. 44, *in fine*.

4. D. 1966, 749.

5. A l’époque les magistrats ne disposaient pas de la possibilité de placer leur œuvre créatrice sous le couvert de l’article 8 de la Convention européenne puisque le texte, ouvert à la ratification depuis le 4 novembre 1950, ne sera ratifié par le “pays des droits de l’homme” que le 3 mai 1974. Tout comme les Anglais se dispensent, en tant qu’inventeurs, de respecter le *fair play* en matière sportive, la France n’aurait “de leçon à recevoir de personne” en matière de droits de l’homme...

6. La justice se montre d’une merveilleuse célérité — mais qu’est-ce qui distingue une justice rapide d’une justice expéditive ? — lorsque la qualité des parties l’exige. M. Le Pen nu sur une plage, bénéficie contre *Le Canard enchaîné* d’une justice express (T.G.I. Paris, réf., 17 juin 1987 et Paris 19 juin 1987, J.C.P. 1988, II, 20957, note P. Auvret).

pe à valeur constitutionnelle peut venir brider un principe lui-même expressément inclus dans le bloc de constitutionnalité⁷.

Depuis l'anodine responsabilité civile jusqu'à l'honneur suprême d'une consécration constitutionnelle, que de chemin parcouru. Pourtant, derrière le concept transparent de "vie privée" se cachent une confusion notoire et un vaste espace de liberté. D'abord, la loi ne prohibe pas, comme contraire aux bonnes mœurs, toute divulgation relative à la vie privée. Il suffit du consentement de l'intéressé pour légitimer l'indiscrétion. Ensuite, la qualité d'homme public ou la participation, même involontaire, à un événement public justifie la curiosité. Enfin, et surtout, la notion même de "vie privée" et celle "d'intimité de la vie" ne permettent pas l'élaboration d'un droit rigide. Ainsi que l'observait M. de Grailly — dans son rapport présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens⁸ — malgré les efforts déployés avant, comme depuis cette loi, "en ce qui concerne le contenu du droit au respect de la vie privée, l'incertitude subsiste au niveau de la théorie juridique". Aussi le législateur se contente d'énoncer simplement le principe du "droit de chacun au respect de sa vie privée" en décalquant la formule de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce faisant, la loi se borne à reprendre la jurisprudence antérieure des tribunaux⁹. En suggérant d'opposer "vie privée" et "intimité de la vie privée" le législateur serait tombé dans le travers d'un "pur verbalisme"¹⁰. Autant dire que loin de réduire l'incertitude ou même de la maintenir à un niveau constant, le législateur s'ingénie à y ajouter par une distinction sans fondement et sans portée¹¹.

Mais existait-il seulement un remède à ce flou du droit ? On peut sérieusement en douter s'agissant de dispositions qui touchent à une distinction fondamentale de notre civilisation juridique qui structure, même à notre insu, nos catégories, celle qui oppose public à privé, ou for externe et for interne. Car si l'individu et l'Etat moderne naissent en même temps, ces deux représentations répulsives l'une à l'autre poursuivent pourtant un destin commun. Le droit de l'Etat, droit public (car publié), consacre l'existence d'une bulle de secret autour de l'individu qu'il s'interdirait de franchir et dont il préserverait l'étanchéité contre les atteintes portées par autrui. Le paradoxe se vérifie encore — à moins d'imaginer un droit naturel à l'intimité antérieur à tout Etat — du droit au secours de l'individu qui corroborerait l'hypothèse d'une

7. Cf. Kayser (P.), "Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois", *Mélanges P. Reynaud*, Dalloz Sirey, 1985, 329 et Renoux (Th.), "Droit des libertés : de la liberté individuelle à la liberté personnelle", *Revue Française de droit constitutionnel*, 1994, 379.

8. Doc. Ass. Nat. 1970, n° 1147, t. II, 3e partie, p. 4 et 5.

9. Rapport de Grailly, préc., p. 7.

10. Nerson (R.), *R.T.D. Civ.* 1971, obs., 117.

11. Dans l'affaire *Le Pen*, préc., les décisions se fondent sur l'article 809 du nouveau Code de procédure civile en ignorant l'article 9, alinéa 2, du Code civil.

catégorie juridique de personne pur “*arte factum*” du droit¹². Mais artificiel ne veut pas dire insignifiant. Tout au contraire. L’attention constante portée par la doctrine à la matière¹³ ; le fait — contre la tradition du droit civil — que les décisions portent le nom, célèbre souvent, du plaignant ; ou encore la malice avec laquelle les magistrats rédigent leurs décisions, pourraient laisser croire que les juristes eux aussi, se livrent, dans leur genre, au commérage et qu’ils s’immiscent, modestement, dans la vie des grands. Cet intérêt aigu pourrait venir à l’appui d’une hypothèse, qu’il faudra tenter de commencer de défricher, celle que la vie privée est destinée à la publicité. Chaque destin doit s’achever en biographie. La publicité donnée à la vie d’autrui sert de modèle pour que s’enclenche le réflexe mimétique. Si ce qu’écrit E. Goffman de la nature humaine est vrai — laquelle “*derrière nos amabilités civiles, se révèle indisciplinée et sauvage*”¹⁴ — alors le droit, par les mécanismes biographiques qu’il impose, ne serait-ce que celui de l’état civil, dispose d’outils de discipline et de civilisation. Si la socialisation ne s’accomplit plus sous la contrainte de la communauté, alors le spectacle des médias fournit une autre méthode de dressage, à la fois plus douce mais aussi tyrannique¹⁵. L’efficacité du mécanisme suppose un voile opaque, voire la dénégation. Les discours vertueux de la doctrine juridique, prompte à dénoncer l’industrie du scandale, permettraient d’occulter l’essentiel : il faut que quelques-uns donnent tout à voir pour que chacun s’emploie à poursuivre un jeu de masque sans fin.

Dès l’origine donc, la distinction sphère publique/sphère privée repose sur une frontière floue (I) et engendre un droit insaisissable (II).

I - PUBLIC/PRIVÉ : LE FLOU DES FRONTIÈRES

La notion de vie privée, le sentiment d’intimité, naissent de l’individualisme moderne. Avec la lente désorganisation de l’ordre social traditionnel et de ses représentations, s’affirme le refus d’une société reposant sur la loi divine. L’image même de la société comme corps social agrégeant les individus se brise et “*la grande question de la modernité c’est de penser une société laïque, désenchantée... Plus précisément encore, c’est de penser la société comme auto-instituée, ne reposant sur aucun ordre extérieur à l’homme. Grotius parlait en ce sens d’établissement humain, par opposition à un établissement divin*”¹⁶. Cette émancipation de la sphère politique s’appuie sur une figure cardinale, celle de l’individu.

12. Cf. l’article de Galloux (J.-C.), “La personne physique entre réalité biologique et matérialité”, et ma propre contribution, “L’identité des personnes physiques en droit privé. Remarques en guise d’introduction”, in *L’identité politique*, P.U.F., CURAPP, 1994, 127.

13. Cf. la bibliographie impressionnante du thème donnée par Ravanis (J.), *J. Cl. civ.*, art. 9, fasc. 1.

14. *Les cadres de l’expérience*, préc., 558.

15. Cf. Sur ce point Grivois (H.), “Suicide, indifférence et transgression” in Terre (F.), *Le suicide*, P.U.F., 1994, 184 [qui reprend Dumouchel (P.) et Dupuy (J.-P.), *L’enfer des choses*, Paris, Seuil, 1979, 179].

16. Rosanvallon (P.), *Le capitalisme utopique. Critique de l’idéologie économique*, Seuil, 1979, 11, souligné par l’auteur.

Au plan juridique, Guillaume d'Occam et le nominalisme affirment qu'il n'y a rien de réel au-delà de l'être particulier. Le premier, il analyse avec précision le droit comme une liberté, un pouvoir¹⁷. Analyse qui rend possible le droit naturel moderne fondé sur la liberté de l'individu. Le juriste ne considère plus un ordre naturel et social, mais il construit le droit à partir de l'être humain particulier. Cette conception de l'homme comme individu suppose la reconnaissance d'une liberté de choix étendue. L'individu, valeur sociale cardinale, exige que la société lui délègue la capacité de fixer lui-même les valeurs de son action¹⁸. Une sphère d'autonomie — même s'il s'agit d'une illusion — semble accordée au sujet qui se fixe à lui-même ses fins. Comme l'écrit Alexis de Tocqueville, "*l'individualisme est le sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis ; de telle sorte que, après s'être créé une petite société à son usage, il abandonne volontiers la grande société à elle-même*"¹⁹.

Pourtant cette autonomie ne s'accompagne pas de la rupture de tous les liens sociaux. Au contraire. Si le contrôle social change d'apparence, il ne cesse pas de s'exercer, mais par d'autres voies. Le corps, enveloppe première de l'intimité, fournit un bon exemple de ce paradoxe²⁰. Avec la "*civilisation des mœurs*"²¹ les comportements changent à partir du XV^e siècle. Progressivement, entre les individus, entre les corps, s'érige un mur "*de pudeur craintive et de répulsion émotionnelle*"²². Mais ce mouvement de repli à l'intérieur de soi-même, cette discipline du comportement, ne s'accomplit pas spontanément. Il résulte d'une contrainte collective qui assigne à l'individu la maîtrise de soi. Ainsi, N. Elias écrit : "*la tendance plus marquée des hommes à s'observer et à observer les autres indique que le comportement en société change peu à peu de caractère : les hommes se modèlent eux-mêmes et modèlent les autres d'une manière plus consciente qu'au Moyen Âge*"²³. Le comportement des individus ne se construit pas de façon spontanée, mais se modèle dans l'interdépendance.

L'imbrication étroite de l'intérieur et de l'extérieur, du privé et du public relativise considérablement la portée de ces oppositions binaires qui façonnent le droit et les représentations des juristes. La réflexion qui se donne pour objet

17. Cf. Villey (M.), *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962. Spéc. "Les origines de la notion de droit subjectif", 221.

18. Dumont (L.), *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologie sur l'idéologie moderne*, Seuil, coll. Points, 1991, 254 et s. : "La valeur chez les modernes et chez les autres".

19. *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Flammarion, 1981, 125.

20. Le Breton (D.), *Corps et sociétés. Essai de sociologie et d'anthropologie du corps*, Librairie des Méridiens, 1985 et aussi Veltieret (A.) et Lamothe (M.-J.), *Les outils du corps*, Denoël Conthier, 1980.

21. Pour reprendre le titre de l'ouvrage célèbre de N. Elias, Pluriel, 1973. Cf. également, *La dynamique de l'Occident*, Calmann-Lévy, 1975.

22. Elias (N.), préc., 275.

23. Préc., 133.

“le droit à l’intimité de la vie privée” se heurte inévitablement à cette ambiguïté. Il s’agit d’étudier une notion au contenu insaisissable. Dans une première approximation le droit à la vie privée signifie que tout un chacun est assuré de ne pas subir l’intrusion importune d’autrui dans un secteur de sa vie. Ce droit permet de tenir les tiers en lisière d’un domaine réservé et d’échapper à leurs immixtions. Toute intrusion constituera une violation du droit, qu’il s’agisse d’une intervention, même altruiste, dans des affaires personnelles ou encore de l’enregistrement sans autorisation de paroles prononcées dans un lieu privé. La forme la plus grave d’atteinte au droit consiste à s’immiscer dans le domaine réservé pour capter par indiscrétion des informations pour les divulguer ensuite. Le type caractérisé, et le plus répandu, d’atteinte à l’intimité de la vie privée, c’est la publication de photos ou de récits relatifs à la vie privée d’un individu.

Cette présentation schématique du droit laisse croire à une relative simplicité : il suffit de tracer les frontières de la vie privée ; tout franchissement non autorisé encourt les sanctions de la loi. Pourtant, l’étendue de la protection varie en fonction de deux paramètres : la nature des informations arrachées au secret (A) et celle du lieu où se déroule l’événement relaté : lieu public ou privé (B).

A) Les informations couvertes par le secret

Seule une définition par opposition semble pouvoir rendre compte du contenu de la notion de vie privée. Robert Badinter²⁴ oppose la vie privée et la vie publique qui se définirait comme la participation à la vie de la cité. Tout ce qui ne relève pas de cette participation bénéficierait de la protection. La jurisprudence, consciente sans doute de la difficulté, s’abstient prudemment de toute formule générale. Au gré des espèces, des éléments entrent ou sortent d’une liste hétérogène qui défie toute tentative de classification. Le catalogue²⁵ pourrait se présenter ainsi :

- D’abord, la vie privée comprend les événements qui affectent le corps : la maladie, couverte par ailleurs par le secret médical ; un traitement médical ou chirurgical²⁶ ; ou la mort et la dépouille mortelle.

- Ensuite, ceux qui affectent la vie familiale : l’identité des personnes, malgré le caractère public de l’état civil²⁷ ; les naissances, les mariages ou les décès ; le secret de la maternité et de la filiation.

24. “Le droit au respect de la vie”, *J.C.P.* 1968, I, 2136.

25. Cf. La liste détaillée in Kayser (P.); *La protection de la vie privée*, 2ème éd., Economica, P.U.A.M., 1990, n. 143 et s. ; ou, beaucoup plus détaillée mais de consultation malaisée, Rigaux (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 1990, véritable mine de renseignements sur les droits étrangers, notamment américain et allemand.

26. S’agissant de la rhinoplastie qu’aurait subi une présentatrice de la télévision, T.G.I. Paris, 20 juin 1973, Dame Huet, *D.* 1974, 766, 1ère espèce, note R. Lindon.

27. Ainsi pour l’identité et l’adresse de copropriétaires à l’égard d’un d’entre eux, leur divulgation a été jugée illicite, Versailles, 13 juin 1988, *D.* 1988, I.R., 213.

- Ceux qui touchent au cœur : la vie sentimentale et sexuelle ; l'existence d'une liaison extra-conjugale ou sa rupture.
- Enfin, le for intérieur, les opinions politiques, philosophiques, bénéficient de façon certaine de la protection accordée à la vie privée.

En revanche, la jurisprudence paraît hésitante s'agissant du patrimoine. Après avoir considéré qu'il faisait partie de la liste des éléments couverts par le secret, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 28 mai 1991²⁸ vient de juger : *“le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial ne comportant, comme en l'espèce, aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé”*.

De même, la vie professionnelle, à l'inverse des loisirs ou des vacances, paraît exclue de l'intimité de la vie privée. Lorsque l'intéressé exerce des fonctions publiques — un magistrat, un notaire, voire un médecin — la publication d'informations sur l'exercice de sa profession par l'intéressé ne tombe pas sous le coup de la diffamation. Mais, dans les relations avec les employeurs, la vie privée du salarié reste sans influence. Ainsi, par un arrêt du 22 janvier 1992 la Cour de cassation juge qu'il résulte de l'article 9 du Code civil *“qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié”*²⁹, sauf si ce comportement de la vie privée crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise³⁰, prenant au passage un caractère public.

Ainsi, à se contenter de recenser les domaines protégés par les tribunaux, il apparaît que le secret ne revêt qu'une portée relative. L'événement présente toujours, peu ou prou, un caractère public, partagé avec un témoin ou un confident. Par exemple, faire du décès un événement de la vie privée sur-

28. D. 1992, note P. Kayser ; solution reprise par Cass. civ. 1, 20 octobre 1993, D. 1994, 594, note Y. Picod. La doctrine (cf. les notes préc.) se montre généralement hostile à cette évolution. Observons toutefois qu'en France les mœurs changent (serait-ce un effet du recul du catholicisme ?). Dans l'actuelle campagne électorale, chacun des candidats a procédé à la révélation d'informations touchant à son patrimoine.

29. Soc. 22 janvier 1992, Dr. soc., 334. En l'espèce l'employeur reprochait au salarié l'achat d'une voiture d'une marque concurrente. L'automobile, exposant de statut, révélateur de position ou d'ambition sociale, paraît plutôt destinée à la grande parade des attributs qu'au secret de l'intimité. En l'espèce l'employeur reprochait donc au salarié un fait de sa vie extra-professionnelle.

30. Cf. soc. 17 avril 1991 (J.C.P. 1991, II, 21724, note A. Seriaux ; Dr. soc. 1991, 485, comm. J. Savatier ; Rev. trim. dr. civ. 1991, 706, note J. Hauser). En l'espèce, une association de catholiques intégristes licencie un sacristain homosexuel. L'arrêt reprend la formule traditionnelle qui autorise le licenciement pour des faits relevant de la vie privée si ce comportement *“compte tenu de la nature des fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière”*. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 29 janvier 1992 (Dr. soc. 1992, 335) juge que les mœurs du salarié n'avaient pas un caractère public, le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Sur l'ensemble de la question, cf. Despax (M.), *“La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail”*, J.C.P. 1963, II, 1976 et Savatier (J.), *“La protection de la vie privée des salariés”*, Dr. soc. 1992, 329 et s.

prend. L'état civil informe la collectivité tout entière de la disparition d'un de ses membres. L'événement ne s'accomplit pas nécessairement dans l'isolement. Un médecin, un homme de foi — tenus tous deux par le secret — mais aussi des proches accompagnent, comme ils peuvent et dans les cas les plus favorables, le trépassant. Surtout, si on meurt trop souvent dans la solitude, on ne meurt pas dans le secret. Un permis d'inhumation, un avis médical, la mention au registre de l'état civil, montrent l'intérêt des pouvoirs publics. L'onde de l'information s'étend dans la famille, car il faut bien succéder, et au-delà. Les créanciers, les débiteurs, tous ceux que des intérêts rattachaient au défunt, autant de destinataires légitimes de la funeste nouvelle. L'affirmation que *"la mort et la dépouille mortelle font partie du domaine privé"*³¹, paraît bien excessive. Le secret ne couvre que la cause du décès³², et il permet seulement d'empêcher la publication de l'image de la dépouille mortelle³³. L'affirmation, fautive dans sa généralité, confirmerait l'analyse de Philippe Ariès³⁴ qui démontre comment l'Occident passe progressivement d'une mort familière "apprivoisée" au Moyen Age à une mort refoulée, "interdite", dans le monde d'aujourd'hui. Cette tentative dérisoire de fuir la mort se manifesterait aussi dans son refoulement au sein du privé, couvert du voile pudique du secret. Événement personnel — dont l'individualisme moderne renforce le caractère dramatique — le décès ne cesse pas d'être un événement public.

Cette double caractéristique se retrouve au cœur de l'intime, le for intérieur. Les convictions religieuses, on l'a dit, s'affirment dans la sphère privée. Car, écrit Dominique Schnapper³⁵, *"la laïcité, en particulier, est un attribut essentiel de l'Etat moderne, parce qu'elle donne les moyens juridiques et politiques de transcender la diversité des appartenances religieuses, de consacrer le passage dans le privé des croyances et des pratiques, de faire du domaine public le lieu, religieusement neutralisé, commun à tous les citoyens, quelle que soit l'Eglise à laquelle ils appartiennent... Elle symbolise le fait essentiel que le lien social n'est plus religieux, mais national, donc politique. La nation s'efforce de construire un corps politique à partir d'individus radicalement indépendants et de groupes divers et diversifiés"*. Cette expulsion du fait religieux hors du politique ne s'effectue pas par une privatisation radicale, ici inconcevable puisque les rites magico-religieux s'accomplissent le plus souvent en foule.

31. Kayser (P.), préc., 177.

32. Pour le suicide, cf. Grimaldi (M.), "Le suicide en droit privé", in Terre (F.), préc. 133. L'auteur écrit : *"le suicide, notamment, réussi ou simplement tenté, est, en principe, couvert par le secret professionnel du médecin et le droit au respect de la vie privée"* (p. 134).

33. La première consécration du droit de la personne sur son image résulte justement de cette circonstance où la personne n'est plus, Trib. civ. Seine, 16 juin 1858, D. 1858. Pour une application plus récente, T. G. I. Paris, réf., 11 janvier 1977, D. 1977, 83, note R. Lindon.

34. *Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Age à nos jours*, Points, Seuil, 1975.

35. "Le lien social : de l'Etat libéral à l'Etat démocratique", in Burgi (N.), *Fractures de l'Etat-Nation*, éd. Kimé, Paris, 1994, 213.

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 février 1874³⁶ avait à statuer sur la requête de seize plaignants dont un journal révélait la participation à un pèlerinage. Sur le fondement de l'éphémère loi du 11 mai 1868, la Cour de cassation approuve la condamnation de la publication en affirmant dans un attendu qui mérite une citation intégrale : *“Attendu que si, au principe général, ceux-là seuls ont droit au silence absolu et à la protection spéciale de l'art. 11 de la Loi de 1868, qui n'ont point expressément ou indirectement provoqué ou autorisé l'attention du public, il n'en faut pas moins reconnaître que la protection assurée à la vie privée s'étend non seulement aux actes accomplis au sein du domicile des citoyens, mais encore aux actes qui se révèlent extérieurement s'ils sont du domaine du for intérieur et s'ils intéressent la liberté de conscience”*.

Ainsi un acte non seulement public mais solennel, accompli dans le faste, la pompe et l'ostentation, réunissant un grand concours de fidèles ou de curieux ralliés aux signes extérieurs déployés et empruntant la voie publique pour l'exercice de leur culte, abrite une superposition de phénomènes intimes couverts par le secret de la vie privée. Tant de réclame pour le plus privé ! Mais si la contradiction révélait un principe général ? Il pourrait bien apparaître à l'analyse que, dès les origines, l'individualisme, le sentiment de s'appartenir, trempe dans la contradiction d'une promotion du moi doublée d'un contrôle assuré par autrui.

De ce point de vue le rôle et le mécanisme de la confession fournissent un argument décisif. A partir du XII^e siècle l'analyse des péchés se déplace de l'acte extérieur vers les intentions, provoquant un transfert radical vers l'intérieur. Et G.-H. Mead écrit : *“désormais on considère moins le péché que le pécheur, la faute que l'intention, on recherche moins la pénitence que la contrition. Subjectivation, intériorisation de la vie spirituelle qui est à l'origine de l'introspection et par là de toute la psychologie moderne en Occident”*³⁷. Cette intériorisation permet une socialisation des mouvements de l'âme et un contrôle de la conscience tout en assurant une promotion de la subjectivité personnelle. Le XII^e siècle prospère, engendre *“une notion nouvelle d'individualité, une notion nouvelle de l'agir, qui met l'accent sur l'intentionnalité, et une idée nouvelle de la responsabilité”*³⁸. Le libre arbitre de l'individu ne commande pas l'évolution. Au contraire, une contrainte institutionnelle s'impose au plus grand nombre. Le canon 21 du IV^e Concile de Latran de 1215 proclame l'obligation pour tous les chrétiens des deux sexes de se confesser au moins une fois l'an auprès du curé du lieu.

36. D.P. 1874, 273.

37. *Mind, Self and Society*, Chicago University Press, 1934 ; trad. française, *L'esprit, le soi et la société*, P.U.F., 1963.

38. Hahn (A.), *“Contribution à la sociologie de la confession et autres formes institutionnalisées d'aveu : autothématisation et processus de civilisation”*, A.R.S.S., n. 62/63, 56, étude capitale pour la compréhension de la genèse de l'individualisme moderne.

Dès lors, les manuels du confesseur se multiplient qui soupèsent systématiquement les péchés et les vertus, les intentions et les motifs, la liberté et la responsabilité. La domestication de l'âme et le dressage du corps s'accomplissent en parallèle³⁹.

La Réforme réalise un progrès décisif dans la mesure où la prédestination est une sentence prononcée sur toute une vie dans son unité. Cette conception provoque un énorme accroissement du contrôle systématique des actions dans tous les domaines de la vie⁴⁰. La catholique dévotion conduit à l'imprégnation religieuse de la vie quotidienne, surveillée minutieusement par un directeur de conscience. L'auto-contrôle, poursuivi avec acharnement, se double d'un hétéro-contrôle permanent qui repose sur la logique du voilement, *dissimulatio* ou *simulatio*, qualité politique d'abord puis vertu licite. Car la confession combine tout à la fois la mise à nu et le secret, auquel le confesseur se trouve soumis. Cette fusion des contraires caractériserait la modernité. Comme l'écrit Aloïs Hahn : "*partout où l'on vise à un autodévoilement volontaire, apparaissent les combinaisons de l'aveu et du secret. La confession, mais aussi la psychanalyse, dévoilements voilés, constituent la synthèse entre mise à nu et occultation de soi-même*"⁴¹.

Ainsi, le cœur de l'intime ne suppose pas l'isolement, au contraire. Tout un savoir collectif et un autrui omniprésent accompagnent la plongée en soi. Dans la conscience, plusieurs voix s'expriment et il ne s'agit pas d'une instance monolithique. Ce dialogue de soi à soi par l'intermédiaire d'autrui, ce dressage consenti s'accomplit sous le sceau et, sans doute, à la condition du secret. Sur des siècles, tout un savoir du secret partagé s'élabore. Savoir dont les juristes héritent et qui leur permet de juger que la participation à un acte collectif et ostentatoire de dévotion mérite la qualification d'acte de la vie privée⁴². Cette étroite symbiose entre le public et le privé se retrouve avec le deuxième paramètre considéré par le droit : le caractère public ou privé du lieu où se déroule l'événement.

39. Cf. sur le contrôle de la sexualité par l'église, Flandrin (J.-L.), *Familles : parenté, maison. Sexualité dans l'ancienne société*, Paris, Hachette, 1976 qui montre que l'accomplissement du devoir conjugal pour le croyant scrupuleux, respectueux de tous les interdits, se limitait à quelques jours par an. La casuistique des clercs dans une codification méticuleuse (maladive ?) de la sexualité d'autrui atteint des sommets avec l'œuvre d'un jésuite espagnol, Thomas Sanchez, *Discussions sur le saint sacrement du mariage*, dont l'ambition était de faire définitivement le partage du licite et de l'illicite en matière de relations sexuelles. L'auteur réussit si bien dans son entreprise que son ouvrage terminera, le plus souvent, dans l'enfer des bibliothèques.

40. Cf. Weber (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 2^e éd., Paris, 1967.

41. Préc., p. 67.

42. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 1976 (G.P. 1977, 1, 261, concl. Simon) se prononce sur le point de savoir si les cérémonies rituelles d'une tribu des Nouvelles Hébrides faisaient partie des activités publiques de la tribu ou de la vie privée de ses membres. Le juge décide que ces cérémonies devaient, en raison de leur publicité, être rattachées à la vie publique de la tribu. L'ethnocentrisme de la décision s'explique peut-être par la croyance, chez les magistrats, de l'inexistence du for intérieur dans les sociétés non-occidentales. Cela

B) Questions de lieu

La question se pose souvent, elle se posait d'ailleurs dans l'arrêt du 28 février 1874, de savoir si des événements de la vie privée perdent ce caractère lorsqu'ils se déroulent dans un lieu accessible au public. Se donner à voir dans un lieu public pourrait laisser subodorer une renonciation à l'intimité. Le critère spatial, qui limite le privé au domestique, présente l'avantage de la simplicité. La jurisprudence ne retient pas systématiquement la proposition, ce qui conduit à distinguer le droit à l'intimité dans un lieu public et dans un lieu privé.

S'agissant d'événements survenus dans un lieu accessible au public, une série de décisions retient que la personne qui se donne à voir dans un lieu public se trouve dans l'exercice d'une activité publique. Cet aspect de sa vie peut faire l'objet d'une publication et de la divulgation d'une image photographique. Ainsi, par exemple, le Tribunal de grande instance de Paris décide que la publication d'une photographie représentant une personnalité publique pilotant un hors-bord ne constitue pas une atteinte à sa vie privée⁴³.

Mais la plupart des décisions retiennent la solution inverse et refusent d'admettre que les éléments de la vie privée d'une personne deviennent des activités publiques par le seul fait qu'elle se trouve dans un lieu accessible au public. La Cour d'appel de Paris, dans un attendu qui revient souvent, affirme que la vie privée "*peut se dérouler dans des endroits publics, la notion de vie privée recouvrant les activités étrangères à la vie publique qui sont poursuivies aussi bien dans un lieu public que dans un lieu privé*"⁴⁴. Ainsi, la publication par un périodique d'une photographie de Jacques Brel, malade, descendant avec peine d'un avion⁴⁵, la publication de la photographie d'une personne, en gros plan, au cours de "l'université d'été" des homosexuels à Marseille en illustration d'un article intitulé *Les folles de la Canebière*⁴⁶, la divulgation par un périodique de l'altercation, dans un lieu public, de deux femmes "*pour les beaux yeux d'un play-boy parisien*"⁴⁷ ; ou

(suite note 42) confirmerait l'hypothèse émise au texte que l'intimité repose sur trois éléments : une information sur soi, partagée avec autrui et couverte par le secret.

43. Paris, 26 juin 1974, la Bégum Aga Khan, *G.P.* 1974, 2, 901, 2ème espèce. Cf. également l'arrêt cité à la note précédente et une ordonnance de référé (T.G.I. Grasse, 27 février 1971, *J.C.P.* 1971, II, 16734, note R. Lindon ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 364, obs. R. Nerson) qui juge que se trouvent "*généralement en dehors des frontières de la vie privée la part de la vie de l'individu qui se déroule nécessairement en présence du public*". En conséquence, une personne assise sur un banc public ne se trouve pas dans sa vie privée. Pour l'hypothèse d'une querelle de ménage — "vrai" ou "faux" — dans un studio de l'O.R.T.F. entre J. Birkin et S. Gainsbourg, cf. note R. Lindon sous T.G.I. Paris, 27 févr. et 8 mai 1974, *D.* 1974, 530.

44. Paris, 27 févr. 1981, Adjani, *D.* 1981, 457, note R. Lindon. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Civ. 2, 5 janv. 1983, *Bull.*, n. 4, p. 3. En l'espèce, un journal révélait l'état de grossesse de l'actrice, rencontrée par le journaliste dans un lieu public.

45. Paris 9 juillet 1980, *D.* 1981, 72, le espèce, note R. Lindon.

46. Paris 14 juin 1985, *D.* 1986, I.R., 50, obs. R. Lindon.

47. T.G.I. Paris 18 mai 1977, Dame Soekarno, *G.P.* 1977, 2, 515.

encore, la publication d'une photographie de l'ancienne impératrice d'Iran en tenue de bain sur la page⁴⁸ constituent, aux yeux des tribunaux, autant d'atteintes à la vie privée.

Le domicile, qui figure expressément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, fournirait la coquille naturelle de l'intimité de la vie privée. A ce titre, toute demeure, principale comme secondaire, bénéficie de la protection de l'article 9 du Code civil et "*ce lieu ne doit pas être l'objet de recherches, ni de divulgations parce qu'une personne a le droit d'être tranquille chez elle, et que sa sécurité peut être menacée par la divulgation de son domicile*"⁴⁹. Reçoivent protection : l'adresse des individus⁵⁰, l'aspect extérieur des bâtisses⁵¹ et, à plus forte raison, l'intérieur de la demeure⁵².

Ainsi, la vie privée se déroule en secret à l'intérieur des lieux privés et cette protection s'étend aux faits privés survenus dans un lieu public. L'affirmation suggère des réflexions dans deux directions. D'une part, la modernité démontre une contamination du public par le privé. D'autre part, l'idée d'une double cuirasse, de l'intime et de la demeure, autour de l'individu pourrait bien occulter l'essentiel : le contrôle social ne cesse pas de s'exercer une fois franchi le portail du domicile.

L'opposition commode entre le public et le privé conduit tout de même à effacer, voire à oublier, que le public se compose d'individus et J. Habermas rappelait que "*la sphère publique bourgeoise peut être tout d'abord comprise comme étant la sphère des personnes privées rassemblées en un public*"⁵³. Le

48. Cass. civ. 1, 13 avril 1988, *D.* 1988, I.R., 120.

49. Kayser (P.), "La protection de la vie privée", préc., n. 152, p. 189.

50. La Cour d'appel de Paris (15 mai 1970, époux Tenenbaum, *D.* 1970, 466, note R. Lindon) a considéré que la révélation du nom, du domicile et de la localité où se trouve la maison de campagne d'un artiste connu sous un pseudonyme, constitue une immixtion inopportune dans sa vie privée.

51. T.G.I. Bordeaux 19 avril 1988, *D.* 1989, somm. 93, obs. Amson. En revanche, la publication dans un livre de la photographie de la résidence secondaire d'une personne qui avait auparavant toléré cette publication, n'a pas été considérée comme une atteinte à l'intimité de sa vie privée, Civ. 2, 29 juin 1988, Balestre, *Bull. civ.*, n. 160, p. 85 ; Bertin (Ph.), "De la « formule 1 » à la formule exécutoire", *G.P.* 1987, 1, Doct., 95.

52. Pour la publication d'une photographie prise dans un hôtel particulier, T.G.I. Paris 8 janvier 1986, de Furstenberg, *D.* 1987, somm., 138, obs. R. Lindon et D. Amson. En revanche il n'y a pas d'atteinte au respect de la vie privée en cas de description de l'aménagement intérieur d'un immeuble, T.G.I. Paris, 2 juin 1976, Princesse de Monaco, *D.* 1977, 364, 3e espèce, note R. Lindon.

53. *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978, 38. Sur la question, cf. Chartier (R.), *Les origines culturelles de la Révolution Française*, Seuil, 1990 chap. II, "Espace public et opinion publique", 32 et s. Cf. également Badie (B.), "Communauté, individualisme et culture" [in Birnbaum (P.) et Leca (J.), *Sur l'individualisme*, Presses de la F.N.S.P., 1991, 125] qui affirme que la "*sortie du modèle communautaire s'inscrit plus globalement dans le contexte de la mobilisation sociale, notamment la croissance des villes, des communications et tout ce qui concourt plus largement à la formation d'un public et remet ainsi en cause les modèles d'allégeance communautaire*".

processus de privatisation commencé au Moyen Age apparaît, certes, comme le retrait de l'individu dans diverses convivialités soustraites à la domination du Prince et de son administration. Dans ce sens, le privé s'oppose au public car il ne participe pas à l'exercice du pouvoir dans la Cité. Mais cette retraite permet en même temps la conquête de l'autonomie qui "*rend possible et pensable la constitution d'un nouveau «public», fondé sur la communication instaurée entre des personnes «privées», libérées des devoirs dus au prince*"⁵⁴. L'opinion publique apparaît comme un espace où les personnes privées se livrent à l'exercice public de la raison, comme la sphère des personnes privées rassemblées en un public. Il faut donc comprendre que la retraite dans l'intime permet la constitution de la personne privée qui, dans un second temps et si le cœur lui en dit, réapparaît sur la scène publique, mais comme personne privée.

Cette analyse pourrait s'illustrer de nombreux exemples. Comme les convictions religieuses, les opinions politiques bénéficient de la protection de la vie privée. En effet, l'article 3, alinéa 3 de la Constitution de 1958 protège le secret du vote. Les investigations visant à dévoiler les opinions politiques d'autrui sans son consentement et la divulgation sans autorisation portent atteinte à l'intimité⁵⁵. Mais secret du vote ne signifie pas secret des intentions de vote, faute de quoi les sondages — qui nourrissent une large part du débat politique public — n'existeraient pas⁵⁶. De plus l'intéressé peut lever le secret pour exposer au public sa conviction intime. Ensuite, et toujours sur le terrain juridique, ou plus exactement judiciaire, observons que le principe moderne de la justice rendue publiquement conduit à l'abandon du secret dans les affaires de famille. Le lien direct du particulier au roi faisait du monarque l'arbitre des conflits domestiques, le dispensateur des lettres de cachet, mais aussi le gardien des secrets et de l'honneur familial⁵⁷. Le développement de la publication des mémoires judiciaires permet d'exposer devant l'opinion une affaire en cours d'examen par un tribunal ordinaire. Une cause particulière opposant des personnes privées, selon une procédure secrète, se transforme en débat public destiné à faire éclater la vérité et conduit à l'exposition publique des différents privés⁵⁸. Enfin, de façon plus générale, il semble que la société du spectacle se nourrisse avant tout du spectacle privé. Le théâtre moderne se déroule à l'intérieur, en ce sens que les décors de l'action représentent l'inté-

54. Chartier (R.), préc., 33.

55. Toulouse, 26 févr. 1974, *J.C.P.* 1975, II, 17903, note R. Lindon ; cf. également Despax (M.), "La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail", *J.C.P.* 1963, I, 1776, n. 28 et s.

56. Sur la question des sondages, cf. Lehingue (P.), "Usages et effets politiques de la codification : la réglementation des sondages d'opinion en France", in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., CURAPP, 1989, 44.

57. Cf. Farge (A.), "Familles : l'honneur et le secret" in *Histoire de la vie privée*, dir. Ariès (P.) et Duby (G.), t. III, *De la Renaissance aux Lumières* (dir. R. Chartier), Paris, Seuil, 1986, 580 et Farge (A.) et Foucault (M.), *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard/Julliard, 1982.

58. Cf. Maza (S.), "Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime", *Annales ESC*, 1987, 73.

rieur d'une demeure. Alors que chez les Grecs ou les Romains la scène représentait une rue ou tout autre lieu extérieur. La pièce qui se joue, là mais aussi dans tous les médias, raconte une histoire de vie privée ; sous forme soit de confession directe, soit de "docudrama", mais toujours avec la vie privée pour trame⁵⁹.

A l'inverse, faire du domicile la citadelle inviolable de l'intime conduit à occulter tous les mécanismes de contrôle social à l'œuvre dans cette sphère dont la forme change avec l'histoire, mais demeure dans son principe. Les foyers d'autrefois présentaient des structures fort complexes car une foule — à la fois plus nombreuse et plus variée qu'aujourd'hui — y accédait, rendant illusoire toute perspective d'intimité. A en croire Edward Shorter, "*dans le « bon » vieux temps, la carapace familiale était criblée de trous qui permettaient aux gens de l'extérieur de circuler sans entrave dans la maison, d'observer ce qui s'y passait et, le cas échéant, d'y intervenir*"⁶⁰. Cet accès direct au sein du foyer permettait à la communauté d'imposer ses normes et de maintenir l'ordre dans les familles par diverses techniques répressives. En l'absence quasi totale de forces de maintien de l'ordre dans les campagnes — puisque la gendarmerie rurale n'apparaît qu'au XIX^e siècle — le ragot et le charivari ramènent les déviants sur la route des braves gens. La reconstruction de l'habitat rural qui commence en Angleterre au XVI^e siècle chez les paysans prospères traduit un désir de vie intime, ce qui conduit à la multiplication des pièces de la maison, dotées de fonctions spécialisées. Les chambres à coucher séparées, notamment, permettent à chacun de s'isoler du reste de la famille. Dès le XVIII^e siècle ce modèle se répand en France jusqu'à la petite bourgeoisie, tant en ville qu'à la campagne.

Pourtant, l'erreur consisterait à se figurer — comme y incite la jurisprudence — la demeure comme une île où les habitants vivraient en autarcie. Tout au contraire, le lieu de l'habitat se place à l'intersection du privé et du public. L'urbanisme, dont les normes ne cessent d'évoluer, se concrétise sous forme de politique publique. Un réseau de fils et d'ondes relie la demeure au monde et la société de consommation aboutit là. Lieu intime, peut-être, mais pas lieu secret, car il fait l'objet d'études minutieuses des économistes et des producteurs : le plus grand nombre des marchandises se consomment au foyer. De plus, le domicile dans l'esprit même de ses habitants joue un double rôle de refuge mais aussi de représentation. Martine Segalen écrit : "*La seconde moitié du XIX^e siècle se caractérise par une forme paroxystique de l'enfermement dans son intérieur. Les bourgeois parisiens, terrorisés par les émeutes populaires, se calfeutrent littéralement dans leur maison ou appartement dont le décor, capitonné de tentures, d'étoffes et de tapis, doit isoler du*

59. Par exemple, le 8 février 1995, TF1 diffusait une nouvelle émission, *Pour la vie*, véritable éloge de la fidélité et du mariage. Cette chaîne grand public construit son audience sur la promotion des valeurs traditionnelles et fait de la vie privée un spectacle rémunérateur dont les acteurs, des personnes privées, anonymes, constituent non les victimes mais les protagonistes principaux et enthousiastes.

60. *Naissance de la famille moderne*, Paris, Seuil, coll. Points, 1977, 13.

*dehors, du bruit et des classes populaires. En même temps, c'est un espace de représentation : le décor et l'ameublement de la demeure sont la vitrine de la réussite sociale de la famille*⁶¹. Enfin, la consécration jurisprudentielle puis législative du droit à la vie privée intervient alors que la "police des familles"⁶² — médicale et hygiéniste puis administrative et judiciaire — œuvre depuis longtemps et le nouvel article 9 du Code civil ne la remet pas en cause. Avec l'atténuation de la surveillance communautaire, le transfert du contrôle social s'opère au profit de la loi et de ses agents. Dans les démocraties, selon le mot de Tocqueville, "le gouvernement va chercher chaque homme en particulier au milieu de la foule pour le plier isolément aux lois communes"⁶³.

En conclusion, l'analyse de la vie privée conduit à constater que l'opposition qui la fonde (public/privé) se révèle particulièrement difficile à mettre en œuvre. Un nombre considérable de personnes peuvent connaître un événement rangé dans la catégorie vie privée, le décès par exemple, sans pour autant que l'événement perde son caractère privé. La jurisprudence accroît la complexité en jugeant qu'un fait de la vie privée reste couvert par la discrétion, même s'il se déroule en public. Ces deux règles montrent bien que la vie privée ne se réduit presque jamais à la solitude, qu'autrui partage souvent le secret qui la couvre. Le "mur" de la vie privée ne trace pas une frontière nette, mais plutôt une limite, fluctuant au gré des circonstances et des mœurs, simple brouillard tout au plus. Cela explique, au moins en partie, que le "droit" qui prend ce concept sans contours pour objet s'avère particulièrement malcommode à manier.

II - UN DROIT INSAISSISSABLE

Les droits de la personnalité sèment le trouble dans les catégories juridiques. Destinés à protéger la personne des atteintes portées par autrui, il paraît inconcevable qu'ils génèrent le moindre profit. Il conviendrait donc de les ranger dans la catégorie des droits extrapatrimoniaux. Les manuels destinés aux étudiants, ce sénat de la pensée juridique, enseignent unanimement la solution. Pourtant, à observer la réalité sociale force est de constater, ou de déplorer, que cette prérogative permet des revenus, parfois considérables. Les entreprises s'arrachent à prix d'or l'image d'un artiste pour tenter de valoriser leurs productions. Elaborés sur un fondement purement moral, ces droits sombreraient dans l'enfer de la patrimonialité. Autrement dit, ils connaîtraient l'évolution inverse du droit d'auteur : droit d'abord patrimonial auquel le progrès de la "civilisation" juridique accole un droit moral. Ce destin singulier explique que le "droit" à la vie privée apparaisse comme une prérogative hostile à la qualification (A), accordée à la personne sur une création : sa propre vie (B).

61. *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 2e éd., 1993, 243.

62. Pour reprendre le titre de J. Donzelot, 1977, Paris, Ed. de Minuit.

63. Préc., t. II, 241.

A) *Les mystères de la qualification*

La longue tradition du droit fournit les catégories qui permettent, par classifications binaires, de qualifier une situation juridique. Autrement dit dégager un élément caractéristique qui permette d'appliquer à la situation un ensemble de règles préétablies : personne/chose ; droit réel, qui porte sur une chose/droit personnel, créance sur une personne ; bien corporel/bien incorporel ; droit patrimonial/droit extrapatrimonial ; ou encore droit/liberté. Or de ce point de vue taxinomique, le "droit à la vie privée" sème le désordre dans les classifications binaires intenablement dont notre droit abonde.

L'histoire explique largement la situation actuelle. La doctrine de la *privacy* américaine trouve son acte de naissance dans un article de Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" de 1890⁶⁴. A l'origine du texte, l'agacement causé à Samuel Warren, avocat réputé de Boston, par un article désobligeant d'une feuille de la ville sur sa femme et sa fille. Ainsi, nombre d'auteurs américains relèvent le fait "*qu'à sa naissance la privacy exprime les valeurs d'une classe sociale restreinte*" et indiquent qu'une telle "*conception aristocratique ou élitiste a contaminé tout le droit de la privacy*"⁶⁵. Cette origine "patricienne", aristocratique, explique bon nombre des règles qui commandent la conception et le régime du "droit à la vie privée". L'importance attachée au consentement de la personne, l'accès limité des gens de peu à la protection de ce droit, il faudra y revenir, mais surtout l'incompatibilité décriée contre l'évidence, de ce droit et de l'argent. Dans notre civilisation juridique, qui valorise l'individu (pour mieux assurer son asservissement et son exploitation diront beaucoup qui ne sont pas tous marxistes, pensons seulement au contrat de travail, merveilleux outil qui transforme le travail humain en marchandise), faire de l'argent avec le plus précieux, sa personne même, semble du plus mauvais goût, tellement vulgaire. Observons seulement que ceux qui se livrent à cette dénonciation exécutent généralement, pour ce faire, un contrat d'édition qui, lui aussi, transforme en argent la "*personnalité de l'auteur*"⁶⁶.

Mais une raison pourrait expliquer ce refus de patrimonialisation de la vie privée : la consécration du droit à l'intimité, essentiellement dirigé contre la presse, passait par la dénonciation du scandale de la "presse à scandale" ou de "l'industrie du scandale". Pour ne prendre qu'un exemple d'indignation vertueuse, Robert Badinter écrivait "*que cet anonymat disparaisse, s'agissant d'acteurs, de champions sportifs, d'hommes politiques, ou de souverains*

64. *Harvard L.R.*, 1890-4, 193-220.

65. Rigaux (F.), "La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité", préc., n. 622, p. 697 et les auteurs cités. Cette situation découle de la nature des choses car, comme l'écrit Robert Badinter, "*la vie privée des anonymes n'intéresse personne*" ("Le droit au respect de la vie privée", *J.C.P.* 1968, I, 2136, n. 1).

66. Cf. par exemple parmi beaucoup d'autres, car l'idée court dans tout notre droit de la propriété littéraire et artistique, B. Edelman qui écrit que "*l'œuvre exprime la personnalité de l'auteur et, lorsqu'il divulgue sa création, il se révèle lui-même*" (Note sous Paris, 16 juin 1993, *D.* 1994, 221).

*étrangers, la curiosité qui s'attache aux faits et gestes d'autrui devient alors curiosité générale, intérêt d'un vaste public. L'exploitation commerciale peut alors commencer. Cette curiosité étant comme le tonneau de la légende, sans fond, il devient possible, et combien rémunérateur, d'offrir semaine après semaine, mois après mois, aux lecteurs toujours assidus, échos, articles, photos dont l'unique objet est de faire savoir à tous ce que nul ne devrait connaître : l'intimité d'autrui... Le droit est une pathologie. La jurisprudence en notre matière exprime bien que sévit, au sein du corps social, une fièvre maligne de curiosité à l'égard de la vie privée, savamment entretenue il est vrai*⁶⁷. A tant d'année de distance, l'aristocratie du droit, de gauche et de droite, d'Amérique ou de France, dit toujours la même chose. La roture démontre une bien vilaine curiosité, à vouloir observer les puissants. Les entreprises de presse et les journalistes affichent une sinistre cupidité à exploiter ainsi une maladie sociale. Cette présentation des choses facilite l'admission du principe de la protection de la vie privée par la jurisprudence d'abord, par la loi ensuite. Mais elle rend difficile la tâche de systématisation.

Malgré le texte très novateur de la loi du 11 mai 1868, la doctrine ne manifeste pas un intérêt précoce pour le droit à la vie privée. La notion de droit de la personnalité apparaît dans la doctrine française au début du XX^e siècle, sous la plume de Perreau dans un article de 1909⁶⁸. L'auteur range les droits de la personnalité dans la catégorie des droits non patrimoniaux, absolus, autrement dit, opposables à tous. Il expose une conception large de ces droits qui comprendraient : les attributs de la personnalité, le corps et l'esprit, l'honneur mais aussi le dommage moral et le "droit à la liberté". Après une quasi éclipse de trente ans⁶⁹, Roger Nerson consacre sa thèse de doctorat aux droits extrapatrimoniaux en 1939⁷⁰ dont il donne une définition tautologique "les droits non évaluables pécuniairement", "dont la fin est de satisfaire un besoin non économique : besoin souvent d'ordre moral, parfois d'ordre matériel". L'auteur observe que "les droits inhérents à la personne" incluent "toutes les libertés individuelles du droit public" et conclut "les droits extrapatrimoniaux du droit privé sont souvent l'adaptation au Droit civil des libertés constitutionnelles". Jean Dabin⁷¹ poursuivra dans cette ligne qui inclut les libertés constitutionnelles parmi les droits de la personnalité. Il propose de classer les droits subjectifs privés en quatre subdivisions : les droits réels, les droits de créance, les droits intellectuels et les droits de la personnalité.

67. "Le droit au respect de la vie privée", chron. préc., n. 1.

68. "Des droits de la personnalité", *Rev. trim. dr. civ.* 1909, 501.

69. Cf. pourtant Gény (F.), *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, Sirey, 1921, 230 ou Jossierand (L.), "La personne humaine dans le commerce juridique", *D.H.* 1932, chron., 1, qui n'évoque que l'intégrité physique.

70. *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, 1939.

71. *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952. Cf. également Roubier (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963 qui refuse aux droits de la personnalité la qualité de droits subjectifs (p. 340 et s.).

La doctrine française contemporaine reproduit ces analyses en adoptant la classification des droits subjectifs proposée par J. Dabin⁷². Les auteurs retiennent, le plus souvent, la qualification de droit subjectif⁷³ et affirment leur caractère extrapatrimonial qui entraîne l'indisponibilité, l'incessibilité et l'intransmissibilité des droits de la personnalité⁷⁴. Pourtant, parler de droit, et de droit extrapatrimonial à propos de la vie privée soulève des objections graves.

Parler de "droit" à la vie privée révèle souvent une confusion entre le concept de droit et celui de liberté. Dans l'ordre constitutionnel, les libertés protègent l'individu contre toute atteinte à sa personnalité. Elles apparaissent comme un moyen de défense que tout citoyen oppose à une immixtion illicite de l'Etat. Selon Jean Rivero, *"la liberté est un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel"*⁷⁵. Pouvoir d'autodétermination, autrement dit, pouvoir que l'homme exerce sur lui-même. Bien entendu, la reconnaissance juridique d'une liberté impose des contraintes à autrui, mais cette contrainte s'exprime de façon négative : respecter, par l'abstention, la liberté d'autrui. Par là, la liberté *"se distingue d'autres pouvoirs que le Droit consacre également et qui permettent d'agir sur les autres, en leur imposant un comportement positif"*, ces droits apparaissent comme des *"pouvoirs d'imposer un comportement positif à d'autres ou à la*

72. Cf., particulièrement topique, Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), "Introduction générale" in Ghestin (J.), *Traité de droit civil*, L.G.D.J., n. 213 et s. qui retiennent les quatre subdivisions des droits subjectifs proposées par J. Dabin. Mais marquent leur hésitation sur la qualification de "droits" en écrivant : *"ils se rapprochent des libertés en ce qu'ils sont attribués à chaque être humain... Mais, à la différence des libertés, ils instituent une zone de protection renforcée, exclusive de la concurrence d'autrui. De sorte que l'on se trouve à la limite de la notion de droit subjectif"* (n. 216). D'autres auteurs, comme G. Cornu par exemple (*Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien) étudient la question dans le chapitre consacré aux personnes physiques et évoquent *"les droits primordiaux de la personne humaine"* (n. 478 et s.).

73. Cf. Cornu (G.) (préc. n. 500 et 501) qui écrit à propos des droits de la personnalité : *"à ces droits on oppose parfois les libertés que consacre le droit civil... Les premiers seraient de véritables droits subjectifs. Les libertés civiles n'auraient pas d'objet assez déterminé pour constituer, techniquement, des droits subjectifs. Ce seraient des facultés, des virtualités". Mais l'auteur ajoute : "les libertés civiles et les autres droits énumérés présentent trop de caractères communs fondamentaux pour donner à cette différence technique secondaire le pouvoir de les séparer. Ce sont tous des droits extrapatrimoniaux"* (souligné par l'auteur).

74. Cf. la démarche particulièrement révélatrice de Gérard Cornu qui n'évoque la question de la "commercialisation" qu'en fin de chapitre et après la bibliographie du thème. Il écrit : *"le postulat de ces développements est que les droits de la personnalité sont extrapatrimoniaux"*. Pour conclure malgré tout, car il faut bien concéder au principe de réalité pour faire œuvre "scientifique" : *"En Europe aussi, et à la traîne des USA, tout devient monnaie. Ce n'est pas une importation glorieuse"*. A. Weill et F. Terre (*Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, n. 35) écrivent : *"les droits de la personnalité ne font pas partie du patrimoine ; ils sont attachés à la personne... En principe, les droits de la personnalité sont donc hors commerce"*. En conséquence, *"ils ne sont pas transmis aux héritiers du patrimoine"*, sauf *"quelques atténuations"* ; *"ne peuvent être saisis par les créanciers"* ; *"sont imprescriptibles"* et *"ne peuvent faire l'objet d'une convention, d'une cession ou d'une renonciation. Mais ce principe n'est pas absolu..."*.

75. *Les libertés publiques*, tome I, *Les droits de l'homme*, P.U.F., 6e éd. 1991, 20.

*collectivité*⁷⁶. Cette faculté d'imposer à autrui, et un autrui identifié, un comportement explique que les droits subjectifs supposent un contenu rigoureusement délimité. Un débiteur, même d'une obligation de ne pas faire, sait de façon précise quel comportement adopter pour satisfaire le créancier. A l'inverse, la liberté ne prescrit rien, puisque le sujet s'autodétermine. Elle a un contenu indéterminé. Or l'époque contemporaine, plus soucieuse de droit que de liberté, provoque une confusion regrettable. Par exemple, certains parleront de droit à l'avortement, ce qui ne signifie rien, liberté conviendrait mieux. Dans le domaine de la vie privée, parler de droit subjectif ou encore de "*droit au respect de sa liberté*"⁷⁷ paraît inadéquat : un "droit à la liberté" ne veut pas dire grand chose, on jouit d'une liberté, ou le droit nous en prive. Ainsi, dans la mesure où la sphère de la vie privée consacre l'autonomie du sujet, la faculté de s'autodéterminer, ce n'est pas de droit subjectif qu'il s'agit mais d'une liberté qui s'exerce⁷⁸.

Par ailleurs, les difficultés rencontrées proviendraient de la tentative de faire rentrer dans la même catégorie juridique, celle des droits de la personnalité, des prérogatives pour le moins hétérogènes. Ainsi, par exemple, Gérard Cornu en fait un véritable fourre-tout puisqu'il évoque : les libertés civiles ; les garanties fondamentales qui accompagnent l'hospitalisation des personnes en raison de troubles mentaux ; l'inviolabilité du domicile ; le droit au respect de la vie privée ; le droit à sa propre image ; le droit à sa propre voix ; le droit à l'honneur ; le droit au respect des croyances ; le droit au secret (ou à la confidentialité)⁷⁹. Soumettre à un régime juridique homogène le droit à l'honneur, les garanties fondamentales qui accompagnent l'hospitalisation des personnes en raison des troubles mentaux ou le droit au respect de la vie privée relève de la gageure. Cela conduit, en tout cas, à des propositions contestables. Notamment celle qui consiste à faire du "droit" à la vie privée une prérogative extrapatrimoniale. Certes, considérées en soi, en dehors de tout rapport à autrui, la liberté s'avère extrapatrimoniale. Mais elle fournit aussi le germe d'une situation, elle, patrimoniale. Considérons, par comparaison, la liberté contractuelle. On n'imagine pas aliéner d'un bloc cette faculté, cela n'aurait aucun sens. D'ailleurs le droit le prohibe en interdisant les engagements perpétuels, moyen détourné de ressusciter l'esclavage. Mais qui nierait l'aspect économique de cette liberté qui fonde le système de l'échange ? De même, la liberté de la vie privée, situation d'autodétermination, est inaliénable, extrapatrimoniale, si on veut. Il n'empêche, et il suffit de bien vouloir ouvrir les yeux — ne serait-ce que sur nos propres pratiques, en matière de contrat d'édition par exemple — pour réaliser que les biens de la personnalité pullulent dans notre civilisation juridique. Mais, biens insaisissables, parce

76. Rivero (J.), *op. cit.*, 21-22.

77. Cf. par exemple, J. Ravannas (J. Cl. civ., art. 9, fasc. 1, n. 5) qui écrit que "*chacun a droit au respect non seulement de son intimité et de sa tranquillité mais aussi de son autonomie, de sa liberté*".

78. Sur la critique de l'analyse des biens de la personnalité comme droits subjectifs, cf. Rouhier (P.), *op. cit.*, p. 340 et s.

79. *Droit civil*, préc., n. 502 et s.

qu'impalpables, le droit éprouve les plus grandes difficultés à les appréhender. D'autant que ces droits naissent et se développent en passant par des étapes successives.

Il se pourrait donc bien qu'une liberté incontestable — à la fois liberté publique et liberté privée — mener sa vie privée à sa guise, prérogative positive, se double d'une faculté d'interdire la pénétration d'autrui dans cette sphère d'autodétermination. Cette prérogative négative s'avère essentielle en ce qu'elle permet la création d'un monopole. La chrysalide de la liberté engendre une chose, sous forme d'information. La liberté contractuelle autorise le détenteur de cette information à la négocier sur le marché de l'échange. Il n'y a rien d'étrange à ce qu'une liberté engendre une propriété. La Déclaration des droits de 1789 repose sur l'idée que la propriété fournit un instrument de liberté. Encore aujourd'hui, cette idée commande la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸⁰. Autrement dit, une appellation unique, "le droit à la vie privée", recouvre deux prérogatives distinctes, mais liées l'une à l'autre. La liberté — et son prolongement, la faculté d'interdire l'immixtion et la divulgation qui engendre la maîtrise exclusive — permet la création d'un bien dont le titulaire use et dispose à sa guise⁸¹. Il convient de s'intéresser maintenant au second aspect du processus.

B) *Le droit du créateur sur son image*

La moderne "*société des individus*"⁸² ne produit pas une société sans ordre, peuplée d'individus flottants dans un espace sans contraintes. Tout au contraire. En même temps que le moi prend conscience de son individualité, l'interdépendance des êtres s'accroît. Or, la machine ne tient que par le façonnement d'une nouvelle économie psychique, par l'apparition d'une "instance", au sens de la psychologie, la conscience ou la raison, qui conduit l'individu à se contrôler lui-même. A la contrainte externe, qui ne disparaît pas totalement, s'ajoute l'auto-contrôle. Le mécanisme repose sur un postulat fondamental, grande illusion sans doute : l'individu se produit lui-même. L'illusion personnaliste, la glorification de la singularité de l'être humain, façonne toute une série de représentations qui guident notre droit privé. La liberté de la personne — pourtant tellement dépendante d'autrui et si sévèrement auto-contrôlée — l'éminente dignité humaine, la responsabilité indivi-

80. Cf. Mestre (J.-L.), "Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété", *D.* 1984, chron. 1 ; et surtout, Zénati (F.), "Sur la constitution de la propriété", *D.* 1985, chron., 171.

81. Cf. Contamine-Raynaud (M.), "Le secret de la vie privée" in Loussouarn (Y.) et Lagarde (P.), *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1978, 403 ; cf. également Ph. Malaurie [in Malaurie et Aynes, *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Paris, Cujas, n. 309] : "la liberté de faire ce qu'on veut n'est pas, à proprement parler, un droit ; elle s'arrête là où commence celle d'autrui et où apparaissent les droits ou autres intérêts prépondérants".

82. Pour reprendre le titre de l'ouvrage de Elias (N.), *La société des individus*, Fayard, Paris, 1991.

duelle, voire le caractère "sacré" de la propriété ou l'idée que les valeurs spirituelles l'emportent sur les biens matériels⁸³ reposent sur un mythe et fonctionnent comme lui. Ainsi, par exemple, qui peut croire un instant Jacques Ravannas⁸⁴ quand il écrit : "*La vie privée échappe par principe à l'intervention sociale. Tout être humain doit effectuer des choix fondamentaux hors de toute pression extérieure*". Pourtant le droit, par ses textes les plus vénérés, transforme l'assertion en évidence et les juristes propagent la foi.

L'illusion personnaliste repose sur une série de mécanismes sociaux appuyés sur la force symbolique du droit. Ainsi, M. Malewska-Peyre écrit : "*notre civilisation actuelle de compétition et de mass media met l'accent sur l'acquisition d'une image positive. Elle crée un marché fondé sur une sorte d'obligation de l'acquiescer et de la préserver... Dans cette situation, l'image de soi devient une préoccupation absorbante pour tous*"⁸⁵. Le droit positif consacre, au moins partiellement, cette quête d'image en la préservant des atteintes portées par autrui. Et la vie privée fournit une composante essentielle de cette image, image pour soi ou pour autrui. La protection de la vie privée ne repose pas sur le secret. Mais sur la croyance qu'elle est une production de l'individu. Produite par lui, elle lui appartient en propre⁸⁶.

Notre droit de la propriété littéraire et artistique repose aussi sur cette illusion personnaliste. L'idéologie charismatique, qui triomphe avec le romantisme, d'un artiste animé par le génie et accomplissant un destin, fournit une réponse simple à la question de savoir qui "crée" l'œuvre, l'artiste lui-même. Oubliant au passage tout le travail collectif du "*cercle de la croyance*"⁸⁷, du monde de l'art, acteurs et institutions dévoués à la célébration de l'artiste et à la consécration des œuvres. Il se pourrait donc bien que l'analogie souvent

83. Au sujet des décisions judiciaires qui condamnent, souvent implicitement, l'esprit de lucre, F. Rigaux écrit : "*L'homme occidental n'a jamais cessé de chercher refuge dans l'affirmation du mépris des richesses, ce lieu commun d'une pensée philosophique qui est, depuis l'Antiquité, l'alibi d'une civilisation solidement axée sur la conquête des biens matériels. Magnifiquement orchestrée par la plupart des Eglises, l'éloge de la pauvreté et le dédain des richesses sont en totale discordance avec la pratique quotidienne et avec la plupart des éthiques séculières, souvent même religieuses*" (op. cit., p. 749, n. 675). Chacun des piliers de la société des individus mériterait des remarques analogues et un retour à Antisthène et à Diogène, les cyniques, s'avère indispensable.

84. (J. Cl., préc., n. 22). Certainement pas l'auteur qui constate, et on respire, que "*L'homme puise dans son éducation, dans son entourage et dans l'histoire ses convictions et ses croyances. Le "public" alimente le "privé"*" (op. cit., n. 43).

85. "Le processus de dévalorisation de l'identité et les stratégies identitaires", in Camilleri (C.) et alii, *Stratégies identitaires*, P.U.F., 1990.

86. Contamine-Raynaud, "Le secret de la vie privée", préc., p. 448 ; B. Edelman rejoint cette conclusion, mais pour la dénoncer sur le mode marxiste, alors bien porté : "Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image", D. 1970, 119.

87. Selon l'expression de Bourdieu (P.), "La production de la croyance, contribution à une économie des biens symboliques", A.R.S.S., n° 13, 6. Cf. Heinich (N.), *La gloire de Van Gogh. Essai d'anthropologie de l'admiration*, Paris, Ed. de Minuit, 1991 et mon article, "Estimer l'inestimable", à paraître, *Rev. trim. droit civil*, 1995, 271.

relevée entre les deux droits — celui de la propriété littéraire et artistique et celui de la vie privée — cache une identité. L'étude de certaines solutions jurisprudentielles confirmerait l'hypothèse de l'homme biographe de lui-même.

Le droit de la vie privée établit une distinction, une de plus, entre les personnes privées et les personnes publiques. Ces dernières, qui n'exercent pas nécessairement des fonctions publiques, recherchent l'attention du public car leur réussite professionnelle dépend largement de cette notoriété. Cette catégorie hétérogène regrouperait : les hommes politiques, les vedettes du spectacle et les artistes ou encore les champions sportifs. Cette recherche de la publicité — qui passe souvent chez les débutants par un dévoilement de la vie privée — pourrait conduire au rétrécissement, voire à la disparition de la vie privée. Le personnage public, "*public figure*" disent les Américains, devrait accepter une large intrusion de la presse au nom de la liberté d'informer. Une fois les informations divulguées, les individus perdraient sur elles toute maîtrise. Leur statut change : de biens privés elles se transformeraient en biens publics, de libre parcours. Or l'opposition, bien connue des spécialistes du droit de la propriété littéraire et artistique, entre les pays de droit d'auteur et les pays de "copyright", se retrouve dans le domaine de la vie privée. Le droit américain illustrerait l'idée que l'intérêt général justifie la diffusion d'une information sur les personnes publiques. Si le sujet lève le voile sur sa personnalité, il incombe à la presse de compléter ou de rectifier le tableau. Pour prendre un exemple, un projet de mariage ou la vie conjugale des familles régnautes appartiennent aux aspects publics de leur personnalité⁸⁸. Le droit français retient la solution inverse. Un arrêt de la 1^e Chambre civile de la Cour de cassation du 13 avril 1988 affirme, par exemple, "*la circonstance que la personne visée exerce une activité d'homme public ne saurait autoriser une intrusion quelconque dans ce qui constitue la vie privée au respect de laquelle chacun a droit*"⁸⁹. Ce principe conduit à interdire toute divulgation non autorisée concernant la vie familiale des personnes publiques⁹⁰. Mais, surtout, il transforme la biographie en hagiographie. Le repentir autorise à revenir sur des dénudements antérieurs, à apposer des repeints de pudeur opportuns, une fois célébrité acquise. Le contrat permet à l'individu de composer son image, sans qu'un "bruit", autrement dit un journaliste trop curieux, ne vienne parasiter sa communication.

Fréquemment les droits de la personnalité entrent en conflit avec la liberté d'information. Si la relation de l'événement satisfait une "curiosité légitime du public", alors la vie privée recule. Ainsi pour celui qui se trouve impliqué dans un procès et qui rentre dans l'histoire judiciaire ou dans le champ de l'actualité⁹¹. La question se pose alors de savoir si, une fois le délai de l'information du

88. Cf. Rigaux (F.), préc., notamment p. 221 et s.

89. *Bull. Civ. I*, n. 98 ; *D.* 1988, I.R. 120.

90. Cf. par exemple, pour la famille Grimaldi, T.G.I. Paris, 2 juin 1976 et 26 mai 1976 (4 jugements), *D.* 1977, 364, note R. Lindon ; ou, pour les méthodes éducatives du fils mineur de Karim Aga Khan, Paris, 1^{er} févr. 1989, *D.* 1990, 48, note E. Agostini.

91. Paris 5 mars 1986, *D.* 1986, I.R. 189, obs. R. Lindon : "*Les limites du droit à l'informa-*

public écoulé, l'individu dispose d'un "droit à l'oubli". Contre ce droit à l'oubli, les marchands de spectacles publics invoquent la liberté de la création artistique, alors que toute la "création" ne consiste qu'en une copie servile des faits. La jurisprudence, incertaine, ne semble pas l'admettre. La personne conserverait la faculté de s'opposer à une nouvelle relation des faits. Même antérieurement rendus publics, ils n'en resteraient pas moins relatifs à la vie privée. Mais il ne s'agirait pas d'un droit de veto discrétionnaire, les magistrats conservant une possibilité de contrôle.

Deux arrêts de la Cour de cassation du 13 février 1985⁹², rendus dans la même affaire, fournissent une intéressante illustration du droit français. En l'espèce, un film retraçait la vie d'un malfaiteur célèbre, Mesrine, et évoquait la vie commune avec sa compagne, en mêlant éléments imaginaires et faits réels. La Cour rejette le pourvoi contre un arrêt qui jugeait que constituent une atteinte à la vie privée, les scènes du film, scènes purement imaginaires, qui "dévoilent les aspects les plus intimes des relations amoureuses d'un malfaiteur et de sa compagne" et qui montrent celle-ci "partiellement dénudée et couchée près de son compagnon" ou qui évoquent son enfant. Alors que l'œuvre montre l'homme enregistrant au magnétophone les paroles qu'il a réellement adressées, par ce procédé, à sa compagne par-delà la mort, "lui rappelant les détails de leurs liens sentimentaux et lui exprimant son attachement". Ici l'atteinte à la vie privée ne résulte pas de la révélation de faits demeurés inconnus ou même de la redivulcation d'événements réellement survenus et antérieurement rendus publics. En l'espèce, la Cour tient pour un fait des événements ou des sentiments purement imaginaires, "supposés" dit l'arrêt, mais que l'œuvre présente comme établis : "quand la fiction tend à se rapprocher de la réalité au point de se confondre avec elle, il faut la traiter comme telle"⁹³.

Cette décision présente l'intérêt de démontrer que l'article 9 du Code civil ne sert pas qu'à préserver un secret. En l'espèce, l'œuvre ne révèle aucun fait demeuré ignoré du public. Il permet la protection de la personnalité de l'individu, l'image de soi qu'il entend modeler. Mais si le texte vient au secours des gens de peu mêlés — malgré eux le plus souvent — à un événement d'actualité, il profite surtout aux puissants en leur fournissant le moyen juridique d'assurer la promotion, le "marketing", de leur image. Négativement, en interdisant la redivulcation de faits, passés et connus, que la stratégie commande de laisser basculer dans l'oubli. Positivement, en donnant leur consentement à une publication, jugée profitable, d'événements relatifs à leur vie privée.

(suite note 91) *mation du public ne sont pas excédées et il n'y a pas d'atteinte à la vie privée lorsqu'un journal a précisé l'adresse et publié la photo de la maison des victimes d'une agression, de telles publications se rattachant directement à un événement d'actualité d'intérêt général qui s'est passé dans un lieu déterminé*".

92. 1ère civ. 13 février 1985, *D.* 1985, 488, note B. Edelman.

93. Note B. Edelman, préc., p. 490.

Le droit permet aux célèbres de réécrire leur histoire à leur guise. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1975⁹⁴ illustre l'assertion. En l'espèce, un périodique consacrait un article à Chaplin, nourri d'informations déjà divulguées avec l'accord de l'intéressé. L'arrêt rejette le pourvoi formé par le magazine contre la décision qui énonçait que *“chacun ayant droit au respect de sa vie privée, il importait peu que des livres et des périodiques aient déjà traité des mêmes faits, et que celui, qui, sans intérêt légitime, publie des faits de cette nature, engage sa responsabilité s'il ne peut justifier d'une autorisation spéciale”*. Une telle solution, opposée à celle du droit américain, revient à conférer à l'individu un monopole d'exploitation étendu sur sa vie privée. A ce titre, la doctrine se montre généralement critique en avançant une série d'arguments. L'argument de droit consiste à dire que cette solution détourne le texte de sa fin. Eric Agostini, par exemple, écrit que ces décisions *“ont déduit d'un texte visant uniquement à sanctionner les divulgations malsaines et les investigations intempestives l'existence d'un copyright où le droit pécniaire de l'auteur prend le masque du droit moral. Elles ont en conséquence donné au texte un sens qui n'est pas le sien”*⁹⁵. Ensuite, la divulgation volontaire aurait pour effet de lever la protection spéciale qui les couvre et de provoquer le retour au *“droit commun des faits, à savoir qu'une information de fait est un bien commun à tous”*⁹⁶. Enfin, il conviendrait de tenir en équilibre deux intérêts publics, la préservation de l'intimité et le *“droit”* du public à connaître la vérité. Dès lors qu'une personne *“se prévaut de sa vie privée en faveur de sa propre publicité, elle est tenue au même devoir de vérité que l'entreprise qui fait de la publicité commerciale”*⁹⁷.

La valeur respective de chacun des arguments prête à la discussion. Mais l'essentiel, pour ce qui nous occupe, me paraît ailleurs et réside dans le fait que l'illusion personaliste se trouve puissamment renforcée par cette solution. Tout comme le droit de la propriété littéraire et artistique nourrit la croyance d'une paternité de l'artiste, le droit à la vie privée renforce l'idée d'un individu sculpteur de son masque et auteur de son histoire. La divulgation du secret n'emporte pas disparition du droit appartenant au titulaire. L'élément de secret ne détermine pas le régime juridique de l'information. Mais plutôt qu'il s'agit d'une production de la personne. Celle-ci peut concéder à un tiers le droit d'exploiter cette information, tout comme elle dispose de la faculté de l'exploiter elle-même, à travers une autobiographie par exemple. Ainsi Monique Contamine-Raynaud affirme à juste titre *“la vie privée divulguée devient marchandise et entre dans le domaine juridique mais elle n'en tombe pas pour autant dans le domaine public. Le droit d'exploitation n'appartient qu'à ceux qui s'en sont rendus acquéreurs”*⁹⁸.

94. Cass. civ. 2, 14 novembre 1975, D. 1976, 421, note critique B. Edelman.

95. Note sous Paris 4 et 16 mars 1987, J.C.P. 1987, II, 20904.

96. Rigaux, *op. cit.*, n. 333, p. 402.

97. *Idem*, n. 334, p. 404.

98. “Le secret de la vie privée”, *préc.*, 437.

Le contrat, sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs⁹⁹, permet cette exploitation. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 mars 1987¹⁰⁰ en fournit un exemple. En l'espèce, des pourparlers s'engagent entre Michel Sardou et *France-Dimanche* en vue de la publication d'un article. L'intéressé exige qu'il figure à la une du journal. Cette exigence n'étant pas satisfaite, le chanteur de charme revient sur l'accord de principe donné au journaliste. L'article paraît en dernière page, accompagné de plusieurs photographies représentant l'intéressé et ses épouses successives. Il assigne le journal en invoquant l'atteinte à l'intimité de sa vie privée. Pour trancher le litige, l'arrêt commence par l'affirmation, traditionnelle en la matière, de l'interdiction de la redivulgation de faits privés, quelle que soit l'attitude passée de l'intéressé. Et il juge "qu'il n'était pas interdit à l'artiste sollicité pour une interview de convenir avec le journaliste d'une publication dans certaines conditions". Comme, "non seulement, la société éditrice et le journaliste ne rapportent pas la preuve d'une autorisation expresse et spéciale de l'intéressé, mais qu'il est au contraire établi qu'une interdiction de publier l'article litigieux leur a été notifiée quelques jours avant la parution du journal", la Cour confirme le jugement qui condamnait la société éditrice et le journaliste sur le fondement de l'article 9 du Code civil.

Il apparaît donc bien que seule la volonté de l'individu fonde la protection de tel ou tel aspect de sa vie privée et de sa personnalité. Par une renonciation, il peut autoriser un tiers à pénétrer une zone interdite. Cette faculté, habilement exploitée, génère des profits partagés avec le renonçant. Profits matériels, une rémunération par exemple, mais aussi profits symboliques, sous forme de valorisation de l'image de soi, transforment en complices ceux qui doivent rester, aux yeux même du public, dans une relation antagoniste. La part de violence inhérente au dévoilement — de secret surpris et livré en exclusivité au lecteur — cette part constitutive du ragot s'estompe très nettement dans le système élaboré par la jurisprudence française. Comparé au droit américain, d'une rare brutalité sous couvert d'un prétendu droit à l'information du public, notre droit s'appuie, volontairement ou inconsciemment, sur l'illusion personnaliste qui fait de l'individu son propre biographe.

99. Cf. un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 janvier 1972 (*G.P.* 24/25 mai 1972, p. 10 et 11 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1972, p. 589, obs. R Nerson). En l'espèce, une jeune femme subit deux opérations en raison de malformations de son appareil génital. Elle consent à divulguer à un hebdomadaire des faits relatifs à sa vie sexuelle. La publication ne remplit pas ses obligations et cède le reportage et les photographies qui l'accompagnent à un autre périodique. La Cour déboute la demanderesse en jugeant que l'obligation repose sur une cause illicite car il serait contraire aux bonnes mœurs de monnayer la divulgation de faits intéressant la sexualité. De même, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 8 novembre 1973 (*D.* 1975, 401, note M. Puech) prononce la nullité d'une convention de "strip-tease" comme contraire aux bonnes mœurs. Comme de juste, les bonnes mœurs évoluent avec le temps. Une ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris du 14 mai 1974 ne fulmine déjà plus la nullité d'un contrat passé entre Carole Laure et un producteur et destiné à assurer la participation de la gironde demoiselle à un film érotique.

100. *J.C.P.* 1987, II, 20904, note E. Agostini.

La personne produit ou détient des informations relatives à elle-même, à sa propre vie. Ces informations, choses incorporelles¹⁰¹, tombent pour certaines dans le domaine public, par exemple lorsqu'un événement se déroule dans un lieu public, qu'il intéresse l'actualité ou l'histoire. Elles rentrent alors dans la catégorie des choses communes et le droit en réglemente l'usage. A l'inverse d'autres informations appartiennent en propre au sujet. L'invention, mode acquisitoire de la propriété des choses incorporelles¹⁰², explique cette appropriation. Propriété qui, comme toute propriété, se traduit d'abord par une liberté, ne serait-ce que la liberté de divulguer l'information. Cette divulgation n'épuise pas les droits du titulaire. Tout comme l'édition d'un manuel de droit civil chez un éditeur n'autorise pas les autres à publier cette œuvre, la divulgation d'une information relative à la vie privée ne la transforme pas nécessairement en chose commune. Aucun principe immanent, naturel si on veut, ne commande une telle mutation. La volonté d'assurer la cohérence du sujet, de promouvoir la maîtrise de soi-même, sur laquelle repose la société des individus, se satisfait de "l'illusion biographique" consacrée par le droit.

Ainsi, et en guise de conclusion, le droit privé confirme l'importance accordée par notre civilisation à la biographie, au discours sur soi¹⁰³ qui parvient à un double résultat, en apparence contradictoire, à la fois l'exaltation du moi mais aussi sa discipline.

A travers la faculté de repentir notamment, le système juridique accrédite l'idée d'un individu auteur de lui-même, maître de son destin. Il permet de restaurer la cohérence d'une vie, constamment menacée. Car, à en croire M. Pollak et N. Heinich, *"de même que l'ordre social — ce précaire équilibre de forces — résulte d'un travail de négociation et de compromis, l'ordre mental, tout aussi fragile, est le fruit d'un travail permanent de gestion de l'identité qui consiste à interpréter, à ordonner ou à refouler (temporairement ou définitivement) toute expérience vécue de manière à la rendre cohérente avec les expériences passées ainsi qu'avec les conceptions de soi et du monde qu'elles ont façonnées : il s'agit, en un mot, d'intégrer le présent dans le passé"*¹⁰⁴. Le droit privé favorise ce travail de réécriture d'une vie et incite à son dévoilement en garantissant à celui qui y procède une faculté de repentir. La vérité y perd. Mais qui peut croire que la biographie approche davantage l'authenticité d'un être que l'autobiographie rehaussée de fards ? Moins compte la véracité que le spectacle offert d'une vie réglée, au moins cohérente. Que l'information prenne la forme d'une marchandise, s'échange contre de l'argent, ne surprend guère. Après tout, il faut savoir ce que nous voulons.

101. Cf. Galloux (J.-C.), "Ebauche d'une définition juridique de l'information", *D.* 1994, 229.

102. Cf. Galloux (J.-C.), "Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux", *R.R.J.* 1991, 387.

103. Cf. *La biographie. Usages scientifiques et sociaux, Politix*, n° 27, 1994. Particulièrement, Pudal (B.), "Du biographique entre « science » et « fiction ». Quelques remarques programmatiques", 5. Et pour les hommes publics, Collovald (A.), "Identités stratégiques", *A.R.S.S.*, n° 73, juin 1988, 29.

104. "Le témoignage", *A.R.S.S.*, n° 62/63, juin 1986, 29.

Par nature, un droit libéral génère ces pratiques. Car le marché, cœur du dispositif, poursuit l'autonomie de l'individu dans l'interdépendance. Il constitue "*une loi régulatrice de l'ordre social sans législateur. La loi de la valeur règle les rapports d'échange entre les marchandises, et les rapports entre les personnes qui sont compris comme des rapports entre des marchandises, sans aucune intervention extérieure*"¹⁰⁵.

Dans cette configuration, les droits de la personnalité, entendus comme faculté de se déterminer soi-même, assurent au sujet le pouvoir de se présenter aux autres tel qu'il entend être perçu par eux. Responsable de son identité, le droit peut le présumer responsable de lui-même, de ses actes, de sa vie. Dans la mesure où la contrainte externe, la pression de la communauté, se relâchent, le dressage des individus prend d'autres voies. La régulation des pulsions passe par des discours volontaires. Michel Foucault décrit bien cette forme de pouvoir social, "*police du sexe : c'est-à-dire non pas rigueur d'une prohibition mais nécessité de régler le sexe par des discours utiles et publics*"¹⁰⁶. Les discours sur soi, mais aussi les cancans et les ragots, contribuent efficacement à la police des mœurs. La conclusion s'impose, inattendue : l'industrie comme l'artisanat du scandale entretiennent la vertu de tous.

105. Rosanvallon (P.), *Le capitalisme utopique*, préc., p. 46.

106. *Histoire de la sexualité*, t. I : *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, 35.